

Paris, le 17 avril 2014

12-14 rue Charles Fourier

75013 PARIS

Tel 01 48 05 47 88

Fax 01 47 00 16 05

Mail : contact@syndicat-magistrature.org

site : www.syndicat-magistrature.org

Observations du Syndicat de la magistrature sur la proposition de loi n° 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant.

Etonnante temporalité politique que celle des textes de loi dans le domaine du droit de la famille !

En 2013, il fallait se limiter au mariage des couples de même sexe sans jamais questionner la norme de l'hétéroparentalité et le fossé béant, entre des dispositions législatives archaïques régissant la filiation et les nouveaux schémas parentaux inventés par la société civile.

Le président de la République a usé de tous les artifices pour retarder le débat démocratique. Il a même été jusqu'à saisir le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) d'une demande d'avis sur une éventuelle évolution des textes réglementant la PMA, ce défaussant sur cet aéroportage d'experts de questions éminemment politiques. Le CCNE n'est d'ailleurs pas dupe et renvoie le politique à se saisir préalablement de la question ; de sorte qu'à ce jour le CCNE rendrait possiblement un avis fin 2014-début 2015 à la condition qu'un texte de loi soit bien en discussion devant le Parlement sur ces mêmes questions.

Après le renoncement du Président de la République, en mars 2014 au projet de loi famille au lendemain d'une énième « manif pour tous », après l'appel de Manuel Valls, devenu premier ministre, à l'« apaisement » en cette matière et alors que le rapport du groupe de travail « filiation, origines, parentalité » vient - enfin - d'être rendu public, voilà que nous est présentée une proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant qui ne fait qu'effleurer la question de la réforme de la famille.

Cette proposition de loi évacue, purement et simplement, ces sujets sociétaux d'ampleur qui, initialement exclus de la loi sur le mariage pour tous, devaient prendre corps dans le projet famille. La grande loi famille attendue n'aura donc accouché que d'une modeste proposition de loi visant à clarifier et améliorer le fonctionnement de l'autorité parentale ...

Exercice de l'autorité parentale : information, clarification

Une meilleure information des parents

Plusieurs dispositions de la proposition de loi visent à améliorer l'information des parents sur leurs droits et leurs devoirs et sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, au moment de la reconnaissance d'un enfant (en allongeant la liste des textes à lire par l'officier d'état civil) ainsi que dans le livret de famille dont l'existence est consacrée au niveau législatif. On ne peut bien évidemment que s'en féliciter. Il serait souhaitable à cette occasion que le décret à suivre entérine pour le moins les avancées de la loi du 17 mai 2013 en retenant l'appellation « parents » en lieu et place des mentions « père » et « mère ».

La proposition de loi prévoit en outre une information par l'officier d'état civil lors de la célébration du mariage sur la médiation comme mode de résolution des différends entre époux ou entre parents ... sage précaution sans doute !

Une clarification des règles en matière d'exercice de l'autorité parentale

La loi du 4 mars 2002 a consacré le principe de la co-parentalité qui est réaffirmé par cette proposition de loi qui complète l'article 372 du code civil qui précise que « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale » en explicitant ce que cela signifie, à savoir qu'ils doivent s'informer réciproquement de l'organisation de la vie de l'enfant et prendre ensemble les décisions qui le concernent. Le texte rappelle en outre que tout acte de l'autorité parentale requiert l'accord des deux parents dès lors qu'ils exercent en commun l'autorité parentale et que cet accord doit être exprès pour les actes importants.

Rien de nouveau en l'espèce mais une réaffirmation claire des règles de fonctionnement de l'exercice conjoint de l'autorité parentale à laquelle on ne peut que souscrire.

Plus intéressant, la proposition de loi – si elle n'innove pas en la matière, validant pour l'essentiel la jurisprudence en vigueur – fournit une définition précise de l'acte important comme étant celui « qui rompt avec le passé et

engage l'avenir de l'enfant » (définition communément admise jusqu'alors) en y rajoutant, à juste titre, celui qui « touche à ses droits fondamentaux ». Le texte entérine par ailleurs la jurisprudence en affirmant expressément que le changement de résidence (s'il modifie les modalités d'accueil de l'enfant chez l'autre parent) et le changement d'établissement scolaire sont des actes importants qui nécessitent l'accord exprès des deux parents.

Plus contestable, la disposition qui dispense, de manière générale et absolue, de cet accord « le parent victime d'un crime ou d'un délit sur sa personne commis par l'autre parent ». En effet, si cette disposition apparaît parfaitement légitime en ce qui concerne le changement de résidence pour les crimes et délits graves commis par l'un des parents sur l'autre, il apparaît utile de rappeler qu'en l'état des textes les violences volontaires même bénignes (sans ITT) commise sur conjoint constituent un délit et justifient donc cette dérogation ; dans cette hypothèse particulière, la « sanction » à l'égard de l'auteur du délit touchant à sa relation avec le.s enfant.s peut apparaître bien sévère et surtout préjudiciable à l'intérêt de l'enfant.

De même, on peut s'interroger sur l'opportunité d'une telle dérogation quant au changement d'établissement scolaire s'il n'est pas lié au déménagement du parent victime, ce qui n'est nullement spécifié dans la proposition de loi.

Le Syndicat de la magistrature considère qu'il est souhaitable de laisser au juge aux affaires familiales la possibilité, en considération de l'intérêt de l'enfant, et au regard des circonstances de l'espèce de passer outre le refus éventuel de l'autre parent.

Une résidence partagée

Le texte envisage une modification des dispositions actuelles prévoyant que la résidence de l'enfant est fixée en alternance ou au domicile de l'un des parents. Désormais, la résidence de l'enfant est fixée « au domicile de chacun des parents » selon des modalités déterminées en commun ou fixées par le juge ; à titre exceptionnel, elle est fixée au domicile de l'un des parents et le juge statue alors sur les modalités du droit de visite.

La proposition de loi ne pose pas en principe – et c'est heureux ! – la résidence alternée, synonyme pour beaucoup de partage par moitié du temps de résidence (une semaine sur deux), mais la résidence partagée par les deux parents. Le juge ne sera donc chargé, en cas de désaccord entre les parents, que de déterminer les « modalités d'organisation » de l'accueil de l'enfant chez chacun des parents.

Cette modification est la bienvenue car, comme le rappelle à juste titre la

note de présentation de la proposition de loi, elle évite qu'en fixant la résidence chez l'un ou l'autre, le juge ne désigne « un gagnant » et « un perdant », un parent plus capable que l'autre ; cela -espérons-le ! - conduira parents, avocats et juges à sortir du schéma « classique » d'organisation - résidence chez l'un des parents et droit de visite et d'hébergement une fin de semaine sur deux et la moitié des vacances scolaires - pour s'adapter au plus près aux besoins de l'enfant et à la situation professionnelle et personnelle des parents.

La fixation de la résidence chez un seul des parents devient l'exception ; ce sera le cas notamment lorsque, au regard de l'intérêt de l'enfant, le juge aura confié à celui-ci l'exercice de l'autorité parentale (précision apportée par la proposition de loi à l'article 373-2-1 du code civil).

Prévention et résolution des conflits dans l'exercice de l'autorité parentale : obligation et sanction

Obligation et sanction semblent les voies privilégiées par le législateur à cette fin.

La médiation familiale obligatoire

Le souci du législateur est louable : développer l'usage de la médiation familiale.

Cela passe d'abord par une meilleure information des citoyens à ce sujet et, en ce sens, toutes les mesures qui y concourent sont les bienvenues.

Par ailleurs, en l'état actuel des textes, le juge peut proposer une médiation et, avec l'accord des parties, désigner un médiateur ou enjoindre les parties de rencontrer un médiateur familial. La proposition de loi permettrait désormais au juge d'enjoindre les parents de participer à des séances de médiation familiale.

Le Syndicat de la magistrature émet des réserves sur cette proposition. L'injonction de rencontrer un médiateur familial est une possibilité intéressante qui existe déjà ; il serait possible d'en faire une phase préalable obligatoire en systématisant la « double convocation » - expérimentée depuis maintenant plusieurs années dans des juridictions, et notamment à Bobigny - qui permet de créer cette rencontre avec le médiateur au cours de laquelle le professionnel va pouvoir tenter de convaincre les parents de l'intérêt de la médiation familiale.

Au-delà, il apparaît difficile d'imposer à des parents de participer à des

séances de médiation car, pour que celle-ci ait un sens et puisse éventuellement aboutir à un accord même partiel, la médiation suppose l'adhésion au processus.

Autant il faut tout mettre en œuvre pour convaincre, susciter cette adhésion, autant l'obligation de se soumettre à des séances de médiation – qui retardera d'autant l'intervention de la décision ... - n'apparaît pas souhaitable.

Il serait bien préférable – comme le Syndicat de la magistrature le réclame depuis fort longtemps ... - d'améliorer le financement de la médiation familiale pour assurer pour le moins la gratuité de la séance « sur injonction » quels que soient les revenus des personnes (pas uniquement pour les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle, comme c'est le cas aujourd'hui sauf convention négociée par la juridiction ou financement par le CDAD ..) et permettre une rencontre individuelle – ne se limitant pas à une simple information générale - plus propice à l'entreprise de conviction qui incombe au médiateur à ce stade pour faire adhérer les parents au processus.

Le financement de la médiation elle-même est également une donnée essentielle, notamment pour les personnes à revenus modestes non éligibles ou partiellement éligibles à l'aide juridictionnelle, car il est encore plus difficile de susciter l'adhésion à la médiation si celle-ci a un coût.

De la pertinence des sanctions

La pénalisation des comportements en matière familiale a fait la preuve de ses limites, elle n'a aucun effet dissuasif dans des situations particulièrement conflictuelles et souvent complexes ; la réponse passe plutôt par une meilleure coordination des acteurs – comme proposé d'ailleurs dans le rapport du groupe de travail sur les « juridictions du 21^{ème} siècle » - et une intervention plus en amont pour dénouer les conflits.

En ce sens, la contraventionnalisation du délit de non-représentation d'enfant pour la première infraction va dans le bon sens, même si l'on peut s'interroger sur les motivations du législateur énoncées dans le texte de présentation, à savoir « accélérer la procédure et faciliter l'établissement de la preuve des violations de la décision du juge aux affaires familiales » ...

A l'opposé, la création d'un mécanisme d'amende civile pour sanctionner le parent qui fait délibérément obstacle « de façon grave ou renouvelée aux règles de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en empêchant l'autre parent d'exercer ses prérogatives » ou celui qui ne respecte pas une décision fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale - amende maximale de 10 000 € proportionnée à la gravité de l'atteinte et aux facultés

contributives – n'apparaît pas opportune.

Elle donne un sens inédit à l'amende civile - traditionnellement destinée à sanctionner le fait de se soustraire à une charge publique ou civique ou l'exercice abusif d'un droit – en lui donnant une fonction de sanction du non-respect d'une décision judiciaire ; le juge civil qui, pour s'assurer de l'exécution de ses décisions, disposait à ce jour de l'arme de l'astreinte, se voit ainsi confier un pouvoir de sanctionner celui qui n'exécute pas sa décision.

Le Syndicat de la magistrature, comme il l'avait déjà dénoncé au sujet de certaines des dispositions relatives à l'ordonnance de protection – qui transforment le juge aux affaires familiales en véritable juge de l'application des peines – conteste l'extension de ces prérogatives de nature « quasi-pénale » du juge aux affaires familiales. Il rappelle que le juge aux affaires familiales dispose déjà d'un pouvoir de « sanction » important sachant que, comme le précise l'article 373-2-11 du code civil, lorsqu'il est amené à se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, il prend notamment en considération l'aptitude de chacun des parents « à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ».

Prise en compte de la parole de l'enfant : quelle amélioration ?

L'article 388-1 du code civil prévoit que « dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut ... être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet ».

La proposition de loi se borne à compléter ce texte en précisant que le mineur doit être entendu « d'une manière adaptée à son degré de maturité ». Cela paraît être une évidence, les dispositions existantes autorisent déjà le juge à prévoir des modalités d'audition particulières mais cela va sûrement mieux en le disant ...

Le législateur n'a manifestement pas souhaité aller au-delà dans la prise en compte de la parole de l'enfant et n'a notamment pas retenu la suggestion intéressante de la défenseure des enfants qui, dans son dernier rapport, préconisait d'instaurer une présomption de discernement, à charge pour le juge de l'apprécier lors de l'audition.

Le Syndicat de la magistrature regrette par ailleurs que le législateur ne se soit pas interrogé sur l'opportunité de prévoir une assistance obligatoire par

un avocat pour cette audition, pour le moins dans l'hypothèse où il est entendu dans le cadre d'une procédure contentieuse entre ses parents. En effet, si le mineur n'est pas partie à la procédure, il semble nécessaire qu'il puisse être assisté et ainsi mis à l'abri – autant que possible – du conflit parental ; l'intervention de l'avocat est par ailleurs de nature à signifier aux parents que l'intérêt de l'enfant est essentiel et protégé dans la procédure, ce qui peut être de nature à influencer positivement sur leur comportement. Cette assistance obligatoire par avocat pourrait également être prévue dans l'hypothèse où le juge aux affaires familiales est saisi d'une demande tendant à le voir confier à un tiers.

Enfin, il serait souhaitable que l'enfant, dont l'audition est de droit s'il la sollicite, puisse de même demander à être entendu par le juge lui-même. Une prise en compte au niveau de la charge de travail et une formation spécifique pourraient répondre dans ce cas aux inquiétudes et difficultés que cela est susceptible de générer.

Droits des tiers qui concourent à l'éducation de l'enfant

Le tiers n'exerçant pas l'autorité parentale

Innovation intéressante, la proposition de loi crée le « mandat d'éducation quotidienne ». Ce mandat permettra en effet de faciliter au quotidien le fonctionnement des familles recomposées. Il peut être donné par l'un des parents à son concubin, partenaire ou conjoint avec lequel il réside de façon stable, par acte sous-seing privé ou en la forme authentique. Il suppose l'accord de l'autre parent. Il permet au mandataire d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale pour la durée de la vie commune. Il peut être révoqué à tout moment et prend fin de plein droit en cas de décès du mandant ou du mandataire, de rupture de la vie commune ou de renonciation du mandataire à son mandat.

Il ne peut être révoqué par l'autre parent, ce qui permet d'éviter qu'il ne revienne de manière intempestive sur l'accord donné et garantit une certaine stabilité au bénéfice de l'enfant.

Par ailleurs, l'article 9 de la proposition de loi étend la présomption de l'article 372-2 du code civil à l'égard des tiers de bonne foi concernant les actes usuels ; désormais, à l'égard de ces derniers, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale ou quand il autorise un tiers à accomplir un tel acte.

Ce texte est la conséquence logique de la création du « mandat d'éducation quotidienne » ; dès lors que le tiers peut être amené avec l'accord des deux parents à accomplir ces actes usuels, il convient d'étendre cette présomption

qui permet de faciliter la vie quotidienne en évitant que les tiers réclament systématiquement un accord écrit des deux parents pour des actes de faible importance.

La proposition de loi assouplit par ailleurs quelque peu les règles permettant au juge aux affaires familiales de confier l'enfant à un tiers, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige.

En pratique, il était déjà possible de confier l'enfant au concubin, conjoint ou partenaire du parent décédé puisque le texte n'excluait pas cette possibilité (« de préférence dans la parenté ») ; la nouvelle formulation du texte (« parent ou non ») clarifie la situation et n'oblige plus le juge à rechercher d'abord un parent susceptible d'accueillir l'enfant.

Enfin cette proposition de loi renforce les droits des tiers dans l'hypothèse où l'enfant leur est confié. Désormais, le tiers peut accomplir seul tous les actes usuels relatifs à l'autorité parentale et non plus seulement les actes relatifs « à la surveillance et à l'éducation de l'enfant ». Le juge peut même, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser ce tiers à accomplir un acte important relatif à l'autorité parentale.

Cette possibilité offerte au juge aux affaires familiales de désigner un tiers est à ce jour très peu usitée ; dans de telles situations, c'est le juge des enfants ou le juge des tutelles mineurs qui sont le plus fréquemment saisis. L'intérêt de l'intervention du juge des enfants ou du juge des tutelles est de permettre un suivi de situations souvent complexes et évolutives (notamment dans l'hypothèse d'une reprise de contact progressive du parent survivant avec lequel l'enfant avait des liens distendus). Pour autant, dans les situations plus simples, l'intervention du juge aux affaires familiales peut apparaître suffisante et elle permet surtout d'obtenir – hors situation de danger pour l'enfant justifiant l'intervention du juge des enfants – une décision provisoire rapide en attendant la saisine et la décision d'un éventuel conseil de famille.

Dans ces situations, un travail de coordination au sein des juridictions entre juge des enfants, juges des tutelles mineurs et juges aux affaires familiales est à favoriser.

Partage et délégation de l'autorité parentale

La proposition de loi crée une distinction claire entre partage conventionnel de l'autorité parentale et délégation par le juge de l'autorité parentale.

Les parents ou l'un des parents qui exercent l'autorité parentale peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent le partage de tout ou partie de l'exercice de leur

autorité parentale avec un tiers.

Cette convention est soumise à l'homologation du juge qui a pour mission de vérifier la conformité de celle-ci à l'intérêt de l'enfant et s'assurer du consentement libre du ou des parents (accord des deux parents nécessaire si exercice conjoint de l'autorité parentale et recueil de l'avis de l'autre parent si exercice unilatéral).

Ce partage conventionnel de l'autorité parentale prend fin par une nouvelle convention homologuée ou, en cas de désaccord, par décision du juge (à la demande du tiers ou de l'un des parents : si la demande émane d'un parent exerçant l'autorité parentale, le juge doit y faire droit sauf circonstances exceptionnelles).

Ce partage conventionnel permettra notamment aux familles homoparentales – en attendant une hypothétique véritable « loi famille » adaptant le droit de la filiation aux réalités sociologiques de notre temps ... - d'organiser l'exercice de l'autorité parentale sans avoir plus à justifier de « circonstances exceptionnelles » pour obtenir du juge une délégation de l'autorité parentale.

La proposition de loi élargit par ailleurs la possibilité d'ouverture de la délégation de l'exercice de l'autorité parentale à l'initiative du particulier, de l'établissement ou du service de l'ASE qui a recueilli l'enfant ou d'un membre de la famille à l'hypothèse où le juge des enfants a dû autoriser à plusieurs reprises le service ou la personne à qui l'enfant a été confié à effectuer un acte important en raison d'un refus abusif ou injustifié ou d'une négligence des détenteurs de l'autorité parentale.

De fait, les demandes de délégations d'exercice de l'autorité parentale par l'ASE interviennent déjà à ce jour pour ce motif.