

LES PROCEDURES FAMILIALES EN PAYS DE “CIVIL LAW”

Marie Thérèse MEULDERS

SUMARIO: I. *Introduction. La specificite du contentieux familial.*
II. *Justice contentieuse et acces a la justice.* III. *Justice negociée et modes alternatifs de reglement des conflits.*

I. INTRODUCTION.

LA SPECIFICITE DU CONTENTIEUX FAMILIAL

Le thème des procédures familiales envisagé sous un angle comparatif est d’une complexité extrême dans la mesure où il implique à la fois le droit substantiel de la famille et le droit procédural, eux-mêmes intimement liés aux cultures et aux particularités des différents systèmes juridiques.

A cela s’ajoute la spécificité du contentieux familial en raison de la nature propre de son objet, car l’état des personnes et les relations familiales ne revêtent pas seulement un intérêt social évident qui leur confère traditionnellement un caractère d’ordre public les soustrayant en tout ou en partie à la libre disposition des volontés. Ces relations et leurs crises ont aussi un caractère privé, humain et psychologique qui fait qu’on ne peut les traiter comme un contentieux ordinaire.

En outre il s’agit moins dans ces cas de “dire le droit” pour le passé, que de régler le mieux possible des situations de fait engageant l’avenir des individus et des familles dans l’intérêt général et particulier.

Les modes de résolutions des conflits familiaux se situent donc à la croisée du privé et du public, au même titre que du droit substantiel et du droit processuel.

Or, depuis plus de trente ans, et plus particulièrement dans les pays occidentaux, une évolution rapide se manifeste à la fois par une désaffec-

tion du mariage, une revendication d'autonomie individuelle et de privatisation des relations personnelles et familiales, une fragilisation croissante des couples, mariés ou non, et des familles.

Depuis les années 70 tous les Etats ont donc modifié leur droit substantiel de manière plus ou moins radicale en matière de mariage, divorce, filiation, autorité parentale, tant sur le plan personnel que patrimonial, et ouvert le prétoire à une explosion de conflits et à une demande de justice à laquelle les tribunaux ne parviennent plus à faire face, le contentieux familial représentant en moyenne 50 à 60% du contentieux des juridictions civiles. Il en résulte une situation paradoxale entre une demande de plus de droits et moins de Droit, plus de justice et moins de procédure, plus de liberté et plus de protection, et une tension dans les choix politiques à adopter.

Le droit judiciaire, en tant qu'auxiliaire du droit substantiel et serviteur de la justice est ici directement concerné et appelé non seulement à s'adapter à un contentieux différent de tous les autres, mais aussi à en atténuer si possible les effets négatifs et destructeurs. Mais ses structures traditionnelles sont plus lourdes et plus lentes à mouvoir que le droit du fond en raison de l'accumulation des strates législatives ou réglementaires relatives à l'organisation judiciaire et aux règles de compétence et de procédure, à l'insuffisance de moyens humains et matériels disponibles.

Au risque d'aboutir à la désaffection de la justice et à la tentation de "déjudiciarisation" des conflits familiaux au profit de leur "privatisation" et de leur "contractualisation", sans autre forme de protection des parties les plus faibles.

D'où la division en deux parties:

- Justice contentieuse et "accès à la justice".
- Justice négociée et "formes alternatives de justice".

II. JUSTICE CONTENTIEUSE ET ACCES A LA JUSTICE

A la différence de maintes cultures traditionnelles orales ou non, plus orientées vers la discussion, la médiation et la négociation en vue de maintenir la paix sociale, la conception occidentale du procès suppose un combat judiciaire entre un gagnant et un perdant. La question est donc de savoir où et comment ce combat va se dérouler, notamment en matière familiale,

dès lors que ne fonctionnent plus les anciennes médiations familiales ou de proximité.

1. *Le droit a un proces equitable*

Un principe domine la matière en Europe: celui de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) tel qu'interprété et sanctionné par la Cour européenne de Strasbourg, selon lequel: “Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi”.

Selon la jurisprudence interprétative et évolutive de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, ce droit recouvre non seulement l'effectivité du droit à l'accès au tribunal désigné par la loi, à l'indépendance et à l'impartialité “subjective” et “objective” des juges, rigoureusement appréciée, mais aussi au respect des principes directeurs du procès (principes du dispositif, du contradictoire et respect des droits de la défense), à l'égalité des armes, au délai raisonnable, à l'exercice des voies de recours et à l'exécution des jugements.

Combinés au principe d'égalité et de non-discrimination de l'article 14 CEDH, il s'agit là d'obligations positives des Etats d'y pourvoir et du devoir des juges du fond eux-mêmes de veiller à l'application directe de la Convention là où elle est incorporée au droit interne.

De son côté, le Conseil de l'Europe n'a cessé de multiplier les Recommandations et Résolutions en vue d'une amélioration de l'accès à la Justice, et plus spécialement en matière familiale, en raison de la spécificité de cette matière, également concernée par le droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 CEDH.

Enfin les Cours constitutionnelles nationales, là où elles existent, ont elles-mêmes activement contribué à constitutionnaliser tout le droit procédural en rapport avec le respect des droits fondamentaux tels que l'égalité, la non-discrimination, la dignité de la personne, l'autonomie des familles et le respect de la vie privée et familiale, et le libre développement de la personnalité.

Dans la pratique toutefois, on déplore dans tous les pays, outre l'engorgement des tribunaux, les mêmes maux dans le contentieux familial, à savoir:

- le morcellement des compétences et la dispersion des différentes juridictions compétentes;
- la complexité, la lenteur et le coût des procédures, le sentiment d'impuissance des parties lié à leur ésotérisme, et le caractère formel et traumatisant de l'appareil judiciaire;
- et enfin, le risque d'inefficacité des décisions.

2. Règles de compétence

A. L'éclatement des compétences

L'un des problèmes les plus déconcertants, coûteux et décourageants pour les justiciables en matière familiale est l'atomisation des compétences d'attribution et accessoirement territoriales, fruit des strates législatives ou réglementaires introduites au coup par coup dans l'organisation judiciaire, plus spécialement depuis les années 60, en multipliant les juridictions (juge de paix, tribunal d'instance, Tribunal de grande instance ou de Première Instance, Président du Tribunal, Tribunal des Enfants ou de la Jeunesse, Juge des Tutelles, etc.), et en diversifiant les compétences civiles en fonction de la nature du litige (questions d'état et de capacité, droits et devoirs des époux, dissentiments relatifs à la gestion du ménage et des biens ou à l'éducation et l'entretien des enfants, mesures urgentes et provisoires, séparations et divorces sous leurs diverses formes, autorité parentale, garde et droit de contact, aliments, régimes matrimoniaux ou successions), ou du moment où survient le litige (avant, pendant, ou après une procédure en séparation ou divorce) au sein d'une même famille. Et cela alors que la plupart des conflits familiaux sont liés à des problèmes matériels et psychologiques qui requièrent rapidité et efficacité.

Outre le désarroi des justiciables, les conséquences négatives en sont bien connues: concours ou conflits de compétence, intervention simultanée ou consécutive de différentes instances judiciaires qui ne connaissent chacune que d'une partie du conflit au risque d'amener à des décisions contradictoires, multiplication, ralentissement et coût des nombreux actes de procédure requis, règles de procédure et pouvoirs d'information différents des juges selon les juridictions, imprévisibilité de la jurisprudence, risques de forum shopping et accumulation d'arriéré judiciaire.

L'exemple le plus paroxystique d'une telle atomisation est celui de la Belgique où se succèdent ou se côtoient, selon la matière et le moment où

survient le litige, la compétence du juge de paix en matière de pensions alimentaire et de mesures urgentes et provisoires entre époux ou parents en cas de manquement grave ou de “mésentente sérieuse”; la compétence générale du Président du tribunal de première instance en référé, ou spéciale pour toutes les mesures provisoires durant la procédure en divorce ou séparation de corps; celle du Tribunal de la Jeunesse —lui-même section du Tribunal de première instance, mais soumis à d’autres règles de procédure— pour les questions de fond relatives à l’autorité parentale, garde et droit de visite, adoption et mesures de protection des mineurs; et celle du Tribunal de première instance, juridiction civile de droit commun en matière d’état civil, mariage, divorce, séparation de corps, filiation, régimes matrimoniaux et successions. Phénomène exceptionnel, le juge de paix, qui ne dispose d’aucun service social, ni de la présence du Ministère public, jouit en outre, et sans que l’on sache sur quel fondement sinon pragmatique, d’un pouvoir de décision au fond ultra petita en matière de mesures urgentes et provisoires, au risque d’empiéter sur la compétence d’autres juridictions telles que le juge de la jeunesse ou le Président en référé. Déploré depuis des décennies, et en dépit de multiples propositions de loi, ce morcellement n’a encore jamais reçu de solution.

Sans aller nécessairement aussi loin, la plupart des pays sous revue rencontrent les mêmes problèmes et tous les rapports nationaux posent la question des modalités possibles d’un regroupement plus rationnel des compétences.

B. Regrouper les compétences?

Différentes alternatives existent:

- Créer un Tribunal de la Famille autonome à compétence intégrale, composé de juges spécialement formés et permanents, et équipé de services psycho-médico-sociaux, de consultation ou d’assistance judiciaire, de conciliation ou de médiation? et à quel degré de proximité des justiciables?
- Ou des Chambres de la famille spécialisées au sein des juridictions civiles ordinaires, en formation collégiale? ou à juge unique?
- Ou désigner des juges délégués aux affaires familiales au sein des tribunaux ordinaires? spécialement formés ou non? à titre permanent ou non? assistés ou non de services auxiliaires?

- Ou à l’opposé, “déjudiciariser” les problèmes familiaux en les confiant à des organes para-judiciaires de type administratif spécialement formés et équipés?

Sur toutes ces questions, les rapports nationaux apportent les réponses les plus diversifiées.

A la dernière question, seuls la Norvège et le Danemark, dont les systèmes sont très proches, présentent une réponse originale liée à leur l’histoire commune: la compétence d’organes administratifs, le Gouverneur de Comté, assisté d’auxiliaires administratifs et sociaux spécialement formés et traditionnellement chargés de recevoir les parties —notamment en cas de séparation ou divorce— pour régler avec elles les accords relatifs aux effets de celui-ci, le prononcé de la séparation ou du divorce par le Gouverneur étant ensuite pratiquement automatique si toutes les autres conditions de fond requises sont remplies, sauf si des questions demeurent en litige et doivent être portées devant un juge, ou si les accords relatifs aux enfants ne sont pas jugés conformes aux intérêts de ceux-ci. Il ne s’agit donc pas d’une véritable compétence administrative excluant la compétence judiciaire.

Dans tous les autres pays sous revue, le contentieux familial relève exclusivement des juridictions étatiques selon un principe constitutionnel bien établi. Mais de manière extrêmement variée.

Parmi eux, l’Allemagne est le seul où le regroupement des compétences au sein d’un Tribunal de la famille spécial (Familiengericht) à compétence exclusive a été instauré au niveau le plus proche des justiciables. Créé en 1976 à l’occasion de la réforme introduisant le divorce “sans faute” comme unique forme de divorce et liant le prononcé et le règlement des effets en une seule et même procédure contrairement au morcèlement antérieur, le Familiengericht se trouve en effet intégré, mais autonome, au sein de la juridiction ordinaire de degré inférieur —l’Amtsgericht— et non du Tribunal de Land (Landesgericht), tandis que l’appel saute un degré de juridiction et relève directement de chambres spéciales du Tribunal supérieur régional (Oberlandesgericht). Initialement limitée aux litiges entre époux et ex-époux relatifs au divorce, sa compétence est devenue quasi-intégrale en matière familiale avec la réforme de 1998 créant un “Grand Tribunal de la Famille” (Gross FamilienGericht) et s’étend également à tous les cas de violences domestiques depuis l’adoption d’une loi spéciale de la même année. Le juge de la famille est un juge unique, spécialement formé

et affecté exclusivement et de manière stable au contentieux familial avec l'aide de services spécialisés, dont l'Office de la Jeunesse (Jugendamt), chargé de faire rapport dans tous les dossiers concernant des enfants mineurs, et d'autres services auxiliaires médico-psycho-sociaux. En revanche, le Ministère public ne fait plus partie de la juridiction —pas même en matière de nullité de mariage— même s'il peut être appelé à donner son avis ou se porter partie intervenante. La loi allemande a poussé le souci de regroupement des questions litigieuses si loin qu'elle a même rendu obligatoire la “jonction” procédurale de toutes les questions subséquentes à un divorce ou en annulation de mariage, qui peuvent être jointes devant le même tribunal et dans une même procédure, telles que la compensation des droits de pensions, les obligations alimentaires et le sort des enfants. Si d'autres problèmes surgissent ultérieurement, ils reviendront nécessairement devant le même juge. La loi de 2002 relative au “partenariat enregistré” a depuis lors encore élargi la compétence des tribunaux de la famille aux couples enregistrés, de quelque sexe qu'ils soient.

La France au contraire n'a pas de “tribunaux de la famille” autonomes et s'est montrée très réticente aux premières expériences prétoriennes de “Chambres de la Famille” initiées dans les années 60, par crainte des civilistes de voir dénaturer le droit civil des personnes au contact des sciences humaines et, inversement, du danger de paternalisme d'Etat ou de contrôle social sur les affaires familiales. La loi du 11 juillet 1975, portant réforme du divorce, n'a donc créé qu'un Juge aux affaires matrimoniales (JAM), juge unique à compétence limitée aux différentes procédures en divorce, et ce n'est que celle du 8 janvier 1993 sur l'Etat-civil, la famille et les droits de l'enfant, qui a opéré un “remembrement” plus large des compétences familiales entre les mains du Juge aux affaires familiales (JAF). Celui-ci n'est autre qu'un juge-délégué au sein du Tribunal de grande Instance (TGI), regroupant désormais toutes les compétences en matière de divorce, quelle qu'en soit la forme, mais aussi toutes les mesures urgentes, tant pendant le mariage qu'en cas de procédure en séparation ou divorce, ainsi que les actions en matière alimentaire, d'autorité parentale, de garde et droit de visite, à l'égard de tous les enfants nés dans ou hors mariage. Ainsi, le JAF est-il à la fois juge de la mise en état, juge des mesures provisoires, juge des référés et juge du fond. Pour le reste, le Tribunal de Grande Instance, juridiction ordinaire en matière civile et formation collégiale, demeure compétent en matière d'état des personnes notamment de mariage et filiation, en matière patrimoniale (régimes matrimoniaux et suc-

cessions) et déchéance de l'autorité parentale, tandis que le Juge des Tutelles (au Tribunal d'instance) conserve des attributions en matière de tutelle des mineurs et des incapables majeurs, et le Juge des enfants exerce la compétence en matière d'assistance éducative aux mineurs. Toutefois, le JAF étant lui-même un juge délégué du Tribunal de grande instance, et le Tribunal des enfants y étant également rattaché, le regroupement territorial se trouve amélioré *de facto*. Précisons aussi que le JAF n'est pas indéfiniment attaché à sa fonction et qu'une rotation de juges existe au sein du Tribunal de Grande Instance. Au total, il n'y a en France ni véritable concentration des compétences, ni standardisation des procédures.

En Espagne où se côtoient en outre une pluralité de législations civiles et judiciaires relevant de l'Etat ou des Communautés autonomes, et où des réformes importantes du droit de la famille et de la procédure civile ont eu lieu depuis la Constitution de 1978, dont une réforme de toute la procédure civile en 2000, il n'y a ni tribunaux de la famille, ni chambres spéciales de la famille, sauf dans certaines grandes villes. C'est au sein du Tribunal civil ordinaire que le Juge de première instance —juge unique— ou le “juge de la famille” là où existent des chambres spécialisées—exerce la compétence en référé ou au fond, selon les règles de procédure spéciales concernant la famille introduites par la Loi de Procédure civile de l'an 2000. En appel, les Chambres sont collégiales. Les Tribunaux des mineurs n'ont pas de compétence en matière civile, pas plus que le juge de paix —juge de proximité— en matière familiale.

Au Portugal, certaines grandes villes seulement ont été dotées d'un Tribunal de la famille et d'un Tribunal des mineurs. Partout ailleurs ce sont les tribunaux ordinaires qui jugent les matières familiales.

En Italie, une atomisation du contentieux familial, déplorée depuis longtemps, subsiste entre le Tribunal ordinaire (à formation collégiale) non spécialisé, le Président du tribunal en matière de conciliation et procédures d'urgence, le Tribunal des mineurs (composé de deux juges de carrière et de deux assesseurs non juristes) pour toutes les questions relatives aux enfants y compris l'établissement de la filiation, et le juge des tutelles chargé de veiller aux intérêts patrimoniaux des mineurs et à l'exécution des décisions du tribunal ordinaire et du tribunal des mineurs. Atomisation encore complexifiée par la procédure spéciale de séparation et divorce en deux temps, et les enchevêtrements entre juridiction contentieuse et juridiction volontaire (ou gracieuse). Le Pretore, juge de proximité auparavant chargé de concilier ou d'arbitrer les dissentiments entre époux sur base de l'article

145 du Code civil a été supprimé en 1998. Cette compétence revient désormais à un juge unique du Tribunal ordinaire.

En Grèce une loi de 1996 (Loi 2447/1996, article 48) a prévu la création de sections spécialisées en matière familiale au sein des tribunaux ordinaires, et de juges spécialement formés pour ces matières, nommés pour deux ans, ainsi que de services sociaux spéciaux dans chaque juridiction de premier degré. Mais cette loi n'est entrée en vigueur que pour moitié, en ce sens qu'il existe des sections spécialisées, mais pas encore de juges spécialisés, ni de services sociaux spéciaux attachés au tribunal. Les compétences d'attribution sont partagées, en fonction de la nature des litiges et des procédures à suivre, entre Tribunal de Grande Instance, à composition collégiale appliquant des règles de procédure spéciale aux actions familiales, et Tribunal d'Instance, à juge unique et procédure ordinaire. Mais des possibilités de joindre différentes matières devant le même tribunal selon les mêmes règles procédurales, semblent permettre des passerelles. En revanche, il ne semble pas y avoir de tribunaux spéciaux pour enfants mineurs.

Aux Pays Bas, bien que les compétences restent divisées entre le juge cantonal (Kantonrechter), le Tribunal civil ordinaire et le Tribunal des mineurs, ces trois juridictions siégeant désormais au même endroit, la solution pragmatique consiste pour le juge saisi, quel qu'il soit, à renvoyer l'affaire à celui qui lui paraît le plus compétent au sein du même siège.

Le rapport Russe fait état de ce qu'il n'y a, depuis la chute de l'URSS et même depuis l'adoption récente d'un Nouveau Code de Procédure civile (2002), ni tribunaux de la famille, ni juges spécialisés, alors qu'une expérience de tribunaux de la famille avait été programmée peu avant la fin du régime, mais non réalisée. Toutes les décisions relatives aux matières familiales sont prises par le juge de paix —précédemment supprimé par le régime soviétique— à l'exception des questions relatives à la paternité et à la maternité, du divorce s'il y a litige relatif à la garde d'un enfant mineur, de l'adoption et de la déchéance de l'autorité parentale, qui sont traitées au sein des Cours de district par un juge unique (au lieu d'un collège précédemment composé d'un juge et de deux assesseurs non professionnels), qui acquiert l'expérience par la pratique. L'objectif est de rapprocher la justice des justiciables et de la rendre moins onéreuse en temps et en argent. La jonction de questions connexes en matière personnelle, patrimoniale ou alimentaire, est admise. Il n'y a pas de services auxiliaires spécialisés, ni de psychologues ou d'experts attachés au tribunal. En revanche l'Office des Tutelles remplit un rôle important en ce qui concerne

la protection des enfants mineurs en danger, et le Ministère public joue un rôle actif dans les affaires familiales.

Le rapport Québécois signale que sept des dix provinces canadiennes ont fait le choix de créer un Tribunal unifié de la famille. En revanche dans la Province de Québec, qui jouit d'un droit mixte et d'une certaine autonomie constitutionnelle en matière civile et judiciaire, les matières familiales —à l'exception de l'adoption, la protection de la jeunesse et la plupart des affaires de criminalité familiale et juvénile, qui incombent à un autre tribunal (la Cour du Québec)— relèvent pour l'essentiel de la compétence de la Cour supérieure (juridiction de premier degré) et non d'un tribunal de la famille à compétence intégrale spécialement équipé, comme l'avait souhaité dans les années 70 l'Office de révision du Code civil. Pour des raisons constitutionnelles et de moyens financiers, ce projet ambitieux n'a pas abouti. A l'heure actuelle, la Cour supérieure dispose néanmoins de Chambres de la famille spéciales et d'un service d'expertise psychosocial pour les enfants. Le tribunal est composé d'un juge unique (trois à la Cour d'appel), et le Ministère public, bien que compétent, n'y prend jamais part.

La Tunisie, premier Pays arabo-musulman ayant cherché à moderniser le droit de la famille en adoptant en 1956 un Code du Statut personnel, a ouvert la famille à l'intervention judiciaire dans l'intention de faire du juge l'auxiliaire d'une conception nouvelle du droit de la famille fondé sur la protection de la femme et de l'enfant et la recherche de l'égalité des époux. Le fait est remarquable car traditionnellement c'était le *cadi* qui arbitrait les questions de famille sur base du droit religieux. En 1993, une loi a en outre institué un juge de la famille au sein du Tribunal de première instance, juge qui n'est cependant chargé que des affaires de divorce, mais dont la mission s'est trouvée renforcée par l'adoption du Code de Protection de l'enfant en 1995, concernant particulièrement l'enfant en danger. Pour le reste, le contentieux familial demeure éclaté en premier ressort entre Tribunal de 1ère instance, le Président du Tribunal, et le juge cantonal en matière alimentaire.

Poursuivant ce périple, le rapport brésilien, qui fait état des changements constitutionnels importants survenus au Brésil en 1988 avec l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale et l'adoption d'un nouveau Code civil en 2002 (entré en vigueur le 6 janvier 2003) notamment en matière de droit de la famille, signale que, bien qu'il existe en fait des chambres qui ne s'occupent que d'affaires familiales au sein des tribunaux et que le rôle juridictionnel des juges dans le contentieux familial soit important,

le législateur brésilien s’est refusé à créer des juges de la famille spécialisés au sein de formations ordinaires ou spéciales. Il s’agirait d’un souci de respect de l’autonomie des familles dans leur vie privée contre des risques d’ingérence, qui rappelle quelque peu le souci des civilistes français lors de l’expérience prétorienne des “chambres de la famille”. Par contre, presque toutes les chambres qui s’occupent d’affaires familiales recourent à des auxiliaires de justice (psychologues et assistants sociaux) appelés soit par les parties, par les avocats ou le juge lorsqu’il s’agit en particulier de conflits relatifs aux enfants.

Par opposition, le rapport mexicain reflète un souci évident et très fort de la part du législateur de renforcer par tous les moyens la protection judiciaire des familles et de leurs membres en cas de litige ou de violences, par la création expresse d’un système judiciaire autonome de tribunaux de la famille à compétence intégrale en première et seconde instance (Loi organique des Tribunaux du District fédéral et des Territoires fédéraux de 1971) et l’adoption de règles de procédure spéciales (introduction d’un Titre XVI dans le Code Procédure civile du District fédéral et des Territoires fédéraux intitulé “Du contentieux de l’ordre familial” en 1973) pour les conflits requérant une intervention prompte et efficace. Des Unités de protection contre les violences familiales et des procédures administratives spéciales ont été créées en vue d’interventions rapides, et la formation du personnel de services spécialisés et des juges renforcée. Des règles spéciales tendant à simplifier ou supprimer les formalités inutiles, notamment en matière alimentaire et de violences familiales et à favoriser la confiance des justiciables dans la justice ont été adoptées. Le Ministère public joue un rôle important. Toutefois le rédacteur estime que ces mesures sont encore insuffisantes.

On soulignera à ce propos et de manière particulièrement significative l’adoption de lois de compétence et de procédure spéciales en matière de violences familiales, non seulement au Mexique et au Paraguay (2000), mais en Allemagne (1998), et en Italie (2001) prévoyant un recours auprès de tout juge pour obtenir des mesures urgentes de nature pénale, civile ou procédurale. Il s’agit là d’une nouveauté révélatrice d’un phénomène longtemps caché, mais dont on aurait pu espérer qu’il diminue plutôt que d’augmenter.

On mesure à ce tableau bigarré, et la nécessité impérieuse de rationalisation, et la perplexité qui règne quant aux modalités à choisir. S’il est évident en effet que l’éclatement des compétences est la croix des justiciables, les questions demeurent légion.

Il n’y a pas de réponses simples à ces questions, à commencer pour des raisons pratiques telles que l’étendue du territoire (la Russie ou le Mexique ne sont pas la Belgique ou les Pays-Bas), ou les moyens disponibles en hommes et en argent. La question du degré de proximité reste délicate. Mais pour le reste, on peut se demander s’il est sage de concentrer toutes les matières familiales, contentieuses ou non au sein d’une juridiction autonome, et de confier aux mêmes juges le suivi des familles à long terme (risque de partialité des juges, risque de lassitude des justiciables et des juges) au péril de “labelliser” le droit des personnes et de la famille comme un droit pathologique —alors qu’il est une des branches essentielles du droit civil— et la justice familiale comme une justice clinique.

Bien que le système allemand semble donner satisfaction, une réponse raisonnable serait sans doute de créer, au sein des tribunaux civils de première instance, plutôt qu’au niveau inférieur, des Chambres ou Sections spéciales de la famille et de la jeunesse (sauf en matière pénale) rassemblant toutes les compétences civiles en matière personnelle et patrimoniale, dûment équipées en personnel et services auxiliaires, et des procédures adaptées et unifiées pour des questions spécifiques.

On en vient ainsi au second problème majeur de l’accès à la justice: les règles de procédure.

3. Règles de procédure

Le parcours du combattant. Si grande soit la complexité des règles de compétence, celle des règles de procédure est encore plus déroutante, source de coûts et de lenteurs désespérantes pour les parties et de rébus ou de chicanes pour les praticiens.

Les causes en sont multiples. Parmi elles, on retiendra au premier chef, outre la dispersion des compétences déjà vue et les concours ou conflits de compétence qui peuvent en résulter, l’enchevêtrement technique de multiples règles de procédure spéciales venues se superposer ou se substituer aux règles de droit commun, qu’il s’agisse de juridiction contentieuse ou gracieuse ou du mélange des deux selon la nature des litiges et des juridictions saisies, du passage de l’une à l’autre, des différents moments de l’instance, de l’urgence, des modalités d’introduction de la demande ou des mesures d’instruction, de la forme de divorce choisie, des voies de recours

ou enfin des voies d'exécution. Auxquelles s'ajoutent le formalisme, la pesanteur administrative liée à la surcharge des tribunaux, au manque de personnel et de moyens, ainsi que, last but not least, les déficiences et négligences éventuelles des représentants des parties ou autres auxiliaires de justice, sans oublier les manœuvres dilatoires.

Ainsi, pour ne prendre que quelques exemples, en droit allemand, en dépit de la concentration des compétences au sein du Familiengericht et du fait qu'il n'existe qu'une seule forme de divorce (pour échec irrémédiable du mariage) le juge doit appliquer tantôt les règles de procédure de la justice contentieuse (Zivilprozessordnung ZPO), tantôt celles de la juridiction gracieuse (Freiwillige Gerichtsbarkeit, FGG), ce qui rend, selon le rapporteur, le système extrêmement compliqué et peu transparent. Inversement, et de manière plus anecdotique, en droit belge quatre juridictions différentes —le Président du Tribunal de lère instance, le juge de la jeunesse, le Tribunal de lère instance et le juge de paix— peuvent à propos d'une même affaire ordonner des mesures d'enquête sociale ou d'expertises psycho-médicales, mais sous des qualifications et des régimes procéduraux différents.

Simplification, accélération, efficacité, déformalisation sont donc les mots-clés des remèdes recherchés dans tous les pays, avec plus ou moins d'imagination, et des nombreuses Recommandations et Résolutions du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui s'échelonnent depuis 1976 en vue faciliter “l'accès à une justice équitable et efficace”. Bien que dépassant le cadre particulier du droit de la famille, et n'étant que des recommandations non contraignantes, elles ont toutes évidemment un impact sur le contentieux familial.

Simplification et accélération. C'est dans cet esprit que l'on peut relever dans divers rapports nationaux et selon la nature des actions, des éléments qui indiquent un effort de simplification et d'accélération des procédures concernant:

- Les modes d'introduction de la demande: par requête unilatérale ou conjointe plutôt qu'assignation ou citation d'huissier, déclaration écrite ou verbale au greffe, simple lettre adressée au juge, ou comparution personnelle.
- Dispense de représentation par avocat selon la nature et l'objet de la demande —sauf au Brésil— ou représentation par un seul avocat,

voire par un tiers non juriste en Russie, mais il s'agit là d'une solution vraisemblablement provisoire, lié à un état de pénurie. En France la représentation par avocat est obligatoire devant le JAF en matière de divorce, avec la faculté pour les époux de prendre un seul avocat en cas de divorce sur requête conjointe. Elle n'est plus obligatoire devant le JAF en matière d'exercice de l'autorité parentale, d'obligation alimentaire ou d'entretien, ou de contribution aux charges du mariage, ni devant le juge des enfants en matière d'assistance éducative, devant le JAF pour la délégation d'autorité parentale, et devant le Tribunal de Grande Instance pour la déchéance de l'autorité parentale.

- Procédures simplifiées pour les mesures urgentes et provisoires en référé, ou sur décision du juge de paix (Belgique) en cas de manquement grave ou mésentente sérieuse en dehors des procédures en divorce ou de séparation de corps, mais qui peuvent être elles-mêmes sources de concours ou de conflits de compétences et de complications procédurales accroissant encore l'incertitude des justiciables, comme c'est le cas en Belgique.
- Plus efficacement en matière alimentaire des méthodes standards de fixation et de révision automatique des pensions alimentaires pour les enfants (et éventuellement les conjoints ou ex-conjoints), telles qu'elles existent en Allemagne, aux Pays Bas et au Québec, transférant ce contentieux du forum judiciaire au forum administratif.
- Ou encore des sanctions prétoriennees pour négligences et retards des avocats, notamment aux Pays Bas (si le dossier ne contient pas les pièces requises dès l'introduction de la demande: rejet pur et simple de celle-ci...ce qui sanctionne en fait le demandeur).

Enfin et surtout, c'est par le rôle actif du juge dans le déroulement de la procédure que l'on peut espérer accélérer l'issue du procès: fixation du calendrier, administration de la preuve, limitation des causes de nullité, et par l'incitation aux accords négociés (v. plus loin), ou par la simplification des procédures elles-mêmes. Ainsi, en Belgique, la réforme des procédures en divorce opérée en 1994 et 1997 a-t-elle sérieusement simplifié et raccourci celle du divorce contentieux (pour faute ou sans faute) en consacrant l'abandon de la tentative préalable de conciliation, sauf à la demande d'une des parties, et en consacrant la possibilité pour le juge d'acter immé-

diatement l'accord total ou partiel des parties concernant les mesures provisoires relatives à la personne et aux biens des enfants et des parties, avec valeur de jugement d'accord.

Au Québec, un système original qui mérite de retenir l'attention est celui de la “gestion d'instance” (Case Management). Dans ce cas, dès le début de l'instance, les parties ont l'obligation de produire une entente sur le calendrier de la procédure: mesures provisoires, délais de communication des pièces et déclarations, conditions des interrogatoires des experts, délais de production des différentes procédures. A défaut d'entente, le tribunal détermine lui-même les délais et modalités applicables au déroulement de l'instance. Comme le souligne le rapporteur, on assiste ainsi pour des motifs d'efficacité à un renforcement de la mainmise du tribunal sur le déroulement et l'échéancier des procédures, ce qui, en contexte judiciaire anglo-saxon, constitue un remodelage remarquable du rôle du juge.

Une dernière remarque s'impose néanmoins dans la mesure ou la simplification ne doit pas nuire au droit de la défense et à la sécurité juridique des parties et des tiers. Ainsi un formalisme minimum reste indispensable aux droits de la défense, notamment en ce qui concerne les modes d'introduction de l'instance. La citation, en effet, ne doit pas seulement informer en temps utile le défendeur de l'introduction régulière de la demande devant le juge compétent, mais, pour satisfaire aux droits de la défense, l'acte introductif doit aussi fournir des indications suffisantes sur l'objet de la demande afin de permettre un traitement immédiat de la cause et la préparation de la défense... Il en est de même pour la certitude de la date de l'assignation par rapport à celle de la notification. Le rapporteur belge formule la même remarque à propos de l'introduction simplifiée de la demande en divorce pour cause déterminée aux termes des réformes de 1994 et 1997 (v. *supra*).

Efficacité. Enfin, l'efficacité des décisions et des voies d'exécution et leur rapidité constituent la condition sine qua non de l'effectivité du droit.

Des solutions légales objectives applicables automatiquement au moment du divorce concernant la “compensation des droits de pensions” existent en Allemagne et dans d'autres pays (Pays Bas), ainsi qu'un partage obligatoire du “patrimoine familial” au Québec. Elles permettent d'éviter l'inégalité des rapports de force dans la négociation des conventions de divorce, ainsi que l'imprévisibilité des décisions judiciaires là où le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

Quant aux voies d'exécution, elles concernent essentiellement le recouvrement des pensions alimentaires et le droit de garde et d'accès des enfants.

En ce qui concerne le recouvrement des pensions alimentaires, qui est vital pour le créancier, outre des règles permettant d'obtenir des informations, y compris de la part des tiers, sur les ressources et la localisation des biens du débiteur, la levée des limites d'insaisissabilité du salaire de ce dernier et un droit de préférence pour le créancier, ainsi que les modes classiques que constituent les différentes sûretés et saisies, on trouve la "délégation de sommes" ou paiement direct au créancier d'aliments par le débiteur du débiteur, le recouvrement et le paiement direct par le Trésor public assorti du monopole des mesures d'exécution contre le débiteur, les avances de pensions par des caisses ou fonds publics avec subrogation, et les sanctions pénales pour abandon de famille (plus ou moins inutiles à l'égard de débiteurs déjà insolubles). Mais il est aussi des méthodes plus originales. Ainsi au Québec, une méthode sans doute plus efficace consiste dans la suspension des permis de conduire ou d'aviation, ou du passeport, ainsi qu'une coopération interjuridictionnelle entre provinces et territoires (2003). De même, au sein de l'Europe, la simplification des procédures de recouvrement des aliments à l'étranger fait l'objet de la coopération internationale sur base de conventions entre États reconnaissant la force exécutoire des décisions, mais sans organiser nécessairement l'exécution forcée.

Quant à l'inexécution des décisions relatives à la garde et au droit de contact des enfants, qui pose les problèmes les plus douloureux et pour lesquelles le recours à la force publique est particulièrement traumatisant et inefficace (v. le rapport italien qui déplore la faiblesse de moyen d'exécution en Italie dans ce domaine), l'astreinte ou amende civile par jour de non exécution des obligations de faire est couramment pratiquée dans certains pays, comme la Belgique. Au Québec, ou la sanction d' "outrage au tribunal" est inefficace dans ces matières, la menace la plus efficace est celle de la modification ou de la suppression du droit de garde ou d'accès. En France l'article 373-2-6 du Code civil prévoit la possibilité d'inscrire sur le passeport des parents l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français des deux parents. Mais il est vrai que les passeports ne sont plus guère contrôlés.

Au plan de la coordination judiciaire internationale en matière civile au sein de l'Union européenne, le Règlement dit Bruxelles II sur la compé-

tence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs, entré en vigueur le 1er mars 2001 fera place le 1er mars 2005 au Règlement dit “Bruxelles II bis”, qui élargit considérablement le champ d'application de la coordination judiciaire en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale à toutes les familles et à toutes les décisions judiciaires ou conventionnelles concernant la garde et le droit de visite et la protection de l'enfant.

Quant aux déplacements illicites d'enfants déplacement transfrontières, le Règlement Bruxelles II a pour objectif d'uniformiser les règles de compétence internationale et de faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux déplacement illicites d'enfants au sein de l'Union européenne et de compléter et renforcer la Convention de la Conférence internationale de La Haye pour le droit international privé du 25 octobre 1980 et celle de Luxembourg du 20 mai 1980 (Conseil de l'Europe) concernant les enlèvements internationaux d'enfants et le rétablissement de la garde, en attendant l'entrée en vigueur du Règlement Bruxelles IIbis.

Déformalisation-Humanisation. Un dernier mot doit être ajouté au sujet du terme, de plus en plus souvent employé, de “déformalisation” des procédures familiales, à ne pas confondre avec celui de “déjudiciarisation” que l'on retrouvera plus loin.

Une première interprétation de ce terme consiste dans l'allègement des formalités procédurales pour cause de simplification et d'accélération. Mais il faut rappeler ici la remarque de prudence formulée plus haut.

Une seconde signification est celle qui a trait à l'humanisation de procédures qui touchent au plus intime de la vie personnelle des intéressés dans des moments de crise douloureux et au souci de sauvegarder leur “vie privée et familiale” en dehors de l'appareil impressionnant de la justice et du rituel des procédures judiciaires, en favorisant le dialogue entre le juge et les parties, et si possible la conciliation entre elles. C'est l'objet des procédures en chambre du conseil et du jugement rendu en dehors du public. Et c'est aussi l'objectif du contact direct entre le juge et les parties (Juge de paix, JAF, juge de la jeunesse) et l'intérêt de la comparution personnelle spécialement requise aux Pays Bas. Il est impossible en revanche en cas de défaut des parties qui semble fréquent en Allemagne. Néanmoins, des nuances et des distinctions doivent ici être apportées.

Il existe en effet de sérieuses différences entre des débats à huis clos, en chambre du conseil, entre le juge, les parties, leurs représentants et les éventuels experts ou auxiliaires sociaux, en table ronde, formule pratiquée en Allemagne et au Québec, qui laisse sauf le principe de contradiction et les droits de la défense, et ce que l'on a baptisé en France “justice de cabinet”, dans le bureau du JAF, en forme de conversation informelle et intime entre le juge et parties, entendues “ensemble ou séparément”, pour, en finale s'y entendre prononcer le divorce sur requête conjointe, sans autre formalité.

Différents rapports signalent à ce propos des tendances paradoxales, et apparemment contradictoires, entre d'une part le renforcement du caractère d'ordre public des règles de procédure, du rôle inquisitoire du juge, de la garantie de la tutelle judiciaire et le raffermissement des moyens d'exécution, et de l'autre, parallèlement à la libéralisation du droit du fond, une tendance à la privatisation croissante des accords, à la “déjudiciarisation” et à la contractualisation des arrangements hors de la tutelle et du contrôle judiciaire. Et l'on en vient par là aux rôles des acteurs dans les procédures familiales.

4. *Le rôle des acteurs et les principes directeurs du procès*

L'évolution du droit judiciaire en matière familiale, telle qu'elle a été décrite dans l'introduction, a entraîné ici encore de profonds changements dans l'administration de la justice. Par un renversement logique des choses, l'ouverture des prétoires aux conflits internes de la famille a amené le juge à pénétrer dans le sanctuaire familial et à s'investir dans des recours qui n'ont plus rien à voir avec l'application syllogistique du droit aux faits. Désormais l'office du juge s'applique, d'une part à dire le droit dans les affaires d'état (mariage, divorce, filiation), et de patrimoine, et de l'autre à administrer tant bien que mal pour le présent et l'avenir, *rebus sic stantibus*, les relations familiales en crise. Son office s'en trouve considérablement modifié et nécessite en outre la participation d'un nombre accru d'acteurs, au point que l'on ait pu parler d'un véritable ballet: on y rencontre, outre le ministère public —dont le rôle se modifie également— et les avocats, une cohorte d'experts et d'auxiliaires non juristes: médecins, psychiatres, psychologues, travailleurs sociaux, conciliateurs, médiateurs... dont le rôle prend une place de plus en plus déterminante. Et qui plus est, on y découvre un nouvel acteur: l'enfant.

LES PROCEDURES FAMILIALES EN PAYS DE “CIVIL LAW” 317

Le rôle central du juge. Nonobstant ce qui vient d’être dit, le rôle central appartient indiscutablement au juge. A la différence du système accusatoire de Common Law où, sous réserve d’améliorations récentes, le procès est en principe “la chose des parties”, le juge des pays romanistes n’est pas un juge “aux mains liées”. Il dirige, en collaboration avec les parties, le procès et remplit en droit commun une quadruple mission:

Mission procédurale: Une fois saisi, il dirige la marche du procès, veille à éviter les lenteurs et procédés dilatoires, fixe le calendrier, ordonne des mesures d’instruction, veille à leur exécution.

Mission conciliatrice, que l’on verra plus loin.

Mission juridictionnelle: c’est à lui qu’il appartient de déterminer la norme juridique applicable à la demande (*Curia novit jura*) et de dire le droit, sans modifier l’objet et la cause de la demande et après débat contradictoire, dans le respect des droits de la défense.

Mission exécutoire: soit avant l’exécution, soit pendant, soit après, dans les limites de ses pouvoirs.

L’ensemble de la matière est tout entier dominé par les principes directeurs du procès: principe dispositif, principe du contradictoire, respect des droits de la défense, tels qu’ils ont été développés et étendus par la jurisprudence européenne au titre de l’article 6 de la CEDH: droit d’accès à un tribunal établi par la loi, droit à un jugement impartial et équitable, dans un délai raisonnable, droit à l’effectivité de l’exécution.

En matière familiale cependant, ces missions se trouvent considérablement élargies et la fonction de juger profondément modifiée depuis que l’évolution du droit substantiel a ouvert le prétoire aux conflits familiaux sur base de normes floues telles que “l’intérêt de la famille”, ou “l’intérêt de l’enfant” ou encore “l’échec irrémédiable du mariage”, en appliquant de plus en plus la “logique des intérêts” plutôt que la “logique des droits et obligations”. Dès lors la fonction du juge n’est plus seulement de “dire le droit” en appliquant des normes claires, mais de “gérer des crises” en exerçant moins un contrôle de légalité que d’opportunité sur la base d’une “pesée des intérêts” qui lui donne un pouvoir considérable lorsqu’il est appelé à arbitrer les dissentiments qui surgissent dans le déroulement des relations familiales. Il devient alors juge conciliateur, négociateur, arbitre et administrateur tutélaire, et dispose à cette fin de pouvoirs étendus de type inquisitorial: contacts directs avec les parties, décisions d’office, initiati-

ves dans la recherche des preuves, recours aux auxiliaires sociaux, audition des enfants, interventions simplifiées du ministère public. En outre, il est en dialogue permanent avec les experts des sciences du comportement. Et c'est à lui aussi qu'il incombe de contrôler le caractère équitable de certaines conventions. Ainsi qu'on l'a dit: "il décide plus qu'il ne juge", et sa saisine reste permanente dans la mesure où ces décisions, valables pour l'avenir, le sont seulement "rebus sic stantibus", si les circonstances ne changent pas.

L'accentuation du rôle inquisitoire du juge en matière familiale est donc flagrante, et les mesures qu'il prend, principalement pour la protection de l'enfant, mais aussi de la partie la plus faible, avec l'aide des informations fournies par le Ministère public, les experts et les travailleurs sociaux, reposent en définitive, sur sa propre appréciation du "meilleur intérêt" des parties, dûment motivée. Ainsi, selon le Code judiciaire belge, le juge peut d'office: ordonner une enquête, une expertise, une comparution personnelle, une production de documents, même par les tiers dans le cadre des mesures entre époux, une étude sociale et un examen médico-psychologique concernant les enfants. Mais ce pouvoir comporte certains dangers sur lesquels le rapporteur belge s'étend longuement quant au respect du principe dispositif concernant l'objet et la cause de la demande, du principe du contradictoire et de l'impartialité non seulement subjective, voire objective, si la comparution personnelle d'une des parties hors de la présence de l'autre, l'audition de l'enfant, la tentative de conciliation, ou le cumul de deux fonctions et d'autres informations non soumises à la contradiction venaient à inspirer sa décision. Fondamentalement, l'égalité des parties doit être garantie dans l'administration de la preuve.

De même, le pouvoir inquisitoire du juge est-il renforcé en matière de juridiction gracieuse, qui paradoxalement suppose l'absence de litige, dans le but de protéger les tiers (changement de nom ou de régime matrimonial, adoption, divorce par consentement mutuel...).

Il faut pour cette raison, sans contester néanmoins la légitimité du contrôle judiciaire sur le contentieux familial, veiller scrupuleusement aux garanties procédurales des principes directeurs du procès comme "contre-poids" à ce pouvoir inquisitoire. On y reviendra à propos du rôle conciliateur du juge.

Le droit québécois, pour sa part, est spécialement intéressant en ce qu'il concilie des aspects de la procédure accusatoire de Common Law avec un réel pouvoir du juge dans l'administration de la preuve en matière fami-

liale, car il s’agit là de la pondération des intérêts et de l’intérêt des enfants. En conséquence, le tribunal peut, à chaque instant de l’instruction, ordonner d’office la production de toute preuve additionnelle, faire venir les personnes dont il estime le témoignage utile, et convoquer ceux dont les intérêts pourraient être touchés par le jugement à venir. Selon le rapporteur, l’essence du contradictoire ne s’en trouve pas affectée pour autant car les parties demeurent les premières responsables de l’administration de la preuve et conservent d’autre part le droit de “contre-interroger” les témoins dont le tribunal aurait ordonné d’office la comparution, de même que les experts.

Le rôle du Ministère Public. Organe de la loi et garant de son respect au nom de l’exécutif, le rôle du Ministère public est symbolique et révélateur de l’importance attachée au caractère d’ordre public de l’état des personnes. En ce sens il reflète assez fidèlement l’évolution du contenu même de l’ordre public de direction ou de protection en cette matière particulièrement sensible et controversée, au travers des missions et pouvoirs qu’il reçoit de la loi, ou de la manière dont il use de ses prérogatives.

Il est à ce propos assez impressionnant de constater que le Ministère public ne fait pas partie du Tribunal de la famille (Familiengericht) en Allemagne et n’a même pas l’obligation d’agir ou d’intervenir en matière de nullité de mariage, bien qu’il le puisse, et que même là où sa présence est requise, celle-ci s’avère plus formelle que réelle dans certains pays (Italie, Québec). Qu’il s’agisse de droit d’action, d’intervention ou d’avis, l’accent semble se déplacer de la protection de l’ordre public de direction en matière de mariage et de bonnes mœurs vers celle de l’ordre public de protection de l’enfant en matière de filiation (contestation de filiation, reconnaissance mensongère, fraude à l’adoption, déclaration d’abandon), d’autorité parentale ou de mineur en danger, et des incapables (organisation de la tutelle des mineurs, ouverture de la tutelle d’un majeur...): droit d’action d’office comme partie principale, droit d’intervention comme partie jointe, droit d’avis dans les matières qui lui sont communicables, droit de réclamer des mesures d’information ou de protection à l’intervention des services sociaux compétents. A ce titre, sa présence reste relativement forte et même obligatoire dans une série de cas notamment en France, Belgique, Espagne, Russie, Mexique.

En Belgique plus spécialement, l’accentuation du style inquisitoire dans le contentieux familial se manifeste par un renforcement des pouvoirs d’ac-

tion et d’instruction du Ministère public. Outre le droit d’action qui lui est reconnu lorsque l’ordre public requiert son intervention, des dispositions particulières lui confèrent, aux fins d’assurer la protection des mineurs un pouvoir d’initiative accru: L’article 1280 du Code judiciaire reconnaît ainsi au Procureur du Roi le droit de saisir le président du tribunal de 1^{ère} instance en cas d’action en divorce ou en séparation de corps en vue de faire ordonner les mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens tant des parties que des enfants. De manière plus générale, les articles 387 bis du Code civil et 45 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse permettent au Ministère public d’agir d’office devant le tribunal de la jeunesse pour faire “ordonner ou modifier, dans l’intérêt de l’enfant, toute disposition relative à l’autorité parentale”, pouvoir dont il n’use cependant que si un danger grave menace l’enfant. Enfin, dans l’instruction d’une procédure familiale, le Ministère public dispose de pouvoirs d’investigation renforcés: il peut, dans le cadre d’une action en divorce, à l’initiative d’une partie, prendre tous renseignements utiles concernant la situation morale ou matérielle des enfants. L’article 872 C.J. prévoit par ailleurs qu’en matière d’exercice de l’autorité parentale et de garde d’enfants, de résidence des époux, de pension alimentaire et d’adoption, le juge peut requérir le Ministère public —lorsque l’affaire peut lui être communiquée pour avis— de recueillir les renseignements sur les objets qui lui paraissent nécessaires à son information. Ce texte, qui ne s’applique pas au juge de paix, est d’une particulière importance devant le tribunal de la jeunesse qui ne peut statuer dans ses compétences relatives à l’autorité parentale qu’après avoir entendu le Ministère public en son avis, à peine de nullité (article 765 CJ).

Le rôle des experts et des services sociaux. Une meilleure compréhension des aspects psychologiques des conflits familiaux et la psychologisation du contentieux familial a donné au rôle des experts médico-psycho-sociaux ainsi qu’aux travailleurs sociaux un développement considérable, tant pour la recherche des causes profondes des crises que des remèdes potentiels à leur apporter, spécialement en ce qui concerne les enfants.

Sans entrer ici dans les minuties des règles procédurales concernant les expertises et mesures d’instruction, il appartient aux parties de requérir, et au juge d’ordonner en matière de preuve ou au soutien de l’appréciation de l’opportunité d’une solution, le recours à des expertises médico-psychologiques à exécuter soit par des experts agréés auprès des tribunaux ou choisis

par les parties, ou des enquêtes sociales effectuées par des services sociaux attachés au tribunal ou extérieurs, en fonction des ressources disponibles. Certains services sont gratuits. La situation ici est extrêmement variée.

En outre, dans certains pays un organisme officiel extérieur est chargé d’informer et d’assister le tribunal dans toutes les affaires concernant des mineurs. C’est ainsi qu’en Allemagne, l’Office de la Jeunesse (Jugendamt) doit obligatoirement faire rapport au Tribunal de la famille dans toutes les affaires concernant des enfants mineurs, sans préjudice du recours à d’autres expertises. Il en va de même aux Pays Bas où il existe de nombreuses agences et services sociaux qui s’occupent de la famille auxquels peuvent s’adresser les familles ou les tribunaux, mais où c’est généralement le Conseil de la protection de l’enfant (Child Protection Board) qui est chargé de faire des recherches et de donner des conseils, ou d’effectuer des médiations dans les relations parents-enfants. Cet organe est sous la responsabilité du Ministère de la Justice, mais n’est pas lié au tribunal.

Au Québec, la Cour supérieure dispose d’un service d’expertise psychosociale propre qui, dans les rapports impliquant des enfants, peut fournir au tribunal un rapport d’expertise gratuitement si l’expertise est ordonnée par le tribunal et avec le consentement des parents. Selon le rapporteur, l’impact d’une telle expertise sur l’issue des débats est considérable car les tribunaux suivent généralement les conclusions des experts. La prolifération des demandes d’expertises pose néanmoins problème en raison des délais, de même que les rapports d’expertise contradictoires. A cette fin, une réforme de 2002 codifiant une “règle de pratique de la Cour supérieure” permet au tribunal d’ordonner de réunir les experts ayant soumis des rapports contradictoires de se réunir en présence des parties et de leurs avocats “afin de concilier leurs opinions, de déterminer les points de vue qui les opposent” et de faire rapport dans un délai déterminé. En règle générale les rapports d’expertise ou d’enquête doivent être présentés soit par écrit, soit oralement devant le tribunal, qui en principe n’est pas lié par les conclusions et peut interroger l’expert, comme peuvent le faire également les avocats des parties. En pratique cependant, le tribunal suit toujours l’avis des experts.

En règle de principe, les expertises corporelles ou psychologiques ne peuvent être imposées aux parties. Une exception notoire existe cependant en Allemagne et dans les pays nordiques où les expertises de filiation peuvent être pratiquées par contrainte forcée. Dans cette hypothèse, le juge ne dispose d’aucun pouvoir d’appréciation sur le résultat.

Outre le coût, les lenteurs et les abus éventuels occasionnés par ces mesures d’instruction, une préoccupation récurrente est celle de la substitution possible de savoirs experts à la liberté d’appréciation des juges, voire à leur fonction de juger, et celle d’ingérence dans la vie privée des familles qui pourrait se heurter au principe constitutionnel et conventionnel du respect de la vie privée et familiale (article 8 § 1 CEDH). Il y a là un problème de conflits de droits qui doit être résolu à la lumière de l’article 8 § 2 CEDH concernant les conditions des réserves susceptibles d’être admises au droit formulé par le § 1: légalité, nécessité, proportionnalité. Il en va de même des conflits de droits constitutionnels inclus dans les paragraphes 6 de la Loi fondamentale allemande, et de la primauté des droits de l’enfant (Convention internationale des droits de l’enfant (1989) et Convention européenne sur l’exercice des droits de l’enfant (1996). C’est aussi dans cet esprit qu’en Allemagne, depuis la réforme de 1998, le Tribunal de la famille n’enquête plus sur la situation des enfants en cas de divorce, sauf si l’un des parents le demande ou que l’intérêt des enfants est gravement menacé.

Enfin, l’analyse plus fine d’un spécialiste belge du droit de la famille établit une distinction subtile et importante entre les objectifs respectifs de l’enquête sociale de milieu et l’expertise psycho-médicale concernant les enfants. Selon l’auteur, la première consiste dans l’analyse des conditions de vie et de bien-être “extérieur”, y compris les qualités éducatives des parents. La seconde s’efforce de pénétrer la partie “invisible” de l’enfant, ses désirs, ses craintes, ses fantasmes, dont l’expert devient alors le “porteur-parole”. Les deux missions seraient donc complémentaires. Mais ceci ouvre aussi la porte à la question essentielle de la manière dont la parole de l’enfant peut être entendue en justice: par un représentant propre “l’avocat de l’enfant”, ou par l’enfant lui-même via “l’audition de l’enfant”, voire son propre “droit d’action”?

Le rôle des avocats et autres auxiliaires du droit. L’avocat est par définition le défenseur de la cause qui lui est confiée, quelle qu’elle soit. A ce titre son rôle est d’abord de se battre en utilisant son savoir dans cette jungle ésotérique que constitue le droit pour le commun des mortels. Par voie de conséquence aussi, il est réputé “partisan” plus que conciliateur. Ce que lui reprochent certains médiateurs.

Pour des raisons de simplification et de coût, on a déjà vu plus haut que la représentation des parties par un avocat n’est pas toujours obligatoire en matière familiale, sauf au Brésil.

Cependant, en dépit de tous les services sociaux d’information, d’aide juridique et d’assistance judiciaire qui existent un peu partout en matière familiale, et dont l’existence doit être obligatoirement signalée aux parties, notamment en Allemagne et aux Pays Bas, il est rare que celles-ci puissent mener seules leur procès. Il est donc nécessaire que les avocats qui défendent ces causes acquièrent une formation particulière qui leur confère non seulement une parfaite maîtrise juridique et procédurale de tous les aspects personnels et patrimoniaux intrinsèquement liés dans ces litiges —à peine de voir renaître d’autres conflits ultérieurement— mais aussi une approche psychologique plus appropriée à la vulnérabilité et à la sensibilité des parties et principalement des enfants.

On voudrait souligner également à ce propos le rôle beaucoup plus apaisant des notaires, conciliateurs et médiateurs par vocation, qui ne sont ni représentants des parties, ni partisans dans le règlement de problèmes patrimoniaux que par leur fonction même ils doivent maîtriser parfaitement. D’où l’intérêt, le cas échéant, d’une collaboration avec les avocats, et en tous cas avec les parties. (V. à ce sujet la IIème Partie: Justice négociée).

Enfin, l’on découvre, avec l’entrée en scène de l’enfant comme nouvel acteur dans le processus judiciaire, un nouveau type d’avocat: l’avocat de l’enfant (France, Québec) dont le rôle est partagé entre la question de savoir s’il est le porte-parole des désirs de l’enfant, ou de son intérêt.

5. L’enfant mineur comme acteur dans la justice familiale

Pendant longtemps la question ne s’est pas posée. L’enfant mineur, tout en étant sujet de droit doté de la capacité de jouissance, était essentiellement et en raison, notamment, de son immaturité et de son inexpérience, incapable d’exercice et soumis à l’autorité et à la représentation légale de ses parents ou d’un tuteur quant à la protection de sa personne et de ses droits.

L’apparition du mineur comme sujet actif dans les procédures familiales est un phénomène de la seconde moitié du XXème siècle, d’abord lié à l’émergence de la notion d’ “intérêt de l’enfant” en droit interne comme critère prépondérant dans les décisions qui le concernent, puis à la montée des “droits de l’enfant” avec les conventions internationales, dont la Convention internationale des droits de l’enfant des Nations Unies (1989) proclamant ses droits et libertés fondamentaux spécifiques et le droit d’exprimer

son opinion et d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative qui le concerne (article 12). Puis la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du Conseil de l'Europe (1996) destinée à améliorer la mise en œuvre judiciaire de ces droits avec la participation de l'enfant lui-même: droit de recevoir les informations pertinentes quant à ses droits et aux conséquences potentielles de ses choix et des décisions qui pourraient s'en suivre, droit d'exprimer son opinion,, droit de bénéficier d'une représentation impartiale, droit d'ester lui-même en justice dans les cas prévus par la loi.

Parallèlement, et sur le plan sociologique, l'explosion des conflits familiaux liés aux séparations, divorces et recompositions familiales font de l'enfant de plus en plus fréquemment l'objet de litiges entre parents par ailleurs devenus égaux dans l'exercice de la coparentalité, tandis que les jeunes adolescents se développent plus rapidement et revendiquent leur autonomie de plus en plus tôt face à l'autorité parentale, qui tend de plus en plus à s'amenuiser pour devenir guidance (articles 5 et 12-16 CIDE, tandis que les responsabilités des parents s'alourdissent.

Sur le plan juridique, tant substantiel que procédural, cette évolution se manifeste donc par une tension entre protection et liberté du mineur, d'une part, et conflits potentiels entre droits des enfants et responsabilités parentales, de l'autre. S'agissant du rôle du mineur comme acteur dans les procédures familiales, et sans prétendre à l'exhaustivité, cette évolution se manifeste sous deux angles: le droit de l'enfant à la parole d'abord, et le droit d'ester en justice, ensuite.

A. *Le droit à la parole de l'enfant*

Consentement et droit de veto. Dès avant la CIDE, le choix de l'enfant pouvait déjà s'exprimer dans tous les actes personnels auxquels le mineur est appelé à donner son consentement ou auxquels il peut opposer son veto selon les dispositions légales, que ce soit au cours d'une procédure judiciaire ou non. Ces droits, qui ne font que se multiplier, relèvent aussi du droit du fond, selon des conditions d'âge, de capacité de discernement et les formes prévues par la loi.

C'est ainsi que le consentement de l'enfant à son adoption, plénière ou simple, est exigé dans la plupart des législations à partir d'un certain âge (soit entre douze et seize ans), et que son refus ne peut être outrepassé par le tribunal. Il peut de même s'opposer à un changement de prénom ou de

nom patronymique à partir de 13 ans à moins qu’il résulte d’un changement de filiation (France), ou éventuellement refuser de consentir à un changement de nationalité. Dans certains pays, il peut même, s’il est âgé de 15 ans, s’opposer à l’établissement de la filiation paternelle par reconnaissance ou décision judiciaire comme en Belgique, Autriche ou Italie. En Russie, l’enfant âgé de dix ans doit s’exprimer sur un changement de nom ou de prénom consécutif à une adoption ou une séparation des parents, ou si un parent déchu de l’autorité parentale réclame sa restitution.

Parallèlement, diverses législations récentes confèrent au mineur, ou la jurisprudence lui reconnaît, le pouvoir de décision à partir d’un certain âge et à condition d’avoir la maturité suffisante, dans des matières personnelles telles que les soins de santé ou chirurgicaux, la sexualité, la contraception ou l’IVG (France, Italie, Portugal et Pays-Bas), ainsi que les choix confessionnels ou politiques au nom de la Constitution (Italie), l’orientation scolaire ou professionnelle. Au Portugal, apparemment très avancé en la matière, le mineur âgé de 7 ans au moins a le droit en matière civile de donner son avis, qui doit être respecté s’il en comprend les implications.

Dans certains pays, comme la Finlande, les décisions relatives à la garde ne peuvent être imposées au mineur de plus de douze ans qui s’y oppose. En Italie, la Cour suprême a décidé que le juge décidant de la séparation, peut subordonner le droit de visite du parent non gardien au consentement du mineur, et même suspendre ce droit en cas de refus du mineur de rencontrer ce parent.

Le droit d’être entendu personnellement et impartialement représenté dans les procédures qui le concernent (article 12.2 CIDE). Dès avant la CIDE, existaient dans la plupart des pays des dispositions permettant soit au juge, soit au Ministère public, directement ou par l’intervention d’experts ou d’auxiliaires sociaux, d’entendre le mineur en matière familiale ou protectionnelle compte tenu de son âge ou de sa capacité de discernement. Mais de manière dispersée et peu cohérente.

L’article 12.2 de la CIDE, en faisant de l’audition du mineur capable de discernement ou à défaut sa représentation impartiale dans toute procédure judiciaire ou administrative l’intéressant, un véritable droit de l’enfant, apporte un principe cohérent obligeant les Etats parties à prendre les mesures nécessaires, mais dont la mise en œuvre suscite des problèmes concernant la décision d’entendre l’enfant, les modalités de l’audition et les suites à lui donner, la Convention n’ayant pas donné de précisions à ce sujet et

tous les Etats n'ayant pas nécessairement adopté de loi spécifique en la matière.

La décision d'entendre l'enfant. Elle peut être obligatoire, sous condition objective d'âge, ou subjective de capacité de discernement à vérifier, de manière générale ou pour certaines matières seulement (Pays Bas, Allemagne, Espagne, Grèce, Russie, Québec), ou à la demande de l'enfant lui-même ou de ses parents, et le plus souvent de l'un d'eux, ou laissée à l'appréciation du juge. En France et en Belgique, si la demande émane de l'enfant, le refus du juge doit être motivé. Au Québec et aux Pays Bas, le juge ne peut refuser. En Belgique, le mineur peut expressément refuser d'être entendu. Dans tous les cas, il conserve le droit de se taire. Inversement, en l'absence de litige entre les parents, il lui est pratiquement impossible de demander à être entendu, sauf s'il peut saisir le tribunal lui-même (v. *infra*). En Italie, la loi 149/2001 prévoit qu'en cas d'adoption ou de garde, l'enfant de âgé de 12 ans ou plus doit être entendu, et même des enfants plus jeunes selon leur capacité de comprendre la situation. En revanche le rapport italien semble laisser entendre que l'audition de l'enfant est pratiquée de manière désorganisée et fragmentaire faute de législation spéciale l'organisant. Aux Pays Bas, tout enfant de 12 ans ou plus est appelé à être entendu par le Tribunal s'il est concerné. Les enfants de moins de 12 ans peuvent directement demander au juge de manière informelle (lettre, téléphone, e-mail) d'être entendus. Au Brésil le Règlement de l'Enfant et de l'Adolescent prévoit son droit d'être entendu personnellement par l'autorité compétente. En fait, la majorité des Chambres de la famille acceptent l'audition du mineur, si elle est demandée par l'avocat d'une des parties. En Tunisie, qui a ratifié la CIDE et promulgué un Code de Protection de l'Enfant (1995), celui-ci garantit le droit de l'enfant "d'exprimer librement son opinion, qui doit être prise en considération conformément à son âge et à son degré de maturité, dans toutes les procédures judiciaires et les mesures sociales et scolaires concernant sa situation" (article 10). Au Mexique, qui a signé la CIDE et la CEEDE, le mineur a le droit d'être entendu dans toutes les procédures judiciaires ou administratives le concernant.

Les modalités de l'audition. En règle générale, l'enfant est entendu par le juge lui-même, ou par la personne désignée par lui, et peut être assisté le cas échéant d'une personne de son choix, avocat ou autre, ou par le Minis-

tère public ou d’autres auxiliaires sociaux ou psychologues (Angleterre, Espagne, Allemagne, Québec). En Belgique, il est entendu par le juge seul, sauf si celui-ci décide qu’il peut se faire assister par une autre personne. Cette question du face à face confidentiel du juge et de l’enfant est controversée. Certains y voient la seule bonne façon pour le juge d’écouter l’enfant et d’entendre ce qu’il dit. D’autres craignent le risque de partialité du juge et une atteinte au respect du principe du contradictoire, surtout s’il est admis que le procès-verbal d’audition puisse ne pas reprendre tous les dires de l’enfant. Selon d’autres avis encore l’enfant devrait être entendu par une personne tierce, hors de la présence du juge. Aux Pays Bas, le juge peut entendre éventuellement un ou plusieurs frères et sœurs ensemble s’il l’estime favorable. Au Québec, où l’opinion de l’enfant est aussi souvent transmise par un expert, l’audition a lieu devant le juge en dehors de la présence des parties, mais en présence des avocats et elle est enregistrée. Le principe du contradictoire est donc sauf.

Le procès-verbal d’audition. Le procès-verbal d’audition doit reproduire les dires du mineur, mais le caractère de confidentialité de ceux-ci peut inciter à ne pas tout révéler aux parents. Autre source de controverse. En outre, en Belgique, la loi précise que la copie du procès-verbal joint au dossier de la procédure “ne peut être délivrée aux parties” (mais bien à leurs avocats). Ce qui est considéré comme une double entorse au principe du contradictoire et à l’article 6 de la CEDH.

Les suites de l’audition. Le résultat de l’audition n’implique pas que le juge soit lié par les souhaits de l’enfant. Il ne fournit qu’un élément d’appréciation et ne peut en aucun cas servir d’élément de preuve contre les parents. Toutefois il peut servir d’élément prépondérant pour la décision du juge (ainsi, en Grèce, une décision contraire doit être motivée, et en Finlande, une décision de garde contraire à la volonté de l’enfant de douze ans ne saurait lui être imposée). En Suisse et en Allemagne, un droit de recours contre la décision est parfois ouvert au mineur, bien qu’il ne soit pas partie au procès. Aux Pays Bas, il est admis que l’enfant puisse former une demande de modification de garde.

Curieusement cependant, il semble que nulle part soit prévu que l’enfant doive être impliqué dans les nouvelles procédures de médiation, qui pourtant le concernent également (v. *infra*).

B. *Le droit d'ester en justice*

Autre chose est le droit du mineur d'agir en tant que partie dans les procédures qui le concernent, et plus spécifiquement en matière familiale, objet de cette étude.

En effet, l'audition de l'enfant ne lui confère pas cette qualité, et la CIDE elle-même ne mentionne pas explicitement ce droit, bien que les Mouvements des droits de l'enfant l'interprètent en sens contraire. De leur côté peu de pays l'admettent et s'ils le font, ce n'est qu'à titre de dérogations prévues par la loi, ou par représentant interposé (tuteur *ad hoc* ou administrateur *ad hoc*) par souci d'éviter la confrontation entre enfant et parents en tant qu'adversaires en cas de conflits d'intérêts. La jurisprudence par ailleurs admet certaines dérogations ou contournements de l'incapacité.

Ainsi en Belgique, selon une doctrine et une jurisprudence majoritaires, bien que contestées par certains, il est admis que le défaut de capacité d'exercice du demandeur n'entraîne qu'une exception dilatoire —et non une fin de non recevoir— susceptible de régularisation par la désignation d'un tuteur ou administrateur *ad hoc*, et que le mineur puisse également accomplir des actes conservatoires et à ce titre agir en référé en cas d'urgence, pour autant qu'il ait le discernement. Cette position tend à s'appliquer également en matière alimentaire dirigée contre les parents d'un mineur ayant quitté le domicile familial, ainsi que la demande d'aide sociale considérée comme un droit personnel selon la jurisprudence du Conseil d'Etat. En outre il est admis que le parent mineur peut agir au nom de son enfant. De son côté, le législateur autorise expressément le mineur à agir directement en justice dans certains cas, notamment en matière de demande d'autorisation à mariage au Tribunal de la jeunesse. Par ailleurs, c'est par le biais du Ministère public qu'il peut solliciter le plus souvent une intervention auprès du juge compétent: Tribunal de lère instance, Tribunal de la jeunesse en matière de protection de la jeunesse et de conflits éducatifs, et plus récemment Juge de paix en matière de tutelle et d'émancipation (2001).

En revanche la question de savoir si la CIDE confère au mineur un droit d'action propre lui permettant de prendre qualité de partie intervenante dans les litiges familiaux relatifs à l'autorité parentale, est vivement débattue car elle soulève celle de l'applicabilité directe de la Convention, à propos de laquelle doctrine et la jurisprudence sont divisées (v. *infra*). Dans les autres pays, les positions sont également très diversifiées.

En Allemagne la préoccupation dominante est d'éviter le conflit frontal entre parents et enfants en justice. L'enfant n'a pas de droit de saisine et n'est jamais partie dans les actions relatives à la garde ou aux mesures de protection prises *ex officio*. Par ailleurs, en matière alimentaire seul le parent gardien peut agir en son nom contre le parent débiteur (v. aussi en France l'article 295 C.Civ). D'une manière générale, dans tous les conflits opposant parents et enfants où le Tribunal agit *ex officio*, la nouvelle législation allemande prévoit que l'enfant doit être représenté par une tierce personne (Verfahrenspfleger), généralement un auxiliaire des services sociaux dont le rôle est plutôt de représenter l'intérêt de l'enfant que l'enfant lui-même, de même qu'en cas de divorce et de conflit relatif à la garde. Selon le Tribunal Constitutionnel fédéral cette règle est obligatoire chaque fois qu'il y a doute que les parents agissent dans l'intérêt de l'enfant. Une partie de la doctrine s'inquiète à ce propos de la question du respect de la vie familiale en tant que droit protégé par la Constitution fédérale en faveur des parents. D'autres auteurs estiment au contraire que la loi ne va pas assez loin en faveur de l'enfant en ce sens que le représentant ne représente pas les desiderata de l'enfant, mais seulement ce qu'il estime être son “meilleur intérêt”.

En France, la loi du 8 janvier 1993 organise la désignation d'un administrateur ad hoc chargé de représenter le mineur dans toute procédure où les intérêts de celui-ci “apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux” (article 388-2 C.civ.). Par ailleurs, en matière d'assistance éducative et notamment en cas de danger, le mineur peut saisir lui-même le juge des enfants, ou interjeter appel des décisions de ce juge. Il peut également choisir de se faire assister gratuitement par un avocat, l'avocat de l'enfant, chargé de “porter sa parole” et de soutenir ses intérêts, grâce auquel il peut aussi avoir accès à la connaissance de son dossier. C'est aussi fréquemment sous ce couvert de “danger” que le mineur peut porter en justice les différends éducatifs qui l'opposent à ses parents. Par ailleurs, la question de l'applicabilité directe de le CIDE par les cours et tribunaux est également source de très vives divisions en jurisprudence et en doctrine.

En Espagne le représentant et défenseur attitré du mineur est le Ministère public qui peut agir par mandat de la loi en matière de filiation, garde, accueil, tutelle, procédures matrimoniales, tant en matière civile personnelle et patrimoniale qu'en matière protectionnelle, et qui est présent dans toutes les affaires le concernant dans sa triple fonction d'action, d'avis ou d'instruction. Dans certains cas prévus par la loi et si le mineur a la matu-

rité suffisante, celui-ci peut faire certains actes relatifs aux droits de la personnalité, demander protection au juge ou la désignation d'un défenseur attitré en cas de conflit avec ses représentants légaux, mais non désigner un avocat lui-même. Pour mémoire, la CIDE est directement applicable en Espagne.

L'Italie a signé, mais non ratifié la CEEDE. Selon les rapporteurs, c'est au tribunal de s'assurer que les droits du mineur d'être informé et consulté sont bien respectés.

Par contraste, au Portugal, la désignation d'un avocat est obligatoire pour le mineur lorsque ses intérêts et ceux de ses représentants légaux sont en conflit, et lorsque le jeune suffisamment mature le sollicite. Certains auteurs, dont le rapporteur, soutiennent aussi le droit de l'enfant d'exercer lui-même une action en responsabilité civile contre ses parents, notamment en cas de mauvais traitements ou de négligences.

Aux Pays Bas, le principe selon lequel un mineur est incapable d'accomplir valablement des actes juridiques a été abandonné en 1995 (loi du 6 avril 1995). Celui-ci peut agir pour autant qu'il ait le consentement de ses représentants légaux. Le juge cantonal peut également déclarer un mineur de 16 ans apte à faire certains actes et à remplir certaines obligations comme s'il était majeur, éventuellement contre les objections des parents, mais il peut aussi lui retirer cette émancipation modulée en cas de mauvais usage.

En Russie, les mineurs de 14 à 18 ans sont représentés par leurs représentants légaux, mais sont obligatoirement appelés à la cause si leurs intérêts sont concernés et ils peuvent se défendre eux-mêmes. Le Ministère public peut également agir en matière civile pour la protection des droits et libertés des incapables, introduire l'action en déchéance ou limitation de l'autorité parentale et être entendu en matière d'adoption.

En Tunisie, la ratification de la CIDE n'a pas donné lieu à un droit du mineur d'ester lui-même en justice, mais seulement au droit d'être entendu (article 14 du Code de protection de l'enfant). Toutefois, le Code du Statut personnel lui accorde le droit de se pourvoir en justice pour demander lui-même son émancipation à partir de l'âge de 16 ans, ainsi que l'autorisation à mariage en cas de refus abusif de consentement du tuteur.

Au Mexique, le mineur bénéficie d'une protection spéciale de sa santé physique et morale, de ses biens et de ses besoins alimentaires, et plus particulièrement encore contre la violence, et c'est le Ministère public qui en est le protecteur attitré.

Au Brésil l'accès direct de l'enfant mineur au Tribunal n'existe pas et il doit toujours être représenté par un de ses parents, généralement celui qui en a la garde en cas de séparation.

Enfin c'est au Québec, où le mineur doit en principe être représenté en justice par un tuteur, mais où il existe de nombreuses exceptions à ce principe, que l'on reconnaît la capacité la plus importante au mineur “doué de discernement” et que l'on observe une tendance jurisprudentielle de plus en plus favorable au droit d'action ou d'intervention du mineur en matière familiale, au motif que le respect des droits de l'enfant n'aurait aucun sens si on ne lui reconnaissait un droit d'intervention principalement dans les dossiers judiciaires concernant la garde, seule la capacité de discernement telle qu'évaluée par le tribunal étant déterminante. Le corollaire de ce droit implique dès lors celui de l'enfant d'être représenté par un avocat de son choix, chargé de faire valoir les désirs exprimés par son client, et non sa propre appréciation de son intérêt, selon la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec.

C. Les incidences croisées des Conventions internationales

Trois grandes conventions internationales: la Convention européenne des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe (CEDH, 1950), la Convention internationale sur les droits de l'enfant des Nations Unies (CIDE, 1989) et la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du Conseil de l'Europe (CEEDE, 1996) interfèrent ici. Et lorsque la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Nice, 2000) entrera en vigueur, elle se superposera encore aux trois autres. D'où la prolifération de droits fondamentaux et de contentieux potentiels.

La Convention européenne des droits de l'homme. La CEDH s'applique évidemment aux mineurs et n'exige aucune condition de capacité juridique pour saisir la Cour. Bien qu'il soit normalement représenté par ses parents en vertu d'un mandat tacite, le mineur ayant la capacité de fait peut donc saisir personnellement la Cour européenne des droits de l'homme d'une requête dès lors qu'un de ses droits garantis par la Convention a été violé, sans avoir besoin de représentation, ni d'une autorisation de son représentant légal, et peut même diriger sa requête contre ses propres parents ainsi qu'en atteste la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il peut également donner mandat spécial de le représenter à une autre personne.

En revanche la condition d'avoir épuisé préalablement tous les recours internes peut constituer un obstacle si ces recours sont subordonnés à la représentation légale des parents ou d'un tuteur. En règle générale cependant, ce sont les représentants légaux qui agissent au nom du mineur et éventuellement avec lui, en leur propre nom. Mais dans ce cas les causes sont traitées séparément par la Cour. L'enfant peut aussi être entendu par les juges.

L'avantage, que ne présentent pas la CIDE et la CEDEE, est ici que la Cour de Strasbourg a le pouvoir juridictionnel de donner une interprétation jurisprudentielle des dispositions de la CEDH applicable à tous les Etats parties.

La Convention internationale sur les droits de l'enfant. A la différence de la précédente, la CIDE ne comporte pas d'organe juridictionnel de contrôle susceptible de recours et d'unifier par sa jurisprudence l'interprétation des nombreux concepts "flous" que celle-ci contient. Le contrôle sur rapport au Comité des Droits de l'enfant (article 44) ne saurait en aucun cas remplir cette fonction.

Dès lors cette lacune a des répercussions sur la mise en œuvre interne de la Convention et la question controversée de son application directe dans les Etats contractants, ainsi qu'en témoignent notamment la jurisprudence française et les querelles jurisprudentielles des tribunaux en Belgique sur l'applicabilité directe de tel article et non de tel autre. Il en résulte une très grande insécurité juridique et une disparité de traitement défavorable au principe d'égalité. La question reste ouverte à la décision de chaque Etat partie.

La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant. Partant du principe que pour mettre en œuvre devant les juridictions nationales le catalogue des droits et libertés substantiels qui leur sont conférés par la CIDE, le Conseil de l'Europe a voulu que les mineurs doués d'un discernement suffisant puissent bénéficier de règles procédurales spéciales accentuant leur autonomie dans l'accès à la justice. Cependant l'énorme diversité des concepts juridiques, des autorités compétentes et particularités culturelles entre Etats membres et même au sein de chacun, ont fait de ce texte un texte de compromis et que les notions utilisées, telles que: "enfant", "capacité de discernement", "détenteurs des responsabilités parentales", "procédures intéressant les enfants", "représentant spécial", ou

“distinct” laissent la place à une indétermination considérable qu’aucun organe supranational n’est appelé à unifier de manière claire et égalitaire.

Il en ressort la question de savoir si ces normes internationales insuffisamment précises et complètes qui conduisent à des applications subjectives et inégalitaires des juges nationaux sont susceptibles d’application directe.

Concrètement, on retiendra que chaque Etat partie doit choisir au moins trois procédures “intéressant les enfants” dans lesquelles les mineurs concernés doivent bénéficier des droits procéduraux suivants pour autant qu’ils aient le discernement suffisant:

- *Article 3*: droit de demander et recevoir toute information pertinente, d’être consultés et d’exprimer leur opinion et d’être informés des conséquences éventuelles de la mise en pratique de leurs opinions et des conséquences éventuelles de toute décision.
- *Article 4 § 1*: le droit de demander personnellement ou par l’intermédiaire d’autres personnes ou organes la désignation d’un représentant spécial en cas de conflit d’intérêts.

Le tout sans préjudice pour les Etats de reconnaître aux enfants des droits procéduraux plus étendus tels que le droit de demander la désignation d’un représentant distinct, voir de le désigner eux-mêmes, ou d’agir personnellement, comme le souhaitent les Mouvements des droits de l’enfant.

Il reste qu’outre la lourdeur des nouvelles charges imposées aux autorités judiciaires, la diversité des systèmes judiciaires d’un Etat à l’autre et la question de l’applicabilité directe de normes aussi insuffisamment précises et complètes, la mise en œuvre de la CEDEE soulève encore d’autres questions de fond importantes, telles que:

- Le respect du contradictoire, l’égalité des armes et le droit des parents à un jugement impartial conformément à l’article 6 CEDH.
- Les conflits de droits fondamentaux entre parents et enfants, tels que le droit au respect de la vie familiale des parents (article 8 CEDH), ou les droits éducatifs des parents spécialement protégés par la Constitution dans certains pays tels que l’Allemagne.
- Les conflits de conventions entre la CIDE, la CEDEE et la CEDH.
- Et surtout la délégitimation et la présomption de méfiance à l’égard du rôle éducatif et socialisateur des parents dont les enfants ont cependant le plus grand besoin.

Au total, c'est le conflit potentiel entre la protection de l'enfant et son autonomie qui constitue l'enjeu principal et permet de comprendre les écarts sensibles des législations, tant en matière civile qu'en matière protectionnelle. Et c'est l'aspect psychologique, affectif et émotionnel du lien qui unit l'enfant à ses parents qui rend ce contentieux si délicat et si différent des autres.

III. JUSTICE NEGOCIEE ET MODES ALTERNATIFS DE RÉGLEMENT DES CONFLITS

“Comment rendre le contentieux familial moins contentieux?” C'est la question qui se pose dans tous les Etats.

La sagesse des nations affirme depuis toujours qu'un bon accord vaut mieux qu'un mauvais procès et qu'une solution acceptée est généralement mieux respectée qu'une décision imposée au terme d'un combat. Pour l'avoir sans doute trop oublié, les sociétés occidentales, devenues contentieuses à outrance, ont retrouvé au cours des dernières décennies un regain d'intérêt pour les formes de “justice douce” et des modes de règlement plus consensuels couramment appelés “formes alternatives de règlement des conflits” (ADR), selon un terme assez ambigu venu des Etats Unis pour des motifs qui leur sont propres. Les carences de la justice américaine en effet en sont la principale cause en raison du caractère traumatisant de leur système accusatoire, du coût exorbitant des procédures et de l'imprévisibilité des décisions discrétionnaires des juges qui de surcroît n'ont pas de rôle conciliateur. D'où la pratique du “Bargaining in the Shadow of the Law” —sorte de marchandage dans l'ombre de la loi teinté d'un certain chantage— pratiqué par les avocats sous des formes de négociation extrêmement diversifiées et sophistiquées, outre l'arbitrage, la transaction, le compromis, la renonciation et l'acquiescement, toutes formes qui s'accordent avec la mentalité libérale des Etats Unis, mais beaucoup moins avec les conflits familiaux dans lesquels les rapports de force sont trop inégaux et les relations trop sensibles.

En outre, le terme “alternatif” lui-même est éminemment ambigu. Alternatif à quoi? S'agit-il de modalités procédurales tendant au règlement négocié plutôt que contentieux des litiges, venant s'articuler harmonieusement au processus judiciaire lui-même? ou au contraire de formes de règlement destinées à se substituer à lui au gré des parties, dans le cadre

LES PROCEDURES FAMILIALES EN PAYS DE “CIVIL LAW” 335

d’une privatisation, déformalisation et déjudiciarisation de la justice étatique, fondées sur l’autonomie des parties et sur la loi du contrat?

La question est d’autant plus importante en matière familiale que, notwithstanding l’évolution du droit substantiel vers plus de liberté individuelle, les règles régissant l’état des personnes et les droits et devoirs qui en découlent revêtent encore un caractère d’ordre public qui les rend indisponibles à des degrés divers, sauf dans les limites autorisées par la loi, dans un souci de protection de l’intérêt général et des parties les plus faibles qui s’oppose à trop de liberté contractuelle.

Il existe donc un véritable paradoxe en la matière: d’une part, la dimension psychologique particulièrement sensible des conflits familiaux requiert idéalement des solutions pacifiantes, d’autant plus que les parties sont généralement appelées à conserver des relations ultérieures qu’il convient de préserver. Et d’autre part, le caractère d’ordre public du droit des personnes et de la famille exclut d’emblée des formes de règlement telles que l’arbitrage, la transaction, le compromis, la renonciation ou l’acquiescement, ou simplement des conventions privées, sauf dans les cas et aux conditions prévues par la loi ou dans la limite d’une jurisprudence plus libérale.

Traditionnellement en effet, dans les pays romanistes, il est admis que les personnes ne peuvent, en dehors des cas prévus par la loi créer, modifier ou supprimer leur état ou en modifier les effets légaux par des actes juridiques unilatéraux ou conventionnels, que ce soit en matière personnelle (formation et dissolution du mariage, droits et devoirs des époux, filiation, autorité parentale, obligations alimentaires légales...) ou même en matière patrimoniale (régime matrimonial primaire, changement de régime matrimonial, dévolution successorale *ab intestat*...). Les conventions contraires sont tenues pour nulles —plus spécialement les conventions de séparation de fait ou en vue d’un divorce— sous réserve des conventions de divorce par consentement mutuel là où il est légal, et conformément aux conditions prévues par la loi. La jurisprudence plus récente des tribunaux a cependant tendance à admettre la validité des accords organisant une séparation de fait, au Québec, en Espagne, en Italie, et même en Belgique sous le couvert des mesures provisoires en cas de mésentente sérieuse des époux.

De son côté, l’évolution des lois en matière de séparation et divorce par consentement mutuel ou sans faute et le principe nouveau d’autorité parentale conjointe, même après divorce, ont largement ouvert la voie aux solutions négociées et incitent aux accords amiables comme modes de règlement pacifiques, pour autant du moins que ce soit dans le respect des

conditions de fond et de procédure fixées par elle, le plus généralement sous le contrôle de légalité, voire d’opportunité du juge.

La négociation. Il est intéressant en effet de voir qu’à la faveur de l’introduction directe ou indirecte du divorce par consentement mutuel, auparavant prohibé dans un grand nombre de pays —sauf en Belgique où était demeuré en vigueur le divorce par consentement mutuel du Code Napoléon, mais à des conditions draconiennes— les avocats se découvrent un autre rôle que celui de la défense: ainsi en Italie, où l’obtention du divorce se fait nécessairement en deux temps: séparation de corps consensuelle ou judiciaire d’abord, suivie après deux ans du prononcé du divorce sur demande de l’une ou des deux parties, s’instaure un système de collaboration entre avocats des deux parties pour préparer ensemble les conventions de séparation. Celles-ci peuvent ensuite servir de base au divorce sans nouvelles discussions. On en arrive ainsi à un système de “séparation sans juge”: *giustizia senza giudice*. Il n’est pas rare non plus que les parties acceptent d’être représentées par le même avocat. Ainsi s’ébauche le thème de la “déjudiciarisation” et de la “privatisation” du droit de la famille.

Allant plus loin, on rencontre au Canada un nouveau modèle de “droit collaboratif” mené par des avocats spécialement formés par lequel des avocats et leurs clients s’engagent à négocier à quatre le règlement de leur différend et à ne pas judiciariser à cette étape. Si les négociations échouent, les avocats impliqués sont obligés de se retirer du dossier. Le fait qu’ils s’y engagent est considéré comme un avantage permettant le déroulement de négociations dégagées de la menace du litige judiciaire puisque la seule fonction des avocats est la réalisation d’un règlement.

La conciliation. La conciliation est le moyen classique utilisé pour éviter qu’un litige parvienne à sa phase contentieuse et pour amener les parties à y renoncer ou à trouver une solution mutuellement acceptable. Elle implique l’intervention d’un tiers chargé d’essayer de les amener à s’entendre, sans leur proposer de solution lui-même, ce qui la distingue de la médiation. Elle peut-être extra-judiciaire, en dehors de tout procès, ou judiciaire, au cours d’une instance, et dans ce cas menée par le juge lui-même ou par un tiers désigné par lui avec l’accord des parties, ou choisi par elles.

En matière familiale, la conciliation a toujours été privilégiée dans le but essentiel de restaurer la paix et de sauvegarder la famille plutôt que d’organiser la séparation, au point que la tentative de conciliation ait été

obligatoire dans certains litiges, principalement le divorce, dans le but ultime de “ré-concilier” les époux. Mais dans ce domaine les espoirs se sont avérés vains.

Modalités et Procédure. Dans le cadre de la procédure judiciaire civile, la mission générale ou spéciale de concilier les parties est généralement confiée au juge lui-même dans les pays de droit civil —à la différence des pays de Common Law— à moins que celui-ci désigne un tiers pour ce faire, avec leur accord.

Selon l’article 21 du Nouveau Code de Procédure civile français (NCPC), “Il entre dans la mission du juge de concilier les parties”, et jusqu’à une époque récente la tentative de conciliation fut obligatoire dans certaines juridictions du premier degré comme corollaire de leur fonction paternelle et tutélaire, en particulier des justices de paix. En France celles-ci ont été supprimées en 1958 et les tribunaux d’instances n’ont pas repris cette mission dans toute sa plénitude, la création de “conciliateurs de justice”, puis de “juridictions de proximité” composées de juges non professionnels en 2002, étant supposée pallier cette disparition. En matière familiale, en revanche, la tentative de conciliation a été fortement étendue et demeure obligatoire devant le Juge aux affaires familiales (JAF) qui a pour mission générale de tenter une conciliation avant ou pendant l’instance (article 1074 NCPC).

En Belgique, où les Justices de paix ont subsisté, le Code judiciaire de 1967, tout en supprimant très largement le préliminaire obligatoire de conciliation envisagé comme préalable à la demande devant les juridictions de premier degré, favorise en la généralisant la tentative facultative de conciliation devant le juge compétent pour connaître de l’affaire, et règle de manière générale la procédure de conciliation. Celle-ci suppose que le juge soit saisi, que les parties soient capables de transiger et qu’il s’agisse de droits disponibles. Il n’appartient pas au juge de leur imposer une tentative de conciliation en dehors des cas prévus par la loi, mais il peut proposer son office de conciliateur en cours d’instance s’il estime le moment opportun, ou celui d’un tiers. Comme en France, si les parties parviennent à un accord en conciliation, le juge peut, à leur demande, en acter les termes soit dans un procès verbal d’accord à valeur authentique et force exécutoire, mais dénué d’autorité de chose jugée, soit dans un jugement d’accord ou d’expédient, revêtu de l’autorité de chose jugée et de la force exécutoire. S’agissant des conflits familiaux, des textes particuliers régis-

sent en outre la matière: le juge de paix continue à jouer un rôle conciliateur important et obligatoire dans les différends entre époux et les demandes de mesures urgentes et provisoires. Il doit les convoquer en chambre du conseil pour ce faire (article 223 C.civ. et 1253 quater C.J.). A défaut d'accord, il tranche lui-même. En revanche, quant au divorce, la tentative préalable obligatoire de conciliation a été abandonnée au profit d'une demande de rapprochement formellement sollicitée par l'une des parties ou les deux, et l'article 1258 C.J. modifié par les lois du 30 juin 1994 et 20 mai 1997, énonce qu'à l'audience d'introduction le juge entérine, le cas échéant, l'accord complet ou partiel concernant les mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens tant des parties que des enfants, étant entendu que cet accord entériné vaut jugement *rebus sic stantibus*.

Le droit italien fournit également des exemples intéressants de cette fonction conciliatrice en matière familiale. L'article 145 du Code civil permet en effet aux époux de saisir, sans autres formalités, le juge (le Pretore, jusqu'en 1998, et depuis un juge du tribunal ordinaire) en cas de dissentiment relatif à l'organisation de la vie familiale. Celui-ci doit tenter de les mettre d'accord sur une solution après les avoir entendues, ainsi que les enfants de plus de 16 ans vivant avec leurs parents, mais sans trancher lui-même. Si un accord n'est pas atteint expressément et conjointement, les époux peuvent lui demander d'adopter par une ordonnance non susceptible de recours la solution qu'il considère comme la plus appropriée "pour les besoins de l'unité et de la vie familiale". Selon la doctrine, cette intervention revêt dans le premier cas la nature d'une conciliation, et dans le second celle d'un arbitrage, c'est-à-dire "un acte volontaire par lequel un tiers met fin à un conflit d'intérêts entre parties, grâce à l'autorité que les parties lui ont conférée". Les rapporteurs soulignent néanmoins que ces recours sont assez rares, ce qui conforte l'opinion de ceux qui s'opposent à l'intervention du juge dans les conflits familiaux.

Quant aux conflits entre parents durant l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la règle fondamentale de l'article 316 du Code civil dispose que: "En cas de conflit sur une question de particulière importance, chacun des parents peut, sans autre formalité, s'adresser au juge du tribunal des enfants en lui demandant d'indiquer la solution qu'il considère comme la plus appropriée". En ce cas le juge, après avoir entendu les parents et l'enfant, s'il a plus de 14 ans, suggère les mesures qu'il estime les plus appropriées pour l'intérêt de l'enfant et l'unité de la famille. Si le conflit persiste, le juge peut attribuer le pouvoir de décision au parent "qui lui paraît le plus

capable de veiller à l'intérêt de l'enfant". L'intervention du tribunal juvénile se déroule en deux temps. Un rôle conciliatoire: le juge suggère une solution favorable à l'intérêt de l'enfant. Puis un rôle substitutif, dans lequel le juge octroie le pouvoir de décision au parent le plus approprié pour prendre soin de l'enfant.

Les rapports allemand et espagnol insistent relativement peu sur la conciliation judiciaire, sauf, en Allemagne, pour les décisions concernant les enfants, pour lesquelles le Code de procédure gracieuse (FGG) exige la comparution personnelle des parents.

Le rapport grec signale pour sa part une loi de 1995, entrée en vigueur en 2000, exigeant pour tous les conflits patrimoniaux entre époux ou parents et enfants qui sont de la compétence du tribunal de grande instance, une tentative extra-judiciaire de conciliation, à peine de non-recevabilité de la demande. Les autres actions ne sont pas soumises à cette obligation.

Selon le rapport russe, le juge joue au contraire un rôle conciliateur important dans le contentieux familial, le Code de la Famille de 1995 favorisant les arrangements amiables familiaux en matière alimentaire, division des biens entre époux, entretien des enfants, droit de visite parentaux, et doit veiller au respect des droits et intérêts des parties. En cas de demande en divorce, il peut aussi ordonner un délai d'attente de trois mois en vue de favoriser une réconciliation. Le tout pour pallier l'absence de moyens de médiation.

Aux Pays Bas, au contraire, la tentative obligatoire de conciliation préalable à l'action en divorce a été supprimée comme illusoire, le Ministre de la Justice ayant lui-même déclaré en 2002 qu'il valait mieux que ceux qui veulent aller en justice commencent par essayer de résoudre leurs problèmes eux-mêmes, et envisagé diverses mesures dissuasives, telles qu'une augmentation des droits de greffe de 15% payables à l'avance, pour encourager les justiciables à reconsidérer leur projet d'action en justice. La chute du Gouvernement l'en a empêché. En revanche les accords extra-judiciaires sont activement encouragés et des projets expérimentaux de médiation sont en cours (v. *infra*).

Critiques. Pourtant certaines voix s'élèvent pour tempérer l'éloge de cette mission conciliatrice du juge pour trois sortes de raisons: ralentissement de la procédure, inefficacité faute de temps et de formation des juges, mais surtout illégitimité, parce que le cumul des fonctions de conciliation et de jugement pourrait porter atteinte au respect des principes directeurs

du procès inclus dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme: principe du dispositif, principe du contradictoire, devoir d'impartialité, respect des droits de la défense.

Selon le rapporteur belge, en effet, la transformation de la fonction du juge en matière familiale, liée à sa pénétration croissante dans la vie familiale avec des pouvoirs d'investigation renforcés, qu'il s'agisse de juridiction contentieuse ou gracieuse (volontaire), et à son pouvoir décisionnel discrétionnaire sur base de notions floues telles que l'intérêt de l'enfant ou celui de la famille, ou encore celle d'ordre public, l'amènent non plus à dire le droit mais à jouer un rôle à la fois conciliateur, négociateur, arbitre, administrateur tuteur et décideur sur base d'une pesée des intérêts, risque d'entraîner des entorses:

- Au respect du principe du dispositif dans la mesure où ses décisions reposent en définitive sur sa propre appréciation.
- Au respect du contradictoire si au cours de sa mission conciliatrice il acquiert des informations qui pourraient n'être pas soumises à la contradiction et au respect des droits de la défense, a fortiori si le juge entend les parties —ou l'enfant— séparément.
- Et enfin un risque de partialité contraire aux prescrits de l'article 6 de la CEDH et à la jurisprudence sévère de la Cour de Strasbourg en la matière, si les entretiens ont pu l'influencer dans un sens ou dans l'autre avant de trancher, ou s'il s'est lui-même risqué à proposer une solution.

D'où la méfiance envers la jonction des fonctions de conciliateur et de décideur dans la personne du juge saisi de la demande, et il faut convenir que le risque est particulièrement grand lorsque, comme en Belgique, le juge de paix, seul compétent et privé de l'assistance du Ministère public et de services sociaux, exerce un pouvoir de décision quasi-discrétionnaire et souvent *ultra petita*.

Cette méfiance appelle toutefois de solides objections de la part d'autres auteurs, notamment en France, en faveur de la conciliation judiciaire, telles que son coût minime et le désintéressement du juge, la possibilité pour le juge d'utiliser des mesures interlocutoires favorables à la conciliation en cours d'instance, l'autorité du juge comme gardien de l'ordre public et garant de la légalité des accords conclus, l'octroi d'un titre exécutoire. A

quoi il faut ajouter la mission expressément formulée en France par l’article 21 du NCPC. Néanmoins, la prudence s’impose.

A cette difficulté, en effet, d’autres solutions pourraient être trouvées, telles que la dissociation des fonctions de conciliation et de jugement. Mais elle se heurte à la pénurie de magistrats, surtout dans les petites juridictions, et s’avère impossible lorsqu’il n’existe qu’un seul magistrat compétent, tel que le juge de paix.

En Belgique le Code judiciaire confie également aux experts l’obligation de faciliter la conciliation des parties dans le cadre de la mesure d’instruction ordonnée par le juge. Mais, outre le fait que l’objet de l’expertise est une demande d’éléments d’appréciation et non de solution, il appartient au juge seul, à la demande des parties, de “dresser procès-verbal de la conciliation”, ou de “décréter leur accord par jugement”. Par contre, on a fait remarquer que cette faculté pourrait être intéressante en matière familiale, dans la mesure où l’expert “psy” désigné pour donner son avis sur la solution la meilleure pour l’enfant dans le conflit parental peut éventuellement aboutir à un règlement pacifique ensuite entériné par le juge. Ce qui n’est pas négligeable.

En France, par contre, l’article 240 du NCPC prévoit que “le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties”, ce qui n’empêche pas que des accords puissent être obtenus à cette occasion et ultérieurement soumis au juge, qui peut d’ailleurs toujours désigner un conciliateur extérieur avec l’accord des parties.

Enfin, le droit québécois, qui constitue un véritable laboratoire de changement, fournit des exemples de solutions pratiques extrêmement intéressants.

Ainsi, alors que la conciliation judiciaire visait auparavant uniquement la possibilité de jauger si les parties pourraient en arriver à un règlement négocié elles-mêmes, grâce à l’ajournement de l’instruction du dossier et à l’invitation à choisir la voie de la conciliation, la magistrature, le Barreau et le Ministère de la Justice se sont engagés depuis 1990 dans la voie d’expériences dans la conciliation judiciaire en lère instance et en appel dans tous les domaines du contentieux. L’une des voies choisies consiste dans la “conférence de règlement à l’amiable” selon les modalités suivantes:

Les parties soumettent sur une base volontaire leur litige à la conciliation d’un juge dont le seul rôle est de “les aider à dénouer leur conflit”. S’il échoue, le juge conciliateur est automatiquement exclu du dossier qui

procède alors devant un autre juge, selon les voies du débat judiciaire contradictoire. Cette expérience s'est révélée un succès. Depuis lors, la conciliation judiciaire est devenue un volet majeur de la Réforme du Code de Procédure de 2002 et la conférence de règlement amiable constitue une étape légale du procès judiciaire. A toutes les étapes de l'instance, le juge en chef peut, à la demande des parties, désigner un juge qui présidera la conférence, qui se tient à huis clos. Le but est d'aider les parties à communiquer, négocier, explorer les solutions mutuellement satisfaisantes. Les parties déterminent avec le juge les règles et le calendrier de leur processus de conciliation. Le contenu des débats est confidentiel, et ne peut être utilisé en cas d'échec. En cas d'accord, celui-ci est homologué immédiatement par le juge. Sinon, le juge se dessaisit du dossier.

Ce système garantit un gain substantiel de temps. Mais encore une fois cette solution n'est applicable que s'il existe plusieurs juges disponibles au sein de la juridiction compétente.

La médiation familiale. Les "modes alternatifs de résolution des conflits" sont nés, on l'a dit, aux Etats-Unis dans les années 70, mais tous ne correspondaient pas aux besoins spécifiques des litiges familiaux, tant les rapports de force y sont inégaux. Il fallait donc inventer des solutions plus appropriées. C'est le cas la médiation familiale.

L'un des laboratoires où l'élaboration de cette nouvelle méthode, hormis le cas d'autres pays de Common Law tels que l'Australie, est la Province de Québec où les techniques de médiation et leur usage en matière judiciaire sont devenus de mieux en mieux rôdés, réglementés, encouragés et recherchés par les justiciables une fois le divorce sans faute devenu incontournable et plus rapide si les parties sont d'accord sur les effets (1986), mais aussi pour échapper aux décisions discrétionnaires et imprévisibles des juges en matière de garde et de droit de visite, de pensions alimentaires et de partage des biens, bien que ces conventions soient elles-mêmes encadrées par des règles "objectives", ainsi que par le pouvoir d'homologation du juge en vue de s'assurer du respect des droits et intérêts des enfants et de la partie la plus faible.

Lorsque la rumeur de ces nouvelles techniques parvint en Europe, elles ne furent pas immédiatement accueillies, mais l'intérêt grandit vite et toutes sortes de pratiques informelles se mirent en place à la faveur des professionnels des sciences humaines, bientôt regroupés en associations. Mais la perplexité régna dans les milieux judiciaires quant au statut que l'on pouvait accorder à ce nouveau mode de négociation: s'agissait-il d'une

forme particulière de conciliation, d’une mesure d’instruction, ou d’une mesure d’administration judiciaire? ou fallait-il lui donner un statut particulier, jusqu’alors inexistant? En France on considéra d’abord que la médiation pouvait relever de la mission conciliatrice du juge de donner mandat à un conciliateur extra-judiciaire. En Belgique, l’hésitation régnait. En définitive, plusieurs pays se sont décidés à légiférer, mais de manière différente:

La France, de manière générale pour tous les litiges (Loi du 8 février 1995, et Décret du 22 juillet 1996, quant à la procédure) puis spécialement en matière familiale (Loi du 4 mars 2002, article 373-2-10 C.civ.).

La Belgique, spécialement en matière familiale et dans le cadre d’une procédure judiciaire seulement (Loi du 19 février 2001 relative à la médiation familiale dans le cadre d’une procédure judiciaire).

En Espagne, deux lois des communautés autonomes de Catalogne et de Galice, mais aucune loi nationale pour l’instant.

Aux Pays Bas, ce sont les groupes de conseil conjugal, puis les avocats qui ont constitué des associations spécialisées en matière de divorce qui occupent le terrain avec enthousiasme depuis un certain nombre d’années, et le Gouvernement mène actuellement des projets pilotes avec l’intention de rendre la médiation obligatoire.

Dans l’ensemble cependant, les dispositions légales ou réglementaires et les pratiques professionnelles formelles ou informelles des services publics ou privés demeurent imprécises et hétéroclites, en sorte que le Conseil de l’Europe lui-même a entrepris en 1998 d’élaborer des Recommandations destinées à unifier les législations et pratiques de la médiation familiale et de les promouvoir activement. C’est l’objet des travaux de la 4ème Conférence européenne sur le droit de la famille (Strasbourg, 1998) et de la Recommandation n° R (98)1 du Comité des Ministres sur la médiation familiale, qui note cependant qu’ “elle ne saurait remplacer un système judiciaire juste, efficace et facilement accessible”.

Plutôt que de tenter de d’analyser la situation encore floue de la médiation dans les différents pays sous revue, il semble plus important d’évoquer ici les points de droit essentiels que soulève sa mise en œuvre institutionnelle comme instrument privilégié de résolution amiable des crises et conflits familiaux, en s’appuyant pour cela sur les travaux du Colloque européen de 1998.

Définition et spécificité de la médiation. S’agissant de la définition et de la nature de la médiation par rapport à la conciliation, on a dit en France qu’il n’y avait entre elle qu’une différence de degré, plutôt que de nature, la médiation étant une forme de conciliation dans laquelle un tiers intervient activement pour proposer des solutions, et qu’il relevait de la mission conciliatrice du juge de l’article 21 du NCPC de désigner un médiateur.

En réalité si la médiation est bien “un moyen d’amener les parties, par l’assistance d’un tiers neutre et bienveillant à trouver elles-mêmes les bases d’un accord durable et mutuellement acceptable, tenant compte des besoins de chacun, et particulièrement ceux des enfants, dans un esprit de responsabilité” s’apparente bien à la conciliation, elle en diffère considérablement.

D’abord, parce qu’elle ne peut pas être effectuée par le juge lui-même, car il ne lui appartient pas de proposer des solutions aux parties, mais par un tiers ou une équipe spécialement qualifiés.

Ensuite par ses méthodes qui ont pour objectif principal de restaurer la communication entre les parties et, même en cas d’échec, de préserver les relations personnelles pour l’avenir, principalement dans l’intérêt des enfants qui est de conserver des relations avec leurs deux parents. Ou mieux de prévenir le contentieux judiciaire, car lorsque le procès n’est pas encore engagé, les attitudes ne sont pas encore figées. Enfin, le champ de la médiation peut encore évoluer à ce stade et il n’y a pas de calendrier à respecter.

La médiation familiale est en effet autonome, en ce qu’elle peut avoir lieu avant, pendant, ou après la procédure en justice, et même à n’importe quel moment de l’instance. Toutefois, selon les spécialistes, la médiation antérieure est la plus favorable car elle permet aux parties d’élucider leurs différends et d’identifier les points d’accord ou de désaccord ainsi que les problèmes juridiques à résoudre avant d’entamer une action. Dans le même esprit, la médiation globale couvrant à la fois les aspects personnels et patrimoniaux, généralement indissociables, est la plus efficace pour prévenir des litiges ultérieurs.

Du point de vue psychologique, la médiation est également entièrement novatrice et complémentaire du processus judiciaire, en ce sens qu’elle réintroduit un lien entre les aspects émotionnels et personnels de la séparation et du divorce et leurs aspects juridiques habituellement dissociés. En responsabilisant les parties, elle leur permet aussi de se réapproprier une procédure qui généralement leur échappe.

LES PROCEDURES FAMILIALES EN PAYS DE “CIVIL LAW” 345

Enfin, dans la mesure où la neutralité du médiateur, que les parties peuvent choisir elles-mêmes ou récuser, son impartialité et la confidentialité des échanges, ainsi que le respect de la vie privée et familiale sont garantis, la médiation apparaît comme la solution idéale dans les conflits familiaux en ce qu'elle répond à la fois à la psychologisation et au désir d'autonomisation croissant dans les relations familiale. Elle représente ainsi comme un moyen coopératif idéal d'aide à la communication entre les parties dans le règlement de leur propre situation et celle de leurs enfants, et d'aide à la décision du juge, différent de la conciliation judiciaire.

Problèmes techniques et juridiques. En réalité cependant, elle ouvre une série de problèmes techniques et juridiques importants:

- En ce qui concerne les différentes méthodes d'abord, les conditions de formation et d'accréditation des médiateurs, le choix du médiateur et son statut, la déontologie: ces questions relèvent des règles professionnelles, mais aussi de réglementations officielles là où existe déjà un cadre législatif ou réglementaire.
- Caractère obligatoire ou non? la réponse est qu'une médiation imposée n'a pas beaucoup de chances d'aboutir. Pourtant dans la plupart des Etats où elle est pratiquée, la tendance est d'imposer aux parties à tout le moins une séance d'information gratuite préalable à l'introduction de l'instance, parfois même une tentative de médiation comme condition de recevabilité de l'action (Norvège) L'incitant est la gratuité. C'est aussi le cas au Québec où six séances gratuites sont offertes aux parties si elles l'acceptent, et trois en cas de demande de révision. En outre, le tribunal a en cours d'instruction le pouvoir de forcer les parties à faire une tentative de médiation qui doit avoir lieu dans les 20 jours de l'ordonnance, bien qu'il en use rarement.
- Devoir légal des avocats et des juges d'informer les couples et les parents de l'existence de services de conseil et de médiation (Allemagne, Québec, Angleterre, Pays Bas).
- Conflits de territoires entre médiateurs et juristes, ou incompatibilité de fonctions: un avocat peut-il jouer le rôle de médiateur? ou inversement un non-juriste peut-il donner des informations juridiques? Le problème se pose semble-t-il en Allemagne où, constitutionnellement, seuls les juristes peuvent donner des conseils juridiques. Ou encore, la même personne peut-elle exercer deux professions différentes et op-

posées en ce domaine? En Belgique la loi autorise explicitement avocats et notaires à jouer le rôle de médiateur et le barreau organise lui-même la formation d'avocats médiateurs. Il en va de même aux Pays Bas, même sans loi spéciale.

- Articulation du processus de médiation avec la procédure judiciaire en amont, pendant ou après une procédure judiciaire, suspension et reprise de la procédure, calendrier et durée maximale de la médiation, sans priver toutefois les parties de l'accès à la justice dans l'intermède, notamment pour les mesures urgentes.
- Respect du rôle des acteurs: conflit ou concurrence avec le juge, les experts, les avocats et autres auxiliaires de justice.
- Confidentialité et devoir de secret sur les difficultés surgies entre les parties interrompant le cours de la médiation, ou avec le médiateur lui-même.
- Respect du contradictoire et des exigences de l'article 6 de la CEDH.
- Implication, information et audition des enfants... logiquement souhaitable conformément à la Convention des droits de l'enfant et la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant, mais rare en pratique.
- Prise en charge totale ou partielle des frais de médiation, par l'Etat (Norvège, Québec) ou par les particuliers (Pays Bas), ou partiellement par l'aide judiciaire.

L'harmonisation européenne. Face à toutes ces questions et à la diversité des réponses nationales, le Conseil de l'Europe a, dans sa Recommandation num. R (1998) 1 sur la Médiation familiale, énoncé une série de dix Principes comme garanties procédurales d'une médiation équitable conforme aux exigences de l'article § 6 CEDH:

- Caractère volontaire de la médiation.
- Impartialité du médiateur à l'égard des parties.
- Neutralité du médiateur quant au résultat des accords.
- Garantie de l'égalité des armes des parties dans la négociation.
- Respect de la vie privée.
- Confidentialité des discussions, sauf avec l'accord des parties. (N.B. Question hautement controversée en raison du respect du principe du contradictoire au cas où le médiateur aurait accepté de recevoir une des parties sans la présence de l'autre).

- Information des parties quant aux possibilités de recourir à d’autres formes de conseil conjugal ou familial.
- Rappel de la primauté de l’intérêt et du bien-être des enfants et nécessité d’informer et de consulter ceux-ci.
- Vérification du caractère approprié de la médiation, notamment en cas de violences familiales.
- Autorisation au médiateur de donner des informations juridiques, mais non des conseils juridiques aux parties et devoir de les informer des possibilités qu’elles ont de consulter un avocat ou tout autre professionnel compétent, le cas échéant pour rédiger les accords obtenus en forme juridique. Toutes garanties procédurales soumises au contrôle du juge.

Il reste cependant des questions majeures, dont la principale est celle de la forme et du statut des accords obtenus en médiation, de leur force contraignante et exécutoire. Autant que de procédure, il s’agit là d’une question de fond, car elle concerne l’étendue de la liberté contractuelle des parties et leur sécurité juridique: ainsi, les accords consignés par le médiateur dans son rapport lient-ils déjà les parties? A partir de quel moment? Sous quelle forme doivent-ils être présentés au juge? Ce dernier doit-il? peut-il? exercer son contrôle sur la réalité et la liberté des consentements, la légalité et l’opportunité du contenu des accords avant de leur donner force exécutoire?

Techniquement la plupart des systèmes sous revue prévoient qu’avant d’entériner ou d’homologuer les accords en matière de séparation ou de divorce et de leur conférer la force exécutoire, le juge est tenu de vérifier s’ils ne lèsent pas les intérêts des enfants, y compris en Belgique où le divorce par consentement mutuel fut purement contractuel y compris en ce qui concerne les enfants jusqu’aux réformes de 1994 et 1997. Eventuellement ce contrôle peut aussi s’étendre à l’intérêt des parties elles-mêmes, notamment en matière alimentaire ou de partage des biens, voire dans l’intérêt général pour décharger la collectivité, comme c’est le cas en Allemagne, ou au Québec, et même aux Pays Bas. Dans les pays nordiques, le Gouverneur peut également refuser de prononcer la séparation ou le divorce lorsque les garanties ne sont pas suffisantes pour les enfants. Il s’agit alors d’un ordre public de protection, et non plus d’un ordre public de direction, le pouvoir d’approbation ou de désapprobation judiciaire jouant le rôle de contrepoids à ce que la liberté contractuelle pourrait avoir d’ex-

cessif et d'inéquitable pour les parties au risque de "déplacer le contentieux en aval", avec tous les aléas que comporte la loi du contrat.

Contractualisation et déjudiciarisation? Il existe pourtant aujourd'hui un courant de plus en plus fort en faveur d'un droit à l'autodétermination absolu en matière familiale et d'un désinvestissement de l'Etat dans ce domaine, au nom des libertés fondamentales et du "respect de la vie privée et familiale", qu'il s'agisse de conventions de non-mariage ou de clauses de contrat de mariage anticipant un éventuel démariage. C'est à ce titre que des voix s'élèvent aussi pour prôner le divorce "administratif" par simple déclaration conjointe à l'état civil pour autant que les époux soient d'accord, comme ce serait déjà le cas au Portugal, ou comme ce fut proposé mais rejeté en France, ou encore en Allemagne où le "post-card divorce" n'a pas reçu ses lettres de crédit par crainte des inégalités des rapports de force et de conventions lésionnaires.

En revanche, l'exemple le plus avancé de ce courant se trouve dans la législation récente des Pays Bas, qui après avoir instauré le "partenariat enregistré" des couples de quelque sexe qu'ils soient, révoquant par simple déclaration à l'état civil pour autant que les partenaires en aient réglé les effets prévus par la loi par accord, puis le mariage des couples de même sexe en 2002, permet inversement aux couples mariés de quelque sexe qu'ils soient de se déclarer partenaires enregistrés, puis de divorcer par la même voie. Ce que le rapporteur néerlandais désigne sous le nom de flash-divorce.

Le droit de la famille, fond et forme réunis, s'aventure ici clairement "hors pistes", tant en droit substantiel qu'en droit procédural.