



HAL
open science

L'office du juge dans le contentieux familial

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. L'office du juge dans le contentieux familial. Colloque Lexis Nexis Procédures, Oct 2014, Paris, France. hal-04015445

HAL Id: hal-04015445

<https://hal.science/hal-04015445>

Submitted on 5 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'office du juge dans le contentieux familial

Mélina Douchy-Oudot

Professeur à l'Université de Toulon

Membre du Centre de droit et de politique comparés

(UMR-DICE 73-18)

1. Nos amis Hervé Croze et Alioune Djigo ont pris l'heureuse initiative de nous réunir aujourd'hui, dans les locaux de Lexis-Nexis, pour fêter les vingt ans de la revue Procédures. A cet effet, ils ont eu l'audace de demander, dans un contexte d'égalité réelle entre les « femmes et les hommes » et de parité renforcée, l'intervention exclusive de « professeurs et de maîtresses de conférences » ! Il est vrai et nous ne verrons pas là de différence ontologique entre les sexes, que les épouses, les compagnes et, en tout cas, les mères sont les plus affairées dans les fêtes de famille ! Qu'ils soient donc tous deux remerciés de ce bel hommage.

2. Il m'appartient de dire quelques mots sur l'office du juge dans le contentieux familial. Cet intitulé tout de singulier porte sur des réalités plurielles :
 - « l'office », nous savons bien sûr que l'office du juge est pluriel dans ses formes¹, des rapports récents allant jusqu'à en distinguer six², étant entendu que, selon le traditionnel Code de procédure civile pris en ses principes directeurs, le juge aura pour mission, sinon de concilier, du moins de juger les parties³ ;
 - « du juge », il s'agit cet après-midi d'axer nos réflexions sur le seul juge aux affaires familiales, même s'il n'échappera à personne que de nombreux aspects du contentieux familial échappent à ce juge, telle la filiation, le mariage ou les successions pour ne citer que les plus importants d'entre eux. Ceci relance, d'ailleurs, la question de la pertinence de la création des pôles famille qui n'a pas été, semble-t-il, suivie dans toutes les juridictions ;
 - « dans le contentieux familial », le terme se veut générique et dans l'application ce sont des contentieux multiples, en matière de famille, que le juge aux affaires familiales connaît.

3. La particularité de l'intervention judiciaire tient au double mouvement du fond et de la procédure. La réflexion au fond ayant été menée, en début d'année, sur les évolutions du droit de la famille⁴, même si les conclusions s'éloignent de ce que devrait être selon nous la famille, remarquons qu'elles ont été bien posées et qu'il faudra nécessairement repenser nos procédures en matière familiale à partir des évolutions constatées. A un moment de transformations sociales importantes, et plus

¹ M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », Ecrits à Jean Foyer, éd. PUF 1997, 463 s.

² Rapport IHEJ, La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXIème siècle, de A. Garapon, S. Perdrille et B. Bernabé, mai 2013.

³ V. Egéa, La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille, Defrénois 2010.

⁴ I. Théry, « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », 2014 ; A. Gouttenoire, « Protection de l'enfance et adoption », 2014.

spécifiquement pour la matière familiale de valeurs revisitées, les métamorphoses de l'office du juge qui sont l'objet de nombreux rapports⁵ et études⁶ ont des répercussions notables sur la mission dévolue aux juges chargés d'apaiser les conflits et de trancher les litiges de la famille. L'office du juge est littéralement perturbé par ce mouvement général où les lois, décrets et ordonnances (voire circulaires !), dans un jeu de course-poursuite, se multiplient pour essayer, non pas d'endiguer, mais de répondre aux interrogations suscitées par des mutations sociales toujours plus rapides (I). L'essoufflement de nos magistrats ne tient pas à leur incurie contrairement aux multiples contrôles de l'efficacité de la justice auxquels ils sont soumis⁷, mais à une démultiplication des fonctions qu'ils sont conduits à assumer. Il faut donc songer à restaurer l'office du juge en repensant la gestion et la résolution des conflits familiaux (II).

I – Un office du juge perturbé

4. Le travail du juge aux affaires familiales ne cesse d'être secoué par des modifications du domaine d'intervention qui lui est dévolu, la maîtrise toujours plus large de compétences juridiques de grande technicité, un flux de dossier continu, et des procédures applicables distinctes selon les questions soulevées dans un même litige à trancher. En clair, l'office du juge est perturbé pour des raisons juridiques et on le serait à moins (A). Mais la mission du juge est également transformée pour des raisons d'ordre sociologique tenant à la transformation des liens de famille et aux limites de la réponse juridique (B).

A – Un office perturbé pour des raisons juridiques

5. Le juge aux affaires familiales en France est tenu à une polyvalence, en tant que juge unique, que peu d'entre nous aimerions assumer, démultipliant les domaines de sa compétence (1), outre le croisement consécutif des procédures auquel les réformes successives le conduiront (2).

1 – Un juge polyvalent en matière familiale

6. La litanie des textes est, à elle seule, édifiante. Certains textes ont transformé radicalement le domaine de compétence du juge aux affaires familiales⁸, ajoutant des

⁵ Rapports : « Juston », Médiation familiale et contrats de co-parentalité, 2014 ; « Tasca et Mercier » rapport d'information au Sénat n° 404, La justice familiale, 2014 ; « Delmas-Goyon », Le juge du XXIème siècle, décembre 2013 ; « Marshall », Les juridictions du XXIème siècle, décembre 2013 ; « Guinchard », L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », Doc. Franç. 2008.

⁶ Tout récemment : « Les métamorphoses de l'office du juge » : N. Cayrol, « Les métamorphoses réalisées », et L. Raschel, « Les métamorphoses préconisées », Gaz. Pal. 30-31 juillet 2014, p. 15 s. et p. 18 s.

⁷ Voir l'éclairant rapport de droit comparé du magistrat Michaël Haravon, en particulier le tableau établissant la comparaison entre le travail des magistrats anglo-saxon et les magistrats français : <https://app.box.com/haravon>

⁸ Incertitudes autour des nouvelles compétences du JAF. Interview d'Eloi Buat-Ménard, Magistrat, diplômé notaire, AJ fam. 2010, p. 102 ; M.-B. Maizy, Vice-président chargé des affaires familiales, « Loi n° 2009-526 du 12

domaines jusqu'alors confiés à d'autres magistrats et conduisant à une situation de blocage des juridictions. On se souvient de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 dite d'allégement des procédures et de simplification du droit, ainsi que du décret n° 2009-1591 17 décembre 2009. Les actuels articles L. 213-3 et L. 213-3-1 du code de l'organisation judiciaire, qui leur font suite, rendent compte de l'étendue du domaine d'intervention du juge qui doit, tout à la fois :

- homologuer en droit patrimonial de la famille – des régimes matrimoniaux, aux régimes « pacsimoniaux » ou indivisions de concubins, à la séparation de biens judiciaires ;
- divorcer ou séparer les époux, et dans tous les cas liquider les biens lorsque le couple, marié ou non, se sépare ;
- fixer l'obligation alimentaire, la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité et de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ;
- trancher les conflits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale ;
- réviser la prestation compensatoire ou ses modalités de paiement ;
- examiner les demandes de changement de prénom ;
- protéger le conjoint ou les enfants victimes de violences dans le cadre « conjugal » élargi, il s'agit de la désormais usuelle ordonnance de protection ;
- veiller à protéger également toute personne majeure de la conclusion d'un mariage forcé ;
- à ceci s'ajoute tout le contentieux relatif aux tutelles, le juge aux affaires familiales exerçant, comme chacun sait, les fonctions de juge des tutelles des mineurs.

7. Les difficultés de délimitation du périmètre de l'action de chaque juge ne sont pas moins redoutables. Il suffit de songer au contentieux liquidatif suite au prononcé d'un divorce dont on a pu suivre la « saga judiciaire », notamment sous la plume du professeur Egéa⁹. Quels sont les pouvoirs du juge qui prononce le divorce, plus particulièrement doit-il désigner le notaire chargé de liquider les intérêts des époux, autrement dit le régime matrimonial ? La Cour de cassation a clairement donné la solution dans ses décisions, fort commentées¹⁰, du 7 novembre 2012. Plusieurs difficultés pratiques sont nées depuis, notamment quant aux modalités de désignation du notaire, quel notaire désigner, des usages distincts se développant selon les juridictions concernées, mais aussi que devient la phase du amiable du partage en cette hypothèse, et pour quelle raison avoir supprimé les deux phases bien distinctes

mai 2009 : extension des attributions du juge aux affaires familiales et nécessaire réorganisation en juridiction », AJ fam. 2010, p. 106 s. ; L. Gebler, Juge aux affaires familiales, vice-président du tribunal de grande instance de Libourne, « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », AJ famille 2009, p. 256 s.

⁹ Un an de droit procédural, Dr. fam. 2013, 1, n° 10.

¹⁰ Cass. 1re civ., 7 nov. 2012 n° 12-17.394 : JurisData n° 2012-024866. - Cass. 1re civ., 7 nov. 2012, n° 11-10.449 : JurisData n° 2012-024868. - Cass. 1re civ., 7 nov. 2012, n° 11-17.377 : JurisData n° 2012-024871 ; Dr. famille 2012, comm. 179, V. Larribau-Terneyre, 1re esp. ; Procédures 2010, comm. 19, M. Douchy-Oudot, 3e esp. ; D. 2013, p. 591, obs. Capitaine ; AJF 2013, p. 57, obs. Buat-Ménard. - Adde déjà Cass. 1re civ., 12 avr. 2012, n° 11-20.195 : JurisData n° 2012-007083 ; Dr. famille 2012, comm. 96, V. Larribau-Terneyre ; D. 2012, p. 2011, note C. Brenner ; Gaz. Pal. n° 22-23, p. 7, obs. J. Casey ; AJF 2012, p. 403, obs. David ; RTD civ. 2012, p. 519, obs. J. Hauser ; depuis : Civ. 1^{re}, 12 juin 2013, n° 12-18211, AJ Fam. 2013, p. 585.

jusqu'alors de l'instance en divorce et de l'instance en liquidation des intérêts patrimoniaux¹¹. Si l'on peut concevoir l'utilité de la solution de 2012, encore faut-il que les juges concernés et appelés à appliquer le droit soient bien au fait des compétences et du rôle qui leur est dévolu. En l'occurrence, les doutes n'ont pas manqué, alourdissant le travail déjà important de ces magistrats de la famille, sans même songer à l'actuel débat sur la « dérèglementation » de certaines professions...

8. Car, au-delà des nouvelles compétences et de l'interprétation des textes, les situations à résoudre ne sont pas toutes du type « contentieux de masse », à supposer qu'un tel qualificatif puisse être appliqué aux instances mettant en cause des conflits familiaux. Le contentieux n'est pas répétitif, par les circonstances soumises, chaque fois particulières s'agissant de l'état des personnes, mais aussi par la diversité des questions juridiques posées. Le droit international privé ou le droit européen, dans un contexte de mobilité internationale, n'est pas de reste. L'étude menée par l'Université de Saint-Etienne et le CERCRID sur le thème du « contentieux familial présentant des aspects de droit international privé dans les décisions des juridictions du fond », en partenariat avec la Cour de cassation, à partir de la base JuriCA réunissant toutes les décisions des cours d'appel¹², rend compte de l'exigence renouvelée en droit de la famille. Les questions de conflits de juridiction, de conflits de loi, d'application par le juge français de lois étrangères, de délimitation de l'ordre public ne sont pas rares pour des litiges intéressant le divorce et ses conséquences, les formes de couple, partenariats et autres, l'exercice de l'autorité parentale, outre, mais cela relève directement du tribunal de grande instance, le contentieux technique de la filiation.
9. Enfin, si l'on prend en compte le nombre de dossiers à traiter dans chaque « jaferie » et le nombre de réformes de texte pour chacun des domaines de compétence de ce juge, on reste ébahi devant la capacité de travail exigée de l'homme, plus souvent de la « femme » orchestre qu'est le juge aux affaires familiales. Outre les nouveaux pans de compétence qui lui ont été confiés, en orbite de la planète famille graviteront une multitude de satellites naturels, constitués de lois, de décrets et d'arrêtés allant, et nous ne les nommerons pas tous ici, de la nouvelle procédure participative¹³, au mariage entre personnes de même sexe le 17 mai 2013, à la déclaration conjointe d'exercice de l'autorité parentale et portant diverses dispositions de procédure en matière familiale (D. n° 2012-1443 du 24 décembre 2012), à la fixation des modalités de rencontres avec l'enfant dans un espace réservé (D. n° 2012-1312, 27 nov. 2012), à l'engagement d'une procédure civile aux fins de fixation de l'obligation d'entretien des enfants pour le bénéfice de l'allocation de soutien familial (D. n° 2011-1840 du 7 décembre 2011), outre les dispositions éparses perdues dans les lois plus générales¹⁴,

¹¹ Par ex. CA Lyon, 27 juin 2012, RG: 11/06960.

¹² D. 2011, 1242, S. Bories.

¹³ V. dossier de l'AJ Famille 2013, p. 548 s.

¹⁴ Le juge il est vrai est rompu à l'exercice, ainsi pour les 140 articles de la loi du 12 mai 2009 : V. Larribau-Terneyre, « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », Dr. fam. 2009, étude 29.

ainsi pour celles relatives au PACS dans la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées ou à celles figurant dans la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. Il faudra, également, corps célestes non moins fréquents dans cette galaxie, veiller aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi qu'aux éventuelles questions prioritaires de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel, et articuler les deux lorsque par bonheur ces Cours auront eu à statuer sur le même objet ! Lorsque le juge aura, dans l'enchevêtrement des textes et de la jurisprudence, établi le droit applicable, après avoir opéré un salutaire contrôle des dernières réformes (il y en a toujours !), il devra alors suivre la feuille de route procédurale établie par le Code pour chaque question.

2 – Le croisement consécutif des procédures

10. A priori les questions procédurales seront balisées et sans surprise, le chapitre consacré à la procédure familiale étant bien ciselé en fonction des matières dans le code de procédure civile. Au droit commun procédural applicable à toutes les juridictions et aux dispositions communes des procédures familiales (CPC, art. 1070 s.), s'ajouteront les dispositions spécifiques selon le type de contentieux, là les mineurs en faisant bien le départ entre les dispositions générales applicables aux mineurs et aux majeurs identiquement et celles réservées au seul mineur (CPC, art. 1211 s.), ici l'autorité parentale (CPC, art. 1179 s.), ailleurs le divorce en ses dispositions générales, ou particulières du divorce par consentement mutuel ou des divorces contentieux (CPC, art. 1075 s.), ainsi que la procédure aux fins de mesures de protection des victimes de violences (CPC, art. 1136-3 s.), sans compter cette procédure familiale « autre », non spécifiée, dont la base se trouve aux articles 1137 s. du Code et sans oublier la question de l'application des lois dans le temps. Soit ! N'est-ce pas là le travail de tout juge, en l'occurrence du juge de la famille ? Il reste que la complexité due à la démultiplication du contentieux est réelle, aboutissant à des croisements parfois surprenant entre procédures, lorsque le juge n'est pas contraint de sortir de son propre domaine de compétence pour arpenter un domaine qui ne lui est pas dévolu, ainsi en est-il avec le renvoi aux règles de partage successoral (CPC, art. 1136-2).
11. Le fonctionnement, la liquidation et le partage des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins dont la procédure est fixée aux articles 1136-1 s. CPC est révélateur. L'article 1136-1 CPC prévoit que pour ces questions relevant de la compétence du juge aux affaires familiales, seront mises en œuvre « les règles de la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance ». Ce renvoi à la procédure écrite laisse en suspens la procédure applicable lorsque le même juge est saisi d'une liquidation d'indivision selon les règles de la procédure écrite et d'une demande relative à l'exercice de l'autorité parentale soumise aux règles de la procédure orale.

Faut-il contraindre le plaideur à deux procédures distinctes devant le même juge ? Admettre la demande incidente ? En pareil cas, quelle procédure appliquer ?

B – Un office perturbé pour des raisons sociologiques

12. Rendre la justice en matière familiale n'est pas simple non plus en raison de la transformation actée de la société française, et plus largement européenne, de la famille. La notion de famille, et plus particulièrement de « lien de famille » est de perception délicate. Récemment dans une étude consacrée au divorce dans le dernier numéro des archives de philosophie du droit, nous rappelions ce mot d'Henri Batiffol s'interrogeant il y a presque trente ans, dans la même collection des archives, sur cette question qu'il disait lui-même classique : « est-ce le droit par l'action du législateur et des tribunaux, qui transforme la famille, ou est-il seulement possible de consacrer les mœurs, ou n'y a-t-il pas action et réaction dont il faudrait essayer de déterminer la mesure respective ? »¹⁵. Quelle est en somme la question du domaine d'intervention de l'État dans la constitution du lien de famille, et donc, nécessairement, du rôle du droit et de la norme, mais aussi du juge, et plus spécifiquement du juge aux affaires familiales ? Ce lien familial polymorphe (1) fait encore l'objet d'une appréhension restrictive en droit supposant une suppléance du juge (2).

1 – Un lien familial polymorphe

13. La question de lien de famille emporte si peu l'unanimité aujourd'hui que la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal ayant institué la qualification pénale « d'actes incestueux » a été soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel par la voie de la QPC. Le 16 décembre 2011, il était soutenu « qu'en ne définissant pas les liens familiaux qui conduisent à ce que des atteintes sexuelles soient qualifiés d'incestueuses, ces dispositions portent atteinte au principe de légalité des délits et des peines ». L'analyse juridique est imparable ainsi que le relève le Conseil, dans sa décision du 17 février 2012 (n° 2012-222 QPC), « le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis »¹⁶, la notion de lien de famille aurait dû être précisée¹⁷. A notre connaissance, aucune loi n'est depuis venue préciser la notion, au moins dans le cadre des relations incestueuses.

¹⁵ « Existence et spécificité du droit de la famille », in Réformes du droit de la famille, Arch. philo. dr. 1975, T. XX, p. 7 ; notre étude, « Le divorce ne serait-il que question d'argent ? », APD 10/2014, p. 291 s.

¹⁶ Déjà : décision QPC n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011.

¹⁷ D. 2011, 2823, obs. G. Roujou de Boubée ; AJ pénal 2011, 588, obs. C. Porteron ; RSC 2011, 830, obs. Y. Mayaud ; RTD civ. 2011, 752, obs. J. Hauser.

14. Or, le lien de famille est au cœur des questions au moment de la crise traversée par celle-ci. Le juge aux affaires familiales au moment de statuer sur les relations de l'enfant avec des tiers à la famille, au sens du droit de la filiation, ou de fixer l'exercice de l'autorité parentale lorsque l'enfant ne vit pas avec ses parents, devra rechercher ce qui lui paraîtra le mieux correspondre aux liens de famille en considération de l'intérêt de l'enfant. Les recompositions familiales et la place du beau-parent ou des beaux-parents successifs, les situations où l'enfant est éduqué par deux mères ou deux pères, celles où il est confié à des grands-parents, et bientôt au-delà de la parentalité constatée, les questions de multiparentalité, que l'on rencontre déjà aux Etats-Unis donnant lieu à des résidences alternées à plusieurs et non plus à deux, seront à trancher par le juge. Face à ces évolutions, l'office du juge est lourd et nécessairement perturbé car il devra rechercher, seul, ce qui, pour lui, constitue le lien de famille justifiant la préservation et le maintien du lien. Le droit sera d'une aide relativement pauvre pour caractériser ce qui devrait être du domaine du lien de la famille.
15. Chacun touche au quotidien, dans son entourage, parmi ses amis, parfois dans sa propre vie, ces mutations familiales. Le juge, lui, aura pour mission au milieu de ce bouleversement des valeurs de la société, de rechercher ce qui est le plus conforme à l'intérêt de l'enfant. Or, pour l'heure, le moins que l'on puisse dire est que la réponse du droit formel reste pauvre, laissant les juges dire le droit au-delà des textes.

2 – Les limites de la réponse juridique

16. Il serait abusif de prétendre que le droit n'essaie pas d'intégrer les transformations de la famille, voilà plus de quarante ans qu'il s'y emploie ! Le divorce, puis le développement des liens de filiation hors mariage, ont permis l'avènement de la coparentalité laquelle à subrepticement conduit à la disparition du légitime et du naturel, pour s'échouer sur les concepts émergents de « conjugalité » et de « parentalité » au cœur de la famille¹⁸, lesquels il est vrai n'ont pas reçu consécration législative pour l'heure¹⁹. Selon le Code civil « chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent » (CC, art. 373-2, al. 2), à ce vœu pieu s'ajoute l'invitation faite au juge de « prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents » (CC, art. 373-2-6, al. 2), lequel peut intégrer les tiers dans la vie de famille et indirectement donner un statut à certains liens de proximité non fondés sur le lien traditionnel de filiation (CC, art. 373-3 s.), ainsi que par les dispositions relatives à la délégation de l'autorité parentale (CC, art. 377 s.).

¹⁸ H. Fulchiron, dir., *Mariage-conjugalité Parenté-parentalité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.

¹⁹ Ils restent cependant bien connus d'autres sciences que le droit, notamment en sciences de l'éducation : N. Chapon, « De la parentalité aux suppléances du lien familial », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Livre II – Lien familial et lien social, ss dir. E. Putman, J.-P. Agresti et C. Siffrein-Blanc, éd. PUAM 2014, 89 s. ;

17. Mais la réponse du droit a aussi un temps de retard par rapport aux situations qu'il a contribué à créer, laissant le juge seul au moment très précis de déterminer la solution juste. La pauvreté de la réponse du droit peut résulter, paradoxalement, du standard de « l'intérêt de l'enfant » qui laisse au juge toute la charge de détermination de son contenu s'agissant de l'intérêt concret²⁰. Lorsque la famille est soumise à des décompositions et recompositions, que les couples ne s'inscrivent plus, *ab initio*, dans la durée, que les enfants sont conçus selon des modes peu traditionnels, parfois à l'étranger, que les parents ne sont plus de sexes différents, et que les fratries mixtes se multiplient, il n'est pas excessif de penser que les décisions du juge de Lille seront distinctes de celles de Toulouse ou de celles de Nice, bien que les circonstances des espèces soient proches. Dire le droit devient une mission plus sociologique que juridique et l'absence de critères communs peut conduire à des solutions juridiques surprenantes, y compris devant la Cour européenne des droits de l'homme²¹.
18. Les limites de la réponse du droit peuvent également résulter de la course poursuite entre le droit et les mœurs, le premier n'allant pas suffisamment vite. Telle pourrait être l'interprétation donnée aux deux avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014, ne constituant il est vrai qu'une doctrine officielle sans force obligatoire, mais que les juges du fond pourraient être invités à appliquer, comme la plupart des avis rendus par la Cour de cassation au demeurant. Le juge aux affaires familiales n'est pas directement concerné, mais il reste nécessairement intéressé par les questions familiales, y compris celles dépassant le strict domaine de sa compétence juridictionnelle. La Cour de cassation confirme l'idée selon laquelle la loi du 17 mai 2013 autorisant le mariage entre personnes de même sexe n'avait d'autre but, par rapport au PACS et au concubinage déjà reconnus, que de permettre aux couples de même sexe d'accéder à l'enfant au moyen détourné de l'adoption. Déniant toute fraude à la loi, la Cour considère que l'adoption par l'épouse de la mère de l'enfant que cette dernière a conçu à l'étranger au moyen d'une insémination artificielle avec tiers donneur est licite (Avis, n° 15010). Il n'est pas répondu à la question soulevée dans le second avis (n° 15011) sur le point de savoir s'il y aurait eu atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit à la vie privée et familiale si un refus avait été opposé à la demande d'adoption formulée par l'épouse de la mère de l'enfant. La solution préconisée par la Cour de cassation, prise par Monsieur le premier président Louvel, Madame Le Cotty, conseiller référendaire, et de l'avocat général Sarcelet, a été retenue sur les conclusions conformes de Monsieur l'avocat général : « Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

²⁰ Sur la distinction intérêt général concret et abstrait : G. Vial, « La mise en œuvre jurisprudentielle du standard de l'intérêt de l'enfant », in Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre II – Lien familial et lien social, op. cit., p. 123 s.

²¹ CEDH, X et autres c./Autriche, 19 février 2013, sur la lutte d'un père pour conserver son lien de filiation à l'égard de son enfant alors que son ex-épouse souhaite faire procéder à son adoption par sa compagne.

19. Dans tous les cas, le juge se trouve propulsé dans le laboratoire des familles pour déterminer les solutions justes et reconnaître de nouveaux liens de solidarité²² susceptibles d'intégrer le concept élargi de famille. La Cour de cassation a ainsi approuvé la décision d'un juge de confier l'éducation de l'enfant à la compagne de la mère décédée, le père ayant donné son accord, plutôt qu'à la sœur de la défunte²³. A supposer que l'office du juge soit bien au cœur de ces réalités sociologiques - elles nous semblent relever davantage d'une réflexion fondamentale à mener par d'autres instances - la démultiplication de ses tâches et les incertitudes tenant à la matière même des litiges à trancher, conduisent les acteurs du droit de la famille vers des projets de restauration de l'office du juge.

II – Un office du juge à restaurer

20. Restaurer l'office du juge s'entend à lire les projets de réforme de la nécessité de recentrer sa capacité productive de travail par une réduction de l'amplitude des dossiers à traiter passant par une déjudiciarisation partielle (A) et une nouvelle délimitation de la justice familiale (B).

A – La déjudiciarisation nécessaire des conflits familiaux

21. L'efficacité de la justice ne cesse d'être poursuivie à travers de multiples réformes de la procédure que nous avons suivies à partir de leurs prémices avec les rapports « Coulon », « Magendie », « Guinchard ». La réflexion actuelle porte sur l'organisation des juridictions et les fonctions du juge dans les rapports « Delmas-Goyon », « Marshall », « Lacabarats ». En matière familiale, l'observation est commune aux autres juridictions, il y a une forme sinon d'enlèvement, du moins d'insatisfaction au centre de la justice familiale en dépit du travail en continue des magistrats (1). Ce contentieux a conduit les observateurs à prôner la mise en place de réponses alternatives du droit aux conflits familiaux (2).

1 – La justice familiale enlisée dans les conflits familiaux

22. L'accès au juge aux affaires familiales, si l'on excepte les situations plus complexes où la représentation obligatoire est exigée, est d'une grande simplicité. Par simple requête, le justiciable va pouvoir saisir la juridiction. Ce faisant, la justice familiale est victime de son succès. La distance entre le conflit et le conflit devenu judiciaire est minimale ce qui participe à l'importance du contentieux. Les magistrats traitent les dossiers de rupture familiale dans un délai de 11 à 19 mois selon le type de contentieux, ce qui lorsque la famille est en souffrance reste toujours trop long en raison de cet élément subjectif d'appréciation du temps pour les plaideurs. Même si,

²² V. notamment notre étude, « Les solidarités familiales », in Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre I, 2013.

²³ Cass. civ. 1^{re}, 16 avril 2008, n° 07-11273, Bull. civ., I, n° 106.

bon an mal an, la justice familiale, selon le rapport d'information « Tasca-Mercier », n'est pas plus lente ou moins efficace que sa consœur la justice civile (p. 18).

23. Si la justice familiale est enlisée dans les conflits familiaux, sans doute est-ce parce qu'il est demandé au magistrat d'assurer plus que le service du droit. Le juge aux affaires familiales est saisi, la plupart du temps, au moment de la crise de la famille, qu'il s'agisse de rupture, d'aménagement de l'autorité, de protection contre des violences. Il n'y a pas seulement litige, au sens de *litis-contestatio*, il y a conflit. Ce conflit doit trouver un lieu d'expression, pour pouvoir ensuite s'apaiser. Le tribunal est, sans doute, le lieu le moins approprié pour laisser s'exprimer les souffrances, les rancœurs, les incompréhensions dont la portée est décuplée par la proximité des liens de ceux qui s'opposent. Là pourrait s'expliquer l'indice de satisfaction réduit des justiciables dont fait état le rapport d'information sur la justice familiale. Citant infostat de janvier 2014²⁴, les rapporteurs relèvent que « les personnes ayant eu affaire à la justice dans le cadre d'un divorce sont plus souvent peu satisfaites : un quart d'entre elles estiment que le juge n'a pas fait preuve d'humanité ni d'écoute, et une sur cinq considère que le juge n'a été ni équitable ni compétent » (p. 21).
24. De la même façon, les juges entendus dans le cadre de ce rapport d'information font valoir que l'une des difficultés tient aux indices de performance, auxquels les soumettent les chefs de juridiction, qui sont quantitatifs (durée des procédures) et non qualitatifs, d'où le manque de temps à consacrer à chaque affaire. Il est fait état de 800 affaires par an traitées par chaque magistrat en matière familiale. Les moyens, comme pour les autres domaines de la justice, sont insuffisants, notamment s'agissant des auditions ou des enquêtes sociales. Enfin, la volonté de concentrer la justice familiale, en de nombreux aspects, entre les mains du même juge, telle que les réformes législatives l'ont organisé, ne transparait pas dans les faits. Les juridictions, pour plus d'efficacité, spécialisent tel juge aux affaires familiales aux questions patrimoniales, tel autre aux mineurs, voire pour certaines d'entre elles répartissent la charge de juge aux affaires familiales entre plusieurs magistrats selon un pourcentage de temps dévolu à chacun (p. 24).
25. Il résulte de ces éléments que l'office du juge pourrait être non pas repensé, mais recentré, ou, plus exactement, de l'avis des rapporteurs « conforté ». Plusieurs propositions sont faites parmi lesquelles la reconnaissance explicite au juge de « la possibilité d'accompagner certaines de ses décisions, en recourant à des enquêtes sociales pour ce faire ou en prononçant certaines mesures à titre temporaire, afin d'être en mesure de constater, avant de statuer définitivement, si elles sont bien adaptées à la situation des parties et si celles-ci s'y conforment bien », outre la demande traditionnelle d'une meilleure garantie financière des mesures sociales ordonnées.

²⁴ Laurette Cretin, « L'opinion des Français sur la justice », Infostat Justice, n° 125, janvier 2014.

Mais les solutions du droit devraient être prioritairement recherchées dans des réponses alternatives données aux conflits familiaux. Autrement dit, n’user de la présence du juge que là où elle apparaîtrait nécessaire.

2 – Les réponses alternatives du droit aux conflits familiaux

26. La déjudiciarisation est, prioritairement, un moyen de donner aux familles cet espace d’expression et de reformulation des demandes par les parties en présence elles-mêmes. Là est, on le sait, la tâche propre de la médiation familiale qui a été définie par le Conseil national consultatif de la médiation comme « un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l’autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision, le médiateur familial, favorise, à travers l’organisation d’entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution »²⁵.
27. Si le bien-fondé de la déjudiciarisation ne se pose plus, les questions de sa mise en œuvre sont encore non résolues. Il ne suffit pas de souligner, dans certains cas, l’inutilité des compétences du juge qui pourraient être assumées par un autre fonctionnaire de l’Etat, voire un officier public et ministériel, là le greffier juridictionnel du rapport Delmas-Goyon, ici le notaire, encore faut-il trouver le moyen de convaincre les plaideurs de la pertinence de solutions autres que judiciaires, voire de les leur imposer, comme est expérimentée la médiation « obligatoire » devant les tribunaux de grande instance d’Arras et de Bordeaux, depuis un arrêté du 16 mai 2013²⁶.
28. Si les réponses alternatives devaient être proposées pour régler les conflits familiaux, plusieurs paramètres devraient, inéluctablement, être pris en compte, notamment :
- 1) un accès au juge limité par le transfert de compétences à des organes non judiciaires, la question restant posée de leur détermination ;
 - 2) un aménagement de lieux d’expression du conflit familial, en dehors de l’enceinte judiciaire, où les plaideurs seraient tenus de mener à son terme une démarche de

²⁵ Cit. Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD), N. Fricéro, éd. Dalloz, coll. Guides, 2014, p. 200, n° 231-16.

²⁶ Article 15 de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et l’allègement de certaines procédures juridictionnelles : « Les décisions fixant les modalités de l’exercice de l’autorité parentale ou la contribution à l’entretien et l’éducation de l’enfant ainsi que les dispositions contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non. Toutefois, à peine d’irrecevabilité que le juge peut soulever d’office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d’une tentative de médiation familiale, sauf: 1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l’homologation d’une convention selon les modalités fixées à l’article 373-2-7 du code civil, 2° Si l’absence de recours à la médiation est justifiée par un motif/légitime, 3° Si cette tentative de médiation préalable risque, compte tenu des délais dans lesquels elle est susceptible d’intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d’avoir accès au juge dans un délai raisonnable ».

médiation avant toute saisine judiciaire, la question du contenu de leur formation restant posée, en dépit de l'avancée constituée par la création du diplôme de médiateur familial en 2003 ;

3) le développement, préconisé dans le rapport « Juston » sur la médiation familiale, des accords parentaux en matière d'autorité parentale, selon le processus du droit collaboratif prévu au code de procédure civile avec la convention de procédure participative en confiant un rôle majeur à l'avocat, la question restant, selon nous, celle du caractère préalable obligatoire qui pourrait être prévue dans cette hypothèse.

29. Il semble évident, dans un système, éloigné du droit anglo-saxon, de faible coût de la justice familiale pour les plaideurs, que les réponses alternatives ne pourront recevoir application que si une transformation culturelle s'opère dans la société vis-à-vis de ces pratiques extra-judiciaires. En attendant, le caractère obligatoire des processus envisagés serait une façon de permettre une réelle transformation des habitudes, que le droit a contribué à créer, d'accès immédiat et à moindre frais à la justice.

30. Dans les projets soumis, le juge conserve, jusqu'à présent, un rôle important, soit par le maintien d'un possible recours devant lui, ainsi pour le cas où le greffier juridictionnel verrait le jour, soit par la voie gracieuse de l'homologation des accords obtenus. Il n'est pas réellement prôné de façon radicale un transfert de compétence à des organes non juridictionnels, sans recours ultérieur au juge, ceci *a minima* en raison de la force exécutoire à conférer aux actes. On pourrait pourtant arpenter de nouvelles voies, notamment la voie administrative, où le juge n'apparaîtrait plus du tout. Ceci est préconisé en matière de PACS dans le rapport Tasca-Mercier ou pour le changement de prénom²⁷. Nulle part, à notre connaissance, ne figure de propositions actuelles pour des divorces administratifs, comme il existe dans certains pays de l'Europe du Nord. Ceci passerait nécessairement par une nouvelle délimitation de la justice familiale.

B – Une nouvelle délimitation de la justice familiale

31. Le législateur a procédé en matière familiale de façon inversée partant de la procédure pour modifier le fond du droit, le concept substantiel de famille. Alors que juristes et doctrine discutaient encore de la place du concubinage et du PACS dans les nouvelles conjugalités, le législateur confiait au juge aux affaires familiales la liquidation de leurs intérêts, leur conférant ipso facto rang de famille, à côté des traditionnels régimes matrimoniaux. L'unification procédurale postulait pour reprendre le mot du professeur Jean Hauser l'unification fondamentale, l'anticipant, sans examen au fond ni débat public²⁸. Délimiter la justice familiale suppose en amont une réflexion au fond

²⁷ Transférer aux officiers d'état civil, avec les moyens nécessaires, l'enregistrement des Pacs et de leur dissolution, ainsi que la compétence pour homologuer les changements de prénom.

²⁸ « Selon un procédé surprenant, notre législateur, faute d'avoir une vision claire du fond des questions posées en droit de la famille, pense qu'il peut les esquiver en les ramenant à des problèmes de procédure (et de comptabilité des fonctionnaires !). Il est affligeant de constater ainsi qu'une réforme, inspirée par une

sur le droit de la famille (1), pour ensuite travailler sur des réponses procédurales adaptées aux réformes à venir (2).

1 – Une réflexion au fond sur le droit de la famille

32. La réponse du berger à la bergère, depuis 2009, est peut-être celle des rapports commandés par Madame la Garde des Sceaux Taubira en octobre 2013 à un groupe d'universitaires, parmi lesquels H. Fulchiron, A.-M. Leroyer, P. Murat ou encore A. Gouttenoire et I. Corpart sur la famille. Remis en février 2014, accessibles en ligne depuis le mois d'avril, plusieurs rapports ont été déposés prenant à bras le corps les difficultés de la famille, reprenant les thèmes de la filiation, des couples, de la parentalité, de l'adoption et de la protection de l'enfance. Le rapport « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », sous la présidence d'Irène Théry, a eu le courage, même si nous ne partageons pas tout ce qui est développé, de constater les évolutions contemporaines de la famille, et consécutivement de préconiser de nouvelles réponses du droit paraissant adaptées aux rapporteurs²⁹.
33. Il ressort de la lecture de ce rapport une radicalité dans l'adaptation du droit aux faits ayant le mérite de poser d'exactes conclusions par rapport à l'évolution antérieure. A l'égalité des enfants répond, aujourd'hui, l'égalité absolue des filiations, la filiation devenant un lien de personne à personne indépendant de la question du lien matrimonial ou, plus largement, conjugal au sens du concept émergent de « conjugalité » incluant toutes les formes de couples. Il s'ensuit notamment que tout couple pourrait adopter un enfant, qu'il soit marié, pacsé ou concubin. La conservation du délai de deux ans et de l'âge de 28 ans en est même étonnante. Peu importe, ensuite, le mode d'intégration de l'enfant dans la famille, procréation charnelle, médicale ou adoption, l'enfant sera lié à ceux qui auront voulu le reconnaître. Toutefois, l'absoluité de cet impératif a pour limite la construction de l'enfant indépendante et distincte de ceux qui l'auront fait entrer dans la famille. Il est donc, par exemple, prévu que l'acte d'origine de naissance de l'enfant soit conservé et qu'une simple mention, non plus « marginale » mais « subséquente » figure sur les registres de l'état civil, étant prévu que, bien que toutes les filiations se valent, la copie intégrale de l'acte de naissance ne sera pas communiquée en dehors des cas prévus par la loi afin de respecter l'intimité de la vie privée de la personne.
34. La césure entre les questions de couple d'une part, et celles relatives à l'enfant de l'autre, ou ce que nous appelons dans d'autres lieux « l'autonomie du lien familial »,

commission destinée à simplifier la procédure civile, s'est aventurée dans des modifications du droit de la famille qui concernaient sans aucun doute le fond. Aussi bien faut-il rappeler que, traditionnellement, et pour ne prendre que cet exemple, la procédure du divorce n'est pas qu'une question...de procédure, mais touche au fond », J. Hauser, « Unification procédurale et unification fondamentale », Bulletin du CERFAP, mai 2012, p. 2.

²⁹ Certaines d'entre elles ont été reprises dans la Proposition relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, texte adopté n° 471, 27 juin 2014, Assemblée nationale et non encore aboutie.

conduit, également, à valoriser les recompositions familiales, tout en les séparant des questions de filiation, lesquelles ont été « dématrimonialisées » pour reprendre le terme éclairant du rapport. Il faut bien comprendre que les recompositions sont naturelles et que les ruptures successives ne doivent pas empêcher l'enfant de conserver des liens affectifs avec chacun des prédécesseurs, ni de confier l'enfant à la vigilance du nouvel arrivé. Autrement dit, le droit doit aménager la famille dans le temps en intégrant cette pluralité temporelle, postulat de départ d'une société libérée de l'asservissement du modèle familial traditionnel. La reconnaissance des recompositions familiales, sans statut pour le beau-parent, « corset bien trop rigide pour la diversité des situations vécues » sachant que « ce qui fait la valeur du lien beaux-parents/beaux-enfants est la liberté élective propre à ce lien (...) », passerait notamment par le « mandat d'éducation quotidienne », le « certificat de recomposition familiale », « la possibilité de léguer des biens à son bel enfant avec la même fiscalité que pour un enfant », et, bien sûr, la transformation de la délégation de l'autorité parentale en distinguant la délégation-partage de la délégation transfert.

35. Nous n'irons pas plus avant dans le très riche rapport, sous l'angle du nombre et de l'importance des propositions, précité. Il a le mérite de nommer l'état de la famille et de proposer de nouvelles dispositions propres à entériner une évolution que l'on a mis presque cinquante ans à construire. Il permettra à n'en pas douter, avec les autres rapports qui ont été simultanément remis, de réfléchir à des réponses procédurales adaptées aux réformes de fond préconisées.

2 – Les réponses procédurales adaptées aux réformes à intervenir

36. Si l'ordre des débats a été, avec ces rapports, rétabli du fond sur la procédure, la réflexion procédurale devra suivre les éléments nouveaux de droit de la famille. Les rapports précités « Juston » et « Tasca-Mercier » ont posé les jalons, mais n'embrassent pas l'intégralité des mesures et des réformes perceptibles en droit de la famille dans les cinq prochaines années.
37. Il nous semble aller de soi, et nous avons pu le défendre, que la réforme du mariage et plus largement l'accession et la reconnaissance des nouvelles conjugalités, dans le sens d'un monisme accéléré, devrait conduire à repenser intégralement la rupture du couple d'une part, sans conservation de cette place reine au divorce comme écho d'un lien matrimonial aujourd'hui détrôné et aligné sur les autres formes de couple. Il faudrait, d'autre part, traiter les questions de pensions alimentaires et d'exercice de l'autorité parentale de façon indépendante à l'existence d'un lien conjugal.
38. Repenser nos procédures en somme, mais c'est là l'objet d'un colloque tout entier.