

## **Se séparer en bonne intelligence, en parents responsables**

### **Résumé :**

Le juge aux affaires familiales, de concert avec tous les acteurs judiciaires, notamment les avocats et les médiateurs familiaux, doit en permanence se poser la question de savoir ce qu'il convient de faire pour éviter les conséquences trop souvent désastreuses, notamment pour les enfants, d'un divorce conflictuel, d'une séparation conflictuelle. Le magistrat doit tout mettre en œuvre pour que la rupture d'un couple ne soit pas irrémédiablement synonyme de naufrage d'une relation et d'une famille. Ce qui doit être encouragé dans toutes les situations conflictuelles, c'est le dialogue, la recherche du dialogue.

### **Introduction :**

Le contentieux des affaires familiales mérite, à plus d'un titre, que le juge s'y consacre par choix. La fonction de juge aux affaires familiales nécessite, en effet, une implication humaine importante, à laquelle des magistrats sensibilisés apparaissent plus aptes.

La fonction de juge aux affaires familiales est essentielle pour la sécurité des enfants, des parents, des familles et de la société .

Le cabinet du juge aux affaires familiales est le lieu des séparations des couples non mariés et des divorces. Le juge aux affaires familiales est confronté au quotidien avec les difficultés de la famille dans le cadre des séparations.

C'est principalement le lieu du désamour, qui fait penser à la phrase du poète Aragon :

« Il n'y a pas d'amour heureux ».

Le juge aux affaires familiales ne connaît la famille qu'à travers un miroir déformant: la séparation, le divorce.

Ce magistrat ne peut avoir qu'une vision pessimiste, très négative du couple, à travers l'échec du couple.

Le juge aux affaires familiales, qui reçoit toutes les couches de la société, entrevoit aussi des modes de séparations très variés:

de la séparation sourire, voire rire, à la séparation guerre ouverte, en passant par la séparation consentie-acceptée, la séparation raison, la séparation subie, la séparation incomprise, la séparation silence, la séparation avec des larmes, la séparation financière, la séparation règlement de comptes, la séparation amour .....

Mais, quand le juge aux affaires familiales entend les parties séparément, la souffrance, avouée ou non des adultes, est en permanence présente, et souvent, ce ressenti de l'audience, est dépeint par la formule empruntée à Louise-Marie de France:

« Souffrir passe, avoir souffert ne passe pas ».

Paradoxalement, le cabinet du juge aux affaires familiales, constat de l'échec du couple, ne doit pas être le constat de l'échec de la famille, il doit être un lieu de reconstruction familiale, un lieu de reconstruction d'une autre famille que celle dite traditionnelle.

Le cabinet du juge aux affaires familiales est de plus le théâtre des diversités familiales, de la variété des fonctionnements familiaux.

Face à l'évolution de la famille, au développement des divorces et des séparations des personnes non mariées, aux familles recomposées, et à la prise de conscience des dommages causés aux enfants, trop souvent victimes des conflits parentaux, le législateur a donné un rôle important de pacificateur au juge aux affaires familiales, mettant à sa disposition de nouveaux outils, tel que la médiation familiale. L'avocat doit aussi prendre conscience de la nécessité d'apaiser au maximum toute séparation.

Après un bref rappel des dernières dispositions législatives sur le droit de la famille, de manière à recadrer les esprits, leur impact sur la pratique du Juge aux Affaires Familiales et sur celle de l'avocat sera étudiée.

## **I – Le cadre juridique**

Les lois principales qui guident le droit de la famille, dans toute procédure dans laquelle il y a un enfant, visent à l'apaisement des séparations, dans l'intérêt supérieur des enfants.

**A - La loi du 4 Mars 2002 sur l'autorité parentale**, qui est une loi visionnaire et bien en avance sur les mentalités, met sur un plan d'égalité chacun des parents, c'est la co - parentalité. Les parents ont les mêmes droits et devoirs à l'égard de leurs enfants. Elle garantit le maintien des liens entre les deux parents et leurs enfants après la séparation. Cette loi centre la définition de l'autorité parentale sur l'intérêt de l'enfant. L'enfant a un droit à la co-parentalité ; de plus, elle impose que les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité (article 371-1 al 3 du code civil).

Elle légalise la résidence alternée. Le juge aux affaires familiales doit utiliser ce mode de résidence à bon escient. La loi sur la résidence alternée ne fait pas souffrir les enfants. C'est l'application que les parents et la société peuvent en faire qui est susceptible de les faire souffrir.

La résidence alternée n'est pas du 50/50, elle est un partage du temps de l'enfant qui doit être égalitaire, mais pas forcément paritaire. Elle a le mérite de placer les parents sur un vrai pied d'égalité. Chaque situation est particulière, unique. Il convient de faire du « sur mesure » pour chaque enfant, et non pas du « prêt à porter ». La résidence alternée nécessite un minimum de dialogue entre les parents. Comment mettre en place une résidence alternée en effet, s'il n'existe pas un minimum de communication parentale ?.

**B - La loi du 26 Mai 2004 relative aux divorce** tend à apaiser les procédures et à favoriser un règlement amiable et plus responsable des conséquences de la rupture. Le

législateur a pris conscience des effets qui se révèlent particulièrement négatifs pour les liens familiaux et les Enfants.

Apaisement – pacification sont les maîtres mots de cette loi.

Ces deux lois demandent désormais aux praticiens, juge aux affaires familiales, juge des enfants, avocat, notaire, de travailler dans un autre état d'esprit que par le passé, plus consensuel et de moins en moins conflictuel, de manière à protéger l'enfant des conflits destructeurs. L'enfant, la protection de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant sont à l'évidence le fil rouge de ces deux lois.

**C - La loi du 5 Mars 2007 sur la protection de l'enfance**, applicable depuis le 7 Mars 2007, est destinée à améliorer la prévention et le signalement des violences et maltraitances infligées aux mineurs. La prévention est le maître mot de cette loi. Elle introduit clairement le critère de l'intérêt de l'enfant comme étant le fil conducteur de la matière de la protection de l'enfance.

Cette loi modifie l'article 388.1 du code civil sur l'audition de l'enfant. Cet article dispose notamment que désormais tout mineur capable de discernement doit être informé de son droit à être entendu, cette audition est de droit par le juge si le mineur en fait la demande. Tout enfant discernant est légalement reconnu comme sujet de droit, il peut demander au juge à être entendu, dans toute procédure le concernant.

Il est important toutefois de prendre avec l'enfant des précautions.

La problématique du juge aux affaires familiales dans une situation de conflit familial réside dans la difficile conciliation entre d'une part le droit à la protection de l'enfant qui positionne l'enfant comme un objet de droit, et d'autre part, le droit de l'enfant à exprimer son opinion qui le positionne comme un sujet de droit.

Et l'ambiguïté de l'audition de l'enfant réside dans la nécessité de lui permettre de s'exprimer, mais en le mettant à l'abri de la procédure, donc des pressions, et sans lui laisser la responsabilité des choix.

La parole de l'enfant aide très souvent les parents, les avocats, les juges, à prendre une décision. Mais est ce cela le plus important ?

La vraie question n'est elle pas de savoir si la parole de l'enfant, si le recueil de la parole de l'enfant sont aidants pour l'enfant ?

Recueillir sa parole rend-il service à l'enfant, protège-t-il, soulage-t-il, sert-il l'enfant ?

Il est certain qu'en s'enfermant dans le recours systématique de la parole de l'enfant, même si l'enfant sait qu'il ne peut pas décider et qu'il ne donne qu'un avis, il peut d'agir pour lui très souvent d'un piège qui peut se refermer sur lui. De plus, la réalité démontre que l'avis de l'enfant fait très souvent la décision.

La parole de l'enfant porte souvent plus d'inconvénients que d'avantages, en risquant d'affaiblir l'autorité des parents dans certaines familles, et de ce fait d'être un facteur de désordre social.

Et ce pouvoir donné à l'enfant, au lieu de le structurer, de l'aider, de le protéger, très souvent le fragilise et l'affaiblit.

Le principe de précaution doit être la règle. Le principal danger en effet est de faire de l'enfant, un enfant « décideur ».

Dans le contexte d'une impasse décisionnelle entre ses parents, l'enfant est devenu dans beaucoup de procédures « le décideur », celui qui tranche les débats et celui qui prend les décisions.

Or, comme le dit Jocelyne DAHAN, médiatrice familiale :

« Il ne faut jamais laisser un enfant en capacité de choisir, si sa parole fait loi, est il encore à sa place d'enfant ? » .

## **II- La nécessité d'humaniser les séparations – Une Justice du dialogue et non pas une Justice de l'affrontement .**

Le juge aux affaires familiales, avec tous les acteurs judiciaires, doit en permanence se poser la question de savoir ce qu'il convient de faire pour éviter les conséquences trop souvent désastreuses, notamment pour les enfants, d'un divorce conflictuel, d'une séparation difficile. Le juge aux affaires familiales doit tout mettre en œuvre pour que la rupture d'un couple ne soit pas irrémédiablement synonyme de naufrage d'une relation et d'une famille.

Ce qui doit être et devrait être primordial et encouragé dans toutes les situations de divorce, de séparation, c'est le dialogue, la recherche du dialogue.

Le dialogue, c'est la base d'une séparation réussie. Il convient de partir du principe qu'à partir du moment où les parties dialoguent, se respectent, un grand pas est fait pour trouver des solutions satisfaisantes pour tous, ou à tout le moins, pour que les décisions prises par le juge aux affaires familiales soient mieux respectées, mieux acceptées et mieux vécues, et ce, dans l'intérêt des enfants et des parents.

Le justiciable, en effet, attend aujourd'hui des juges, non plus seulement de dire le droit, mais d'être les artisans d'une paix familiale en incitant les parties à la voie du dialogue et de solutions négociées qui auront alors toutes les chances d'être effectivement appliquées.

Les acteurs judiciaires doivent de plus avoir pleinement conscience que les racines d'un conflit familial ne sont pas seulement juridiques.

Le conflit familial est protéiforme. Il puise ses racines dans des sources diverses. Et, ce serait méconnaître sa réalité que de penser que la règle de droit appliquée par les avocats, les juges et les notaires puisse seule y remédier ou en embrasser toutes les facettes.

L'application d'une règle de droit ne suffit pas à résoudre les conflits familiaux, où notamment l'affectif, l'émotionnel, le passionnel, la souffrance, l'amour, le désamour sont en jeu.

Tous les acteurs judiciaires doivent faire comprendre aux parties qui se séparent que, comme elles ont su créer un couple, elles doivent de la même manière élaborer elles mêmes leur séparation, imaginer leur reconstruction, et créer une famille séparée.

La séparation doit être un nouveau départ, une nouvelle vie, et non pas un conflit qui ne peut faire que des vaincus et notamment des enfants en souffrance.

Le juge aux affaires familiales doit toujours recentrer le débat autour de la question principale dans le cadre d'une séparation conflictuelle : l' enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant, et le maintien de ses relations avec ses deux parents.

Cet enfant qui a besoin pour son équilibre d'un dialogue entre ses parents, et non pas d'une décision préparée et imposée par un juge .

Le juge aux affaires familiales, de concert notamment avec les avocats, doit tout faire pour que la justice familiale ne soit plus une justice de l'affrontement, mais soit une justice du dialogue, une justice humaniste, pensant au bien être des couples qui se séparent et à l'enfant qui est la vraie richesse de tous les pays.

A cet effet, le législateur a mis à la disposition des acteurs judiciaires, de la justice familiale et des familles un nouvel outil : la médiation familiale.

### **A – La médiation familiale :**

Cet outil a été intégré dans le code civil, à la fois dans la loi sur l'autorité parentale (article 373-2-10 du code civil) et dans la loi sur le divorce (article 255 1° et 2° du code civil).

La médiation familiale a pour finalité de replacer le discours familial au niveau des adultes, responsables du bien être et de l'intérêt de tous ses membres, notamment des enfants.

L'objectif essentiel de la médiation familiale réside dans ce que les parties rétablissent un dialogue entre elles, communiquent, distinguent le conjugal et le parental, se respectent en tant que parents, réfléchissent ensemble aux meilleures solutions à prendre dans leur intérêt et celui de leurs enfants, et si possible inscrivent celles qu'elles retiendront dans des accords écrits qu'elles pourront, après avoir pris attache avec leurs avocats et éventuellement leur notaire, soumettre au juge aux affaires familiales, pour homologation.

L'application de la médiation familiale permet au juge aux affaires familiales de mieux juger, à partir du moment où les parties dialoguent entre elles.

L'expérience de son utilisation dans un certain nombre de juridictions démontre son efficacité pour les couples qui se séparent, quand elle est réfléchie en partenariat avec tous les acteurs judiciaires. En encourageant le recours à la médiation familiale, le législateur propose aux parents une autre logique de règlement des conflits, celle du dialogue, de la reconnaissance de l'autre, de la responsabilité, face aux prises de décision qui engagent la famille, notamment les enfants.

Amener, pousser les couples qui se séparent à s'informer sur ce qu'est la médiation familiale peut être utile, voire même s'avérer très efficace.

La médiation familiale permet notamment de remédier aux dérives de l'audition de l'enfant.

Ne serait il pas bon en effet au XXIème siècle de penser enfin autrement, de faire appel au bon sens, en aidant simplement les parents, le père et la mère ensemble, à réfléchir calmement et intelligemment à ce qu'ils pourraient faire pour éviter toute cette « casse » sur l'enfant, sur la famille qu'ils ont créée ?.

Comment peut-on faire pour que la justice protège l'enfant, tout en entendant et respectant la parole de l'enfant, l'aide dans des procédures de séparations parentales conflictuelles ?

Il est essentiel, en amont ou pendant la procédure de séparation, de responsabiliser les parents, leur faire comprendre que ce qui est important pour les enfants qui ont des parents qui se séparent, c'est d'abord que la séparation se déroule en bonne intelligence, dans le calme et le respect mutuel et qu'ensuite, les enfants connaissent les raisons de la séparation de leurs parents, et les conséquences sur leur vie d'enfants, des mots faux dits par les parents sont destructurants pour la vie des enfants. Il faut être vrai avec les enfants et leur dire que les parents, s'ils se désaccouplent, ne se séparent pas d'eux et les aiment toujours.

A cet effet, la médiation familiale est un outil précieux. Elle permet une déconflictualisation des relations parentales.

L'apaisement doit être recherché dans l'intérêt des enfants, mais aussi dans l'intérêt des adultes qui se séparent.

## **B – Une réflexion des acteurs judiciaires sur ce que doit être une séparation au XXIème siècle**

Il est par exemple nécessaire que le juge aux affaires familiales, de concert notamment avec les avocats, réfléchissent notamment à ce qu'est « l'intérêt de l'enfant » et, dans l'intérêt des adultes qui se séparent mais aussi de leurs enfants, à ce qu'est devenue « la faute » dans le cadre de réforme du divorce du 26 Mai 2004. « La faute » qui est, en règle générale, très destructrice de la famille qui se sépare.

### **1 – La notion de « faute ».**

Selon l'esprit du législateur, la notion de « faute » doit être très resserrée, de manière à ce que les objectifs d'apaisement et de pacification soient réalisés. « La faute » doit être circonscrite et limitée aux actes d'une extrême gravité, telles que les violences conjugales, et les graves humiliations subies par un époux pendant la vie commune.

Eu égard à l'importance que revêt la notion de « faute » dans le règlement conflictuel ou apaisé d'un divorce, le juge aux affaires familiales a un rôle primordial, à travers sa jurisprudence, pour faire diminuer les divorces pour faute, il en est de même pour les avocats qui ont le premier contact avec la personne qui souhaite divorcer.

Comme le dit un chanteur, Michel DELPECH, dans une chanson « Les divorcés » :

« Si c'est fichu entre Nous,  
La vie continue malgré tout ».

Dans le cadre des séparations, il y a deux erreurs principales à ne pas commettre :

- ignorer la faute, car c'est faire injure à la souffrance de celui ou de celle qui en a été victime, et certaines personnes ont besoin que la faute de l'autre soit reconnue,
- exploiter la faute, car c'est rester dans le conflit, le règlement de comptes, la souffrance, et la destruction de la famille.

Pour protéger la famille, les enfants, mais aussi les adultes, il est nécessaire d'aborder « la faute », non pas dans un esprit de lutte au sein de la famille, mais dans une attitude d'ouverture et de reconstruction familiale; et ce, même si c'est difficile. Et, l'objectif

de la plupart des législations européennes est d'encourager les parties à se retrouver en médiation familiale, qui doit devenir le lieu d'évocation de « la faute », « des fautes ».

La médiation familiale doit permettre aux époux qui se séparent dans le conflit de déconstruire avant de reconstruire, de purger les conflits du passé pour envisager le plus sereinement possible l'aménagement de l'avenir.

Il convient de « fermer » la porte de la faute, et d' « ouvrir » la porte de la médiation familiale, de manière à que les torts et griefs soient parlés dans le cadre de la mesure de médiation familiale, et non pas à travers des attestations plus ou moins vraies, plus ou moins fausses. Ce travail permet de construire en bonne intelligence la séparation.

Force est de constater que dans nombre de situations conflictuelles, la recherche de la faute ne facilite pas la reprise d'un dialogue et la préparation de l'avenir. L'investigation sur la faute parasite trop souvent toute la procédure et entraîne des dégâts collatéraux irréversibles.

Le lieu de parole confidentiel qu'est la médiation familiale entraîne une diminution des divorces pour faute et permet d'éviter que les ressentiments ressurgissent dans des contentieux après divorce. En effet, les parties en médiation familiale sont obligées de se questionner et après avoir évacué l'abcès du conjugal, « vidé leur sac » et exprimé leurs rancœurs, sont capables, pour la plupart d'entre elles, d'aborder en bonne intelligence, le parental et le patrimonial, et de réfléchir, en parents responsables, à l'intérêt de leurs enfants.

Certes, la médiation familiale n'est pas le remède à toutes les situations. Mais dans de nombreuses séparations, elle permet de forcer le dialogue, d'amener au dialogue. Elle remplit son office quand les parties, à défaut de signatures d'accords, sont parvenues à discuter et à reprendre un minimum de dialogue.

Comme le dit une collègue juge aux affaires familiales :

« La médiation familiale est le seul outil que nous avons pour travailler avec les parties, pourquoi s'en priver ? ».

Pour l'immense majorité des couples, l'heure n'est pas à l'amour toujours.

A notre époque, les séparations sont inéluctables.

Et, il appartient aux acteurs judiciaires de les régler dans les meilleures conditions possibles. Il faut bien avoir conscience que le contentieux familial est un contentieux spécifique qui touche à l'affectif et au sentimental. A la différence du contentieux du juge des enfants, le juge aux affaires familiales n'a pas d'outil particulier lui permettant d'infléchir la dynamique sentimentale ou affective qui sous tend le litige.

La médiation familiale est ce vecteur, ce moyen permettant d'agir sur le blocage. A contentieux spécifique, outil spécifique. Il est patent en effet qu'appliquer des mesures imposées par un juge aux affaires familiales sur une situation de blocage est manifestement voué à l'échec. Or, la mission du juge aux affaires familiales, mais aussi celle de l'avocat, est de débloquer toute situation pour que la dynamique familiale reparte autrement.

Vouloir imposer des solutions sur une situation de blocage ne fait souvent qu'aggraver les situations, avec le sentiment de frustration de celui ou de celle qui se la verra imposer. Le juge aux affaires familiales doit prendre conscience que la justice consensuelle est plus efficace que la justice imposée.

Et puis surtout, après le passage des parties dans le cabinet du juge, la vie continue. Il est nécessaire de réaliser que le contentieux familial ne se borne pas aux limites du bureau de l'avocat ou celui du juge, et que régler un conflit familial ne s'effectue pas en quelques minutes dans un cabinet de juge et en quelques lignes de rédaction, avec des motifs aussi convaincants et pertinents soient-ils, et ce quelque soient les qualités humaines et professionnelles de l'avocat et du juge. Et puis, il ne faut jamais oublier que « l'intérêt de l'enfant » doit guider en permanence l'action des acteurs judiciaires.

## **2 – La notion d'intérêt de l'enfant**

Les parents doivent comprendre, et il appartient aux acteurs judiciaires de le leur rappeler quand ils se séparent, que l'autorité parentale consiste non seulement à protéger la sécurité, la santé et la moralité de l'enfant, mais encore à assurer son éducation et permettre son développement dû à sa personne. Ils doivent également bien prendre conscience que l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs fondés sur l'intérêt de l'enfant. En effet, s'il existe diverses formes familiales, il n'y a qu'un droit de l'autorité parentale fondé sur l'idée que l'enfant a besoin de son père et de sa mère et ceux-ci qu'ils le veuillent ou non, sont parents pour la vie.

Il est vrai que la notion d'intérêt de l'enfant est une notion abstraite, très aléatoire. Elle reste très souvent une formule creuse, obscure, vague, une notion vide, une position de principe. C'est une très belle notion, mais la question se pose souvent de savoir comment donner de la consistance à ce principe ? Comment faire pour que ce ne soit pas une utopie, comment faire de l'intérêt de l'enfant une réalité ? La notion d'intérêt de l'enfant peut elle avoir un sens en cas de conflit parental ? Qu'est ce que l'intérêt supérieur de l'enfant pour un avocat et un juge qui ne connaissent pas la situation personnelle de l'enfant, son vécu personnel, ses relations réelles avec son père et sa mère. Il faut bien reconnaître que l'intérêt de l'enfant est souvent invoqué et mélangé « à toutes les sauces », et permet à beaucoup de se donner bonne conscience.

Dans la notion d'intérêt de l'enfant, chaque acteur judiciaire met sa propre culture, sa propre éducation, son propre vécu. De plus, l'intérêt de l'enfant n'est pas le même pour chaque famille. Chaque parent en conflit y met sa propre vision, trop souvent rattachée à sa souffrance d'adulte, à son rejet, sa haine de l'autre parent, à des problèmes matériels de pension alimentaire, de contribution à l'entretien et l'éducation des enfants, d'attribution du domicile conjugal ou de liquidation de communauté.

Très souvent, chaque partie rattache, de bonne ou mauvaise foi, à cette notion d'intérêt de l'enfant, d'autres notions moins avouables.

Force est de constater que chaque situation est particulière, et qu'il appartient à l'avocat et au juge aux affaires familiales de donner à l'intérêt de l'enfant une réponse adaptée et d'amener les parents à se responsabiliser.

A cet effet, la médiation familiale est une aide précieuse pour les acteurs judiciaires et pour les parents qui se séparent.

## **III – Le nécessaire partenariat entre les acteurs judiciaires**

### **A – Le juge aux affaires familiales**

Pour le magistrat, comme pour l'avocat et le notaire, la voie de la médiation familiale est une voie difficile. Nombre de juges aux affaires familiales sont encore très réservés sur l'utilisation de la médiation familiale. Beaucoup de juges aux affaires familiales sont

confrontés à des stocks à gérer – « le nez dans le guidon » - « les mains dans le cambouis », et à une formation qui demande au juge de savoir trancher et de juger. Face à la loi qui privilégie la médiation familiale, l'on se heurte à l'indépendance juridictionnelle des juges aux affaires familiales et beaucoup d'entre eux sont encore très réticents à son utilisation.

Mais, quand le juge décide, en relation étroite avec les avocats, les greffiers et les médiateurs familiaux, de l'utiliser, de reconnaître la médiation familiale comme un outil majeur, cela révolutionne son travail. La fonction et la légitimité du juge consistent à régler les conflits, mais rien ne dit que cette résolution des conflits doit intervenir nécessairement dans la douleur des parties, mais aussi dans la douleur des juges aux affaires familiales, des avocats et des notaires.

Pour certains, le rôle du juge est de trancher le conflit opposant les parties, par la seule application de la loi. Or, force est de constater qu'un conflit familial ne se règle pas par la seule application d'une disposition légale, aussi adaptée et pertinente soit elle, et que le conflit perdure après l'ordonnance, le jugement ou l'arrêt.

La médiation familiale, en ce qu'elle implique les parties dans la résolution du conflit, modifie le rôle du juge, qui doit être acteur au procès en incitant les parties à régler leur litige.

Comme le dit Pierre GOUZENNE, président du tribunal de grande instance d'Avignon (Vaucluse) :

« C'est en refusant de juger que je suis juge ».

Il ne s'agit pas d'une démarche de démission du juge aux affaires familiales, mais il est plutôt question d'une approche dynamique d'incitation à la résolution du conflit, dans le but de débloquer toute situation pour que la dynamique familiale reparte afin d'obtenir un résultat optimum pour tous.

Comme le soutient Fabienne ALLARD, juge aux affaires familiales au tribunal de grande instance de tarascon (13) :

« Ordonner une médiation, c'est dire aux parents qu'ils sont capables de décider ».

En proposant une mesure de médiation familiale, le juge fait le pari que les personnes qui sont en conflit sont en capacité de se séparer en bonne intelligence et en parents responsables quand ils ont des enfants.

A ceux qui disent que la fonction du juge est de trancher le conflit, et non pas de « botter » en touche en faisant appel à la médiation, il convient de dire que dans certaines situations, force est de constater qu'appliquer des mesures imposées sur une situation de blocage est manifestement voué à l'échec, et que la mission du juge aux affaires familiales, (mais aussi celle de l'avocat) est de faire tout ce qui est en son pouvoir, en utilisant les moyens que le législateur a mis à sa disposition, pour que la dynamique familiale reparte en bonne entente. En effet, vouloir imposer des solutions, soit de la part de l'avocat, soit de la part du juge, sur une situation de blocage ne fait souvent qu'aggraver la position de chacun, avec le sentiment de frustration de celui ou celle qui se les verra imposer. Et puis surtout, après le passage des parties dans le cabinet de son avocat et celui du juge, la vie reprend, il faut bien avoir conscience que le contentieux familial ne se borne pas à l'intervention des acteurs judiciaires.

L'enjeu est là. Et régler un conflit ne se fait pas en quelques minutes dans un cabinet, et en quelques lignes de rédaction, avec des motifs aussi pertinents et aussi convaincants soient ils, et ce quelque soient les qualités de l'avocat et du juge.

Il est vrai que nombre de médiations ne se terminent pas par la signature d'accords entre les parties, et que nombre d'acteurs judiciaires parlent alors d' « échec » de la médiation. C'est méconnaître la réalité de ce qu'est la médiation familiale. Ordonner une médiation ne consiste pas à déléguer le pouvoir du juge à un médiateur familial. La médiation familiale est un outil, une aide à la décision. Elle remplit son office quand les parties sont parvenues à discuter, à reprendre un minimum de dialogue. Et quand les parties sont dans une situation d'écoute et de respect mutuels, cela facilite grandement la tâche des acteurs judiciaires, et notamment celle du juge; et dans ce cas les parties sont en capacité d'appliquer, en bonne intelligence, la décision rendue. Une médiation familiale qui a échoué en termes d'accords, mais qui a permis une reprise de dialogue entre les parties, est préférable, en termes d'efficacité de la justice et de bien être des parties, à une médiation qui a abouti à une négociation, à la signature d'accords, mais avec des parties qui n'ont pas repris le dialogue, qui n'arrivent pas à échanger, à discuter ensemble et qui demeurent dans l'irrespect parental.

Un jugement qui suit une médiation familiale qui n'a pas pu aboutir à un accord, mais qui a permis une reprise de dialogue, est toujours un jugement mieux accepté et donc plus efficace. Dans la quasi totalité des médiations, cela aura permis au moins aux parties de s'asseoir autour de la même table et de se reparler.

Même l'injonction à un entretien d'information à la médiation familiale est une avancée, une réussite, certes non palpable et non comptabilisable du travail fait par le médiateur familial. Elle peut aboutir, même si elle n'est pas suivie d'un processus de médiation familiale, à une réflexion des parties permettant l'obtention d'un consensus ou à tout le moins d'un apaisement de la séparation et d'un respect mutuel.

En utilisant la médiation familiale, le juge aux affaires familiales a incontestablement une autre approche de sa fonction.

Comme l'a dit une collègue, Anne BERARD, vice président :

« Faire de bons jugements, bien motivés, ce n'est pas forcément, en matière familiale, rendre une bonne justice.

Ce n'est pour finir que traiter la surface des choses, confondre le litige avec le conflit. Or, le conflit ne s'éteint pas avec le litige.

La justice ne fait œuvre utile que lorsqu'elle devient inutile. Et, elle le devient quand ce n'est pas le juge, mais les parties elles-mêmes qui parviennent à régler ensemble leur conflit.

C'est tout l'apport essentiel de la médiation familiale » .

## **B – L'avocat**

Le médiateur familial n'est pas un concurrent de l'avocat.

Quels peuvent être les inconvénients et les avantages de l'utilisation de la médiation familiale pour l'avocat.

Deux inconvénients principaux peuvent être retenus.

Le premier : l'avocat ne maîtrise plus le temps de la procédure, ce qui peut poser un problème en termes de gestion du dossier et de rentabilité. Certains avocats prétendent que la médiation familiale ne peut qu'augmenter les délais de procédure ainsi que leur coût. Or, la pratique démontre que la médiation familiale, qui dure en règle générale entre trois à six mois, ne retarde pas la procédure. Bien au contraire. Et même si les parties n'ont pas signé d'accords écrits à la fin du processus, dès lors que la médiation a pu rétablir la

communication entre les parties, la résolution du conflit s'en trouve facilitée par la voie de la négociation.

Le second : l'utilisation de la médiation familiale est susceptible d'entraîner la perte de confiance du client, voire la perte du client qui a envie de « ferrailer » avec l'autre. Il ne faut pas nier que certains avocats peuvent avoir des comportements de tueurs, d'extrémistes, de « jusqu'aux boutistes » (« je vais casser l'autre »), et prôner la médiation, avec ce type d'avocat en face, est difficile. Aussi, certains avocats qui tentent de pacifier, risquent de voir partir leur clients. C'est une réalité qu'il convient de prendre en considération.

Mais, les avantages pour l'avocat sont bien réels. Deux principaux peuvent être retenus :

Le premier : la médiation familiale permet à l'avocat de prendre un certain recul. Certains dossiers sont très lourds, tant sur le plan émotionnel que sur le plan « temps » (certains dossiers sont dévoreurs de temps). Force est de constater que le temps de la médiation permet à l'avocat de se décharger du conflit. C'est confortable pour la gestion d'un dossier.

Le second : la médiation familiale permet à l'avocat (mais aussi et peut être surtout au juge) de revenir à une certaine humilité, la force la plus terrible qui soit au monde, c'est l'humilité. L'intérêt de la médiation est de permettre à l'avocat de s'effacer, de se mettre en retrait. L'intérêt de la médiation consiste à accepter l'idée de ne pas avoir la première place. C'est le client qui prend sa vraie place. Par l'utilisation de la médiation familiale, l'avocat prend conscience que l'objectif le plus important à atteindre est de permettre à son client de restaurer le dialogue, de rester acteur de son dossier et aussi d'admettre que le client est compétent pour régler ses problèmes. La médiation permet de donner aux parties qui se séparent le pouvoir de décider par elles mêmes, l'avocat ayant un rôle de véritable conseil juridique.

Comme le soutient Maître Louis SAYN-URPAR, bâtonnier du barreau de tarascon (13) :

« Avec la médiation familiale, le justiciable va participer à la décision et le travail de l'avocat sera allégé. L'avocat se consacrera à l'essentiel, c'est à dire au conseil et à la mise en forme juridique ».

Il est vrai que lorsque le dialogue est restauré entre deux personnes qui se séparent, l'avocat peut travailler d'une autre manière. La médiation familiale est à l'évidence un « facilitateur » de l'exercice du métier d'avocat.

Il est vrai toutefois que, pour que la médiation familiale donne de bons résultats, il est nécessaire que l'avocat ne se sente pas « hors circuit » pendant le déroulement de la médiation, que le médiateur familial rappelle aux parties qu'ils doivent rester en contact avec leurs avocats et surtout qu'avant la signature d'accords chacune des parties se rende auprès de son avocat pour discuter du contenu.

Il est en effet primordial de travailler en partenariat en connaissant et respectant le rôle de chacun des acteurs, et ce sans sectarisme, dans le seul intérêt des justiciables et de leurs enfants.

L'expérience démontre que, lorsque la médiation familiale est effectivement installée dans une juridiction, la majorité des avocats ne traitent plus leurs dossiers de la même manière, les procédures étant apaisées et allégées, et ce à la grande satisfaction de leurs clients.

## **Conclusion :**

Le juge aux affaires familiales ne peut qu'être d'accord pour réaffirmer les droits de l'enfant, mais il doit aussi réaffirmer la notion d'autorité parentale et l'obligation faite aux parents d'apporter à l'enfant sécurité (matérielle, affective et psychologique), protection pour l'aider à devenir à son tour un adulte responsable et autonome, et bien sûr de donner à l'enfant leur écoute, leur amour sans lesquels un enfant ne peut pas grandir.

La famille doit rétablir la négociation, le dialogue, la discussion et comme le dit Jean Jacques Rousseau :

« Il faut traiter l'enfant, en enfant, non comme un adulte ».

Même au XXIème siècle, il faut continuer à traiter l'enfant en enfant.

Un enfant a besoin de parents adultes responsables en face de lui, capables de réinventer leurs rôles respectifs quand ils se séparent, et d'associer étroitement et intelligemment leur enfant aux décisions à prendre.

La notion d'autorité parentale n'est pas synonyme de domination, même s'il n'y a pas d'éducation sans contrainte, un enfant a besoin d'adultes responsables en face de lui.

Et le juge aux affaires familiales doit tenter d'investir ou de réinvestir les parents de leur responsabilité, dans le respect de l'enfant, qui ne mérite jamais de supporter le fardeau d'un conflit parental, d'un conflit familial.

Tendre vers ces deux objectifs, avec une volonté permanente d'apaisement des séparations, nécessite un équilibre qui n'est pas toujours simple à atteindre.

Le juge aux affaires familiales est un équilibriste, un funambule, un acrobate avec son balancier (la balance de la justice) avec une triple problématique :

- comment apaiser les séparations, comment pacifier des parents qui se séparent dans le conflit ?

- comment faire de l'égalité formelle entre le père et la mère, une égalité réelle, comment mettre en place l'exercice concret de la co-parentalité, et permettre aux parents de remplir pleinement chacun son rôle, dans le respect de l'autre, même en cas de séparation,

et,

- comment concilier les droits et devoirs de chacun des parents avec l'intérêt supérieur de l'enfant ? comment entendre, libérer et respecter la parole de l'enfant sans en faire l'arbitre de la séparation de ses parents, sans le rendre victime de sa parole, sans la rendre toute puissante, sans donner indirectement à l'enfant le pouvoir décisionnel.

C'est le difficile challenge permanent de la justice familiale et du juge aux affaires familiales .

Désormais, le juge aux affaires familiales se trouve investi de la délicate mission de trouver le point d'équilibre, le centre de gravité entre trois intérêts, celui de la mère, celui du père et celui de l'enfant, ce qui n'est pas chose facile à trouver en situation de crise.

Même si la médiation familiale n'est pas le « docteur miracle » comme l'a si joliment appelée un enfant dont les parents ont participé positivement à une médiation, elle s'inscrit dans la recherche d'une meilleure collaboration des parents pour organiser, en bonne intelligence, dans le dialogue et le respect mutuel, les modalités d'exercice de l'autorité parentale; et ce, en considération des droits et de l'intérêt supérieur de l'enfant, dans un objectif d'apaisement de la séparation.

C'est toute une culture qui est à promouvoir, celle de l'apaisement et de la pacification des séparations, celle du dialogue parental, de l'écoute, du questionnement, du respect mutuel et de l'échange, celle de l'autorité parentale reconnue et respectée par les enfants, celle des droits de l'enfant reconnus et respectés par les parents, celle des pouvoirs équilibrés au sein de la famille.

Le juge aux affaires familiales doit, avant tout, être un facteur de paix familiale, un facteur de paix sociale.

Dans ce cadre, le magistrat continue de « dire le droit », mais en offrant préalablement aux personnes qui se séparent la possibilité de rechercher d'abord, ensemble, ce qui est juste et équitable pour eux.

Comme le dit Maître Pierre NOREAU, juriste, chercheur à l'université de Montréal :

« Le droit est une photo de la réalité, un révélateur de ce qui se passe dans la société. Nous sommes entrain de passer d'un droit familial standard, prescriptif à un droit construit par les personnes ».

Il est fondamental que le juge aux affaires familiales, de concert avec l'avocat et le médiateur familial, permette aux citoyens, quelles que soient leurs difficultés familiales, d'être acteurs de leur propre vie, l'enfant en sera toujours le grand gagnant.

Tarascon, le 2 octobre 2009

Marc JUSTON  
juge aux affaires familiales  
président du tribunal de grande instance  
de Tarascon (13)