*Ce bulletin
est à photocopier et à diffuser largement
dans les juridictions*

DROIT DE LA FAMILLE : HORS LES EFFETS D'ANNONCE, QUE RESTE-T-IL ?

La loi du 25 juillet 1994 relative à la famille, votée sous le gouvernement Balladur, fait obligation au premier ministre d'organiser tous les ans une conférence de la famille où il présente devant un certain nombre d'associations et de partenaires concernés ses orientations en matière familiale, les actions menées et les objectifs qu'il s'est fixés.

C'est ainsi que Lionel Jospin dans son discours d'investiture en juin 1997 devant le Parlement a annoncé sa volonté de « fonder une politique familiale de gauche », rompant ainsi avec l'absence de la gauche de ce domaine traditionnellement investi par la droite.

Dans cette optique, est notamment créée en 1998 une délégation interministérielle à la famille, qui est confiée à Ségolène Royal.

Ministère de la justice et ministère de la famille ont donc travaillé conjointement à l'élaboration de cette réforme, dont ils ont présenté les orientations devant le gouvernement le 4 avril 2001. Celles-ci s'appuient sur les conclusions des rapports They, Dekeuwer-Desfossez sur les évolutions sociologiques et juridiques de la famille, Bruel sur la paternité, Yayiel sur le partage des responsabilités parentales, puis en juin dernier Sassier sur la médiation familiale.

UNE REFORME AMBITIEUSE :

L'objectif annoncé est d'adapter le droit de la famille aux évolutions sociologiques de la société, et d'en faire « un instrument juridique unifié, simplifié, pacificateur » :

1 - Reconnaître la famille dans sa diversité, autour d'une définition minimale de ce qui « fait famille » ; la refonder sur le

lien de filiation et la parentalité, le couple étant trop fragilisé pour garantir la stabilité minimale dont l'enfant a besoin. Préciser les prérogatives et responsabilités des parents, conçues comme un ensemble de droits et devoirs définissant l'autorité parentale.

2 – Établir une parfaite égalité, d'une part de tous les enfants entre eux, (conformément à la Convention internationale des droits de l'enfant); d'autre part de l'homme et de la femme, et du père et de la mère par la réaffirmation du principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale au-delà des aléas du couple. Prendre toutes mesures concrètes destinées à permettre notamment aux pères l'exercice effectif de leur droit et devoir d'éducation en faveur de l'enfant.

3 – Pacifier le divorce. En exclure la faute et les torts; favo-

riser une séparation non conflictuelle, et promouvoir pour ce faire la médiation familiale. Faire des accords parentaux le principe.

4 – Revaloriser le rôle du juge en matière familiale: Affirmer la subsidiarité de la justice, et permettre ainsi une concentration de ses professionnels sur les contentieux «où dire le droit est une nécessité incontournable».

PRÉSENTÉE EN ORDRE DISPERSÉ:

La loi réformant la prestation compensatoire est en vigueur depuis le 30 juin 2000

1 – *Proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins* — adoptée en 2^e lecture par l'Assemblée nationale le 28 juin 2001 —. Il s'agit d'inscrire dans le code civil des dispositions visant à accorder au conjoint survivant un droit d'habitation sur le logement commun, ainsi que d'accroître ses droits successoraux. Réparant une injustice manifeste, la proposition de loi a été votée à l'unanimité.

2 – *Projet de loi relatif à l'accès aux origines personnes des personnes adoptées et pupilles de l'état*, adopté en 1^{re} lecture le 31 mai 2001.

Contrairement aux proclamations de la ministre de la famille, qui avait annoncé la mise en conformité de notre législation avec l'article 7 de la convention internationale des droits de l'enfant, qui proclame le droit de l'enfant à connaître ses origines, ainsi qu'avec la Convention de La Haye de 1993, enjoignant aux États de conserver les informations qu'ils détiennent sur les origines de l'enfant, l'accouchement sous X n'est pas supprimé. Une incitation forte à l'égard des mères à faire connaître leur identité est prévue, ainsi que la création d'un conseil national pour l'accès aux origines personnelles.

3 – *Proposition de loi relative au nom patronymique*, adoptée en 1^{re} lecture le 8 février 2001, instaurant le libre choix par les parents du nom dévolu à l'enfant: nom du père ou nom de la mère. En cas de désaccord, l'enfant acquerra les deux noms accolés dans l'ordre alphabétique, dans la limite d'un patronyme pour chacun d'eux. Votée un soir de grande désaffection, à la hâte, objet de pression de groupes féministes, cette «adaptation bricolée à l'humeur supposée du temps» ne s'inscrit nullement dans l'objectif principal de consolidation des liens de filiation, et de réaffirmation de la place des pères. Ce «libre» choix du nom de l'enfant ne risque-t-il pas d'être tout sauf libre, lorsqu'on connaît le poids des pressions, notamment des familles élargies, qui peuvent y présider?

4 – *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à la filiation*, adoptée en 1^{re} lecture le 14 juin 2001, instaurant:

- Un droit commun de l'autorité parentale par le regroupement sous un titre unique du code civil de l'ensemble des dispositions qui s'y attachent.
- Une nouvelle définition de l'autorité parentale qui a pour fondement et finalité l'intérêt de l'enfant. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge

et son degré de maturité.

- La faculté pour le juge de fixer les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, si tel est l'intérêt de l'enfant.
- Homologation par le JAF des conventions passées entre les parents pour résoudre les conflits concernant l'autorité parentale (!!!).
- Faculté pour le juge de proposer aux parents une mesure de médiation judiciaire et leur enjoindre de rencontrer un médiateur.
- Introduction dans le code civil de la notion de résidence alternée.
- Devoir pour chacun des parents de maintenir des relations personnelles avec l'enfant et de respecter les liens de ce dernier avec l'autre parent.
- Le parent qui n'exerce pas les prérogatives liées à l'autorité parentale peut, à la demande de l'autre parent, être convoqué par le juge qui lui rappelle ses obligations (!!!).
- La délégation volontaire de l'autorité parentale par les parents, accordée par le juge, n'entraîne pas nécessairement une perte de leurs prérogatives.
- Suppression de toutes distinctions entre tous les enfants, quelle que soit la situation juridique de leurs parents à leur naissance.

5 – *Proposition relative à la réforme du divorce*, adoptée en 1^{re} lecture le 9 octobre 2001:

- Présentation des deux cas de divorce désormais possibles: le divorce par consentement mutuel, et le divorce pour rupture irrémédiable de la vie commune, qui peut être demandé par l'un des époux.
- Simplification de la procédure de divorce par consentement mutuel, qui peut être prononcé dès la première comparution devant le juge.
- Le juge est informé des procédures passées ou en cours, civiles ou pénales, éventuellement engagées à l'encontre de l'un des époux pour des faits intervenus dans le mariage (!!!).
- D'office, ou à la demande des époux, le juge peut ordonner une mesure de médiation, ou la participation des époux à une séance d'information, à peine de refus de poursuite de la procédure (!!!).
- Inscription par le juge dans le jugement de divorce, à la demande d'un époux des faits d'une particulière gravité procédant notamment de violences physiques ou morales que lui aurait infligées son conjoint (!!!).

QUI NE RÉSISTE PAS A L'ANALYSE:

I – UNE SIMPLE ÉBAUCHE DE LA MÉDIATION :

En matière familiale, le constat est accablant :

L'institution judiciaire, envahie par le contentieux familial (55% du contentieux) est manifestement incapable d'apporter des solutions satisfaisantes. Il semblerait que près de 65% des décisions fixant des droits de visite et d'hébergement ne soient pas exécutées ; un justiciable sur deux revient devant le JAF dans les deux ans en vue d'une nouvelle décision.

Il est clair que les sentiments humains constitutifs des affaires familiales sont trop riches et complexes pour pouvoir être réduits à l'application de règles de droit.

C'est pourquoi le S.M. affirme la nécessité d'admettre au sein du processus judiciaire un espace non judiciaire qui soit le lieu d'expression et d'élaboration de l'intime, La sphère privée ne peut qu'être en dehors du champ judiciaire. La médiation familiale paraît être cet espace que « le droit (doit) donner à la liberté et à la responsabilité laissées à chacun pour organiser ses relations avec autrui » (rapport Sassier), que ce soit du reste en l'englobant dans la procédure, ou en s'assurant que le couple ait pu y avoir recours avant même l'entrée dans le processus judiciaire.

Pour autant il nous paraît essentiel que la médiation familiale puisse être confiée à des professionnels de qualité – dûment formés, et que les contenus de la prestation soient clairement définis. La création d'un Conseil consultatif de la médiation, en date du 8 octobre, paraît s'inscrire dans une volonté du gouvernement de se pencher enfin sur une mesure instituée par la loi de 1995, mais jusqu'à aujourd'hui abandonnée aux seules initiatives individuelles. Ce conseil sera-t-il de nature à répondre à cette nécessité ? En toute hypothèse, un important effort de financement doit être consenti. Jusqu'à ce jour, les subventions du ministère de la justice ont été ridicules : 3 000 F par juridiction en 1992 ; 5 700 F en 1996 ; 23 000 F en 2001, soit 4 médiations par juridiction!!! Leur doublement annoncé reste dérisoire.

La question se pose également du caractère obligatoire de la médiation : si le couple en désaccord (notamment sur l'organisation de la vie des enfants), peut être fortement incité par le juge à avoir recours à une médiation familiale, peut-il en revanche y être contraint par une décision judiciaire ? Rappelons d'une part que la loi du 8 février 1995 soumet la prise d'une mesure de médiation par le juge à l'accord des parties, et que d'autre part que confidentialité et volontariat constituent les principes fondateurs de la médiation familiale.

Quant à la participation à une séance d'information, est-t-il opportun qu'elle puisse faire l'objet d'un prononcé d'office par le juge ? Est-il légitime que le refus de participer à cette séance d'information préalable conditionne la recevabilité de la procédure de divorce ? Il paraît difficilement envisageable de conférer à la médiation un caractère contraignant : son refus relève des prérogatives de la liberté individuelle et seule une atteinte à l'intérêt de l'enfant nous parions de nature à motiver une intervention contraignante d'ordre public, la protection des mineurs étant une mission régaliennne de l'État.

Une incitation forte par le juge pourrait être réalisée lors de la tentative de conciliation, qui se rapprocherait de la recherche d'adhésion bien connue du juge des enfants.

Il appartient à la société civile de développer largement la médiation extra-judiciaire, et de diffuser toute information en ce sens tendant à permettre au plus grand nombre de bénéficier d'une telle prestation, dont la réussite, qui plus est, permettrait d'éviter le recours trop systématique au judiciaire, toujours coûteux et douloureux.

En conclusion : Le S.M. affirme la nécessité d'inscrire la médiation familiale dans le processus judiciaire. S'il est impératif que la société civile développe largement la médiation familiale extra-judiciaire, le juge, saisi d'un conflit de la séparation, sera tenu d'inciter fortement les parties au recours à une médiation — ou a minima — à participer à une séance d'information ?

II. UNE REFORME PEU COHÉRENTE :

La présentation en deux textes distincts de la réforme de l'autorité parentale et du divorce nous paraît d'une part nuire à la cohérence de l'ensemble du projet, et d'autre part pérenniser le traitement différentiel du divorce, alors même que la loi entend faire de la filiation et de l'autorité parentale le nouveau fondement du droit de la famille. Le divorce reste entaché de contraintes spécifiques, auxquelles ne sont pas assujettis

les concubins en instance de séparation : contrainte de venir en justice — dont on connaît le coût, pour le prononcé du divorce ; de faire homologuer par le juge une convention réglant les effets de la séparation, là où le couple de concubins — pour peu qu'il agisse de manière consensuelle, pourra librement établir et modifier les accords établis.

III. LA PÉRENNISATION DU TOUT-JUDICIAIRE :

DANS LE DIVORCE :

L'ouverture d'un divorce sans juge devait précisément mettre fin au recours obligé du couple marié à l'instance judiciaire. Celui-ci ne saurait, du fait du mariage, être exclu du

bénéfice de la pleine autonomie et responsabilité conférée par la loi nouvelle aux père et mère, incités à organiser consensuellement la vie de leurs enfants. Le divorce sans juge, encore annoncé par Ségolène Royal le 4 avril 2001, devait également constituer un premier pas dans la réalisation de la sub-

sidiarité du juge en matière familiale, corollaire du principe de pleine valorisation des accords parentaux.

Le S.M. réitère sa profonde déception devant le recul opéré sur ce point. La simplification du divorce par consentement mutuel et sa réduction à une seule comparution devant le juge apparaît dérisoire au regard de l'avancée significative qu'aurait constitué un divorce sans juge.

Là encore, dans le domaine du divorce pour faute, par manque de courage politique et dans le seul but de satisfaire certains groupes de pression, la ministre a ruiné sa volonté initiale de supprimer les bagarres judiciaires, pérennisant ce monstre juridique, la faute dans le divorce, unanimement critiqué par les praticiens.

SUR L'AUTORITÉ PARENTALE :

1 - L'empiètement de l'ordre public sur la sphère privée :

Nous souscrivons au rassemblement de l'ensemble des dispositions actuellement éparpillées dans le code civil en un titre unique, qui traduit la volonté de faire de l'autorité parentale la notion fondatrice à partir de laquelle s'ordonne l'ensemble du droit de la famille.

L'autorité parentale est une notion d'ordre public, pendant de la prérogative de l'État à veiller à l'éducation et à la protection des mineurs. Nous réaffirmons cependant qu'elle seule justifie l'intervention de l'état dans la sphère privée que constitue la vie familiale. L'intérêt de l'enfant, finalité de l'autorité parentale constitue la seule limite que l'État puisse imposer à l'autonomie de la volonté des parents. Même si cette notion d'« intérêt de l'enfant », est hautement idéologique, soumise aux croyances de chaque époque, elle constitue néanmoins la limite au-delà de laquelle toute intervention publique — et donc tout « cadrage juridique » ne se justifie plus —. En aucun cas les « compensations techniques et financières apportées par l'état » en cas de séparation ne lui donnent qualité à intervenir dans la sphère familiale.

2 - La Coparentalité :

a - Des parents responsables, mais de quoi ?

La réaffirmation du principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, au-delà des aléas du couple — trop peu appliqué malgré son instauration par la loi du 8 janvier 1993, s'inscrit dans une volonté manifeste de responsabilisation des parents — et des deux parents. Cette tentative certes louable de tenter de restaurer une autorité parentale bien ébranlée, risque cependant de constituer un premier pas dans la mise en cause de la responsabilité des parents de mineurs délinquants.

Cette restauration de la responsabilité parentale ne risque-t-elle pas de permettre d'interpeller également les parents de mineurs « incivils » sur leurs responsabilités éducatives ? Interpeller ou sanctionner ? La « patate chaude » du brûlant problème de la délinquance des mineurs serait ainsi partagée par les deux ministères de la justice et de la famille...

b - La coparentabilité ne doit pas rester un luxe.

La reconnaissance de la garde alternée, le rappel du contre-sens que constitue la fixation de droits de visite et d'hébergement dans le cadre d'un exercice conjoint de l'autorité parentale, conséquences qui auraient pu d'ores et déjà être tirées de la loi de 1993 constituent des avancées intéressantes. Parviendront-ils à bousculer les inerties et conformismes ambiants ? Sauf à voir se creuser encore les inéga-

lités déjà trop criantes entre séparations de riches et séparations de pauvres, il est essentiel que soient prises des mesures concrètes destinées à permettre effectivement, notamment aux pères, le plein exercice de leur droit et devoir d'éducation, Encore faut-il que les conclusions du rapport Yahiel émanant du groupe de travail sur les responsabilités parentales rendues en mars 2001 à la ministre de la famille (création d'un livret de paternité ; accès facilité au logement pour les pères...) ne restent pas à l'état de pur effet d'annonce.

3 - Des parents responsables ou incapables majeurs,

Le principe de la pleine valeur accordée aux accords parentaux n'est pas suffisamment explicité dans la loi. Si un lecteur attentif peut en reconnaître le caractère implicite et sous-entendu, il faut rappeler que la loi est destinée à tous et qu'il est essentiel qu'y soit formulée explicitement l'affirmation de l'autonomie des parents dans l'organisation de la vie de leur enfant. Bien au contraire, c'est l'homologation des accords parentaux qui paraît désignée comme la règle. L'incitation à l'homologation systématique par le JAF nous paraît parfaitement contradictoire avec les principes énoncés, et constitue une tentative non dissimulée de réintroduire un cadrage juridique en lieu et place de l'autonomie annoncée des pères et mères.

Cette tutelle de l'État place en fait les parents en quasi situation d'incapables majeurs, tenus de montrer patte blanche. Elle repose en outre sur une erreur d'analyse : Outre une surcharge inutile des cabinets des JAF, l'homologation par un juge ne « sécurise » en rien un accord, pas même symboliquement : La véritable sécurité d'un accord de cette nature ne réside pas dans son contenu, mais sur la volonté effective et surtout évolutive de chacune des parties à le faire fonctionner, hors toute intervention judiciaire.

Par ailleurs, que dire de cette transformation du J.A.F. en juge-homologateur ?

4 - Parents défailants, *GARE AU JUGE!*

Quant à l'apparition dans le texte voté par l'Assemblée nationale d'un article 372-5 qui prévoit que « le parent qui ne respecte pas les devoirs qui s'attachent à l'autorité parentale peut se voir rappeler ses obligations », elle laisse méditatif sur la méconnaissance par nos parlementaires et de l'utilisation possible par nos justiciables de telles dispositions à des fins dilatoires et belliqueuses. Quant au juge, il se verrait transformé en père fouettard ! On connaissait le juge qui applique la loi, on découvrirait un juge qui « rappelle la loi »...

**L'actualité du Syndicat de la Magistrature
est en ligne sur le site
du SM nouvelle formule :
www.syndicat-magistrature.org**