

LES PROCEDURES FAMILIALES EN FRANCE

Francis KERNALEGUEN

SUMARIO: I. *Justice contentieuse*. II. *Justice gracieuse, negociée, “alternative”*. III. *Enfant et justice familiale*.

En matière familiale peut-être plus qu'en toute autre matière, droit procédural et droit substantiel vont de pair. Il est significatif que nombre de juridictions spécialisées dans le champ familial aient été instituées par les textes même qui refondaient des pans entiers de droit substantiel. Tel est par exemple le cas pour le juge des tutelles, institué par la loi du 10 décembre 1964, ou encore pour le juge aux affaires matrimoniales installé par la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce. Très souvent une loi nouvelle qui effectue des retouches de fond prévoit simultanément des aménagements procéduraux plus ou moins importants.¹ C'est dire combien les procédures familiales évoluent en phase avec le droit familial... et l'état des rapports familiaux.

Le premier facteur d'évolution réside dans la diversification des modèles familiaux. Il n'est pas nécessaire de s'apesantir sur une évolution qui a conduit de la référence à l'archétype hégémonique de la famille légitime, serrée dans l'écrin du mariage, à la répudiation des modèles au nom de la liberté des choix de vie et de l'équivalence des situations familiales. Il en est résulté une baisse substantielle du nombre des mariages, de 400 000 en 1971 (pour 50 millions d'habitants) à environ 280 000 en 2001 (pour 60 millions d'habitants). Simultanément le concubinage s'est développé jus-

¹ Ainsi le juge aux affaires matrimoniales est devenu le juge aux affaires familiales à l'occasion de la loi du 8 janvier 1993 sur l'Etat civil, la famille et les droits de l'enfant, et celui-ci a vu son cadre d'intervention précisé par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

qu'à provoquer, en réponse notamment à la revendication des couples homosexuels, la mise en place d'un "pacte civil de solidarité" (PACS) offrant un cadre juridique à la vie commune sans mariage.²

A une désaffection pour le mariage et à une inclination pour des formes concurrentes de communauté de vie il faut bien sûr ajouter le mouvement général de désertion que révèle la banalisation du divorce: pendant un siècle de divorce pour faute (1884-1875) et sur un nombre de mariages à peu près constant, les séparations étaient restées marginales (1 divorce pour 100 mariages en 1885, 1 pour 10 en 1974: 40,000 divorces). La réforme de 1975, introduisant de nouvelles formes de divorce, a révélé une fragilisation des engagements affectifs: désormais environ 120,000 divorces par an (plus de 4 divorces pour 10 mariages).

Conséquence inéluctable de cette asthénie matrimoniale, encouragée par l'égalité des filiations apportée par la loi du 3 janvier 1972,³ la place des enfants naturels n'a cessé de croître: de 8 à 12% des naissances pendant un siècle et demi, selon la situation économique ou politique, à 40% des naissances aujourd'hui. Aussi, outre les différends entre parents d'enfants nés hors mariage, les conflits concernent les enfants nés dans un mariage dissous, et les difficultés générées par les recompositions conjugales, on comprend combien l'abandon de la prééminence du modèle de la famille légitime ouvre la porte à une explosion du contentieux.

Le deuxième facteur d'évolution doit être recherché dans la promotion de l'autonomie individuelle au sein même de la cellule familiale. Cette autonomie est d'abord l'effet secondaire de la consécration de l'égalité dans la famille et entre les familles: il faut se souvenir de la longue marche qui a conduit, sur deux siècles, d'une prépotence du mari et père à l'abolition des dépendances (spécialement de l'épouse et mère) et à un traitement égal pour tous. C'est tout récemment que le mouvement, accéléré dans les années 70, a été parachevé par la loi du 3 décembre 2001 accordant enfin aux enfants adultérins les mêmes droits successoraux qu'aux autres enfants,⁴ et les lois du 4 mars 2002 plaçant les deux parents sur un pied d'égalité

² Loi du 15 novembre 1999. Sur le point de savoir si le PACS n'est qu'une convention ou est déjà un quasi-mariage, *cf.* T. Revet, observations in RTD civ. 2000, 173.

³ Egalité qui n'a été parachevée que par les lois du 3 décembre 2001 (droits de l'enfant adultérin) et du 4 mars 2002 (2002-304: nom de famille, 2002-305: autorité parentale).

⁴ A la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme le 1^{er} février 2000, dans l'affaire Mazurek, JCP 2000, II, 10286 et D. 2000, 232.

et dans une optique de coopération à propos du nom des enfants et de l'autorité parentale (avec, pour le nom, une modification par la loi du 18 juin 2003). Corrélativement la liberté de chacun dans le groupe familial a été affirmée et consacrée. Plus encore que la promotion de la liberté de la femme mariée c'est peut-être le développement d'une autonomie des enfants mineurs qui est le plus symptomatique: outre la place faite à leur consentement notamment à partir de 13 ans,⁵ il faut surtout noter la reconnaissance d'un pouvoir de décision qui permet aux mineurs de mettre "hors jeu" leurs parents, en matière de contraception (depuis la loi du 28 novembre 1967) ou d'interruption volontaire de grossesse (depuis la loi du 4 juillet 2001) et plus largement en matière de santé (depuis la loi 2002-2003 du 4 mars 2002).

L'explosion du contentieux familial est, sans conteste, due pour une très large part au développement de ces tendances centrifuges dans la famille: le risque contentieux est le prix à payer pour la satisfaction des légitimes aspirations à l'égalité et à la liberté. Comment alors s'étonner que pratiquement la moitié de l'activité des juridictions civiles de droit commun est, en première instance, consacrée à la famille?

Pour faire face à ce phénomène, les pouvoirs publics adoptent, de manière complémentaire, trois types de mesures.

Tout d'abord le législateur a cherché à contenir le contentieux voire à le réduire, en tentant de mettre fin aux situations génératrices de contentieux réitératifs. Ainsi en matière de divorce, le système de la pension alimentaire versée par l'un des ex-époux à l'autre maintenait, après la séparation définitivement prononcée, le risque de relations conflictuelles (révisions du montant, difficultés de paiement...). Pour éviter cette prolongation du conflit conjugal après la fin du mariage, la loi du 11 juillet 1975 a supprimé la pension alimentaire après divorce⁶ pour mettre en place une "prestation compensatoire" évaluée forfaitairement —donc non révisable— et payable autant que possible en capital: en prévoyant un règlement rapide et définitif de la situation, le législateur comptait bien écarter le risque de contentieux ultérieur. A vrai dire cet espoir a été assez largement déçu, au

⁵ Consentement à leur propre adoption (article 345 et 360 C. civ), au changement de leur nom par l'effet d'un changement de filiation (article 61-3 C. civ) ou encore changement de prénom (article 60 C. civ): loi du 8 janvier 1993.

⁶ Sauf dans un cas de divorce: celui fondé sur la rupture prolongée (6 ans) de la vie commune: *cf.* art. 281-282 C. civ.

point qu'il a fallu améliorer le régime de cette prestation par une loi du 30 juin 2000. C'est le même souci d'éviter des contentieux tardifs qui a inspiré la proposition, non encore traduite dans les textes, de réduire le délai pendant lequel une filiation peut être remise en cause: la mesure vise fondamentalement à stabiliser les liens de filiation, mais elle a pour conséquence naturelle une limitation du risque contentieux.⁷

Faute de pouvoir envisager tarir le contentieux familial, le législateur cherche parallèlement à l'organiser d'une manière plus respectueuse des exigences du procès équitable. Cela s'est traduit par la place croissante faite à l'expression de la parole de l'enfant dans les procédures le concernant,⁸ ou encore par la possibilité offerte aux parents et au mineur (en présence de son avocat) de consulter le dossier de la procédure d'assistance éducative le concernant.⁹

Enfin le législateur s'efforce d'apaiser les conflits familiaux en favorisant le recours à des modes alternatifs de règlement. Il ne s'agit pas de trouver un succédané qui allégerait la charge de travail des juges, sorte de remède miracle à l'encombrement chronique des tribunaux. L'objectif est ici d'offrir aux conflits familiaux —ou à certains d'entre eux— un mode de traitement que le juge ne saurait assurer lui-même. Sans doute la conciliation fait-elle partie de la mission du juge mais sa fonction essentielle est de trancher, c'est-à-dire de décider et d'imposer ce qui a été décidé. De ce point de vue le recours à un tiers médiateur qui ne peut jamais que proposer sans jamais pouvoir imposer offre une alternative heureuse: c'est dans cette voie que le législateur contemporain s'est engagé. A la suite de la loi du 8 février 1995, le décret du 22 juillet 1996 a notamment introduit dans le nouveau Code de procédure civile un titre consacré à la médiation (articles 131-1 à 131-15), et la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a consacré la médiation familiale dans l'article 373-2-10 du Code civil.

L'approche du contentieux familial est sans doute assez largement renouvelée aujourd'hui. Il faut cependant, pour mesurer ce qui est possible, porter le regard sur le droit substantiel lui-même et observer le mouvement de privatisation des relations familiales qui le traverse et le transforme.

⁷ Passer d'un délai qui peut être aujourd'hui de 30 ans à un délai de 10 ans (et même parfois réduit à 5 ans): cf. document d'orientation relatif à la réforme du droit de la famille, Ministère de la Justice, 4 août 2001.

⁸ P. ex. articles 388-1 et 388-2 C; civ (loi du 8 janvier 1993).

⁹ Article 1187 NCPC (D. 15 mars 2002) et 1190 (D. 3 décembre 2002).

Ainsi la liberté des choix de vie s'insinue jusque dans les obligations du mariage qui semblaient pourtant devoir rester sous la protection de l'ordre public: non seulement l'adultère n'est plus un délit (depuis 1975 seulement), mais l'infidélité n'est plus perçue comme nécessairement grave, et elle peut même être convenue entre les époux qui se libèrent ainsi de leur propre chef d'une obligation légale.¹⁰ Cette ouverture aux accords privés au détriment de l'ordre public est d'une certaine manière une chance pour les procédures familiales. En effet entre ce qui relève irréductiblement de l'ordre public, ce qui est ouvert à l'accord et même ce qui est abandonné à la volonté individuelle, on retrouve la place du juge dans les procédures, entre ce qu'il doit conserver et ce qu'il peut abandonner, et sans doute aussi les contrôles qu'il doit exercer pour que la promotion des volontés privées ne rétablisse pas, dans les familles en difficulté, le règne de la loi du plus fort.

I. JUSTICE CONTENTIEUSE

Le nombre comme la variété des litiges familiaux n'a pas favorisé une concentration des compétences ni une standardisation des procédures. Pourtant un effort de clarification et de simplification a été accompli, limitant les inconvénients d'une dispersion résiduelle sans doute inévitable sinon souhaitable.¹¹

L'organisation des juridictions appelées à connaître des contentieux familiaux a connu une évolution sensible durant les dernières décennies. La justice familiale a fait l'objet, au travers de réformes successives, d'une véritable politique de remembrement tendant notamment à éviter un éparpillement en total décalage avec l'évolution contemporaine des relations familiales. Ainsi jusqu'en 1987, un litige relatif au droit de visite concernant un enfant mineur dont les parents ne vivent plus ensemble relevait de trois juges différents selon que l'enfant était naturel, légitime de parents divorcés ou séparés de fait.¹²

¹⁰ *Cfr.* obs. J. Hauser, RTD civ. 2002, 78.

¹¹ J. Carbonnier, essai sur les lois, pp. 166 ss.

¹² L. Cadiet, Les métamorphoses de la juridiction familiale, Mélanges H. Blaise, p. 42: respectivement Tribunal de grande instance, juge aux affaires matrimoniales, juge des tutelles.

C'est la loi du 8 janvier 1993 qui a pour l'essentiel opéré une réorganisation opportune, redistribuant les compétences d'une manière plus cohérente.

Désormais le juge aux affaires familiales, juge délégué du Tribunal de grande instance qui a succédé en 1993 au juge aux affaires matrimoniales, dispose d'une large compétence. C'est tout d'abord lui qui est seul en charge du divorce jusqu'à son prononcé, et cela quel que soit le type de divorce (avant cette réforme le prononcé du divorce ressortissait à la compétence du tribunal de grande instance sauf en cas de consentement mutuel). C'est lui aussi qui prescrit les mesures urgentes nécessaires, en dehors d'une procédure de séparation des époux, lorsque l'un d'entre eux met en péril les intérêts de la famille. Il a de même reçu compétence générale en matière de contribution aux charges du mariage, d'obligation d'entretien et d'obligation alimentaire. Il est enfin désormais le juge de l'exercice de l'autorité parentale,¹³ réunissant entre ses mains ce qui était jusqu'alors partagé: la constitution d'un tel bloc de compétence parachève d'une certaine manière la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement de tous les enfants, quelle que soit leur filiation.¹⁴

Malgré ce regroupement, trois autres juridictions conservent un rôle dans les procédures familiales. C'est tout d'abord le cas du juge des tutelles, magistrat du tribunal d'instance, qui intervient en matière de protection des incapables (tutelle des mineurs, régimes de protection des incapables majeurs) et des personnes absentes (article 112 ss. C. civil). C'est par ailleurs le cas du juge des enfants, juge du tribunal de grande instance qui, outre sa compétence en matière pénale pour les contraventions et les délits commis par des mineurs (voire les crimes commis par des mineurs de 16 ans), est compétent, en matière civiles, pour prendre des mesures d'assistance éducative.¹⁵ C'est enfin le cas du tribunal de grande instance lui-même, qui a conservé l'essentiel du contentieux de l'état des personnes, notamment celui relatif à la filiation, ainsi que les questions de patrimoine familial (régimes

¹³ La loi 2002-35 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a formellement consacré cette fonction dévolue par la loi de 1993 ou insérant dans le Code civil un nouveau paragraphe rassemblant les textes consacrés à l'intervention du JAF (article 373-2-6 à 373-2-13 C. civil).

¹⁴ Il faut ajouter la compétence en matière de changement de prénom ou de nom, qui relève de la justice gracieuse (article 1055-2 NCPC).

¹⁵ *Cfr.* article 375 ss. C. civ. En matière pénale, ce juge ne peut statuer seul que pour prendre de mesures de rééducation. Si une mesure de placement ou une peine doivent être envisagés, il statue collégialement avec deux assureurs (tribunal pour enfants).

matrimoniaux et successions) et enfin la déchéance de l'autorité parentale.¹⁶ Globalement le tribunal a conservé les contentieux lourds ou symboliques. Sur cette base d'autres transferts pourraient être envisagés en faveur du juge aux affaires familiales en activant parallèlement la faculté de renvoi à la formation collégiale du tribunal déjà inscrit dans les textes.¹⁷

Le Ministère Public est très présent dans les contentieux familiaux. Il peut en effet tout d'abord être partie principale dans une instance, par exemple en poursuivant l'annulation d'un mariage pour une cause mettant en jeu l'ordre public (article 184 et 190-1 C. civ) ou en contestant une reconnaissance d'enfant naturel comportant des indices d'in vraisemblance ou concourant à une fraude aux règles de l'adoption (article 339 C. civ). Il en est de même pour faire écarter un prénom choisi par les parents d'un enfant nouveau-né (article 57 C. civ) ou pour requérir une déchéance d'autorité parentale (article 378-1 C. civ). Le Ministère Public peut par ailleurs intervenir comme partie jointe afin de faire connaître son avis sur l'application de la loi. A cet effet il peut prendre communication des affaires, outre les cas où cette communication est obligatoire comme en matière de filiation, d'organisation de la tutelle des mineurs ou d'ouverture de la tutelle des majeurs. De nombreux textes prévoient un avis du Ministère Public: c'est le cas par exemple pour les demandes en déclaration d'abandon d'enfant (article 1161 NCPC), les demandes d'adoption (article 1170 NCPC), les demandes relatives à l'entretien de relations personnelles entre un enfant mineur et ses ascendants ou des tiers (article 371-4 C. civ), et les procédures d'assistance éducative (article 1189 NCPC). Une telle présence du Parquet est sans doute un bon révélateur de la place que conserve l'ordre public dans les relations familiales: indiscutablement si l'on a pu penser que l'ordre public tend à laisser la place aux volontés privées dans les relations entre adultes —du moins lorsqu'ils sont capables— on observe qu'il ne cède pas de terrain sur tout ce qui concerne l'enfant.

La place centrale du juge dans la prise en charge des litiges familiaux n'exclut pas totalement d'autres intervenants dès lors qu'ils peuvent favoriser l'émergence d'une solution. C'est ainsi qu'en matière d'adoption

¹⁶ Article 378-1 C; civil. En revanche la délégation de l'autorité parentale est dévolue au JAF (article 377 C. civ, art. 1202 NCPC).

¹⁷ Article L 132-1 COJ. Toutefois dans ce cas le tribunal statue comme JAF, ce qui signifie notamment qu'il n'a que les pouvoirs d'un JAF et non ceux du tribunal (p. ex. en matière de prorogation de compétence).

l'autorité administrative joue un rôle important dans la phase antérieure à la procédure judiciaire elle-même: elle est notamment appelée à délivrer un agrément aux candidats-adoptants d'un pupille de l'Etat ou d'un enfant étranger ou "d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption".¹⁸ De même le juge peut charger un notaire d'établir un projet de règlement des prestations et pensions après divorce, ou de dresser un projet liquidatif du régime matrimonial (article 1116 NCPC), ou désigner, avec l'accord des parents, un médiateur familial en vue d'aboutir à un exercice consensuel de l'autorité parentale (article 373-2-10 C. civ). Les barreaux tendent à s'impliquer davantage dans la prise en charge des différends familiaux: outre les consultations gratuites régulièrement proposées, des groupes de défense des mineurs se mettent en place dans certains barreaux et des formations spéciales sont organisées dans certains centres de formation professionnelle des avocats. Il faut d'ailleurs noter que, dans les tribunaux de grande instance, 75 à 80% des aides juridictionnelles totales accordées concernent le contentieux familial.

Le fonctionnement des juridictions et le déroulement des procédures présentent quelques spécificités en matière familiale.

Le juge aux affaires familiales concentre entre ses mains un ensemble varié d'attributions qui habituellement sont plus ou moins séparées et, en tout état de cause, jamais concentrées.¹⁹ Ainsi il est à la fois juge de la mise en état, juge des mesures provisoires et juge des référés.²⁰ Par ailleurs s'il entre dans la mission de tout juge de concilier les parties selon les termes de l'article 21 du nouveau code de procédure civile, le juge aux affaires familiales est, lui, tenu de tenter une conciliation en matière de divorce.

Pour remplir sa mission, le juge a besoin d'une collaboration des parties qui ne lui est pas toujours volontiers acquise. Ainsi la loi du 30 juin 2000 réformant la prestation compensatoire en matière de divorce avait prévu que les époux "fournissent au juge une déclaration notifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie" (article 271 C. civ). Sans doute le juge pourrait solliciter la production de

¹⁸ Loi du 22 janvier 2002 modifiant l'article 353-1 C. civ. Le statut des organismes autorisés pour l'adoption a été révisé par le décret du 18 avril 2002.

¹⁹ Le juge des enfants, au pénal, déroge lui aussi à une séparation fonctionnelle pourtant essentielle dans le contentieux pénal.

²⁰ Article 1074 NCPC.

pièces justificatives en complément de cette déclaration, mais les parties étaient réticentes à les fournir: le décret du 3 décembre 2002 impose désormais aux époux de produire les pièces justificatives relatives à leur patrimoine et à leurs conditions de vie dès lors que le juge leur en fait la demande (article 1075-2 NCPC). Dans sa quête d'information, le juge est fréquemment amené à recourir à une enquête sociale avant toute décision sur l'exercice de l'autorité parentale,²¹ ou à une expertise biologique avant une décision en matière de filiation.²² Ces mesures sont certes pertinentes, mais exposent aussi au danger d'une dépossession de fait du pouvoir de décider: il ne faut pas que le psychologue ou le biologiste prennent le pas sur le juge.

La représentation par avocat est obligatoire devant le juge aux affaires familiales en matière de divorce, avec la faculté pour les époux de prendre un seul avocat en cas de demande conjointe (consentement mutuel). En revanche la représentation par avocat n'est plus obligatoire devant ce même juge en matière d'exercice de l'autorité parentale (article 1189 NCPC), et il en va de même en matière d'obligation alimentaire, d'obligation d'entretien ou de contribution aux charges du mariage.²³ La dispense d'avocat est également de mise, devant le juge aux affaires familiales, pour la délégation d'autorité parentale et devant le tribunal de grande instance lui-même pour la déchéance d'autorité parentale (article 1203 NCPC). Devant le juge des enfants, en matière d'assistance éducative, l'avocat n'est pas davantage obligatoire: il en résultait que lorsque les parents n'avaient pas d'avocats, ils ne pouvaient prendre connaissance du dossier. Le décret du 15 mars 2002 a modifié la procédure afin de garantir le droit à un procès équitable et assurer le respect du principe du contradictoire: les parents sont désormais avisés de l'ouverture de la procédure et il leur est permis de consulter le dossier au greffe, sous la réserve des pièces que le juge a écarté de cette consultation en raison du dommage que cela fait courir à autrui.²⁴

²¹ Article 373-2-12 C. civ et art. 1078 NCPC: elle peut être ordonnée d'office.

²² Elle est de droit en matière de filiation: Cass. 1^{ère} civ. 28 mars 2000, Bull. I, n. 103.

²³ Article 1069-1 NCPC: les règles d'assistance et de représentation sont celles applicables devant le tribunal d'instance et non devant le tribunal de grande instance.

²⁴ C'est pourquoi si l'avocat peut, lui, se faire délivrer copie des pièces, il lui est interdit de les transmettre ensuite à son client. A noter que le mineur capable de discernement peut consulter également mais seulement en présence d'un de ses parents ou de son avocat (article 1187 NCPC).

Si les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale comme celles relatives aux obligations alimentaires sont par nature révisables,²⁵ elles doivent être exécutées au risque d'une poursuite pénale: abandon de famille (article 227-3 c. pén.) contre celui qui n'exécute pas la décision (ou la convention homologuée) lui imposant le versement d'une pension, non représentation d'enfant pour celui qui ne respecte pas les prescriptions d'une décision sur l'exercice de l'autorité parentale (article 227-5 c. pén.).

II. JUSTICE GRACIEUSE, NEGOCIEE, "ALTERNATIVE"

Le droit de la famille constitue sans aucun doute le domaine d'élection de l'activité gracieuse du juge; la justice familiale est gracieuse par affinité! Nombreux y sont en effet les cas où la loi exige que, en l'absence de litige ouvert, une situation juridique soit soumise au contrôle d'un juge (article 25 NCPC): à défaut de cette décision gracieuse, l'acte ou la situation objets de la demande seront privés d'efficacité: tel est le cas de la requête conjointe en divorce (consentement mutuel), de la requête en adoption ou encore de la requête en changement de régime matrimonial ou de celle en changement de nom ou de prénom. Dans toutes ces hypothèses la loi a estimé nécessaire d'imposer un contrôle juridictionnel afin notamment d'assurer la protection des intérêts des requérants ou de l'un d'entre eux (c'est le cas par exemple du divorce gracieux).

En revanche le juge civil était également appelé à délivrer des actes dans lesquels il ne faisait que constater une situation, sans avoir à exercer aucun contrôle de légalité ou d'opportunité, et donc sans prendre aucune décision de nature juridictionnelle: la loi du 8 février 1995 a tiré les conséquences de ce constat en transférant aux greffiers en chef nombre des attributions non juridictionnelles des juges. C'est le cas notamment de la délivrance des certificats de nationalité (article 31 C. civ.), du contrôle des comptes de tutelle (article 491-3 C. civ.) et de la réception de déclarations sur le nom de l'enfant naturel (article 334-2 C. civ.), ou sur l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de ce même enfant (article 372 C. civ.) ou encore sur le consentement donné à l'adoption de son propre enfant (arti-

²⁵ A la différence des décisions qui se prononcent sur une prestation compensatoire en capital: les modalités de paiement peuvent en être modifiées mais non le montant (article 275-1).

cle 348-3 C. civ.). Dans ce vaste mouvement de transfert il faut cependant noter l'exception sans doute symbolique concernant le consentement au recours à une procréation médicalement assistée nécessitant l'intervention d'un tiers donneur: l'article 311-20 du Code civil prévoit que ce consentement est recueilli soit par un notaire... soit par le juge.²⁶

En même temps que le juge était déchargé de missions étrangères à sa fonction juridictionnelle, un autre mouvement tentait de réduire le flot croissant du contentieux familial, explorant pour ce faire trois voies avec des succès inégaux.

La voie la plus radicale prétendait supprimer le contentieux à la source. C'était l'objectif affiché par la proposition de réforme du divorce voté en première lecture à l'Assemblée Nationale le 10 octobre 2001, mais depuis lors abandonnée. Le projet repoussait tout d'abord l'idée un moment émise d'un divorce sans juge, par simple déclaration devant l'officier d'état civil.²⁷ l'intervention du juge dans une procédure gracieuse même allégée a paru nécessaire pour la sauvegarde des intérêts des personnes concernées et pour celle de l'ordre public. Le projet supprimait ensuite le divorce pour faute en constatant que, représentant encore plus de 2 demandes sur 5, il donnait lieu à un "contentieux foisonnant" et contribuait à envenimer les relations "jusqu'à l'insupportable". Le contentieux de la faute se serait ainsi trouvé évincé du divorce, le projet ménageant une place au contentieux de la réparation et de la responsabilité civile devant le même juge. Il demeure que, pour l'instant, l'extinction du contentieux dans le divorce —ou au moins son cantonnement drastique— ne sont plus à l'ordre du jour.²⁸

Une voie moins ambitieuse mais plus explorée, tend à inciter les époux ou parents à passer entre eux des accords que le juge prendra en considération voire entérinera ou homologuera. C'est ce qui était déjà en filigrane dans l'ancien article 372-1 du Code civil renvoyant à "la pratique précédemment suivie dans des occasions semblables" pour régler les conflits parentaux ponctuels.²⁹ C'est ce que prévoit très expressément l'article 373-

²⁶ Loi du 29 juillet 1994 et décret du 24 février 1995 (article 1157-2 NCPC).

²⁷ En l'absence d'enfants mineurs ? L'idée renouait avec la tradition révolutionnaire puisque c'était une possibilité admise pour la loi du 20 septembre 1792 introduisant pour la première fois le divorce en France.

²⁸ *Cfr.* F. Boulanger, au sujet de la réforme française du divorce: la notion de rupture dans les droits européens et la survie des éléments subjectifs, D. 2002, chr. 590.

²⁹ Repris par l'article 373-2-11 qui ajoute à la pratique "les accords antérieurement conclus".

2-7 pour l'organisation des modalités d'exercice de l'autorité parentale et la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.³⁰ De même la réforme de la prestation compensatoire entre époux divorcés mise en place par la loi du 30 juin 2000 régit strictement la prestation fixée par le juge alors qu'elle ouvre une large place à la liberté des époux pour la prestation convenue entre eux dans le cadre d'un divorce sur requête conjointe.³¹

Une voie prometteuse —plus exigeante aussi peut-être— consiste à favoriser l'apaisement et le règlement des conflits par l'intervention d'un tiers. La loi du 8 février 1995 avait développé l'idée d'une conciliation et d'une médiation par un tiers à l'initiative du juge. A la suite, un décret du 22 juillet 1996 avait inséré dans le nouveau code de procédure civile une réglementation de la médiation.³²

La loi du 4 mars 2002 a expressément inscrit la médiation familiale dans l'article 373-2-10 du Code civil: après avoir rappelé la mission de conciliation dévolue au juge aux affaires familiales, le texte poursuit que, "à l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder".³³

La pratique de la médiation familiale demeure encore trop limitée. Une enquête réalisée en octobre 2002 révélait qu'il y était recouru dans 1.6% des affaires familiales traitées par les TGI et 2.3% de celles traitées par les cours d'appel. On estime que les deux tiers des recours à la médiation familiale sont initiés par le juge, un tiers ayant un caractère spontané. Le divorce et la séparation constituent le domaine où la médiation est la plus répandue, mais il y est aussi recouru en matière de protection de l'enfance (à l'initiative du Procureur de la République mais sur une base juridique différente). En revanche elle demeure encore insuffisamment répandue en matière de conflits de successions(le notariat commence à être sensibilisé à la médiation). Une étude réalisée en 1994 pour le Ministère de la Justice

³⁰ Le JAF est appelé à homologuer la convention des parents.

³¹ Comp. Article 274 à 277 et 278-279 c. civ. La convention des époux est soumise à l'homologation du JAF (décision gracieuse).

³² Article 131-1 à 131-15 NCPC.

³³ Le juge peut aussi enjoindre les parents de rencontrer un médiateur afin d'être informés sur l'objet et le déroulement de cette mesure: tentative de convertir les réticents.

mettait en le domaine où la médiation est la plus répandue, mais il y est aussi recouru en matière de protection de l'enfance (à l'initiative du Procureur de la République mais sur une base juridique différente). En revanche elle demeure encore insuffisamment répandue en matière de conflits de successions (le notariat commence à être sensibilisé à la médiation).

Une étude réalisée en 1994 pour le Ministère de la Justice mettait en évidence la variété des formes et des structures de médiation: les médiateurs exerçant en secteur libéral sont peu nombreux et les services de médiation: les médiateurs exerçant en secteur libéral sont peu nombreux et les services de médiation créés, au sein des tribunaux, par des associations, sont de moins en moins nombreux (peut-être la nécessité d'une distance entre le juge et le médiateur). Certaines professions juridiques, les notaires et surtout les avocats, ont mis en place des formations qui ont abouti à la création de services au sein des organismes professionnels (sous la forme d'associations). Enfin un grand nombre de services de médiations ont été créés au sein d'associations à caractère ou à finalité familiales, réunissant après une formation spécifique des personnes d'origines variées: juristes, psychologues et psychothérapeutes, conseillers conjugaux ou familiaux, travailleurs sociaux. Pour l'instant l'offre est largement supérieure à la demande, mais celle-ci devrait croître considérablement dans les années qui viennent dès lors que les pouvoirs publics poursuivront leur politique actuelle.³⁴

Lorsque la médiation aboutit à un accord, celui-ci est homologué par le juge. L'article 131-12 du nouveau code de procédure civile précise que "l'homologation relève de la matière gracieuse", ce qui sous entend que le juge ne se contente pas de constater, ainsi qu'il le fait dans un procès verbal de conciliation (article 129 et 130), mais qu'il est appelé à vérifier et à apprécier l'accord présenté, à l'instar de ce que prévoit l'article 373-2-7 du Code civil pour la convention des parents sur l'exercice de l'autorité parentale. Ce texte prévoit en effet que "le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement": si la médiation est un mode d'apaisement des conflits, ce ne doit pas être au prix de l'abandon de toute protection judiciaire.

³⁴ P. ex. la mise en place d'un conseil consultatif national de la médiation familiale par un arrêté du 8 octobre 2001, pour une durée de 3 ans (ce qui laisse augurer d'une élaboration rapide, en 2003-2004, des textes et des mesures à prendre).

III. ENFANT ET JUSTICE FAMILIALE

L'enfant a longtemps été l'objet d'un paradoxe dans le droit et la procédure relatifs à la famille. D'un côté il bénéficie de toutes les sollicitudes du législateur et de toutes les attentions du juge, préoccupés de la protection de sa personne et de ses intérêts, mais d'un autre côté cette protection prend la forme d'une incapacité générale d'exercice jusqu'à l'âge de la majorité civile. Malgré les assouplissements apportés par la prise en compte de la maturité et de la situation du mineur,³⁵ cette incapacité pouvait donner l'impression que celui-ci se trouvait comme dépossédé de lui-même.

Sans renoncer au principe et sans même mettre en place explicitement des majorités spéciales anticipées, la tendance de la législation contemporaine est d'ouvrir des brèches dans l'incapacité pour permettre à certains mineurs soit de s'opposer à une décision de leurs représentants légaux, soit même de décider sans ou contre ces représentants. Ainsi on peut observer que l'accession à l'âge de 13 ans ouvre au mineur un droit de veto qui contraint ses parents ou tuteurs à obtenir son consentement à un changement de son prénom (article 60 c. civ) ou de son nom si ce changement ne résulte pas d'une modification de sa filiation (article 61-3 et 334-4 c. civ).

De même doit-il consentir à son adoption plénière (article 345 c. civ) ou simple (article 360 c. civ), ou à la demande d'attribution de la nationalité française faite en son nom (article 21-11 c. civ). Il en va encore de même, sans condition d'âge, pour le prélèvement de moelle osseuse au bénéfice d'un frère ou d'une sœur (article L 1231-3 c. santé publique). Allant plus loin encore la loi a ménagé, dans le domaine de la sexualité des mineurs, une sphère de secret échappant à l'autorité parentale: c'est le cas pour la délivrance de contraceptifs (articles L 2311-4 et L 5134-1 c. santé publique) et même, depuis la loi du 4 juillet 2001, de l'interruption volontaire de grossesse.³⁶ Plus largement encore la loi du 4 mars 2002 permet au médecin de se dispenser d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale si le mineur s'y oppose expressément afin de garder le secret sur son état (article L 1111-5 c. santé publique).

³⁵ *Cfr.* article 389-3 c. civ: cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes.

³⁶ La prise en charge anonyme et gratuite est organisée par le décret 2002-799 du 3 mai 2002.

Ces fenêtres d'autonomie ouvertes au mineur appellent bien évidemment un prolongement procédural qui a pris forme avec la loi du 8 janvier 1993. Ce texte, directement inspiré par la Convention de New-York sur les Droits de l'enfant, organise tout d'abord la désignation d'un administrateur *ad hoc* chargé de représenter le mineur dans une procédure lorsque les intérêts de celui-ci "apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux" (article 388-2 c. civ). Surtout cette loi prévoit, dans l'article 388-1 du Code civil, l'audition du mineur dans toute procédure le concernant. La seule condition énoncée au texte est que l'enfant soit capable de discernement, étant précisé que s'il en fait la demande, l'audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. L'organisation de l'audition de l'enfant est désormais prévue par les articles 338-1 à 338-9 du nouveau code de procédure civile (rédaction décret 16 septembre 1993): notamment le juge doit informer le mineur de son droit d'être entendu seul, avec un avocat ou une autre personne de son choix. Cette occasion offerte au mineur de faire entendre sa parole au juge ou à la personne que celui-ci a désignée à cet effet ne lui confère pas pour autant la qualité de partie à la procédure.

En revanche le mineur peut lui-même saisir le juge des enfants dans le cadre de l'assistance éducative (article 375 c. civil), ou interjeter appel des décisions de ce juge. Il peut bien entendu faire le choix de se faire assister d'un avocat: ce choix est d'autant plus important, même si le mineur n'a pas pris l'initiative de la procédure, que l'article 1187 du nouveau code de procédure civile dans sa rédaction du décret du 15 mars 2002 ne lui permet la consultation du dossier qu'accompagné de son avocat.³⁷

Cette entrée progressive de l'enfant dans la procédure est le signe tangible de la reconnaissance de son autonomie croissante. Elle suppose la mise à disposition d'une assistance et donc, au premier chef, une mobilisation des barreaux: il a déjà été noté que des formations spécifiques se mettent en place pour que des avocats se consacrent plus efficacement à la défense des mineurs, devant les juridictions pénales autant que civiles d'ailleurs. Il est vrai en effet que l'avocat de l'enfant remplit sa mission d'assistance dans des conditions tout à fait particulières. Il est sans doute en charge des intérêts propres de celui qui l'a choisi —ou pour qui il a été désigné par son Bâtonnier (article 338-7 NCPC)— comme il le serait pour un autre

³⁷ Ou d'un membre du service éducatif chargé de la mesure sur autorisation du juge.

justiciable: cette similitude signe déjà la reconnaissance de l'enfant comme personne. Mais l'avocat d'enfant est plus que cela: il lui incombe de porter la parole de celui qui n'a pas toujours les mots pour la dire, de soutenir des intérêts qu'il lui a fallu discerner. Le rapport avec l'enfant-client est spécialement exigeant de compétences, d'attentions et de disponibilité: afin que l'enfant soit reconnu et non instrumentalisé.

C'est la spécificité de la personne qu'est l'enfant qui a conduit la loi du 6 mars 2000 à instituer un Défenseur des enfants. Il s'agit d'une autorité indépendante chargée de défendre et de promouvoir les droits de l'enfant. A cet effet ce Défenseur reçoit les réclamations individuelles présentées par les enfants mineurs. Selon les cas, il transmet la requête au médiateur de la République lorsqu'elle met en cause une administration, ou il fait lui-même les recommandations propres à régler la difficulté lorsque la requête met en cause une personne physique ou une personne morale de droit privé. Le cas échéant il est habilité à demander communication de toute pièce utile. Enfin le Défenseur des enfants porte à la connaissance de l'autorité judiciaire ou administrative les affaires auxquelles l'une ou l'autre est susceptible d'apporter une réponse adéquate.

L'apparition de cet organe supplémentaire, accessible aux intéressés et en relation avec les autorités et organes susceptibles d'intervenir illustre assez bien cette idée que les procédures familiales ont peut-être moins besoin d'une uniformisation faussement simplificatrice que d'une coordination et d'une collaboration souples permettant l'expression de complémentarités efficaces.