



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master Justice et droit du procès**

**Dirigé par Madame Cécile Chainais**

**2024**

***Ordonnance de protection : la sécurité  
juridique à l'épreuve de l'efficacité ?***

**Zoé Francès**

**Sous la direction de Monsieur Jean Garrigue**



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

# **ORDONNANCE DE PROTECTION : LA SÉCURITÉ JURIDIQUE À L'ÉPREUVE DE L'EFFICACITÉ ?**

---

Mémoire de Master 2

Par

**Zoé FRANCES**

Sous la direction de Monsieur le Professeur

**Jean GARRIGUE**

**ANNÉE UNIVERSITAIRE 2023 – 2024**

## AVERTISSEMENT

---

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

## REMERCIEMENTS

---

*J'adresse mes sincères remerciements à Monsieur le Professeur Jean Garrigue, pour avoir accepté la direction de ce mémoire. Ses précieux conseils et sa bienveillance m'ont véritablement aidé dans ce travail de recherche.*

*Je remercie également Madame le Professeur Cécile Chainais et Monsieur le Professeur Sylvain Jobert pour leurs conseils et leur méthodologie.*

*Enfin, je tiens aussi à remercier mon entourage, ma famille et mes amies, pour l'intérêt qu'ils ont su montrer à l'égard de mon sujet. Plus particulièrement je souhaite remercier Maître Hélène Fritz et Wandrille De Raynal qui ont consacré une partie de leur temps précieux à relire mon mémoire.*

## LISTE D'ABRÉVIATIONS

---

### A

Article : Art

Assemblée nationale : AN

Assemblée plénière : AP

Autorité parentale : AP

### B

Bracelet antirapprochement : BAR

### C

Première chambre civile : 1 civ.

Chambre criminelle : Crim.

Chambre sociale : Soc.

Code civil : C.civ

Code de l'organisation judiciaire : COJ

Code de procédure civile : CPC

Code de procédure pénale : CPP

Code pénal : C.pen

Comité national de l'ordonnance de protection : CNOP

Contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants : CEEE

Cour d'appel : CA

Cour de cassation : Cass

Convention européenne des droits de l'Homme : Convention EDH

Cour européenne des droits de l'Homme :

Cour EDH

### D

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : DDHC

Droit de visite et d'hébergement : DVH

### E

Ecole nationale de la magistrature : ENM

Et cetera : etc.

### G

Gaz. pal : Gazette du palais

### I

Ibidem : Ibid

### J

Juge aux affaires familiales : JAF

### O

Ordonnance de protection (régime) : OP

Ordonnance de sûreté de l'enfant : OSE

### P

Pacte civil de solidarité : Pacs

Page : p

### Q

Question prioritaire de constitutionnalité :  
QPC

### T

Téléphone grave danger : TDG

Tribunal de grande instance : TGI

Tribunal judiciaire : TJ

## SOMMAIRE

---

### **PARTIE 1 : LA SÉCURITE JURIDIQUE OBJECTIVE SACRIFIÉE SUR L'AUTEL DE L'EFFICACITÉ ?**

CHAPITRE 1 : la personne protégée, une condition d'ouverture incertaine

Section 1 : la protection d'un membre du couple indéterminé par le droit

Section 2 : la protection équivoque des enfants du couple

CHAPITRE 2 : le danger, une condition d'ouverture tourmentée

Section 1 : une condition essentielle éprouvée par la recherche d'efficacité

Section 2 : les risques inhérents à l'abandon de cette condition

### **PARTIE 2 : LA SÉCURITE JURIDIQUE SUBJECTIVE SACRIFIÉE SUR L'AUTEL DE L'EFFICACITÉ ?**

CHAPITRE 1 : la simplification ambivalente du régime probatoire

Section 1 : l'admission hétérogène de la preuve des violences conjugales

Section 2 : l'admission inévitable de la preuve déloyale

CHAPITRE 2 : la disproportion manifeste du régime du contradictoire

Section 1 : le contradictoire en théorie sauvegardé

Section 2 : le contradictoire en pratique mal mené

« Il lui arrive de me bousculer, alors parfois je tombe, car je suis frêle, et alors je me fais mal. Je n'ai qu'à mieux me tenir sur mes jambes, comme dans l'autobus. Il ne me frappe pas. Sauf quand un geste un peu brusque surgit de sa personne vers la mienne, parce que c'est plus fort que lui, mais ce ne sont pas des coups, non, ce ne sont pas des coups, pas à proprement parler. »

Extrait de L'amour et les forêts,  
Éric Reinhardt, Folio, 2014

## INTRODUCTION

---

1. Bénédicte Ombremmane est une femme mariée qui vit sous l'emprise et dans la crainte de son époux. La crainte de ses mots, de ses coups, de ses menaces, de sa déception. La crainte qu'un jour son mari la tue. Bénédicte Ombremmane est un personnage fictif né de la plume d'Éric Reinhart dont l'histoire résonne tristement chez les femmes françaises. En effet, en 2021, une femme sur quatre déclare avoir subi, au moins une fois depuis ses 15 ans, des violences psychologiques par son partenaire et une femme sur six affirme avoir été victime de violences physiques et sexuelles<sup>1</sup>. Paru en 2014, puis adaptée au cinéma en 2023 par la réalisatrice Valérie Donzelli, l'œuvre L'amour et les forêts traduit la prise de conscience, tant sociétale que politique et juridique, du phénomène nouvellement appelé violences intrafamiliales.

2. Les violences intrafamiliales désignent toute forme de violences (physiques, sexuelles, psychologiques, etc.) commises par une personne ayant un lien de famille au sens large avec la victime (conjoint, ex-conjoint, père, mère, fille, fils, tante, etc.), que cette personne réside ou non avec cette dernière. Sont également incluses dans cette définition les violences conjugales qui désignent toute forme de violences commises par un conjoint, ou un ex-conjoint, cohabitant ou non avec la victime<sup>2</sup>. La sémantique du terme « violences conjugales » semble réduire ce phénomène aux conjoints, c'est-à-dire aux couples unis par les liens du mariage conformément aux dispositions du Titre V du code civil. Toutefois, les formes d'unions se sont diversifiées à la fois dans le code et dans la société, ne permettant plus au terme « violences conjugales » de représenter la réalité des violences commises au sein du couple. Aussi, dans le cadre de la rédaction de ce mémoire, le terme « violences conjugales » sera défini plus largement comme l'ensemble des violences commises au sein du couple, quelle que soit la forme de cette union, présente ou passée. Le pluriel de ce terme a toute son importance tant ses déclinaisons sont multiples, soit dans les types d'union, soit dans ses manifestations.

3. La difficulté sémantique du terme « violences conjugales » introduit l'ensemble des problématiques qui gravitent autour de ce phénomène, et notamment de son traitement juridique. Longtemps traitées sous le prisme de la sanction, une nouvelle politique de protection des victimes de violences conjugales émerge, encouragée par la volonté de prévenir plutôt que

---

<sup>1</sup> *Panorama des violences en France métropolitaine* par le Service statistique du ministère de l'intérieur, Enquête Genèse 2021 p.18. Chiffre pour un échantillon de la population âgée de 18 à 74 ans.

<sup>2</sup> *Rapport Sécurité et société – violences au sein de la Famille*, INSEE, 9 décembre 2021.

de guérir **(I)**. C'est dans ce contexte que naît l'ordonnance de protection (OP) en 2010<sup>3</sup>: une mesure spécifiquement dédiée à protéger les victimes de violences commises au sein du couple. Après de multiples hésitations, cet outil est confié au juge aux affaires familiales (JAF), juge civil. L'entrée de l'OP dans l'office de ce dernier est qualifiée de « bouleversement civiliste »<sup>4</sup> faisant du juge naturel de la famille<sup>5</sup> « un juge hybride<sup>6</sup> » **(II)**.

Le terme « ordonnance » est tiré du latin « ordinare » et signifie « mettre en ordre » tandis que la « protection » est dérivée du mot latin « protectum » signifiant « toiture ». Accolés, ces deux termes expriment l'idée selon laquelle l'OP a pour finalité de « remettre de l'ordre dans le logement ». Au demeurant, il s'agit de l'objectif initial de l'OP : restaurer l'ordre dans le logement familial en mettant les victimes hors de danger. Progressivement, cette finalité s'est élargie, dépassant les murs de la « toiture » et protégeant les victimes qui ne cohabitent pas ou plus avec leur agresseur. C'est cette dynamique ambitieuse qui guide l'élaboration du modèle français de l'OP depuis son entrée en vigueur au prix d'une sécurité juridique affaiblie **(III)**.

## **I. Quel traitement pour les violences conjugales ? De la sanction vers la protection**

**4.** Le traitement juridique des violences conjugales a intuitivement été conçu sous le prisme de la sanction, tant en matière pénale que civile **(A)**. Cette conception sanctionnatrice semble aujourd'hui avoir atteint ses limites, nécessitant l'émergence d'un nouveau mécanisme de lutte efficace contre les violences conjugales **(B)**. Le rapport pour la mission Droit et Justice de 2019 met en avant cette tendance : « De la répression des auteurs à la protection des victimes : étudier les nouvelles orientations de la justice civile et de la justice pénale »<sup>7</sup>.

### **A) La sanction de l'agresseur : un traitement limité**

**5. La sanction en matière pénale, des outils efficaces mais inachevés.** Les violences infligées en raison d'une relation de couple constituent une circonstance aggravante prévue par l'art 132-

---

<sup>3</sup> Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 *relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*.

<sup>4</sup> Éric BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2019, point 21.

<sup>5</sup> Expression utilisée en doctrine pour qualifier le JAF, notamment par Éric BAZIN, *juge aux affaires familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2020, point 6.

<sup>6</sup> Ibid – point 27.

<sup>7</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, juillet 2019, p365.

80 du C.pen<sup>8</sup>. De plus, les infractions de droit commun, telles que les violences, menaces ou empoisonnement, sont désormais applicables lorsqu'elles sont commises au sein du couple. Cette affirmation évidente aujourd'hui ne l'était pas hier. En effet, le code civil de 1804, bâti sur une dimension patriarcale de la famille, rendait impossible la constitution de certaines infractions<sup>9</sup>. Par exemple, l'interprétation par la jurisprudence du devoir conjugal constituait un véritable obstacle à la qualification de l'infraction de viol. De plus, proclamée « Grande cause nationale » de l'année 2010<sup>10</sup>, la lutte contre les violences faites aux femmes n'aura jamais abouti à la consécration de l'infraction de féminicide. Si le Président Emmanuel Macron avait proposé en 2019<sup>11</sup> de reconnaître « un statut juridique » au meurtre des femmes commis par leur conjoint, partenaire ou compagnon, ce projet a été avorté en 2020 au nom du principe d'égalité de chacun devant la loi entre les hommes et les femmes. A ce jour, une seule infraction autonome commise au sein du couple est consacrée : le harcèlement moral<sup>12</sup>. En effet, est spécifiquement puni le fait d'harcéler son conjoint, son partenaire de PACS ou son concubin par des propos ou des comportements répétés ayant pour objet ou effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique.

**6. La sanction en matière civile, des outils inefficaces et fragmentés.** Les violences au sein du couple constituent indéniablement une rupture dans la paix des familles qui relève donc de l'office du JAF. Aussi, le juge s'est-il muni de plusieurs outils pour sanctionner les violences conjugales, qui, à l'origine, n'étaient pas conçus pour cette lutte. Il s'agit par exemple, du prononcé du divorce pour faute, renforcé par la loi du 4 avril 2006 qui introduit le devoir de respect entre époux au titre d'un devoir du mariage<sup>13</sup>. La décharge alimentaire, prévu par l'art 207 du C.civ, est également utilisée par le JAF pour sanctionner le parent auteur de violences conjugales. Ainsi, les juges du fond de la cour d'appel de Montpellier ont déchargé les enfants de leur obligation alimentaire due à leur père au motif que celui-ci infligeait des violences à la mère en cours de mariage, instaurant ainsi un climat d'insécurité<sup>14</sup>. Le juge civil utilise aussi l'indignité successorale pour priver le conjoint violent d'entrer dans la succession de son époux violenté au titre de l'art 707 du C.civ. Enfin, les justiciables ont recours à l'assignation à bref

---

<sup>8</sup> Consécration de cette circonstance aggravante pour les conjoints mariés et les concubins par la Loi n°92-684 du 22 juillet 1992 et étendue aux partenaires de PACS par la Loi n°2006-399 du 4 avril 2006.

<sup>9</sup> En ce sens : Anne-Marie LEROYER, *Droit de la Famille*, Thémis Droit, 2022, p 422 : « l'histoire du droit du mariage donne de nombreux exemples d'une violence légitime subie par les épouses ».

<sup>10</sup> Déclaration de M. François FILLON, Premier ministre, prononcé le 25 novembre 2009.

<sup>11</sup> Discours de Emmanuel MACRON, Président de la République, devant les Nations unies, 8 mars 2019.

<sup>12</sup> Art. 222-33-2-1 du C.pen.

<sup>13</sup> En ce sens : CA de Dijon, 18 mai 2012, n°11/01045.

<sup>14</sup> CA de Montpellier, 3e chambre A, 14 Décembre 2016, n° 16/03805.

délai devant le JAF pour modifier leurs droits en raison de violences conjugales. A ce titre, la cour d'appel de Bordeaux avait confirmé le jugement du JAF, saisi sur le fondement de l'art 1137 du CPC par la mère, modifiant l'autorité parentale du père en raison des violences commises sur son épouse. Ces mesures, parsemées dans le code civil, sont instrumentalisées par le JAF pour lutter contre les violences conjugales ; mais ne constituent pas à proprement parler un régime de sanction commun et efficace.

**7. Transition.** Un droit sanctionnateur spécifique, pénal ou civil, des violences conjugales peine à émerger. Si, en pénal, ce traitement répressif est manifestement efficace, bien qu'inachevé, en civil il demeure inefficace. Aussi, le législateur a-t-il développé parallèlement un droit pour la victime d'être protégée des violences commises par son compagnon. Après le temps de la sanction, celui de la prévention est venu.

## **B) La protection de la victime : un nouvel impératif émergent**

**8. La naissance de « mesures protectrices »<sup>15</sup> en pénal.** « Notre Code pénal a aujourd'hui bien pris en compte l'impératif de protection de la victime »<sup>16</sup> : selon la magistrate Catherine Mathieu, la protection de la victime ne doit plus être reléguée derrière la sanction de l'agresseur. La protection est une priorité qui replace la victime au cœur des outils juridiques de traitement des violences conjugales. A ce titre, le législateur a développé un véritable ordre public pénal de protection au stade de l'enquête à l'art 41-1 du CPP, et de l'instruction à l'art 138 du même code. En effet, ces dispositions empêchent le procureur de recourir à la médiation pénale dans un cas de violences conjugales : l'emprise et la domination qu'exerce l'agresseur sur sa victime ne permettent pas d'instaurer un dialogue égalitaire. De plus, le procureur et le juge d'instruction peuvent enjoindre à l'agresseur de quitter le domicile conjugal qu'il en soit propriétaire ou locataire. L'interdiction pour l'agresseur d'entrer en contact avec la victime peut conditionner un classement sans suite<sup>17</sup>; ou être ordonnée dans le cadre d'un contrôle judiciaire<sup>18</sup>, d'une mesure alternative aux poursuites<sup>19</sup> et d'un aménagement de peine<sup>20</sup>. Ces

---

<sup>15</sup> Anne-Marie LEROYER, *Droit de la Famille*, Thémis Droit, 2022, p421.

<sup>16</sup> Catherine MATHIEU, *Chapitre 11 : le Rôle du juge aux affaires familiales dans le traitement des violences conjugales, Violences conjugales - Le droit d'être protégée*, Sous la direction de Ernestine RONAI, Edouard DURAND, Dunod, 2017, p145.

<sup>17</sup> Art 41-1 6° C.pen.

<sup>18</sup> Art 138 17° C.pen.

<sup>19</sup> Art 41-2 14° C.pen.

<sup>20</sup> Art 132-45 19° C.pen.

nouvelles prérogatives pénales, principalement introduites par la loi du 4 avril 2006, amorcent le basculement vers le nouvel objectif de protection des victimes et caractérisent la fin du dogme de la répression.

**9. Les nouvelles mesures de protection unifiées en droit civil.** La réforme du divorce du 26 mai 2004<sup>21</sup> a été l'occasion pour le législateur d'introduire un mécanisme civil spécifique de protection des violences conjugales : le « référé violence ». L'art 220-1 du C.civ permettait au JAF de statuer sur la résidence séparée des époux lorsqu'un conjoint infligeait des violences sur l'autre ; et d'attribuer le logement conjugal à la victime. Innovant, cet outil n'en est pas moins « un échec cuisant » selon le magistrat Éric Bazin<sup>22</sup>. Deux raisons justifient l'échec de cette procédure : d'une part elle se limitait aux couples unis par le mariage, excluant toutes les autres formes d'union ; elle nécessitait la preuve établie de violences conjugales d'autres part<sup>23</sup>. La protection civile des violences conjugales, bien qu'unifiée au sein d'une procédure spécifique, demeurait inefficace. Selon un rapport entrepris par quatre services d'inspection générale, uniquement 32 saisines sur le fondement de l'art 210-1 du C.civ ont été recensées en 2007<sup>24</sup>. Dès lors, le rapport d'évaluation du plan global 2005-2007 de lutte contre les violences faites aux femmes<sup>25</sup> a proposé, à l'instar du rapport des services d'inspection générale, de remplacer cet outil par l'ordonnance de protection, mesure déjà observée dans les pays frontaliers. A ce titre, la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 *relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants* consacre le mécanisme de l'OP, un nouvel outil spécifiquement dédié à la protection des victimes de violences commises au sein du couple, quelle que soit sa nature, passée ou actuelle.

**10. Transition.** Edouard Durant et Ernestine Ronai conceptualisent le droit pour une victime d'être protégée<sup>26</sup>. Ce droit à la protection émergeant vise à prévenir les faits de violences conjugales en plaçant la victime hors de danger. Ce droit à la protection, aux confins du droit civil et pénal, doit retenir toute notre attention dans l'étude du traitement judiciaire des

---

<sup>21</sup> Loi n°2004-439 du 4 mai 2006 relative au divorce.

<sup>22</sup> Éric BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, 2019, DALLOZ, point 11.

<sup>23</sup> En ce sens : CASS, 1civ, 6 février 2008, n° 07-10.622 : cassation de l'arrêt qui n'a pas « constater l'existence de violences exercées par M.Y mettant en danger son épouse ».

<sup>24</sup> *Rapport d'évaluation du plan global 2005-2007 de lutte contre les violences faites aux femmes*, par l'inspection générale de l'administration, de la police nationale, des services judiciaires et des affaires sociales, juillet 2008, p114.

<sup>25</sup> Ibid, p114.

<sup>26</sup> Dirigé par Ernestine RONAÏ, Édouard DURAND, *Violences conjugales - Le droit d'être protégée*, Dunod, 2017.

violences conjugales : c'est une nouvelle approche efficace qui permet d'anticiper les maux. Ce droit se matérialise par la création de nouveaux outils de protection comme le bracelet antirapprochement (BAR) ou le téléphone grave danger (TAD) qui peuvent être octroyés tant par le juge répressif que civil. Mais plus que tout, ce nouveau droit d'être protégé est incarné par la mesure de l'OP confiée au juge civil, qui voit son office bouleversé à cette occasion. Dès lors, ce premier développement est l'occasion d'écarter de notre étude l'ensemble des mesures civiles et pénales qui sanctionnent les violences conjugales pour se concentrer sur le nouvel impératif de protection. Cet objectif de protection rayonne essentiellement à travers la mesure de l'OP, un outil confié au JAF.

## **II. Quel office du JAF pour la protection contre les violences conjugales : « un juge hybride » ?**

**11.** Le JAF est une institution récente<sup>27</sup> dont les missions se sont très rapidement diversifiées. Chargé initialement des difficultés matrimoniales, l'office du JAF s'est élargi à la protection des violences commises au sein du couple (A). En dépit de sa qualité de « juge de la paix familiale »<sup>28</sup>, son office n'était pas préparé à accueillir une mesure d'une telle envergure (B).

### **A) Le JAF, nouveau juge de la protection des violences conjugales**

**12. Le doute historique : civil ou pénal ?** Le code civil napoléonien confie au juge civil le soin de connaître et de traiter des « querelles entre époux ». Toutefois, la conception patriarcale adoptée dans les textes ne permettait pas une intervention efficace du juge civil dans la lutte contre les violences conjugales. Ainsi, la loi du 22 juillet 1791, issue de la Révolution, constitue une brèche dans le traitement pénal des violences conjugales en disposant que « la peine sera plus forte si les violences ont été commises envers la femme ». Si le projet du code pénal de 1801<sup>29</sup> reprend cette circonstance aggravante, qualifiée de « conjugicide », cette sanction est éclipsée du code à sa publication. Cet absentéisme s'explique par la crainte du législateur « d'interférer avec les normes du code civil »<sup>30</sup> qui ont été rédigées dans l'intention d'organiser

---

<sup>27</sup> Loi n°93-22 du 8 janvier 1993, *modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*.

<sup>28</sup> Éric BAZIN, *juge aux affaires familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2020, point 17.

<sup>29</sup> Projet de code criminel, correctionnel et de police, présenté par la Commission nommée par le gouvernement, 1801.

<sup>30</sup> Victoria VANNEAU, *L'Invention juridique des violences conjugales au XIXe siècle*, Dans Les Cahiers de la Justice n°2, 2016, p 305 à 318.

la paix familiale et conjugale : le risque d'une confusion et d'un empilage de normes en la matière est déjà pressenti au début du XIX<sup>ème</sup> siècle. Toutefois, malgré cette réticence législative, les tribunaux correctionnels ont contourné cette lacune du code, et se sont progressivement emparés de ce contentieux. Aussi, lors de l'élaboration de la mesure de l'OP s'est naturellement posée la question de savoir à quel juge confier cette mesure.

**13. Le choix justifié du JAF.** La première proposition de loi de Danielle Bousquet et Guy Geoffroy, visant à *renforcer la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes*, confiait l'OP au juge délégué aux victimes<sup>31</sup> et prévoyait l'introduction de la mesure dans le code de procédure pénale. Lors de la discussion de ce projet de loi, le juge pénal a été supplanté par le JAF. La magistrate Catherine Mathieu<sup>32</sup> rappelle deux principales lacunes du traitement pénal des violences conjugales. D'une part, son efficacité reste subordonnée « au courage de la victime de porter plainte » et à la preuve de la commission d'une infraction. D'autre part, ce juge pénal ne dispose pas de toutes les compétences ni de légitimité pour réorganiser la vie familiale après ce bouleversement<sup>33</sup>. Aussi, l'intervention du JAF semblait plus judicieuse en matière d'OP : cela permet de ne pas subordonner la délivrance d'une ordonnance de protection à l'ensemble des contraintes pénales, telles que la qualification d'une infraction ou la présomption d'innocence. Cela permet aussi d'inscrire la mesure dans le sillage du référé-violence de 2004. En effet, l'OP a été ainsi conçue « moins comme une innovation juridique radicale que comme le perfectionnement d'un dispositif existant »<sup>34</sup>. Comme pour insister sur la particularité de ce nouvel office, la compétence du JAF est rappelée à deux reprises aux articles 515-9 et suivant du C.civ, dans le code de procédure civile au Chapitre V dédié à *La procédure en matière familiale*<sup>35</sup>, et à l'art L. 213-3 du COJ.

**14. Transition.** Le JAF a donc accueilli en 2010 la procédure de l'OP dans son office. Ce choix permet de répondre à une volonté politique de lutter activement et efficacement contre les violences commises au sein du couple. Toutefois, cette mesure à la lisière entre le droit civil et

---

<sup>31</sup> Juge délégué aux victimes (JUDEVI) : créé par la loi du 13 novembre 2007, dont la mission est prévue par l'art. D47-6-1 CPP.

<sup>32</sup> Catherine MATHIEU, *Chapitre 11 : le Rôle du juge aux affaires familiales dans le traitement des violences conjugales, Violences conjugales - Le droit d'être protégée*, Sous la direction de Ernestine RONAI, Edouard DURAND, Dunod, 2017, p145.

<sup>33</sup> Art. 222-48-2 du C.pen : le juge pénal peut seulement retirer l'autorité parentale au parent qui inflige des violences sur son conjoint, partenaire ou concubin.

<sup>34</sup> JOUANNEAU Solenne, MATTEOLI Anna, « *Les violences au sein du couple au prisme de la justice familiale. Invention et mise en œuvre de l'ordonnance de protection* », Droit et société n° 99,2018, p. 305-321.

<sup>35</sup> Chapitre 5 du code de procédure civile, Livre III, Titre 1 : articles 1070 à 1143.

le droit pénal a généré de sérieux bouleversements judiciaires, immisçant les prémices d'une incertitude consubstantielle à la mesure de l'OP.

## **B) Le JAF, un office bouleversé et inadapté**

**15. Mutation de l'office : un retour en arrière ?** Deux grandes mutations sont observables. D'une part, l'entrée de la protection des violences conjugales dans l'office du JAF a freiné le mouvement de contractualisation du droit de la famille. Ce phénomène s'illustre principalement par l'entrée en vigueur du divorce par consentement mutuel sans juge en 2016<sup>36</sup>, suivie de l'utilisation exponentielle des conventions parentales et des conventions de concubinage. Toutefois, les violences faites au sein du couple inversent la tendance, constituant un « terrain d'élection d'un nouvel ordre public en droit civil de la famille <sup>37</sup> ». La professeur Laurence Mauger-Vielpeau parle à ce titre de « publicisation » de la matière. D'autre part, l'immixtion des violences conjugales dans l'office du JAF affaiblit son rôle de « juge de la paix familiale » conciliatoire tiré de l'alinéa premier de l'art 1071 du CPC<sup>38</sup>. Ce traditionnel office du JAF, renforcé par les récentes réformes sur la mission conciliatoire du juge, est incompatible avec le traitement des violences conjugales. Le temps de la médiation n'est pas celui des violences conjugales ; ce qui est confirmé par l'art 373-2-10 du C.civ<sup>39</sup>. L'OP semble donc s'inscrire à contre-courant des mutations contemporaines de l'office du JAF, constituant un dévoiement de la justice familiale.

**16. L'office procéduralement inadapté.** Selon Eric Bazin l'OP constitue une véritable « intrusion » du pénal dans la sphère civile, faisant du JAF un « juge hybride, mi-civil, mi-pénal ». La place occupée par le procureur de la République dans la procédure témoigne de cette « pénalisation » du droit civil. Autre exemple, dans le procès civil, la partie qui introduit l'instance est qualifiée de « demandeur », mais exceptionnellement la procédure d'OP utilise le terme « victime ». Cette différence sémantique, traduit une première inadéquation entre la mesure et le juge à laquelle elle est confiée. Mais ces inadéquations sont multiples.

---

<sup>36</sup> Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XX<sup>ème</sup>.

<sup>37</sup> Laurence MAUGER-VIELPEAU, *Mesures de protection des victimes de violences – ordonnance de protection*, Jurisclasseur, 2022.

<sup>38</sup> Art. 1071 CPC al 1 : « Le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties ».

<sup>39</sup> Impossibilité pour le JAF de proposer une mesure de médiation lorsque « des violences sont alléguées par l'un des parents sur l'autre parent ».

D'une part, la conception même du procès civil, selon laquelle le procès est la chose des parties, permet difficilement d'accueillir la procédure d'OP. En effet, le JAF est tenu par les faits et demandes qui sont allégués par les parties et introduits dans le débat. Il dispose d'un pouvoir d'investigation très limité qui se résume à ordonner des mesures d'instruction à la demande d'une partie<sup>40</sup>. De plus, le ministère public qui semble occuper une place importante dans la procédure de l'OP, notamment par son pouvoir d'initiative de l'instance<sup>41</sup>, se heurte rapidement au principe dispositif selon lequel les parties ont la libre disposition de la matière litigieuse. Aussi, il semble périlleux pour le procureur d'apporter les faits et la preuve des faits pour soutenir une demande de pension alimentaire, ou de paiement des charges afférents au loyer<sup>42</sup>. Son action reste donc en pratique très limitée : en 2016 seulement 10% des jugements faisaient état de la présence du procureur à l'audience et 60% des ordonnances mentionnaient l'existence d'un avis rendu. La même année, le ministère public n'était à l'origine que de douze requêtes en OP<sup>43</sup>.

D'autre part, le JAF semble très isolé alors même que la protection des violences conjugales implique une coordination entre les différents juges, notamment le juge pénal et le juge des enfants. Ce manque de coordination, déjà dénoncé dans le rapport 2005-2007<sup>44</sup>, tend à se résorber par la très récente création des Pôles VIF<sup>45</sup> (violences intrafamiliales) regroupant différents magistrats du siège et du parquet et permettant de conjuguer les différentes procédures entre elles. L'intrusion du pénal dans l'office du JAF est à l'origine de ces inadéquations et traduit la double nature de l'OP, à mi-chemin entre le droit civil et pénal.

**17. Transition.** Finalement, l'OP a été confiée au JAF malgré les incohérences procédurales et juridictionnelles que cela impliquait. A la lisière entre droit pénal et droit civil, l'OP a refaçonné l'office du JAF et la procédure civile, au prix d'une certaine incertitude et insécurité juridique. Ce choix de confier l'OP à un juge civil n'est pas neutre : il traduit une volonté de rendre la

---

<sup>40</sup> Art 10 du CPC.

<sup>41</sup> Selon l'art. 515-10 du Cciv le ministère public peut saisir le JAF d'une demande d'OP, sous réserve de l'accord de la victime.

<sup>42</sup> Valérie DERVIEUX, *Le nouveau rôle du parquet en cas de violences conjugales - L'expérience du parquet de Pontoise*, AJ Famille, 2013.

<sup>43</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, juillet 2019, p207. **NB** : ce rapport repose sur la base de données VioCoProVic qui répertorie l'intégralité des jugements rendu en matière d'OP en France pour l'année 2016

<sup>44</sup> *Rapport d'évaluation du plan global 2005-2007 de lutte contre les violences faites aux femmes*, par l'inspection générale de l'administration, de la police nationale, des services judiciaires et des affaires sociales, juillet 2008, p25.

<sup>45</sup> Pôles Violences-Intrafamiliales (VIF) institués par un décret du 23 novembre 2023 et effectifs depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2024.

mesure efficace et utile en contournant les obstacles de la procédure pénale, à commencer par le dépôt de plainte de la victime. « Il y a tout lieu de croire qu'un modèle français est en train d'émerger du fait de la politique volontariste menée par notre gouvernement », Isabelle Rome<sup>46</sup> est confiante en l'idée qu'un modèle français de lutte contre les violences conjugales émerge, construit autour d'une protection large et ambitieuse.

### **III. Quel modèle d'ordonnance de protection pour lutter efficacement contre les violences conjugales ?**

**18.** L'OP française est née dans un double contexte particulier. D'une part, l'OP naît dans un climat de prise de conscience du phénomène de violences faites aux femmes, dans le couple et à l'extérieur, à travers l'outil statistique. L'enquête nationale ENVEFF de 2000<sup>47</sup> d'abord, le rapport du professeur Henrion transmis en 2001 au ministre chargé de la santé ensuite, et enfin le rapport d'évaluation du plan globale 2005-2007 de lutte contre les violences faites aux femmes paru en 2008<sup>48</sup> permettent d'évaluer l'ampleur du phénomène en France. D'autre part, les incitations européennes et les outils déjà existants dans les pays européens voisins favorisent la consécration de l'OP en France. Ce contexte permet de construire un modèle ambitieux de l'OP **(A)**, qui ne trouve malheureusement qu'un succès mitigé **(B)**.

#### **A) D'une conception ambitieuse ...**

**19. Inspirations et incitations européennes fortes.** La Division des études de législation comparée du Service des affaires européennes a rendu un rapport<sup>49</sup> au Sénat établissant un état des lieux du traitement des violences conjugales dans les pays voisins de la France. Ainsi, dès 1996 trois pays européens étaient déjà dotés d'une procédure civile d'ordonnance de protection : l'Angleterre, le Pays-de-Galle et l'Autriche. L'Espagne paraît plus réticente à confier au juge civil de la famille le traitement des violences conjugales. La loi espagnole n°27/2003 du 31 juillet 2003 consacre un mécanisme d'ordonnance de protection de nature pénale : la procédure est confiée au juge pénal qui a compétence pour prononcer des mesures à

---

<sup>46</sup> Isabelle ROME, « *violences conjugales : état des lieux et perspectives : vers un modèle français ?* », AJ Famille, 2023.

<sup>47</sup> Enquête Nationale sur les Violences Envers les Femmes en France, dirigé Maryse JASPARD, 1997-2002.

<sup>48</sup> *Rapport d'évaluation du plan global 2005-2007 de lutte contre les violences faites aux femmes*, par l'inspection générale de l'administration, de la police nationale, des services judiciaires et des affaires sociales, juillet 2008.

<sup>49</sup> Document de travail du Sénat – *série législation comparée, lutte contre les violences conjugales*, par la division des Etudes de législation comparée, mars 2001.

la fois civiles et pénales. Le Rapport d'évaluation 2005-2007<sup>50</sup> avait explicitement sollicité une transposition du modèle espagnol de l'OP en droit français.

La Cour EDH a également joué un rôle incitatif important, notamment en consacrant une obligation positive pour les Etats de prendre des mesures préventives en matière de lutte contre les violences conjugales<sup>51</sup>. Le Conseil européen a confirmé cet élan communautaire de protection des violences conjugales en imposant une nouvelle législation en la matière : la Convention d'Istanbul du 7 avril 2011 visant à la mise en place « de politiques intégrées, de prévention des violences, de protection des victimes et de poursuites des auteurs ».

**20. Consécration française.** « Rien n'est plus fort que l'idée dont l'heure est venue »<sup>52</sup>. Après maintes recommandations et incitations, l'ordonnance de protection est entrée dans l'arsenal juridique français par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 *relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*. Cette loi crée un Titre XIV au sein du Livre II du code civil intitulé *Des mesures de protection des victimes de violences conjugales*<sup>53</sup>, placé à la suite des dispositions relatives au mariage, au Pacs et au concubinage. Cette mesure de protection autonome de toute catégorie civile du couple, donne naissance à « un droit commun du couple » selon la Professeur Dominique Fenouillet<sup>54</sup> et corrige les lacunes de l'ancien référé-violence supprimé à cette occasion. En effet, dès son entrée en vigueur, le régime a pour objectif de permettre au JAF de délivrer d'urgence une ordonnance de protection lorsque les violences exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire de Pacs ou un ancien concubin mettent en danger la personne qui en est victime ou un ou plusieurs enfants. Le dispositif s'applique aussi pour empêcher les mariages forcés. Le caractère urgent, intrinsèque à la mesure de protection, a justifié l'introduction d'une Section II ter au sein du Chapitre V relatif aux procédures en matière famille du code de procédure civile, qui organise le déroulement de la procédure de l'OP de la saisine du JAF à l'exécution de l'ordonnance. Néanmoins, ces dispositions n'organisent pas la compétence géographique du JAF en matière d'OP : il s'agit dès lors de se rapporter à l'art 1070 du CPC qui prévoit, hiérarchiquement, la

---

<sup>50</sup> *Rapport d'évaluation du plan global 2005-2007 de lutte contre les violences faites aux femmes*, par l'inspection générale de l'administration, de la police nationale, des services judiciaires et des affaires sociales, juillet 2008, p5.

<sup>51</sup> Cour EDH, 9 juin 2009, Opuz c. Turquie, n°33401/02.

<sup>52</sup> Citation de Victor Hugo.

<sup>53</sup> Art. 515-9 à 515-13 du C.civ.

<sup>54</sup> Dominique FENOUILLET, *Droit de la Famille*, Dalloz, 2022, p52.

compétence du juge du lieu du logement familial, du lieu de résidence habituelle des enfants et du lieu du défendeur.

**21. Régime ambitieux.** Dès son entrée en vigueur, le régime de l'OP se veut ambitieux et cette aspiration se confirme au gré des réformes. Nous en voulons pour preuve les conditions d'ouverture très souples du régime, notamment dans la prise en compte des violences faites aux enfants ou la suppression du dépôt de plainte préalable et de la condition de cohabitation. La multiplication des mesures que le JAF peut ordonner témoigne aussi de cette volonté de rendre l'OP plus efficace. Enfin, l'infraction constituée par la violation des mesures prescrites dans l'ordonnance assure sa bonne exécution<sup>55</sup>. La célérité de la procédure, six jours entre la saisine du JAF par requête et la communication de l'ordonnance, manifeste l'intention du législateur d'agir rapidement pour protéger au plus vite la victime. L'OP française est construite sur une volonté forte d'efficacité.

**22. Transition.** Ce modèle français ambitieux de l'OP a permis à la fois la multiplication des demandes et l'augmentation du nombre d'ordonnance délivrée ; mais conduit aussi à un empilement de modification des textes, affaiblissant la lisibilité et la prévisibilité de la mesure.

## **B) ... à un succès mitigé**

**23. Une mesure gagnante en efficacité.** En 2011, 1600 ordonnances de protection avaient été délivrées. En 2021, ce nombre a quasi quadruplé puisque 6000 ordonnances de protection ont été recensées<sup>56</sup>. Les Grenelles des violences conjugales organisés en 2019 ont permis de mettre en lumière la procédure de l'OP, dont l'utilisation a fortement été augmentée durant la période de confinement en 2020. Pour renforcer la visibilité de la mesure, le ministère de la Justice a publié en novembre 2021 un Guide pratique détaillant la procédure de l'OP pour chacun des acteurs. L'objectif est simple : faire de l'OP un outil de protection systématique et complémentaire au dépôt de plainte. En d'autres termes, faire de l'OP un outil efficace dans la protection des victimes, c'est-à-dire « qui produit dans de bonnes conditions, et sans autres aides, l'effet attendu »<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Art 227-4-2 à 227-4-3 du C.pen.

<sup>56</sup> Info-Stat Justice, service statistique ministériel de la justice, Zakia BELMOKHTAR, 15 juin 2023, p1.

<sup>57</sup> Trésor de la langue française informatisé – *efficace, adj.*

Les quatre réformes législatives endossées par la procédure de l'OP depuis 2010, doublées de la création en 2020 du Comité de pilotage de l'ordonnance de protection (CNOP), témoignent d'un véritable intérêt politique pour cette procédure. Très récemment, des parlementaires ont déposé deux projets de loi, le premier portant sur le renforcement de l'ordonnance de protection<sup>58</sup> et le second sur l'allongement de la procédure et la création d'une OP immédiate<sup>59</sup>. Aussi, le législateur continue de voir dans l'OP une mesure prometteuse et perfectible, dont le potentiel n'est pas encore atteint.

**24. Une mesure empreinte d'incertitudes.** Toutefois, « dix ans après son entrée en vigueur, l'OP reste un outil insuffisamment identifié par les différents acteurs du terrain »<sup>60</sup>. L'optimisme politique ne semble pas avoir conquis les justiciables, les avocats ou les juges. Le rapport déposé à l'Assemblée Nationale (AN) le 1<sup>er</sup> février 2023 confirme ce phénomène : « cet outil indispensable n'est pas assez utilisé »<sup>61</sup>. En effet, il y a une décorrélation importante entre le nombre de victimes de violences commises au sein du couple, 208 000 victimes recensées en 2021, et le nombre d'ordonnances de protection délivrées : seulement 3% des victimes sont protégées par cet outil juridique en 2021. Le paradoxe est palpable : en dépit des multiples réformes en vue d'améliorer l'efficacité de l'OP, cette mesure peine à s'installer dans le paysage juridique français. Au contraire, cette volonté de rendre la mesure toujours plus efficace et attractive mène à de nombreuses incertitudes et à une certaine illisibilité qui rend l'OP difficilement praticable. C'est la sécurité juridique qui est mis en cause.

**25. Problématisation.** La sécurité juridique est une valeur qui imprègne le droit positif : le professeur Jean Boulouis parle même de tautologie tant la notion de sécurité imprègne le juridique. Pourtant, le Conseil constitutionnel refuse de consacrer nommément ce principe, reléguant au Conseil d'Etat la charge d'en faire un principe général du droit<sup>62</sup>. Ce concept « fuyant autant que séduisant »<sup>63</sup>, ne fait pas l'objet d'une définition commune en doctrine et

---

<sup>58</sup> Rapport enregistré à la présidence de l'AN le 1<sup>er</sup> février 2023 ; *visant à renforcer l'ordonnance de protection* par Cécile UNTERMAIER.

<sup>59</sup> Rapport enregistré à la présidence de l'AN le 24 janvier 2024 *fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi, visant à allonger la durée de l'ordonnance de protection et à créer l'ordonnance provisoire de protection immédiate* par Emilie Chandler, députée.

<sup>60</sup> *Guide pratique de l'ordonnance de protection*, ministère de la justice, novembre 2021, p4.

<sup>61</sup> Rapport enregistré à la présidence de l'AN le 1<sup>er</sup> février 2023 ; *visant à renforcer l'ordonnance de protection* par Cécile UNTERMAIER.

<sup>62</sup> CE, ass, 24 mars 2006, n°288460.

<sup>63</sup> B. PACTEAU, « *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?* », AJDA, 1995, n° spécial, p155.

en jurisprudence. Aussi, nous retiendrons une définition, celle de Thomas Piazzon<sup>64</sup>. Selon lui, ce concept se réfère à « l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes ou comportement, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation ». Le professeur de droit public Julien Dellaux découpe cette définition, en distinguant d'un côté la sécurité juridique objective et d'un autre la sécurité juridique subjective<sup>65</sup>. La sécurité juridique objective fait référence aux exigences de lisibilité, l'intelligibilité, prévisibilité et accessibilité de la norme ; quand la sécurité subjective est l'attente légitime d'un individu que son droit subjectif soit respecté.

L'interaction entre la mesure de l'OP et la sécurité juridique semble à cet égard, paradoxale. Alors même que l'OP cherche à mettre en sécurité, de manière efficace, la victime de violences conjugales, la mesure semble compromettre la double facette du principe de sécurité juridique. Sécurité juridique et sécurité de la victime de violences conjugales sont-ils deux objectifs conciliables ? **Ou la recherche d'efficacité de l'ordonnance de protection se fait-elle au mépris du principe de sécurité juridique ?**

**26. Plan.** Il convient de s'appuyer sur la dichotomie proposée par Thomas Piazzon et reprise par Julien Dellaux pour déterminer si la recherche d'efficacité permanente de la mesure de l'OP affecte à la fois sa sécurité juridique objective (**Partie 1**), et sa sécurité juridique subjective (**Partie 2**).

---

<sup>64</sup> Thomas PIAZZON, Thèse *la sécurité juridique*, dirigée par le Professeur Laurent Leveneur, 2006.

<sup>65</sup> Julien DELLAUX, « *le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel : signes et espoirs d'une consolidation de l'ordre juridique interne et de l'Etat* », Revue Française du droit constitutionnel, n°199, 2019.

## **PARTIE 1 : LA SÉCURITÉ JURIDIQUE OBJECTIVE SACRIFIÉE SUR L'AUTEL DE L'EFFICACITÉ ?**

27. Pour rappel, la conception objective de la sécurité juridique adoptée dans cette première partie du mémoire désigne l'ensemble des exigences de lisibilité, l'intelligibilité, prévisibilité et accessibilité de la norme. La norme se rapporte ici aux articles 515-9 et suivants du C.civ qui organisent le régime de l'OP, et particulièrement ses conditions d'ouverture. Les conditions d'ouverture d'un régime sont entendues comme les règles substantielles qui doivent être respectées pour que le JAF puisse délivrer une ordonnance de protection. Elles permettent, entre autres, de déterminer l'essence même de la mesure et son étendue. Or, l'heure n'est pas à la restriction du champ de l'OP. Les suppressions et les élargissements des conditions ont permis de protéger davantage de victimes et de manifestations de violences. Toutefois, cette dynamique a rendu les conditions subjectives très floues et incertaines, mettant à mal le principe de lisibilité de la norme, démembrant de la sécurité juridique (**Chapitre 1**). Cette même dynamique met en péril la condition de « mise en danger », qui constitue le socle constitutionnel de la mesure et qui est au service de son intelligibilité (**Chapitre 2**). Les conditions d'ouverture qui colorent l'essence de l'OP seraient-elles à l'origine de sa perte de sens ?

## CHAPITRE 1 : la personne protégée, une condition d'ouverture incertaine

28. Conformément à l'art 515-9 du C.civ, l'OP a vocation à s'appliquer lorsque des violences sont exercées au sein du couple. La Professeure Solange Mirabail nous rappelle que « la notion de couple n'est pas une notion juridique »<sup>66</sup> : le couple est issu du mot latin copula qui se rapporte à tout ce qui sert à attacher. Ainsi, la notion de couple, qui est au cœur de la mise en œuvre du régime de l'OP, n'est jamais définie par le législateur ou le juge. Pourtant, « le couple, quoi qu'en pensent certains, ne saurait échapper à cette rigueur juridique, tant il est vrai qu'on ne peut donner de droits à un destinataire non défini »<sup>67</sup>. Par-là, le Professeur émérite Jean Hauser invite à définir le couple, afin de déterminer les droits dont peuvent bénéficier ses membres, tel que le droit de protection. A la lecture du Titre XIV *Des mesures de protection des victimes de violences*, deux caractéristiques du couple se dégagent. D'une part, le couple semble pris dans son sens très large, dépassant le triptyque traditionnel mariage-Pacs-concubinage (**Section 1**). D'autre part, « l'ordonnance de protection ne consiste pas seulement à protéger les conjoints victimes de violences »<sup>68</sup> : le régime intègre les victimes de mariage forcé et la descendance du couple (**Section 2**). Ces deux assouplissements des conditions d'ouverture du régime se répercutent sur son harmonie, sa prévisibilité et son intelligibilité.

### SECTION 1 : la protection d'un membre du couple indéterminé par le droit

29. Le régime de l'OP adopte une définition sui generis du couple afin de protéger le plus grand nombre de victimes de violences conjugales. C'est l'efficacité de la mesure qui est de mise. Néanmoins, cette conception autonome du couple se concilie difficilement avec les autres dispositions du code civil et la jurisprudence peine à l'appréhender de manière uniforme. La prévisibilité de la mesure est mise en cause. Aussi, le retrait de deux critères questionne sur l'étendue du « couple » au sens de l'art 515-9 du C.civ : celui de la cohabitation (**I**) et celui de l'actualité du couple (**II**).

---

<sup>66</sup> Solange MIRABAIL, « *Le couple* », La famille que je veux quand je veux ? – Evolution du droit de la familles, Eres, 2003, p27 à 38.

<sup>67</sup> Jean HAUSER, *La notion juridique de couple en question - face à une nouvelle organisation sociale*, Informations sociales n°122, 2005.

<sup>68</sup> Éric BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, DALLOZ, 2019, point 22.

## **I. Le critère de cohabitation supprimé**

**30.** Le critère de cohabitation constitue un critère définitionnel commun des trois formes de couple civil (A) qui a été supprimé au service de l'extension du champ de la mesure mais au détriment de sa prévisibilité (B).

### **A) La vie commune imposée, le dénominateur commun du couple en droit civil**

**31. Le triptyque juridique du couple.** Ce n'est qu'en 1999<sup>69</sup> que la notion de « couple » intègre le code civil, à l'art. 515-8 qui définit le régime du concubinage. Cette simple mention est dénuée de toute définition. En s'abstenant de définir le couple, le législateur civil facilite l'adaptation de la notion juridique aux évolutions sociétales. Si, en 1804, la reconnaissance du couple par le droit n'était permise que par le mariage, la loi du 15 novembre 1999 a introduit deux nouvelles formes juridiques du couple : le pacte civil de solidarité (Pacs) et le concubinage. Depuis, le couple en droit civil reste circonscrit au triptyque mariage – Pacs – concubinage<sup>70</sup>. Cette trilogie du couple rayonne dans les codes de droit privé français, comme l'atteste l'art R351-16 du Code de la construction et de l'habitation qui dispose que « la notion de couple [...] s'applique aux personnes mariées, vivant en concubinage ou liées par un pacte civil de solidarité ». Le mariage et le pacs découlent d'un enregistrement à l'état civil, alors que le concubinage naît d'une situation de fait, à savoir une vie commune, stable et continue. Ainsi, le droit objectif attribue des droits subjectifs et des devoirs spécifiques selon la forme du couple reconnue. Toutefois, un nouveau droit commun du couple semble émerger, créant ainsi une forme de porosité à cette distinction rigide : il s'agit du contentieux des violences commises au sein du couple.

**32. Les trois régimes imprégnés par la cohabitation.** Ces trois régimes juridiques du couple présentent deux points communs : d'une part, le caractère dual du couple ; d'autre part, la vie commune, qui constitue soit un devoir, soit un élément constitutif du régime. En effet, les articles 215 et 515-4 du C.civ imposent un devoir de cohabitation respectivement pour les conjoints mariés et pour les partenaires de pacs. L'art. 515-8 du C.civ construit la définition du

---

<sup>69</sup> Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 *relative au pacte civile de solidarité (Pacs)*.

<sup>70</sup> En ce sens : Dominique FENOUILLET, *Droit de la Famille*, Dalloz, 2022, p 52 « le droit connaît trois types de couple mais "le genre" couple est introuvable car il n'existe aucun élément commun caractérisant en même temps ces trois situations ».

concubinage sur la cohabitation stable et continue entre deux personnes de même sexe ou de sexes différents. Cette définition du concubinage a d'ailleurs été jugée conforme au principe de sécurité et de prévisibilité juridique par la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>71</sup>. La cohabitation s'érige ainsi en dénominateur commun des trois formes civiles du couple. L'absence de cohabitation dans le couple marié ou pacsé constitue une faute, sanctionnée par la dissolution du régime ; alors que le défaut de cohabitation d'une union libre équivaut à son inexistence juridique. Omniprésente dans le régime civil du couple marié, pacsé ou en concubinage, la condition de cohabitation est pourtant supprimée du régime de l'OP, un mécanisme civil de protection.

**33. Transition.** Par une réforme de 2019<sup>72</sup>, le législateur supprime la condition de cohabitation du régime. L'intention est claire : « il s'agit d'élargir la notion de couple par rapport à la loi actuelle »<sup>73</sup>. Si la cohabitation ne définit plus le couple, c'est désormais au JAF de déterminer quel couple est éligible à la procédure de l'OP.

### **B) La vie commune supprimée, la naissance d'un couple sui-generis**

**34. Une suppression empruntée au droit pénal.** Désormais, le législateur autorise la délivrance d'une ordonnance de protection pour tous les couples qui ne partagent pas, ou plus, de vie de commune. Alors que le couple civil semblait s'articuler autour de ce dénominateur commun, le régime de l'OP évince le critère de cohabitation au service d'un élargissement de la notion de couple. Avant l'entrée en vigueur de l'OP, la jurisprudence semblait réticente à considérer comme concubins deux amoureux depuis longtemps qui ne vivaient pas sous le même toit<sup>74</sup>. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de l'OP, les juridictions acceptent cette souplesse supra-*legem*<sup>75</sup>. A ce titre, les juges du fond<sup>76</sup> ont estimé que des parties formaient un couple alors qu'elles n'avaient jamais partagé de vie commune afin que la victime de violences conjugales bénéficie d'une ordonnance de protection : c'est ce que Anna Matteoli appelle paradoxalement « une situation de concubinage sans cohabitation »<sup>77</sup>. Cette dynamique n'est

---

<sup>71</sup> Cass., crim, 12 mai 2021, n°21-81.443.

<sup>72</sup> Loi n°2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille.

<sup>73</sup> Stéphane PEU, Rapport n°2283 enregistré à la Présidence de l'AN le 2 octobre 2019 *visant à agir contre les violences faites aux femmes*, par Aurélien PRADIÉ – intervention de Stéphane PEU.

<sup>74</sup> Cass. crim. 5 octobre 2010, n°10-81.743.

<sup>75</sup> CA. Douai, 12 décembre 2022, Dr Fam. 2003.

<sup>76</sup> CA Paris, pôle 3, ch. 2, 14 mars 2017, n° 17098 ou CA Douai, ch. crim, 9 février 2011, n° 2011-016020.

<sup>77</sup> Anna MATTEOLI, « quelques questions juridiques soulevées par l'application de l'ordonnance de protection », Dossier ordonnance de protection, AJ Famille, Avril 2017, p222.

pas sans rappeler l'art. 132-80 du C.pen qui définit la circonstance aggravante de violences commises au sein du couple, « y compris lorsqu'ils ne cohabitent pas »<sup>78</sup>. Cette conception du couple a été empruntée au droit pénal par le JAF pour l'implanter dans le régime de l'OP, avant d'être consacrée en 2019 par le législateur<sup>79</sup>. La suppression d'une conception rigide de la cohabitation est heureuse dans la mesure où elle assure la protection de la victime qui n'a pas cohabité avec son agresseur, et elle permet à la victime de ne pas apporter la preuve de la cohabitation effective. De plus, la jurisprudence a su démontrer que la cohabitation, qui pouvait être une condition nécessaire, n'était pas suffisante. Par exemple, le JAF de Valériane<sup>80</sup> avait refusé de délivrer une ordonnance de protection à une femme qui se disait victime d'agressions sexuelles, au motif qu'il s'agissait d'un « conflit entre colocataires ».

Toutefois, en absence de critère définitionnel du couple, le JAF éprouve plus de difficulté à délimiter le champ d'ouverture de l'OP, et par-là son essence même.

**35. L'absence de caractère déterminant du couple.** L'abandon de cette condition inhérente au couple civil questionne sur ce que recouvre véritablement la notion. Le couple qui semblait se limiter au partage de la vie commune entre deux personnes mariées, pacsées ou simplement en concubinage, s'élargit désormais à de nouvelles formes de relations non identifiées par le droit civil. Cependant, se pose la question de savoir quel critère définit désormais cette union libre, pour déterminer ensuite les couples éligibles au régime de l'OP. « Certains ont pensé avoir trouvé un critère du couple en droit civil dans l'existence d'un lien affectif ; cependant, quoique mieux conforme à l'esprit du droit de la famille, ce critère n'en est pas moins insuffisant à fonder sa reconnaissance juridique <sup>81</sup> » ; selon la Professeur Clothilde Brunetti-Pons, le critère déterminant du couple n'est pas tant la présence d'un lien affectif et moral, que l'existence d'un lien parental. Toutefois, la confusion du « couple » et du « couple parental » ne semble plus adaptée à l'état de fait de la société : le couple contemporain ne saurait se réduire à la « procréation et à l'éducation des enfants »<sup>82</sup>. Nous en voulons pour preuve un jugement du TGI de Mojan du 8 janvier 2016<sup>83</sup> dans lequel le JAF ne fait pas droit à une demande

---

<sup>78</sup> Loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

<sup>79</sup> Aurélien PRADIE, rapporteur : « en l'état, la jurisprudence permet à un magistrat de prendre une telle décision mais il est vrai que la rédaction actuelle du code civil ne le précise pas explicitement », issue du Rapport n°2283 enregistré à la Présidence de l'AN le 2 octobre 2019 visant à agir contre les violences faites aux femmes, par Aurélien PRADIE

<sup>80</sup> TGI de Valériane, 18 février 2016, n° 16/32066.

<sup>81</sup> Clothilde BRUNETTI-PONS, « l'émergence d'une notion de couple en droit civil », Revue trimestrielle de droit civil, 1999.

<sup>82</sup> Ibid

<sup>83</sup> TGI de Mojan, 8 janvier 2016, n° 15/06540

d'ordonnance de protection au motif que « *si les parties ont un enfant en commun, elles n'ont jamais partagé de vie commune de sorte qu'elles ne peuvent être considérées comme des ex-concubins* ». Bien qu'en 2016 la condition de cohabitation n'était pas encore supprimée, le fait d'avoir un enfant commun ne caractérisait pas l'existence d'un couple selon le JAF. Un critère déterminant du couple pourrait être l'échange de relations sexuelles. C'est ce que semble initier la Cour EDH en rappelant que le droit au respect de la vie privée « implique le droit d'établir et entretenir des relations sexuelles »<sup>84</sup>. Le Professeur Jean Garrigue s'aligne à cette conception de l'union libre ; selon lui le concubinage ne saurait « s'accommoder de la chasteté »<sup>85</sup>. Toutefois, qu'en est-il des couples en incapacité d'avoir des relations sexuelles, notamment pour des raisons médicales ou géographiques ? Le couple est protéiforme, il n'épouse par définition aucun modèle : le couple dépendrait donc de la volonté de ses membres de se reconnaître comme tel. Cette recherche laborieuse de critère déterminant du couple révèle la difficulté d'établir un champ d'application déterminé de l'OP et la complexité pour le JAF de définir l'éligibilité d'un couple à une mesure de protection civile. C'est la matérialisation même de l'imprévisibilité du droit. Au contraire, pour Laurence Mauger-Vielpeau<sup>86</sup>, la suppression de la notion de cohabitation facilite le travail du juge, en lui évitant de trancher le débat préalable sur la réalité du concubinage. Néanmoins, le rapport pour la mission Droit et Justice rappelle que dans les 478 ordonnances étudiées, uniquement deux affaires soulevaient une difficulté portant sur l'existence ou non de cohabitation<sup>87</sup>. Cette difficulté est donc à relativiser.

**36. Transition.** La cohabitation aurait pu être un critère satisfaisant et légitime pour définir la notion de couple, mais elle constituait un obstacle trop important dans la délivrance d'une ordonnance de protection. Le JAF, puis le législateur, ont suivi la lignée du droit pénal qui, au nom de la sécurité des personnes, ferme les yeux sur la sécurité juridique, matérialisée ici par la prévisibilité de la notion de couple. En effet, ce concept est remis entre les mains du juge, qui appréciera, selon sa conception du couple, si une ordonnance de protection peut être délivrée ou non. Également, un second critère de circonscription du champ de l'OP a été évincé, questionnant la place du couple et des violences dans le temps.

---

<sup>84</sup> Cour EDH, 22 octobre 1981, Dudgeon c. Royaume-Unis, n°7525/76.

<sup>85</sup> Jean GARRIGUE, *Droit de la famille*, HyperCours Dalloz, 2023, p 446.

<sup>86</sup> Laurence MAUGER-VIELPEAU, *Mesures de protection des victimes de violences – ordonnance de protection*, Jurisclasseur, 2022.

<sup>87</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, juillet 2019, p343.

## II. Le critère d'actualité évincé

37. La prévisibilité de la mesure est une nouvelle fois mise à mal par la double éviction du critère d'actualité. Si la protection des relations futures est intelligible dans le texte, *via* la menace de mariage forcé, la protection des relations anciennes reste emplies d'incertitudes (A). La protection des violences passées demeure aussi incertaine et varie en jurisprudence (B). Bien que le critère de violence ne se rapporte pas à une condition d'ouverture subjective, il s'agit tout de même d'une condition d'ouverture rattachée à cet enjeu d'actualité. Il convient donc de l'étudier brièvement dans ce paragraphe.

### A) La protection des relations passées et futures

38. **La protection des relations passées.** La mission d'évaluation saisie à l'occasion de l'élaboration de la loi de 2010 rappelle que 150 femmes ont été tuées par leur conjoint, compagnon ou ex en 2007, dont la majorité lors de la séparation. La séparation ne met pas nécessairement un terme aux violences, celle-ci peut en être la cause. Aussi, le couple, relation actuelle par définition, est fictivement étendu aux relations passées pour permettre à la victime de solliciter devant le JAF des mesures d'éloignement à l'encontre de son ex-compagnon : Anna Matteoli<sup>88</sup> estime que « cette protection se prolonge au-delà de la rupture du couple ».

Dès l'entrée en vigueur de l'OP, le législateur n'a pas exigé que le couple soit d'actualité au moment de l'introduction de la requête. Les travaux parlementaires relatifs à la loi du 9 juillet 2010 précisent que dans cette hypothèse les violences doivent avoir été « infligées en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime<sup>89</sup> ». C'est par ailleurs la formulation retenue à l'art 132-80 du C.pen. Ainsi, l'ordonnance de protection délivrée à l'encontre d'un ancien conjoint trouverait sa légitimité dans l'existence d'une « relation » antécédente avec la victime. Si la notion de couple échappait déjà au droit, le terme « relation » instaure une véritable confusion : que recouvre en pratique cette notion de relation ? Éric Bazin estime que seule une ancienne victime mariée, pacsé ou en concubinage peut solliciter une ordonnance de protection à l'encontre de son ex<sup>90</sup>. La rédaction de l'art 515-9 C.civ tend à confirmer cette hypothèse puisque l'adjectif « ancien » qualifie uniquement les relations de

---

<sup>88</sup> Anna MATTEOLI, « quelques questions juridiques soulevées par l'application de l'ordonnance de protection par les juges aux affaires familiales », Dossier ordonnance de protection, AJ Famille 2017.

<sup>89</sup> Rapport n°2293 enregistré à la présidence de l'AN le 10 février 2010 au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi de Mme Danielle Bousquet, *renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes*

<sup>90</sup> Éric BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2019, point 33.

mariage, pacs et concubinage. Ainsi, deux difficultés émergent. D'une part, les unions libres qui ne cohabitent pas ne bénéficieraient pas de cet élargissement temporel. D'autre part, si l'ancien statut du mariage et du pacs qui découlent d'un enregistrement à l'état civil sont faciles à prouver, la preuve de la réalité passée d'un concubinage risque d'être plus difficile à rapporter<sup>91</sup>. Il serait nécessaire de produire la preuve d'une cohabitation, alors même que l'art 515-9 du C.civ ne l'impose pas. Aussi, cette thèse doctrinale ne semble pas en adéquation avec la politique de recherche d'efficacité de l'OP : elle paraît trop restrictive et pesante pour la victime. Le guide pratique de l'ordonnance de protection<sup>92</sup> diffusé par le ministère de la Justice évince cette problématique en précisant que les anciens « petit(e)s-ami(e)s » ou « compagnon – compagne » peuvent bénéficier d'une OP, peu importe la durée de la relation, actuelle ou ancienne. Toutefois, rappelons que ce texte qui semble apporter une réponse, ne dispose d'aucune valeur contraignante : ce document a une simple vertu informative ne permettant pas de résorber les incertitudes.

**39. La protection d'un mariage à venir.** Protecteur des couples passés, le régime de l'ordonnance de protection se charge aussi de la protection « des couples en formation ou futurs »<sup>93</sup> en son art 515-13 du C.civ. En effet, l'ordonnance de protection peut être délivrée dans l'hypothèse d'une menace d'un mariage forcé religieux ou civil en France. Selon Elodie Mulon et Jérôme Casey, l'inclusion du mariage forcé permet de prendre en compte les victimes d'une potentielle relation de famille violente. C'est l'anticipation de la protection. Aussi, le JAF pourra-t-il, au terme de la même procédure et à la demande de la victime, prononcer certaines mesures prévues à l'art 515-11 du C.civ, ainsi qu'une interdiction de quitter le territoire français à l'encontre de la personne menacée. L'objectif étant de la protéger d'une menace de mariage forcé à l'étranger.

**40. Transition.** Le manque de lisibilité du texte législatif a été résorbé par le guide pratique de l'ordonnance de protection publié par le ministère de la Justice : toutes les victimes des relations passées sont susceptibles d'être protégées par l'OP. Toutefois, s'il s'agit de relations passées, les violences sont, quant à elles, bien actuelles. Pourtant, il existe un doute sur la question du traitement des violences passées. Peuvent-elles faire l'objet d'une protection juridique, ou devraient-elles naturellement relever du champ de la sanction pénale ?

---

<sup>91</sup> Ibid – point 33.

<sup>92</sup> *Guide pratique de l'ordonnance de protection*, ministère de la justice, novembre 2021, p.21.

<sup>93</sup> Éric BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2019, point 43.

## B) La protection des violences anciennes

**41. Une protection des violences anciennes.** Par définition, l'OP est une mesure de protection et non de sanction. A ce titre, cet outil est conçu pour mettre à l'écart le conjoint violent de sa victime, sous-entendu, le conjoint violent au moment de la saisine du juge. C'est l'appréciation qui semble avoir été retenue par le JAF : selon le rapport de la CNOP, les décisions de rejet sont fréquemment motivées par l'ancienneté des violences par rapport à la plainte qui ne justifie plus l'existence d'un danger<sup>94</sup>. Toutefois, le guide pratique officiel de l'OP recommande au JAF de retenir la notion de danger en dépit de « l'ancienneté des violences invoquées ou des éléments de preuves versés ». En effet, selon ses rédacteurs, la victime qui a subi des violences par son conjoint reste en danger « même lorsque les actes de violences ont cessé »<sup>95</sup>. Cette extension de l'OP aux violences passées participe de la confusion sur la nature de la mesure, à la lisière entre le droit pénal et le droit civil. En principe, si les violences commises par l'ex conjoint, partenaire ou concubin ont cessé, mais que la preuve de l'existence de ces violences passées est rapportée, la victime devrait se tourner vers les juridictions pénales. A mon sens, le JAF devrait perdre sa compétence lorsque les violences ont cessé, la victime n'étant par principe plus en danger immédiat. Le guide pratique n'ayant pas de valeur contraignante, cette incohérence sera en pratique laissée entre les mains du juge qui devra trancher si des violences anciennes justifient ou non une protection. Par exemple, le JAF d'Evry a refusé d'octroyer une ordonnance de protection en raison de l'ancienneté des violences commises : les violences ont existé, elles sont plus que vraisemblables, mais trop anciennes<sup>96</sup>. A l'inverse, le JAF du tribunal judiciaire de Nîmes<sup>97</sup> a délivré une ordonnance de protection en estimant que les violences anciennes de sept mois constituent encore un danger pour la victime. Une fois encore, la prévisibilité de la mesure est laissée de côté, au profit d'une incertitude palpable.

**42. Une protection des violences postérieures au couple.** L'ouverture du régime de l'OP n'est pas conditionnée à un facteur temps : il importe peu que les violences naissent avant ou après la séparation. Ainsi deux hypothèses se dévoilent. Les violences peuvent naître lors de la vie du couple, et continuer après la rupture ; ou elles peuvent naître de la rupture elle-même. La

---

<sup>94</sup> Rapport d'activité, CNOP, 2020-2021, p9.

<sup>95</sup> Rapport n°2293 enregistré à la présidence de l'AN le 10 février 2010 au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi de Mme Danielle Bousquet, *renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes*.

<sup>96</sup> TJ Evry, 19 mars 2021, n° 21/01470.

<sup>97</sup> TJ Nîmes, 3e ch. fam., 26 janvier 2022, n° 21/02717.

particularité réside dans le fait qu'une victime peut demander la délivrance d'une ordonnance de protection pour des violences qui ne sont pas nées lors de la vie du couple. La nature « conjugale » des violences est double : cela signifie que les violences peuvent autant trouver leur origine « pendant la vie de couple » qu'« en raison de la vie du couple ».

**43- Transition.** Le couple qui figure à l'art 515-9 du C.civ est indéterminé. Il n'est pas soumis au critère civil commun de la cohabitation et n'est pas subordonné à une condition temporelle d'actualité. Cette souplesse dans la conception du couple est gage d'efficacité : elle permet à un grand nombre de victimes d'être protégées contre les violences conjugales. Toutefois, l'indétermination de cette notion au cœur de la procédure de l'OP est facteur d'incertitude et d'imprévisibilité, sacrifiant ainsi la sécurité juridique objective. Le législateur, ayant déjà repoussé les limites subjectives de la mesure en supprimant la cohabitation et l'actualité, n'est-il pas allé trop loin en intégrant les enfants à la mesure ?

## **SECTION 2 : la protection équivoque des enfants du couple**

**44.** « La maltraitance à l'égard de l'enfant se décline sur de multiples présentations, la violence revêtant diverses tonalités et expressions. Celle-ci se manifeste de façon directe ou indirecte prenant l'enfant à partie ou à témoin »<sup>98</sup>. Le pédopsychiatre Emmanuel De Becker constate que les violences faites sur les enfants sont protéiformes. La décharge agressive d'un parent sur l'autre est un exemple de manifestation de cette violence commise sur les enfants. Bien que cette forme de violence commise sur les enfants ait été reconnue scientifiquement et juridiquement **(I)**, le statut de l'enfant dans la procédure de l'OP demeure équivoque, voire inexistant **(II)**.

### **I. Le statut des enfants victimes reconnu en théorie**

**45.** Les enfants font partie intégrante de la mesure de l'OP, figurant textuellement à deux reprises dans les dispositions du régime **(A)**. Cette reconnaissance du statut de victime ne distingue pas les enfants, qu'ils soient communs ou non du couple, mais exclut les violences qui sont commises sur les enfants majeurs ou sur les enfants mineurs ou par d'autres membres de la famille que les parents : c'est en ce sens que la reconnaissance est quasi-complète **(B)**.

---

<sup>98</sup> Emmanuel De BECKER, « *L'enfant exposé aux violences conjugales - Réflexions générales à partir d'une pratique pédopsychiatrique* », Revue l'information psychiatrique, 2019.

## A) Une reconnaissance scientifique et juridique du statut de victime

**46. Victime directe et passive : point de vue scientifique.** Un rapide tour d’horizon de la psychiatrie permet de comprendre l’impact que les violences conjugales ont sur les enfants. D’une part, l’enfant peut être une victime passive : il ne subit pas les violences mais il en est témoin. Le rapport du Professeur de médecine Roger Henrion<sup>99</sup> révèle que l’enfant témoin de violences conjugales développe des lésions traumatiques ainsi que des troubles psychologiques et du comportement. Plus grave encore, l’enfant témoin assimile ces violences qu’il risque fortement de reproduire dans le futur. D’autre part, et toujours selon ce même rapport, dans 10% des hypothèses de violences conjugales, les enfants sont aussi des victimes directes. En 2017, Karen Sadlier<sup>100</sup> estime que 40% des enfants qui sont élevés dans un climat de violences conjugales sont également victimes de violences physiques de la part du parent auteur.

Ces constatations scientifiques ont largement été prises en compte dans les débats parlementaires, en dépit de l’objectif premier de la loi qui était de lutter uniquement contre les violences faites aux femmes au sein du couple<sup>101</sup>. En effet, l’intérêt de l’enfant témoin des violences conjugales est une préoccupation première du rapport présenté à l’AN<sup>102</sup> : le législateur est pleinement conscient des effets que peut avoir un climat amplifié d’agressivité, d’injures et de violences sur un enfant. Il n’est d’ailleurs pas anodin que le Plan Rouge VIF<sup>103</sup> ait englobé au sein d’une même notion l’ensemble des violences commises au sein de la famille : il y a une confusion entre violences conjugales et violences commises au sein de la famille tant elles sont indissociables et corrélées.

**47. Une reconnaissance juridique textuelle.** Les conséquences préjudiciables des violences conjugales sur les enfants n’étant plus à démontrer, le législateur a dû intégrer dans le régime de l’OP, initialement réservé à la protection du conjoint-victime, la protection des enfants du

---

<sup>99</sup> Rapport du professeur Roger HENRION « *Les femmes victimes de violences conjugales, le rôle des professionnels de santé* », commandé par le ministère de la Santé et rendu public en février 2001.

<sup>100</sup> Karen SADLIER, *Chapitre 12 : La violence dans le couple, le paradoxe de la protection maladroite de l’enfant, Violences conjugales - Le droit d’être protégée*, Sous la direction de Ernestine RONAI, Édouard DURAND, édition Dunod, 2017, p 167 à 182.

<sup>101</sup> Rapport d’information n°1799 enregistré à l’AN le 7 juillet 2009, à l’origine de la loi du 9 juillet 2010, s’intitulait « *Violences faites aux femmes : mettre enfin un terme à l’inacceptable* », par Guy GEOFFROY et Danielle BOUSQUET.

<sup>102</sup> Rapport n°2283 enregistré à la Présidence de l’AN le 2 octobre 2019 *visant à agir contre les violences faites aux femmes*, par Aurélien PRADIÉ.

<sup>103</sup> Rapport – Plan Rouge VIF, *améliorer le traitement judiciaire des violences intrafamiliales*, Emilie CHANDLER et Dominique VERIEN, 22 mai 2023.

couple. Il est nécessaire de souligner que la protection des enfants était déjà prise en compte dans le mécanisme du référé-violence prévu en 2004. Cela s'inscrit dans l'opinion nouvelle selon laquelle un mauvais conjoint ne peut pas être un bon parent<sup>104</sup>.

Dès l'entrée en vigueur de la mesure en 2010, l'article 515-9 du C.civ précise que le JAF peut délivrer une ordonnance de protection lorsque les violences mettent en danger « la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants ». La loi de 2014<sup>105</sup> complète l'article 515-11 du C.civ en y ajoutant qu'une telle ordonnance peut être délivrée lorsque ces violences mettent en danger la « victime ou un ou plusieurs enfants ». Textuellement, les enfants sont donc partie intégrante du régime de l'OP : le partenaire, concubin ou conjoint n'est plus l'unique victime reconnue. De plus, il semblerait que la mise en danger des enfants soit indépendante de celle du conjoint violenté : il suffit qu'un ou plusieurs enfants soient mis en danger pour qu'une mesure de protection soit prononcée<sup>106</sup>. Cette reconnaissance des enfants comme victimes des violences conjugales est définitivement scellée par la ratification par la France de la Convention d'Istanbul aux termes de laquelle « les enfants sont des victimes de la violence domestique ».

**48. Transition.** Ainsi, les dispositions du régime de l'OP reconnaissent à l'enfant le statut de victime des violences commises au sein d'un couple. Une fois établie, il s'agit ensuite de déterminer l'étendue de cette reconnaissance : quels sont les enfants et les auteurs de violences qui entrent dans le champ de l'OP ?

## **B) Une reconnaissance quasi-complète du statut de victime**

**49. Les enfants du couple : absence de distinction.** Le code civil ne détermine pas quels sont les enfants qui peuvent bénéficier de ce statut de victime. Selon Éric Bazin<sup>107</sup> et Laurence Mauger-Vielpeau<sup>108</sup>, il n'y a pas de distinction entre les « enfants communs » du couple et les enfants d'un seul conjoint. La cohabitation des enfants avec le parent violent ne semble pas non plus être un critère restrictif pour la reconnaissance du statut de victime. Nous en voulons pour preuve l'absence de jurisprudence sur la question. La politique d'efficacité de cette mesure

---

<sup>104</sup> Mouvement perceptible en pénal notamment par la Loi n°2024-233 du 18 mars 2024 qui autorise le juge pénal à retirer l'autorité parentale du parent qui est condamné pour avoir commis un crime sur l'autre parent.

<sup>105</sup> Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes – art 32.

<sup>106</sup> En ce sens : Éric BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2019, point 37 : « il est dont possible, pour un parent, de saisir le juge pour protéger seulement un enfant dans le cadre d'une ordonnance de protection » et *Guide pratique de l'ordonnance de protection*, ministère de la justice, novembre 2021, p 31.

<sup>107</sup> Éric BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2019, point 33.

<sup>108</sup> Laurence MAUGER-VIELPEAU, *Mesures de protection des victimes de violences – ordonnance de protection*, Jurisclasseur, 2022.

rayonne sur la protection des enfants. Toutefois, trois réserves ont été évoquées en jurisprudence et en doctrine. D'une part, la protection de l'enfant est soumise à deux limites temporelles. En effet, l'enfant ne peut être protégé par une ordonnance de protection qu'à partir du moment où il acquiert la personnalité juridique. Le JAF du TGI de Mojan avait à ce titre débouté une femme qui sollicitait une ordonnance de protection pour son enfant à naître<sup>109</sup>. De plus, les enfants majeurs ne semblent pas pouvoir bénéficier d'une ordonnance de protection<sup>110</sup>. D'autre part, Éric Bazin émet une réserve quant à la protection des enfants élevés au sein du couple mais qui ne partagent aucun lien de filiation parental avec l'un des deux conjoints. Cette situation factuelle, en pratique peu courante, pourrait éventuellement être résorbée par le prononcé d'une mesure d'interdiction d'entrer en contact avec cet enfant, à condition que le JAF ait pu être saisi d'une requête en OP, ce qui implique que le conjoint soit victime de violences conjugales<sup>111</sup>.

**50. L'auteur des violences : distinction apparente.** Toutes les violences commises sur un enfant ne permettent pas la délivrance d'une ordonnance de protection. Les enfants doivent subir des violences de manière directe ou passive de la part d'un des deux parents. Autrement dit, les violences au sein de la fratrie ou les violences commises par un enfant sur son parent ne sont pas concernées par l'OP. Sont aussi exclues du régime de l'OP les violences commises par les grands-parents, les oncles et tantes, les cousins, etc... La protection des violences n'est en ce sens que « partielle »<sup>112</sup>. Le projet de loi initial voté par l'AN proposait que l'OP s'applique à toutes les violences familiales ; cependant les sénateurs ont abandonné ce projet : le cœur de la mesure reste, et doit rester, le couple et seulement par incidence, les enfants. Il s'agit d'une des rares extensions que la jurisprudence et le législateur n'aient pas encore amorcées. A mon sens, les violences commises sur les enfants par des membres de la famille autres que les parents relèvent de l'office du juge des enfants. Une telle extension risquerait d'encombrer massivement la procédure d'OP, la détournant de son objectif initial de lutte contre les violences commises au sein du couple.

---

<sup>109</sup> TGI de Mojan, 19 mai 2014, n°14/02262.

<sup>110</sup> TGI Strasbourg, JAF, 12 juin 2014, n°14/02636 : deux des enfants « étant majeurs, ils ne peuvent être concernés par les mesures prises par le juge aux affaires familiales » ou TGI de Mojan, 18 mai 2018 n°18/02241 : « *MX ne peut être considéré comme un enfant, cette notion impliquante nécessairement qu'il soit mineur* ».

<sup>111</sup> Éric BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2019, point 33.

<sup>112</sup> En ce sens : E. BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2019 ; et Elodie MULON et Jérôme CASEY, *Loi du 9 juillet 2010 et décret du 29 septembre 2010 sur les violences conjugales : aspects de droit civil et de droit pénal*, Gaz. Pal. 2010, p. 7.

**51. Transition.** Cette reconnaissance textuelle permet au JAF de délivrer une ordonnance de protection lorsque les enfants sont co-victimes - aux côtés du conjoint victime - de violences par l'un des membres du couple. Dès lors, un enfant peut être pleinement bénéficiaire d'une ordonnance de protection rendue à l'égard d'un conjoint<sup>113</sup> ; grâce à un effet de « ricochet »<sup>114</sup>. Toutefois, lorsqu'ils sont les seules victimes de violences, la place des enfants dans le dispositif de l'OP reste discutée.

## **II. La place incertaine des enfants victimes en pratique**

**52.** En pratique cette reconnaissance des enfants victimes est doublement incertaine. Sur le plan substantiel, plane un doute sur le sort de l'enfant seule victime des violences d'un parent (A) ; sur le plan procédural l'enfant victime ne dispose d'aucun moyen d'agir en justice dans la procédure de l'OP (B).

### **A) Les violences commises exclusivement sur les enfants : quelle protection ?**

**53. Les lacunes textuelles.** « Lorsque les violences exercées au sein du couple [...] mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence à cette dernière une ordonnance de protection ». La formulation de l'article 515-9 du C.civ est imprécise et ne permet pas de déterminer si la seule violence commise par l'un des deux parents sur un enfant permet la délivrance d'une OP, conduisant à la protection de cet enfant uniquement. Expliquons-le : cette possibilité pour le JAF de prononcer une ordonnance de protection pour protéger exclusivement un enfant d'un parent violent modifierait l'essence même de la procédure, celle de protéger les conjoints entre eux.

A mon sens, et conformément au choix des mots retenus dans la loi, les seules violences commises sur un des enfants ne permettraient pas au JAF de délivrer une OP. En effet, le conjoint est qualifié de « victime », ce qui suppose qu'il aurait nécessairement subi des violences de la part de son partenaire. Le cas échéant, la qualification de victime n'aurait pas de fondement. Toutefois la réponse n'est pas tranchée en théorie. Le rapport pour la mission Droit et Justice de 2019 émet une hypothèse en ce sens sur le terrain du droit d'action : la

---

<sup>113</sup> En ce sens : CA Paris, 30 mai 2017, n° 17188, inédit.

<sup>114</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, juillet 2019, p320.

victime étant différenciée sémantiquement des enfants « cela permet de dire que l'intérêt à agir appartient au membre violenté du couple et non à l'enfant ».

**54. Les incertitudes pratiques.** En jurisprudence, le doute subsiste. Partagé entre la puissante volonté de lutter contre les phénomènes de violences au sein de la famille, et l'incompréhension de la place des enfants dans le texte : que fait le JAF saisi d'une demande de protection lorsque les violences sont uniquement commises sur les enfants du couple ? Il en va ici de l'appréciation souveraine du juge du fond des articles 515-9 et 515-11 du C.civ.

Toutefois, les JAF semblent avoir tacitement, mais communément, admis que la protection des enfants victimes de violences intrafamiliales étaient exclus du champ de l'OP, s'érigeant ainsi « en juge de la protection du conjoint violenté » et non en « juge de l'assistance éducative »<sup>115</sup>. Par exemple, la chambre familiale du TJ de Paris a rejeté la demande d'OP, au motif que les éventuelles violences sur les enfants n'entraient pas dans le périmètre du régime<sup>116</sup>. La juridiction familiale du tribunal de Bobigny<sup>117</sup> semble vouloir aussi conserver l'essence conjugale de la mesure, en refusant de délivrer une ordonnance de protection pour des faits de violences commises uniquement sur les enfants. Ainsi, en pratique, bien que le doute subsiste chez les magistrats aux affaires familiales, ces derniers préfèrent décliner leur compétence au profit du juge des enfants pour la protection des enfants mineurs<sup>118</sup>, et au juge pénal pour la protection des enfants majeurs. Cette pratique retenue par les JAF est souhaitable pour plusieurs raisons. D'une part, il est toujours possible pour un parent d'assigner le second à bref délai devant le JAF sur le fondement de l'art 1137 du CPC « en cas d'urgence dument justifiée ». Le juge pourra dès lors organiser la vie familiale et patrimoniale de manière à protéger l'enfant, notamment en retirant l'exercice de l'AP au parent violent<sup>119</sup>. D'autre part, le JAF semble manquer de confiance quand il s'agit d'organiser spécifiquement la vie et le statut des enfants du couple. Le rapport Info-stat de 2023 explique que le JAF, saisi d'une OP, se prononce « un

---

<sup>115</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, juillet 2019, p321.

<sup>116</sup> TJ Paris, 30 août 2022, n°22/37589.

<sup>117</sup> TGI Bobigny, JAF, 29 mars 2016, n° 16/02312.

<sup>118</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, juillet 2019, p347 : « Il faudrait dans cette situation privilégier la compétence du juge des enfants, juge de l'assistance éducative ».

<sup>119</sup> En ce sens : TGI Bobigny, JAF, 20 juill. 2016, n° 16/06896 : le JAF n'étant pas parvenu à caractériser les violences vraisemblables pour délivrer une OP suggère que les éléments soumis au JAF « pourraient justifier en revanche une assignation à jour fixe en divorce pour qu'il soit statué dans l'urgence sur les mesures provisoires. »

peu moins souvent sur les demandes relatives à l'exercice exclusif de l'autorité parentale ou sur l'interdiction pour l'auteur de violences d'entrer en contact avec ses enfants ».

**55. Transition.** Cette réticence à délivrer une ordonnance de protection lorsque l'enfant est la seule victime de violence par un parent s'inscrit à contrecourant de la dynamique gouvernementale qui vise à construire une culture commune « des acteurs de la lutte contre les violences faites aux femmes et ceux de la lutte contre les violences contre les enfants »<sup>120</sup>. Ce refus, opéré à demi-mot par la juge, ne permet pas de déterminer quel est le véritable statut procédural de l'enfant au sein du régime de l'OP : victime « autonome » ou « co-victime » ? Les incertitudes planent encore sur le régime. La mention de l'enfant dans le régime est d'autant plus incertaine que son droit d'action est illusoire.

### **B) L'inexistence du droit d'action de l'enfant : une protection illusoire ?**

**56. Une intervention limitée.** « Malgré une reconnaissance de la réalité des enfants qui vivent dans un contexte de violence conjugale, une attention limitée a été portée à la parole de ces enfants et à leur participation dans les interventions et dans les procédures visant à assurer leur sécurité et leur bien-être<sup>121</sup>». L'OP illustre parfaitement cette tendance : la réalité du statut de victime de l'enfant est reconnue, mais sa participation pratique est délaissée. En réalité, la participation autonome d'un enfant mineur est impossible : le droit français ne reconnaît pas un droit d'agir en justice aux enfants mineurs, il ne peut pas être une partie à la procédure. L'enfant victime doit donc être représenté par l'un de ses parents pour bénéficier d'une ordonnance de protection, à condition que le parent soit lui aussi victime de violences. La rédaction du texte, maladroite selon Éric Bazin<sup>122</sup>, aurait pu laisser penser que l'enfant était exceptionnellement titulaire d'un droit d'action, et pouvait l'exercer *via* un administrateur ad hoc. Cet assouplissement, déjà consacré en procédure pénale, aurait légitimement pu l'être pour cette procédure civile spécifique. Aussi procéduralement, la place de l'enfant dans l'OP reste lettre morte.

---

<sup>120</sup> Anne SANIER, *Focus sur les politiques publiques de lutte contre les violences conjugales*, Dossier Ordonnance de protection, AJ Famille, 2017, p231.

<sup>121</sup> Simon LAPIERRE et Jacqueline THIBAUT, *la parole et la participation des enfants vivant dans un contexte de violence conjugale*, Empan n°128, 2022, p68.

<sup>122</sup> Éric BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2019, point 38.

**57. Le rôle du ministère public.** Éric Bazin voit dans la figure du procureur la mise en œuvre des droits procéduraux de la victime enfant mineur. En effet, selon lui c'est au ministère public d'engager la procédure au nom de l'intérêt de l'enfant devant le JAF, mais plus spécifiquement devant le juge des enfants. Néanmoins, une incertitude subsiste : le procureur devant solliciter l'accord de la victime pour saisir le JAF, il s'agit désormais d'identifier cette victime. Elle peut être l'enfant, qui subit les violences, ou le conjoint victime. Pour le magistrat Éric Bazin, il s'agit nécessairement de la seconde option. Le rôle du parquet semble donc se résumer à alerter le juge des enfants. Encore une fois, le régime de l'OP, sous prétexte de vouloir favoriser la délivrance d'une ordonnance, reste flou et incertain, livrant les praticiens à leurs doutes et leurs hypothèses.

**58. Transition.** La question des personnes protégées par l'OP demeure incertaine. Si on perçoit chez le législateur la volonté d'étendre l'application de l'OP au plus grand nombre de couple ; les juristes semblent plus réservés sur la question de la place des enfants dans la mesure. L'intérêt d'étendre officiellement la mesure à la protection des enfants mal traités serait de conférer au JAF un outil légitime de protection de l'enfance, rendant la mesure toujours plus efficace en matière de violences intrafamiliales. Néanmoins, intégrer procéduralement les enfants, seules victimes d'un conjoint-parent, risquerait d'encombrer l'OP, initialement réservé à la lutte contre les violences commises au sein du couple. Le risque serait aussi que le JAF supplante le juge des enfants, juge légitime et compétent en matière de protection de l'enfance. L'heure est au débat, et le silence de la Cour de cassation sur ces incertitudes questionne. La question des personnes protégées par la mesure est véritablement imprégnée de cette confrontation entre efficacité de la mesure et sécurité juridique objective. Aussi, au regard de ce qui a été précédemment démontré, il est possible de conclure que la sécurité juridique a été sacrifiée sur l'autel de l'efficacité tant l'ouverture du régime l'a rendu incertain.

La notion de danger, autre condition d'ouverture du régime, est aussi calfeutrée dans cette double considération. Bien que la suppression de la notion de danger permettrait d'augmenter le nombre d'ordonnances de protection délivrées, l'abandon de cette condition risquerait de mettre en péril tout l'équilibre de la mesure.

## CHAPITRE 2 : le danger, une condition d'ouverture tourmentée

59. Les conditions cumulatives d'ouverture de l'OP sont intégrées dans la définition de la mesure à l'art 515-9 du C.civ : la présence de violences vraisemblables et la mise en danger du conjoint et/ou des enfants du couple. Cette condition de mise en danger est rappelée inmanquablement à l'art 515-11 du C.civ, sans jamais être définie. Le danger est une « situation où une personne est menacée dans sa sécurité ou le plus souvent dans son existence »<sup>123</sup>. Le mot « danger » est issu du latin « domniarium » qui signifie domination, tandis que le terme « victime » signifie en latin « être lié » (« vincire ») : l'étymologie du couple « danger – victime » matérialise l'emprise et la menace que constitue un conjoint violent. L'objectif premier de l'OP est précisément d'éloigner cette menace pour éviter la survenance de violences. C'est la mise en danger d'une victime qui justifie la délivrance de l'OP. Pourtant cette condition essentielle, car participant à l'essence de la mesure, n'en est pas moins éprouvée au nom de la recherche d'efficacité (**Section 1**). Néanmoins, ce projet de suppression de la condition de danger<sup>124</sup> viendrait remettre en cause tout l'équilibre constitutionnel sur lequel s'est construit l'OP. L'abandon de la condition de danger au nom de l'efficacité mettrait en péril l'équilibre constitutionnel de la mesure, et ne permettrait plus de justifier l'étendue des mesures prononcées par le JAF, pouvant ainsi conduire à de potentielles instrumentalisation. (**Section 2**). La sécurité juridique objective du régime de l'OP serait indéniablement menacée. Notons que les « violences vraisemblables » constituent aussi une condition d'ouverture objective, qui seront étudiées non pas dans cette partie, mais dans la Partie 2, à travers le régime de la preuve.

### SECTION 1 : une condition essentielle éprouvée par la recherche d'efficacité

60. « Tout pouvoir est un pouvoir de vie ou de mort », selon Michel Foucault<sup>125</sup> l'exercice d'une domination par une personne met nécessairement la vie de l'autre en danger. Toutefois, le rapport de domination dans un couple s'apprécie au regard de l'agresseur et non de la victime. Aussi, le législateur a-t-il contourné cet obstacle en substituant ce critère de domination par la condition de « mise en danger » de la victime. Cette condition du danger constitue l'essence du

---

<sup>123</sup> Trésor de la langue française informatisé – *danger*, nom, masc.

<sup>124</sup> Rapport enregistré à la présidence de l'AN le 1<sup>er</sup> février 2023 ; *visant à renforcer l'ordonnance de protection* par Cécile UNTERMAIER.

<sup>125</sup> Michel FOUCAULT, « *le sujet et le pouvoir* », Dits et Ecrits Tome 4, 1982.

caractère préventif et urgent de la mesure **(I)**. Toutefois cette condition fait désormais l'objet d'un projet de suppression déposé à l'AN car considérée comme trop restrictive et incertaine **(II)**.

### **I. La mise en danger, une condition intrinsèque à la mesure de protection**

**61.** Le danger justifie le prononcé de mesures lourdes en dépit de l'absence de culpabilité reconnue de l'agresseur **(A)** et constitue la garantie de constitutionnalité du régime **(B)**.

#### **A) L'incarnation du caractère protecteur de la mesure**

**62. Danger et protection.** La protection se caractérise par l'action qui vise à « soustraire quelqu'un à un danger, un risque qui pourrait lui nuire »<sup>126</sup>. Or, l'objectif de l'OP réside précisément dans cette mise à l'écart du conjoint violent.

Le critère de danger permet de placer le curseur sur la victime : la priorité n'est plus de sanctionner une personne pour son comportement, mais de « prévenir du pire, à savoir le risque de mort ou de blessures graves »<sup>127</sup>. C'est ce qu'Éric Bazin qualifie « d'émergence d'un droit à la dangerosité », la dangerosité étant celle de la situation dans laquelle se trouve la victime et non celle dont fait preuve l'agresseur<sup>128</sup>. Au demeurant, la Professeur Geneviève Giudicelli-Delage amorce l'idée selon laquelle il existerait un « danger sans culpabilité »<sup>129</sup>, détaché de toute constitution d'infraction pénale. Dans une formulation de principe, la Cour de cassation<sup>130</sup> rappelle à bon escient que le but des mesures prononcées par le JAF est « d'empêcher et de prévenir les faits de violences sur la partie demanderesse et sur les enfants » ; et poursuit en expliquant que « ces mesures ne constituent en aucun cas une peine ou une sanction ayant le caractère d'une punition ». Le danger est donc au cœur de la mesure de protection.

**63. Danger et urgence.** Le critère de danger justifie aussi le caractère urgent de la mesure et sa célérité procédurale. L'état menaçant dans lequel se trouve la victime implique que le JAF se prononce rapidement sur les demandes de protection. C'est le lien entre urgence et notion de

---

<sup>126</sup> Trésor de la langue française, - *protection, substantif féminin*.

<sup>127</sup> Éric BAZIN, *juge aux affaires familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2019, point 154.

<sup>128</sup> Catherine SEVELY-FOURNE, *l'ordonnance de protection - prise de risque inédite pour le juge aux affaires familiales*, Mélanges en l'honneur du professeur Clair Neirinck, LexisNexis, 2016, p332.

<sup>129</sup> Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi*, Puf 2021, p69.

<sup>130</sup> Cass,1civ, 16 septembre 2021, n°21-41.012.

danger qui permet de justifier les assouplissements procéduraux, notamment l'allègement important du principe du contradictoire. Ce danger pourrait être comparé au critère de la survenance d'un « dommage imminent » qui justifie la saisine du juge des référés conformément à l'art 834 du C.civ.

**64. Transition.** Au-delà d'être intrinsèquement liée à l'objectif de protection de la victime, la notion de danger permet de garantir la constitutionnalité de l'entièreté du régime.

## **B) La garantie de constitutionnalité de la mesure**

**65. Refus de transmission d'une QPC...** Saisi par une femme victime de violences conjugales, le JAF a ordonné une ordonnance de protection faisant interdiction à son mari d'entrer en contact avec la victime et ses beaux- parents, de paraître au domicile, de porter une arme, et attribuant l'autorité parentale exclusivement à la mère. La résidence est fixée chez la mère de telle sorte que le père ne bénéficie que d'un droit de visite médiatisé. Lors de l'audience d'appel de l'OP, le mari appelant a déposé une Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) relative à la conformité de l'art 515-11 du C.civ à la DDHC, au regard des principes de présomption d'innocence, droit de la défense et liberté d'aller et venir. La QPC a été transmise à la Cour de cassation, qui par arrêt du 16 septembre 2021<sup>131</sup> retient que la question ne présente pas de caractère suffisamment sérieux pour être transmise au Conseil constitutionnel au regard des trois principes invoqués. Pour soutenir que la disposition contestée ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence, la Cassation rappelle que la mesure civile de protection repose sur la « potentielle dangerosité » du conjoint violent, et non sur sa culpabilité. En l'état, le principe de présomption d'innocence n'a pas vocation à s'appliquer dans le régime civil de l'OP.

**66. ... justifié par le critère de danger.** La Cour de cassation explique que le défendeur d'une OP ne dispose pas des mêmes garanties et droits procéduraux que dans le procès pénal. En effet, l'objectif de l'OP n'est pas d'organiser le procès et de prononcer la sanction de l'agresseur, mais véritablement de protéger en amont la victime de violences conjugales. C'est la « dangerosité potentielle » dans laquelle se trouve le demandeur et non la culpabilité de l'agresseur, qui permet de l'éloigner de sa victime. Il est à noter que la notion de danger ne s'apprécie pas au regard de la dangerosité du conjoint violent, mais du sentiment de la victime

---

<sup>131</sup> Cass, 1civ, 16 septembre 2021, n°21-41.012.

violente. Ainsi, pour les juges du droit, le critère de danger justifie que cette QPC ne soit pas transmise au Conseil constitutionnel, et que les droits pénaux de la défense ne trouvent pas à s'appliquer. Toutefois, la décision aurait-elle été la même si la condition de danger avait été supprimée, et que les mesures prononcées par le JAF ne reposaient que sur l'existence de « violences vraisemblables » ? Nous pouvons légitimement penser que non. « Le danger constitue donc un élément fort de la constitutionnalité de l'ordonnance de protection »<sup>132</sup>, le député de la République en Marche Ludovic Mendes utilise cette jurisprudence de la Cour de cassation pour s'opposer au projet de suppression de la condition de danger déposé à l'AN en février 2023. En effet, le député craint à juste titre que l'abandon du danger ne renverse tout l'équilibre construit entre protection et des victimes et atteinte portée aux libertés individuelles. La notion de danger participe à la constitutionnalité de la mesure, donc plus largement à sa stabilité juridique, démembrement de la sécurité juridique objective.

**67. Transition.** Il était important de rappeler brièvement l'importance de la condition du danger dans le régime de l'OP, pour comprendre ensuite, en quoi sa suppression porterait gravement atteinte à la sécurité juridique objective. Pourtant, en dépit du caractère essentiel de la condition de danger, ce projet de suppression paraît déjà très réfléchi et abouti.

## **II. La mise en danger, une condition restrictive éprouvée**

**68.** « Il conviendrait donc de supprimer cette seconde condition d'un danger vraisemblable, pour donner sa pleine effectivité au mécanisme »<sup>133</sup>, Stéphanie Moracchini-Zeidenberg, remet en cause la condition de danger du régime de l'OP, jusqu'à proposer sa suppression. Le rapport de la CNOP<sup>134</sup> s'aligne à cette position en proposant de supprimer purement et simplement la condition de danger, tant elle complexifie l'office du JAF. A l'instar de ces recommandations, une proposition de loi enregistrée le 15 décembre 2022 à l'AN visant à renforcer l'ordonnance de protection, propose une réécriture de l'art 515-9 du C.civ conditionnant la délivrance d'une OP à la seule preuve des violences vraisemblables. Il y a deux principales justifications à cette suppression : la difficile appréhension de la notion **(A)** et son caractère trop restrictif **(B)**.

---

<sup>132</sup> Rapport enregistré à l'AN le 1<sup>er</sup> février 2023 ; *visant à renforcer l'ordonnance de protection* par Cécile UNTERMAIER.

<sup>133</sup> Stéphanie MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Ordonnance de protection et respect des droits fondamentaux du défendeur*, Lexbase Droit privé, n°881, octobre 2021.

<sup>134</sup> *Rapport d'activité*, CNOP, 2020-2021, p10.

## A) La difficile appréhension du danger

**69. Les tentatives de qualifier le danger.** Le danger est une notion « éminemment fragile »<sup>135</sup> : ce n'est pas une notion de droit, mais une notion de fait dont l'appréciation relève des juges du fond<sup>136</sup>. Toutefois, la doctrine et la jurisprudence ont tenté de contenir la notion en élaborant des critères prédéfinis et systématiques du danger. Selon Éric Bazin, le JAF exige très fréquemment que le danger soit actuel et certain<sup>137</sup>, et non hypothétique et ancien. Ces deux critères permettent de contenir la notion et favorise l'émergence d'une jurisprudence harmonieuse sur la question.

A ce titre, la condition d'actualité du danger, qui implique que la victime apporte la preuve qu'elle et/ou ses enfants soient en danger au moment où elle saisit le juge, est adoptée dans les tribunaux, notamment par la chambre familiale de la Cour d'appel de Paris<sup>138</sup> et confirmée par les juges du droit par un arrêt du 13 février 2020<sup>139</sup>. Néanmoins, le guide pratique de l'OP diffusé par le ministère de la Justice semble contester cette jurisprudence restrictive en rappelant que « le danger s'apprécie au sens large et ne doit pas se limiter à la notion de danger actuel »<sup>140</sup>. Le guide pratique témoigne de la volonté politique de faire de l'OP une mesure efficace, aux conditions d'ouverture souple et élargie. Toutefois, en l'absence de danger actuel, quelle est la légitimité du JAF à prononcer une nouvelle organisation de la vie familiale et des mesures d'éloignement contraignantes ? Il y a là un dilemme entre sécurité juridique et sécurité de la victime de violences conjugales.

En revanche, la certitude du danger semble plus difficilement compréhensible dans la mesure où la survenance même du danger est par nature imprévisible : c'est la raison pour laquelle une mesure de protection est prononcée. Ce critère proposé par Éric Bazin ne semble pas avoir conquis la Cour de cassation qui affirme que les mesures prononcées par le JAF reposent sur la « potentielle dangerosité appréciée par le juge »<sup>141</sup>. Pour aider les praticiens dans leur appréciation du danger, et éviter les incohérences procédurales, le guide pratique du ministère de la Justice consacre une fiche entière à « l'évaluation du danger auquel est exposé la victime »

---

<sup>135</sup> Bruno ANCEL, « *Ordonnance de protection : amélioration ou illusion ?* » Petites affiches, 2013

<sup>136</sup> En ce sens : Cass., 1<sup>e</sup> civ., 8 juin 2016, n°16-40016

<sup>137</sup> En ce sens : CA. Paris, 2 juill. 2015, n°15/01279.

<sup>138</sup> *Rapport d'activité* CNOP, 2020-2021, extrait d'une décision « *il n'était pas établi que les seules violences vraisemblables dénoncées par Madame l'exposaient à un danger actuel, aucune circonstance particulière n'ayant été relevée sur ce point par le premier juge qui ne précise pas non plus en quoi ces violences réciproques mettaient Madame davantage en danger que Monsieur* ».

<sup>139</sup> Cass., 1<sup>e</sup> civ, 13 février 2020, n°19-22.192.

<sup>140</sup> *Guide pratique de l'Ordonnance de protection*, ministère de la Justice, novembre 2021, p21.

<sup>141</sup> Cass, 1<sup>e</sup> civ, 16 septembre 2021, n°21-41.012.

dédiée au juge. Ainsi, selon ce document officiel le JAF s'appuie sur différents éléments et indices pour constater le danger, notamment les preuves de violences alléguées, le contexte, la situation de la partie demanderesse et la nature des violences.

**70. Les difficultés pratiques.** En dépit de ces efforts dans la tentative de contenir la notion de danger et la publication d'un faisceau d'indices, une jurisprudence harmonieuse et uniforme peine à émerger. Un exemple récurrent d'une interprétation « aléatoire » de la notion du danger est celle dans l'hypothèse du prononcé d'un contrôle judiciaire avec une mesure d'éloignement par le juge pénal. Selon une étude réalisée par la CNOP, le pôle famille de la Cour d'appel de Paris apprécie le contrôle judiciaire comme « une mesure susceptible d'évolution » qui ne permet pas de garantir la sécurité et la protection d'une victime de violences conjugales, et délivre une OP. Pourtant, une grande partie de la jurisprudence estime encore que le contrôle judiciaire est suffisant pour protéger la famille, et refuse dans cette hypothèse de délivrer une OP<sup>142</sup>.

L'appréciation de la réitération des violences participe aussi à une conceptualisation aléatoire du danger par la jurisprudence. En effet, le pôle famille de la Cour d'appel de Paris n'a pas retenu l'existence d'une mise en danger de la victime alors même qu'il était établi que le mari avait porté des coups réitérés sur son épouse<sup>143</sup>. Si pour cette juridiction, la réitération des coups ne constitue pas en soi une mise danger de la victime, une circulaire ministérielle de 2010 avait précisé que « le danger peut résulter par exemple du caractère réitéré mais aussi de la gravité des violences commises »<sup>144</sup>. A ce titre, selon une étude effectuée par le centre de recherche de l'université de Strasbourg<sup>145</sup>, le risque de réitération des violences constitue la caractéristique première de la notion de danger<sup>146</sup>.

Cette appréciation cacophonique du danger est aussi perceptible au sein d'une même juridiction. Par exemple, la Cour d'appel de Paris avait estimé, qu'en dépit de la vraisemblance des violences, le fait que la vie commune se soit poursuivie, et qu'aucune démarche de séparation ne soit entamée, ne permettait pas d'affirmer que « les violences mettaient l'épouse en situation de danger »<sup>147</sup>. Pourtant, le même jour, le même tribunal délivre une ordonnance

---

<sup>142</sup> *Rapport d'activité*, CNOP 2020-2021, p 32.

<sup>143</sup> CA Paris, 3-3, 15 déc. 2016, n° 16/18251.

<sup>144</sup> Circ. n° CIV/13/10, 1er oct. 2010, *relative à la présentation des dispositions de la loi du 9 juill. 2010*.

<sup>145</sup> *Les violences conjugales : bilan des dispositifs et propositions d'amélioration*, sous la responsabilité scientifique de Frédérique GRANET, EA n°135, 2016, p 151.

<sup>146</sup> Par exemple : TGI, 13 février 2015, n° 15/00386.

<sup>147</sup> CA Paris, 15 décembre 2016, n°16/18251.

de protection au motif que « le seul fait de devoir subir au sein du logement familial les débordements de son conjoint » justifie le danger dans lequel se trouve l'épouse<sup>148</sup>.

Une conceptualisation harmonieuse du danger serait donc nécessaire pour éviter une telle divergence de jurisprudence qui porte atteinte à la sécurité objective. D'autant plus que l'appréciation périlleuse du critère de danger risque de se répercuter dans le régime de procédure civile à l'art 1136-9 C.civ. En effet, cette disposition précise que l'ordonnance est notifiée par voie de signification, sauf si le juge constate « un danger grave et imminent pour la sécurité d'une personne concernée par une ordonnance de protection ou lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen de notification ». Dans ce cas, c'est une voie procédurale très protectrice qui est choisie : la voie administrative. Ainsi, le JAF doit-il établir une distinction entre les mises en danger « classiques » et celles qui seraient « graves et imminentes » ; toutefois une mise en danger pour violences conjugales n'est-elle pas nécessairement grave et imminente ?

Le danger est une notion poreuse décriée tant elle implique la subjectivité du juge. Les critiques faites à son sujet sont audibles. Néanmoins, le critère de danger, bien que remis en cause, constitue l'équilibre constitutionnel de l'OP. A mon sens la solution ne serait donc pas de supprimer cette notion, mais d'élaborer une jurisprudence uniforme quant à son interprétation. Le silence persistant de la Cour de cassation questionne une nouvelle fois, tant l'émergence d'une jurisprudence uniforme semble impérative sur ce point. Néanmoins, un tel silence peut largement se justifier par la nature du critère en cause : étant factuel, le danger ne saurait être contrôlé par les juges du droit.

**71. Transition.** A la frontière entre répression et prévention, le danger est un ovni juridique qui peine à trouver une appréciation uniforme dans la pratique juridique. Pourtant, au lieu de tenter de trouver une définition commune du danger, reposant sur des critères communs et précis, il a été envisagé de supprimer purement et simplement la notion. Une autre justification à ce projet : son caractère restrictif et pas suffisamment protecteur pour la victime.

## **B) Le caractère restrictif du danger**

**72. Le refus d'octroyer une OP.** Selon l'Association française des magistrats de la jeunesse et de la famille (AFMJF) les décisions de rejet sont en très grande majorité fondées sur l'absence

---

<sup>148</sup> CA Paris, 15 décembre 2016, n°16/18497.

de danger actuel<sup>149</sup>. Le rapport de la CNOP<sup>150</sup> dresse le même constat : l'appréciation décorrélée de la condition de danger et de celle de violences conduit à multiplier les refus de délivrance d'OP. En effet, en dépit de la constatation de violences vraisemblables, le JAF n'est pas en mesure de délivrer une ordonnance de protection lorsque la victime n'est pas mise en danger de manière certaine et actuelle. Cette déconnexion entre le danger et les violences commises empêche le juge de prononcer une ordonnance de protection lorsque le conjoint violent est mis à l'écart par d'autres mécanismes juridiques (comme une détention), ou par une situation de fait (comme une séparation). Plus encore, ce raisonnement mène à penser qu'il existerait des violences dites dangereuses, et d'autres qui ne mettraient pas en danger la personne qui les subit.

**73. La hiérarchisation des violences.** L'appréciation du danger telle qu'adoptée par les magistrats, c'est-à-dire décorrélée des violences, conduit à distinguer les violences dangereuses et les violences qui le sont moins. Cette dichotomie des violences, opérée par le critère de la mise en danger est assumée par les JAF : « Donc moi, pour le danger, je distingue deux formes de violences. Il y a la violence qui est instaurée, quotidienne, avec cette notion d'isolement, d'emprise comme disait la formatrice. Pour moi, ça, c'est le danger absolu. Et puis, il y a le : 'On est tellement à fleur de peau, je lui ai mis une gifle que j'ai regretté immédiatement parce que je me suis rendu compte que je suis allé trop loin'. La personne qui a pris la claque a pu ressentir une violence [...], pour autant est-ce qu'on est dans le cadre d'un danger ? Moi je distingue les deux »<sup>151</sup>. Plus communément, les magistrats distinguent les situations de violences structurelles, c'est-à-dire répétées et graves, et les situations de « conflits situationnels », qui est un épisode de violence ponctuel « juridiquement tolérable »<sup>152</sup>.

Or, une autre partie de la doctrine estime que le danger est présumé lorsque des violences vraisemblables sont constatées : toutes les formes de violences, dès lors que leur vraisemblance est constatée, mettent en danger la victime. Ce sont autant d'arguments tout aussi entendables, qui cherchent à renforcer activement la protection de la victime de violences conjugales.

---

<sup>149</sup> Rapport enregistré à la présidence du Sénat le 30 avril 2024 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, allongeant la durée de l'ordonnance de protection et créant l'ordonnance provisoire de protection immédiate, Par Mme Dominique VÉRIEN, Sénatrice, p19.

<sup>150</sup> Rapport d'activité, CNOP 2020-2021, p9.

<sup>151</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, juillet 2019 - Marie Sophie BAROEUL, JAF au TGI de Valériane, entretien du 23 février 2017, p215.

<sup>152</sup> Ibid, p215.

Néanmoins, cette volonté de supprimer la condition de danger au nom de l'efficacité de la mesure doit être mise en balance avec l'impératif de sécurité juridique. L'évincement de cette condition sacrifierait nécessairement la sécurité juridique objective de la mesure, celle-ci risquant de devenir inconstitutionnelle.

**74. Transition.** Ernestine Ronai, présidente du CNOP, rappelle que l'OP est une mise en œuvre concrète du principe de précaution<sup>153</sup>. Emprunté au droit de l'environnement, le principe de précaution doit être mis en œuvre par les autorités publiques lorsque « la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement<sup>154</sup> ». Transposé en droit de la famille, le principe de précaution impose aux autorités publiques de prendre des mesures nécessaires lorsque des faits de violences conjugales vraisemblables et imprévisibles pourraient affecter de manière grave et irréversible la victime du couple. Le respect de ce principe est repris et invoqué par les parlementaires au soutien de leur proposition : la condition de danger introduit une confusion pour le JAF et limite le nombre de délivrance d'OP. C'est au nom de l'efficacité de la mesure et du renforcement de la sécurité de la victime que ce principe de précaution est invoqué et que le danger doit être supprimé. Toutefois, cette suppression présenterait des risques importants sur la sécurité objective de la mesure : sa constitutionnalité serait remise en cause, sans compter les risques d'instrumentalisation dont elle pourrait faire l'objet. La suppression de cette condition ne serait-il pas le pas de trop dans cette recherche d'efficacité de l'OP, conduisant la mesure à sa perte ?

## SECTION 2 : les risques inhérents à l'abandon de cette condition

**75.** « J'entends celles et ceux qui craignent une instrumentalisation de l'ordonnance de protection. Gageons qu'il vaut mieux un peu trop protéger que de ne pas protéger du tout », Lors des débats parlementaires sur le projet de loi visant à renforcer l'ordonnance de protection, le député socialiste Hervé Saulignac prend conscience des risques d'instrumentalisation de l'OP qui pourrait naître de l'abandon de la condition de « mise en danger », mais préfère favoriser l'efficacité de la mesure **(B)**. Mais avant de conduire à toutes potentielles instrumentalisations, la suppression de la condition de danger amorcerait une incertitude sur la constitutionnalité de

---

<sup>153</sup> *Rapport d'activité*, CNOP, 2020-2021, p4.

<sup>154</sup> Article L5 de la charte de l'environnement à valeur constitutionnelle.

la mesure, doute nourri notamment par la « connotation pénale »<sup>155</sup> des mesures prononcées par le JAF (A).

### **I. Le risque lié à la coloration pénales des mesures prononcées par le juge**

76. « Au-delà de la nature de certaines mesures, la dimension pénale de l’ordonnance de protection apparaît à travers le fait que toutes les obligations mises en place par le juge aux affaires familiales sont sanctionnées pénalement »<sup>156</sup>. Le bilan sur les dispositifs juridiques des traitements des violences conjugales, effectué par le centre de recherche de l’Université de Strasbourg met en lumière la double coloration pénale des mesures prononcées par le JAF. Le critère de mise en danger permet de maintenir l’OP dans sa finalité de prévention, toutefois, sa suppression pourrait conduire à un glissement de la mesure vers un objectif de sanction (A). Ce glissement serait intensifié par la sanction pénale prévue en cas de non-respect de la mesure (B).

#### **A) Le glissement de la mesure vers un objectif répressif**

77. Des mesures à « connotation pénale »<sup>157</sup>. L’art 515-11 du C.civ offre au JAF un panel d’outils tant de nature pénale (interdiction d’entrée en contact, interdiction de porter une arme) que civile (mesures relatives aux logements, à l’aspect patrimonial de la famille, à l’AP) ayant pour seule finalité de protéger la victime. La liste des mesures à coloration pénale ne cesse de s’allonger depuis 2010. Par exemple, la loi n°2019-1480 du 28 décembre 2019, mis en application par le décret n°2020-1161 du 23 septembre 2020, inaugure l’art 515-11-1 du C.civ introduisant le bracelet antirapprochement (BAR) dans les mesures que le JAF prononçable par le JAF. Ce dispositif, basé sur la géolocalisation permanente de la victime et de son agresseur présumé, déclenche une alarme lorsque le conjoint violent se rapproche de la victime. Les forces de l’ordre sont alors immédiatement alertées. Ces mesures d’ordre pénal, sont à la disposition du JAF dans la procédure d’OP. Néanmoins, le rapport info-stat compte seulement une

---

<sup>155</sup> Rapport enregistré à l’AN le 1<sup>er</sup> février 2023 ; *visant à renforcer l’ordonnance de protection* par Cécile UNTERMAIER, p5.

<sup>156</sup> *Les violences conjugales : bilan des dispositifs et propositions d’amélioration*, sous la responsabilité scientifique de Frédérique GRANET, EA, n°135, 2016, p 83.

<sup>157</sup> Expression utilisée à plusieurs reprises dans les débats parlementaires, notamment par Cécile UNTERMAIER à la p2 du Rapport enregistré à la présidence de l’AN le 1<sup>er</sup> février 2023 ; *visant à renforcer l’ordonnance de protection* : « au vu de la nature des mesures pouvant être prises par le juge dans le cadre d’une ordonnance de protection, qui relèvent du domaine civil (modalités d’exercice de l’autorité parentale) mais qui peuvent avoir une connotation pénale (interdiction de contact) »

vingtaine de BAR actifs au 1<sup>er</sup> février 2023 délivré à issue d'une procédure d'OP (contre 1014 actifs au total)<sup>158</sup>. Cette donnée peut s'expliquer par le fait qu'au civil, la délivrance d'un BAR est subordonnée à l'accord des parties. En cas de refus de l'auteur présumé des violences, le JAF peut simplement avertir le ministère public.

Le rapport pour la mission Droit et la Justice<sup>159</sup> rappelle, à bon escient, que ces mesures ne sont jamais destinées à sanctionner le conjoint violent. Aussi, pour les rédacteurs, l'originalité ne réside pas tant dans la nature des mesures énumérées exhaustivement à l'art 515-11 du C.civ, celle-ci existant déjà en droit positif, que sur le fondement sur lequel elles sont prononcées. En effet, par principe, les interdictions à coloration pénale sont prononcées par le Tribunal correctionnel à l'issue du prononcé de la culpabilité du mis en cause. Or, dans la procédure de l'OP, le JAF prononce des interdictions d'aller et venir, de détenir une arme, d'entrer en contact sur le simple fondement de la vraisemblance des violences et de la mise en danger de la personne violentée. La nature hybride de l'OP prend ici tout son sens. D'ailleurs, lors des débats portant sur l'ajout des mesures que le JAF peut prononcer, le député Aurélien Pradié mettait en lumière le dilemme inhérent à la mesure de l'OP : « soit nous faisons fi de la loi de 2010 et nous remettons le juge pénal au centre du jeu, soit nous renforçons les pouvoirs du juge aux affaires familiales en étoffant l'ordonnance de protection »<sup>160</sup>. C'est la seconde proposition qui s'est naturellement imposée.

**78. Le fondement de ces mesures.** « 88,2% des ordonnances de protection délivrées à des femmes prononcent une interdiction d'entrer en contact avec elles à l'encontre du défendeur ». Le rapport pour la mission Droit et Justice explique que l'interdiction d'entrer en contact est prononcée quasi systématiquement pour les conjoints violentés : cette mesure pénale est largement reçue par le JAF, qui a su se l'approprier au nom de la protection de la victime de violences conjugales. Pourtant, cette mesure est attentatoire aux libertés individuelles du défendeur, notamment à sa liberté fondamentale d'aller et venir. Aussi, la suppression de la condition de mise en danger de la victime et/ou des enfants, conduirait à prononcer de telles mesures à coloration pénale sur le seul fondement de la vraisemblance de faits de violences. Face à la remise en cause grandissante du critère de danger, la doctrine commence à avertir des

---

<sup>158</sup> Info-Stat Justice, service statistique ministériel de la justice, Zakia BELMOKHTAR, 15 juin 2023, p3.

<sup>159</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, Juillet 2019, p 243.

<sup>160</sup> Rapport n°2283 enregistré à la Présidence de l'AN le 2 octobre 2019 visant à agir contre les violences faites aux femmes, par Aurélien PRADIÉ

éventuelles conséquences de cette suppression sur l'équilibre de la mesure. A juste titre, Stéphanie Moracchini-Zeidenberg explique que l'abandon de la condition de danger pourrait détourner l'OP de son objectif de prévention pour être utilisée à des fins de sanctions des violences passées, ce qui relève du champ pénal<sup>161</sup>. La professeur Adeline Gouttenoire<sup>162</sup>, souligne l'importance du critère de « mise en danger » apprécié de manière autonome des violences vraisemblables, pour ne pas faire de l'OP un outil de sanction des violences passées.

**79. Transition.** Le critère de danger permet indéniablement de maintenir la mesure dans une finalité de prévention. Sa suppression conduirait à basculer l'OP dans un objectif de sanction des violences vraisemblables passées, ce qui porterait gravement atteinte à la sécurité juridique objective de la mesure. Celle-ci deviendrait incompréhensible, tant son appellation, « protection », serait contraire à sa véritable finalité. Il convient de souligner que la sécurité juridique subjective du défendeur serait aussi mise en cause, car il serait sanctionné sur le fondement de faits « vraisemblables ». Ce risque de basculement serait d'autant plus prégnant que le régime de l'OP prévoit la sanction du défendeur en cas du non-respect des mesures.

## **B) Le glissement renforcé par la sanction pénale des mesures prononcées**

**80. La sanction de la violation de l'OP en droit pénal.** La violation des mesures prescrites par le JAF dans une ordonnance de protection constitue une infraction pénale. En effet, l'art 227-4-2 du C.pen sanctionne par deux ans d'emprisonnement et 15 000€ d'amende la violation des mesures prescrites par l'OP. Cette sanction a une envergure internationale puisqu'elle s'applique pour toutes les ordonnances de protection prononcées par un juge d'un État membre de l'Union Européenne, sous réserve qu'elles aient une force exécutoire en France. Le code pénal sanctionne également le défaut de notification de changement d'adresse du défendeur tenu de verser une contribution ou des subsides au titre d'une OP

Cette sanction de la violation de l'ordonnance de protection par le droit pénal pourrait aggraver le glissement de la mesure de prévention vers une mesure de sanction. Pourtant, comme l'aime à rappeler Cécile Untermaier, député en charge du rapport de loi visant

---

<sup>161</sup> Stéphanie MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Ordonnance de protection et respect des droits fondamentaux du défendeur », Lexbase Droit privé, n°881, octobre 2021.

<sup>162</sup> Adeline GOUTTENOIRE, « L'ordonnance de protection : une véritable mesure d'urgence », La lettre juridique, juin 2020.

à renforcer l'ordonnance de protection, « c'est une ordonnance de protection, donc de prévention, et non pas une sanction »<sup>163</sup>.

**81. Le faible prononcé des sanctions.** « En sanctionnant spécifiquement la violation de ces mesures, le législateur a entendu garantir l'effectivité de l'ordonnance de protection »<sup>164</sup>. La circulaire du 4 octobre 2010, présentant les dispositions pénales consécutives à l'OP, assume explicitement cet objectif d'efficacité de la mesure. Retenons néanmoins que le pourcentage de traitement pénal pour violation de l'ordonnance de protection s'élève seulement à 11% pour l'année 2016<sup>165</sup>. Or, la fédération nationale des centres d'information et de documentation féminine et féministe (FNCIDFF), qui a contribué au rapport de la CNOP, regrette l'absence de sanction pénale récurrente en cas de violations des obligations fixées par l'OP<sup>166</sup>.

**82. Transition.** La suppression de la condition de danger pourrait donc faire de l'OP une mesure de sanction du conjoint violent. Cet abandon serait une difficulté supplémentaire pour le JAF, en recherche permanente « d'un positionnement adapté dans une procédure prise entre logique civile et logique pénale »<sup>167</sup>. De plus, le défaut de mise en danger actuel étant à l'origine d'un certain nombre de refus d'OP, l'abandon de cette condition pourrait également augmenter le risque d'instrumentalisation de la mesure, puisque ce filtre justifiant la protection immédiate n'existerait plus.

## **II. Le risque lié à une instrumentalisation de la mesure**

**83.** Le fait d'instrumentaliser quelque chose implique de considérer cette chose uniquement à des fins utilitaires<sup>168</sup>. Or, tous les praticiens voient dans l'OP une potentielle instrumentalisation puisqu'elle permet d'attribuer à la victime des droits spécifiques tout en les supprimant à l'agresseur. Faciliter l'accès à l'OP en supprimant la condition de mise en danger, ce serait élargir le champ possible des demandes, et encourager ce risque d'instrumentalisation.

---

<sup>163</sup> Rapport enregistré à l'AN le 1<sup>er</sup> février 2023 ; *visant à renforcer l'ordonnance de protection* par Cécile UNTERMAIER.

<sup>164</sup> Circulaire n° JUSD1025388C du 4 octobre 2010 relative à la *présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale consécutives à la mise en œuvre de l'ordonnance de protection*.

<sup>165</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, juillet 2019.

<sup>166</sup> *Rapport d'activité*, CNOP, 2020-2021, p37.

<sup>167</sup> Catherine SEVELY-FOURNE, *l'ordonnance de protection - prise de risque inédite pour le juge aux affaires familiales*, Mélanges en l'honneur du professeur Clair Neirinck, LexisNexis, 2016, p331.

<sup>168</sup> Dictionnaire Larousse - *instrumentaliser*; verbe.

Particulièrement, l'OP permet le prononcé de mesures rapides et inédites dans l'organisation de la vie familiale (A), et peut revêtir une envergure internationale (B).

#### A) Une manipulation aux fins d'accélérer et d'orienter le prononcé du divorce ?

**84. Une manière d'obtenir une organisation favorable de la vie familiale.** « La partie en demande de divorce pour faute a quasiment gain de cause s'il y a une ordonnance de protection »<sup>169</sup>. Un juge aux affaires familiales du TGI de Strasbourg explique le risque d'instrumentalisation de l'OP dans la stratégie de la demande en divorce pressenti par les praticiens du droit de la famille. Cette partie sera cantonnée au risque d'instrumentalisation de l'OP par les conjoints unis par les liens du mariage. En effet, 79% des personnes qui formulent une demande de protection sont encore en situation de couple. Aussi, le JAF, *via* l'OP doit organiser provisoirement la vie des membres de la famille après la séparation des parents pour cause de violence, en attendant notamment la procédure et le prononcé du divorce. L'art 515-11 du C.civ lui offre des prérogatives très étendues notamment en matière d'organisation subjective, matérielle et financière de la famille nouvellement séparée. Parmi les mesures fortes en matière d'organisation matérielle familiale, le juge qui statue doit attribuer le logement de la famille au conjoint victime par principe. S'il en décide autrement, il doit motiver spécialement sa décision. En plus de l'expulser du logement familial, le juge peut contraindre le conjoint violent à payer les frais afférents au logement<sup>170</sup>. A l'issue de son étude, le rapport pour la mission Droit et Justice estime que 42,7% des ordonnances de protection délivrées à des femmes leur attribuent la jouissance du domicile familial. Un second exemple réside dans la possibilité pour le JAF de se prononcer sur l'AP, le DVH, la contribution aux charges du mariage ou à la CEE<sup>171</sup>. A bien des égards, le JAF dispose d'un large pouvoir d'organisation de la vie familiale en urgence et provisoirement. Toutefois, quelle est la valeur de ce « provisoire » lorsqu'un second juge devra se prononcer ensuite sur une demande en divorce. Tout laisse à penser que l'organisation familiale prévue par l'OP sera reprise en grande partie par le jugement définitif de divorce. L'insécurité juridique réside dans ce phénomène de continuité décisionnelle. L'OP, qui constituerait un « préjugement » du divorce, n'est pas délivrée dans les mêmes conditions, les mêmes objectifs et le même contexte. En effet, le JAF

---

<sup>169</sup> Solenne JOUANNEAU et Anna MATTEOLI, « *Les violences au sein du couple au prisme de la justice familiale. Invention et mise en œuvre de l'ordonnance de protection* », *Droit et société*, 2018/2 (N° 99), p. 305-321

<sup>170</sup> Art 515-11 3° pour les conjoints mariés (4° pour les partenaires de Pacs et concubins).

<sup>171</sup> Art 515-11 5°.

doit se prononcer dans un délai de six jours, et dans et dans l'objectif de protéger la victime, en délaissant ainsi le critère de l'intérêt de l'enfant, qui doit guider l'intégralité de ses décisions<sup>172</sup>. Le rapport pour la mission droit et justice de 2019<sup>173</sup> montre à cet égard que les mesures prises par le JAF en matière d'exercice de l'AP et de DVH sont beaucoup plus radicales dans une ordonnance de protection qu'une ordonnance de non conciliation ou un jugement de divorce. Par exemple, les DHV dits « classiques ou élargis » sont presque trois fois moins ordonnés dans une ordonnance de protection que dans un jugement de divorce. En effet, 47,9% des ordonnances de protection délivrées ordonnent un droit de visite sans hébergement, ce qui ne représente que 3% des divorces par consentement mutuel et 15% des divorces contentieux. La manière de juger n'est donc pas la même selon le contentieux, pourtant les prérogatives du JAF sont identiques. Le risque d'instrumentalisation de la mesure d'OP est donc saisissant.

**85. Une manière d'échapper à des délais longs.** La procédure de l'OP est remarquable par sa célérité : entre le dépôt de la requête et le prononcé du juge, un délai maximal de six jours est préconisé par l'art 515-11 du C.civ<sup>174</sup>. En pratique, le délai moyen entre la date de saisine et la date de la décision est de dix-neuf jours en 2020 et de huit jours en 2021<sup>175</sup>. Parallèlement, la procédure en divorce se distingue par la longueur de ses délais. En effet, en 2020, la durée moyenne de la procédure, toutes formes de divorce judiciaire confondues, était de 28 mois<sup>176</sup>. Ainsi, la procédure de l'OP permettrait de réorganiser judiciairement la vie parentale et conjugale, matérielle et financière, beaucoup plus rapidement que par la procédure de divorce. Cette instrumentalisation de la procédure, justifiée par la célérité de l'OP, serait d'autant plus envisageable si une des conditions objectives de la mesure vient à être supprimée. En effet, la « mise en danger » joue un véritable rôle de filtre dans les demandes d'OP. Autrement dit, les demandes d'ordonnances de protection ne seraient délivrées que sous le critère de « de violences vraisemblables », critère remarquable par sa souplesse. Selon Emmanuelle Chaillié, ce risque n'est pas à prendre à la légère : « ces demandes en opportunité risqueraient de dévoyer le système et de lui faire perdre toute crédibilité »<sup>177</sup>.

---

<sup>172</sup> Avis de la Cour de cassation, 19 juin 2019, n° 19-70.007 : « *L'intérêt supérieur de l'enfant étant une norme supra-légale, il doit être pris en considération dans toutes les décisions concernant les enfants* ».

<sup>173</sup> Solenne JOUANNEAU et Anna MATTEOLI, « *Les violences au sein du couple au prisme de la justice familiale. Invention et mise en œuvre de l'ordonnance de protection* », *Droit et société*, 2018/2 (N° 99), p. 305-321. Extrait d'une JAF du TGI de Strasbourg (anonyme) : « *Évidemment que l'intérêt de l'enfant est toujours derrière, mais là, on a en plus de ça l'impératif d'éloigner le conjoint violent* ».

<sup>174</sup> Ajout de la loi n°2019-1480 du 28 décembre 2019, visant à agir contre les violences au sein de la famille.

<sup>175</sup> Info-Stat Justice, service statistique ministériel de la justice, Zakia BELMOKHTAR, 15 juin 2023, p4.

<sup>176</sup> Référence statistique de Justice, *l'activité civile et commerciales des juridictions*, 2022, p54.

<sup>177</sup> Emmanuelle CHAILLIÉ, « *Etat des lieux sur l'ordonnance de protection : regard d'un avocat* », Dossier AJ Famille, Avril 2017, p227.

**86. Transition.** « Le risque d'instrumentalisation du juge est patent dans les conflits familiaux. » Le magistrat Eric Bazin met en garde contre les risques d'instrumentalisation des procédures familiales : le désir de vengeance d'un époux sur une autre peut être intense, jusqu'à vouloir manipuler les droits parentaux pour punir l'autre d'une trahison conjugale. L'avocate Michèle Bauer confirme ce phénomène en constatant que si le nombre de demandes d'ordonnances de protection augmente, cet accroissement va de pair avec les cas d'instrumentalisation<sup>178</sup>. Ce risque d'instrumentalisation serait aussi pressenti en matière de délivrance de titre de séjour.

### **B) Une manipulation possible aux fins de stratégies internationales ?**

**87. Dispositif.** L'art L425-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile permet aux bénéficiaires d'une ordonnance de protection de recevoir « dans les plus brefs délais » un titre de séjour d'une durée d'un an. Ce titre de séjour est renouvelé tant que l'ordonnance de protection a vocation à s'appliquer. En vue de renforcer le droit de protection du conjoint violenté, le droit positif confère aux victimes de violences conjugales un droit de séjour sur le territoire français. Toutefois, cette mesure n'a vocation à s'appliquer que dans les hypothèses où l'OP est rendue sur le fondement de l'art 525-9 du Cciv, ce qui exclut les ordonnances de protection délivrées en matière de mariage forcé. Cette restriction semble regrettable dans la mesure où l'OP peut être un outil efficace pour lutter contre les mariages forcés à l'étranger. En effet, cela permettrait à la victime de rester régulièrement sur le territoire français, et ne serait pas contrainte de retourner dans un pays dans lequel elle pourrait être forcée d'épouser un homme.

**88. Instrumentalisation pressentie ?** Le premier projet de loi prévoyait une automaticité de la délivrance d'un titre de séjour de dix ans dès lors que la victime bénéficiait d'une OP. Toutefois, la durée du titre de séjour a été réduite à un an renouvelable. Lors des débats parlementaires, un risque d'instrumentalisation de l'OP est pressenti pour obtenir de manière automatique un titre de séjour. Toutefois, il s'agit là d'un débat politique qui ne relève pas de la finalité de ce mémoire.

---

<sup>178</sup> Michèle BAUER, *Ordonnance de protection : gare à l'instrumentalisation !* Actu Juridique, Lextenso, 2022.

**89. Transition.** Le rapport pour la mission Droit et Justice aime à rappeler que la Cour de cassation ne s'est prononcée que deux fois sur le régime de l'ordonnance de protection alors « qu'il reste de nombreuses questions en suspens »<sup>179</sup>. Aussi, l'interprétation du régime de l'OP est-elle laissée entre les mains des juges du fond, qui peinent à dégager une jurisprudence harmonieuse et uniforme des conditions d'ouverture. Pourtant, une volonté commune apparaît : faire de l'OP un régime efficace de lutte contre les violences conjugales. De ces deux phénomènes conjugués, ressort un régime très assoupli et finalement peu praticable. Le même rapport insiste : « différentes interrogations subsistent »<sup>180</sup>. Comme étudié précédemment, des doutes subsistent quant à la notion de « couple » et son critère définitionnel ; des incertitudes persistent quant à la place des enfants dans le régime ; des hésitations demeurent quant à l'avenir de la notion de danger, en dépit de tout ce qu'elle implique. La recherche d'efficacité de l'OP s'est faite par un élargissement des critères d'ouverture subjectifs et un recours privilégié aux notions factuelles, comme le danger. Néanmoins, la surutilisation de ces méthodes a porté atteinte à l'intelligibilité, la lisibilité et la prévisibilité du régime de l'OP, qui sont les éléments constitutifs de la sécurité juridique. Aussi, à la question, « la sécurité juridique objective de l'OP a-t-elle été sacrifiée sur l'autel de l'efficacité ? », nous pouvons répondre « oui » au terme de cette première partie de recherche.

Le rapport pour la mission Droit et Justice conclut la première partie de son rapport en regrettant que l'OP soit un « mécanisme complexe qui mette à mal les catégories d'entendement traditionnelles de la justice familiale »<sup>181</sup>. Aussi louable que soit l'objectif des parlementaires et des juristes, la mise en pratique de l'OP génère une insécurité juridique certaine. Ces « catégories d'entendement traditionnelles » peuvent également se rapporter aux droits subjectifs procéduraux qu'une partie peut légitimement faire valoir dans un procès civil. Ces droits procéduraux sont dits « traditionnels » tant ils imprègnent et façonnent la procédure civile. Mais pourtant le régime de l'OP, guidé par un impératif de protection de la victime, semble s'affranchir de ces « catégories traditionnelles », mettant en péril l'attente légitime du justiciable de voir son droit se réaliser. En d'autres termes, sa sécurité juridique subjective.

---

<sup>179</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, Juillet 2019, p 317.

<sup>180</sup> Ibid p318.

<sup>181</sup> Ibid p361.

## **PARTIE 2 : LA SÉCURITÉ JURIDIQUE SUBJECTIVE SACRIFIÉE SUR L'AUTEL DE L'EFFICACITÉ ?**

**90.** Pour mémoire, la sécurité juridique subjective se réfère à l'attente légitime que les justiciables ont de voir leurs droits se réaliser et respectés. « Le magistrat [le JAF] reste toujours guidé par les principes directeurs du procès civil »<sup>182</sup>, Catherine Sevely-Fournié rappelle à bon escient que la procédure de l'OP est guidée par les dispositions du code de procédure civile. La coloration pénale de la mesure aurait pu nous détourner de cette considération. En effet, les parties à une instance ont des droits procéduraux qu'elles peuvent faire valoir et qui doivent être respectés. Ces droits découlent notamment des principes directeurs du procès, qui constituent le « fronton »<sup>183</sup> du code de procédure civile de 1976. Parmi ces principes directeurs, nous en retiendrons deux pour servir notre étude : les principes qui gouvernent le régime de la preuve (**Chapitre 1**), et le principe du contradictoire (**Chapitre 2**). En effet, ces deux principes ont fait l'objet d'un certain assouplissement par le législateur afin que la mesure de l'OP gagne en efficacité. Le fardeau de la preuve qui pèse sur la victime a été allégé et le contradictoire a été tempéré dans l'objectif de favoriser la délivrance d'une ordonnance de protection et de garantir la protection de la victime. Toutefois, ces tempéraments se sont réalisés au détriment de la sécurité des droits subjectifs à la fois du demandeur et du défendeur.

---

<sup>182</sup> Catherine SEVELY-FOURNIE, *l'ordonnance de protection - prise de risque inédite pour le juge aux affaires familiales*, Mélanges en l'honneur du professeur Clair Neirinck, LexisNexis, 2016, p331.

<sup>183</sup> Expression utilisée par Gérard CORNU, rédacteur du nouveau CPC.

## CHAPITRE 1 : la simplification ambivalente du régime probatoire

91. Le Professeur Jean-Bernard Bosquet-Denis assimile la preuve à une arme avec laquelle les parties peuvent se battre lors du procès civil : la preuve est pour lui « le nerf de la guerre »<sup>184</sup>. Toutefois, dans la procédure de l'OP, les parties ne se battent pas à armes égales, ni quant au mode de preuve (**Section 1**), ni quant à l'administration de la preuve (**Section 2**). D'une part, les modes de preuves génèrent une inégalité entre les victimes. En effet, la notion de « violences » et de « vraisemblance » sont si factuelles et subjectives qu'elles varient selon l'appréciation du JAF saisi. Aussi un magistrat pourra accorder une ordonnance de protection au soutien d'un mode de preuve, tandis qu'un autre ne le fera pas, estimant ces preuves insuffisantes pour établir la vraisemblance des violences conjugales. D'autre part, l'administration de la preuve renvoie davantage à une inégalité entre la victime et la partie en défense. En effet, le défendeur a par principe le droit de se voir opposer une preuve obtenue uniquement de manière loyale. Pourtant, le caractère intrinsèquement privé et intime des violences conjugales a permis de porter atteinte à ce droit subjectif.

### SECTION 1 : l'admission hétérogène des violences vraisemblables

92. La pluralité du terme « violences » est indispensable : la violence est protéiforme, elle ne peut pas revêtir une conception unique et lisse. La violence dans un couple est d'autant plus variable : elle peut être physique, psychologique, verbale, matérielle ou économique. Il n'y a pas de violence pire qu'une autre, pourtant, elles ne sont pas toutes appréciées de la même manière en jurisprudence. Cette hétérogénéité dans l'appréciation des violences porte atteinte au droit du conjoint violenté d'être protégé par une ordonnance de protection (**I**). Le critère de « vraisemblance » fait aussi l'objet d'une appréciation aléatoire entre les juridictions, ne permettant pas l'émergence d'une protection uniforme des victimes de violences conjugales (**II**). C'est la sécurité subjective du demandeur-victime qui est mise en cause *via* le régime assoupli du mode de preuve.

---

<sup>184</sup> Jean-Bernard DENIS, « quelques aspects de l'évolution récente du système de preuves en droit civil », RTD civ., 1977.

## **I. La difficulté probatoire inhérentes aux violences conjugales**

**93.** Par principe, les violences sont admises de manière non restrictive. L'ensemble des textes civils, pénaux, européens s'accordent sur une définition large de la violence, incluant toutes les manifestations possibles **(A)**. Toutefois, en jurisprudence, il y a une inégalité dans l'appréciation des manifestations de violence **(B)**.

### **A) En théorie, une appréciation large des violences**

**94. Une définition communément admise.** L'article 3 de la Convention d'Istanbul, traité du conseil de l'Europe, définit les violences faites aux femmes comme « tous les actes de violence fondés sur le genre qui entraînent, ou sont susceptibles d'entraîner pour les femmes, des dommages ou souffrances de nature physique, sexuelle, psychologique ou économique, y compris la menace de se livrer à de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou privée ». Les violences sont donc entendues très largement au niveau européen, et ne sauraient être réduites à la seule violence physique. En droit interne, les codes civil et pénal ont aussi une acception très large des violences, sans pour autant énumérer ses manifestations exhaustivement dans un article unique. Ainsi, le code civil protège l'enfant des violences physiques et psychologiques<sup>185</sup> tandis que le code pénal sanctionne les violences « quelle que soit leur nature »<sup>186</sup>. A l'instar des autres dispositions législatives, les articles 515-9 et suivants du C.civ ne définissent pas, volontairement, la notion de violences. L'intérêt est précisément d'inclure dans cette notion unique une pluralité de comportements qui a pour finalité de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychologique du conjoint violenté. Cet absentéisme définitionnel, récurrent dans le régime, répond à un objectif d'efficacité et de souplesse de la mesure : en théorie, l'OP doit protéger le plus de manifestations de violences possibles.

**95. Énumération non exhaustive.** La doctrine a tout de même tenté d'établir une liste des manifestations de violences conjugales. Par exemple, Edouard Durand et Ernestine Ronai ont énuméré six types de démonstration de violences conjugales. Il y a la violence psychologique

---

<sup>185</sup> Art 378-1 et 373-2-11 du C.civ.

<sup>186</sup> Art. 222-14-3 du C.pen.

qui se matérialise par « un processus destructeur de l'estime de soi »<sup>187</sup>. C'est un ensemble d'actions répétées qui visent à humilier et rabaisser le conjoint victime. Il y a ensuite la violence verbale qui se manifeste par des injures, des remarques dévalorisantes, des cris. La liste compte aussi les violences sexuelles qui sont plus nombreuses que l'on peut imaginer au sein des couples : le conjoint violent a le monopole décisionnel sur la fréquence des rapports, les types de rapports, la contraception, etc... La violence physique est la violence la plus visible et la plus « parlante ». Enfin la violence matérielle, qui consiste à confisquer ou jeter des objets sur la victime, et la violence économique, qui prive la victime de « toute autonomie financière », clôturent cette énumération. Cette liste complète recouvre une très large partie des violences commises au sein du couple, et s'apparente à la liste établie par le Ministère des affaires sociales, de la santé et du droit des femmes<sup>188</sup>. Cependant, les violences ne sont pas exhaustives, il existe une déclinaison indénombrable des manifestations de violences conjugales, chacune étant aussi graves les unes que les autres. Récemment, une nouvelle forme de violence a été conceptualisée en doctrine : il s'agit du contrôle coercitif. Ce comportement se réfère à « une conduite calculée et malveillante en entremêlant des violences physiques répétées avec des tactiques de contrôle tout aussi importantes »<sup>189</sup>. C'est un ensemble d'actions, *prima facie* anodines, qui conduisent à une humiliation permanente, voire une déshumanisation, du conjoint victime. Cette nouvelle manifestation de violence au sein du couple a été consacrée symboliquement en jurisprudence par cinq jugements rendus en matière de violences conjugales par la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Poitiers le 31 janvier 2024. « Les agissements (de l'auteur) sont divers et cumulés » mais « pris isolément, ils peuvent être relativisés. Identifiés, listés et mis en cohérence, ils forment un ensemble »<sup>190</sup>. Cet extrait d'une des condamnations témoigne de la forme sinueuse que peut prendre la violence conjugale, mais qu'il importe de ne pas négliger.

**96. Transition.** Certaines violences sont plus faciles à détecter que d'autres, notamment en raison du caractère privé et intime de la sphère dans laquelle elles sont commises et de la minimisation des faits par le conjoint violent, et par celui violenté. Pourtant, les victimes méritent d'être protégées pour chacune de ces violences précédemment énumérées, l'une ne

---

<sup>187</sup> Avant-propos, *Violences conjugales - Le droit d'être protégée*, Sous la direction de Ernestine RONAI, Edouard DURAND, édition Dunod, 2017, p 3 à 9.

<sup>188</sup> Site officiel du ministère : [stop-violences-femmes.gouv.fr](http://stop-violences-femmes.gouv.fr)

<sup>189</sup> Andreea GRUEV-VINTILA, *Le contrôle coercitif. Au coeur de la violence conjugale*. Dunod, « Hors collection », 2023, p.20

<sup>190</sup> Yvonne MULLER, « Consécration de la notion de contrôle coercitif.... Lorsque la Cour d'appel de Poitiers anime la conversation judiciaire », Club des juristes, 2024.

devrait pas prévaloir sur l'autre. Néanmoins, il y a en pratique des différences dans l'intensité de protection selon les manifestations de violences conjugales.

## **B) En pratique, une appréciation variable des violences**

**97. La protection dominante des violences physiques.** Selon le rapport dressé par le centre de recherche de droit privé de l'université de Strasbourg<sup>191</sup>, l'allégation de violences physiques vraisemblables par le conjoint victime favorise la délivrance d'une ordonnance de protection. C'est ce qu'un magistrat interrogé appelle « la prime à l'hématome et aux bras cassés »<sup>192</sup>. En effet, lorsqu'il n'y a pas d'allégation de violences physiques, l'appréciation par le JAF de la vraisemblance des autres violences alléguées seules est beaucoup plus sévère. Par exemple, les violences sexuelles ne figurent que dans 9,9% des jugements rejetant ou accordant une ordonnance de protection. Le rapport explique cette sous-déclaration des violences sexuelles par sa difficulté, voire son impossibilité, probatoire. En pratique, les violences sexuelles seront donc protégées si elles sont corroborées par une autre forme de violence, et notamment par des violences physiques. Un autre exemple : le conjoint victime qui allègue uniquement des violences psychologiques a seulement 11,1% de chance d'obtenir une OP, contre 62,8% s'il évoque un cumul de violences psychologiques et physiques. Les juges de la famille semblent réticents à délivrer une ordonnance de protection sur le seul fondement des violences psychologiques<sup>193</sup>. Nous en voulons pour preuve un arrêt de la cour d'appel de Montpellier<sup>194</sup> refusant de faire droit à la requête de l'épouse car celle-ci « ne fait état d'aucune violence physique de la part de son compagnon, que ce soit à son égard ou à l'égard des enfants, mais d'un harcèlement psychologique et de brimades diverses ». La cour poursuit en affirmant déplorer de tels actes qui se rapportent davantage « à un conflit exacerbé d'un couple » qu'à un fait de violences conjugales. Cette notion de conflit, absente de la lettre du code civil, est pourtant omniprésente dans la jurisprudence des tribunaux familiaux quand il s'agit de rejeter une demande d'OP.

---

<sup>191</sup> *Les violences conjugales : bilan des dispositifs et propositions d'amélioration*, sous la responsabilité scientifique de Frédérique GRANET, EA n°135, 2016, p167.

<sup>192</sup> JOUANNEAU Solenne, MATTEOLI Anna, « *Les violences au sein du couple au prisme de la justice familiale. Invention et mise en œuvre de l'ordonnance de protection* », *Droit et société*, 2018/2 (N° 99), p. 305-321, extrait d'un entretien avec Pierre SAÏX, JAF, en 2016.

<sup>193</sup> Extrait du Rapport d'information n°4169 déposé à l'AN le 17 janvier 2012 : « aucune demande d'ordonnance de protection n'a été formulée sur le seul fondement de violences de nature psychologique » au TJ de Bobigny entre 1<sup>er</sup> octobre 2010 et le 30 octobre 2011.

<sup>194</sup> CA Montpellier, 18 juin 2014, Juris-Data 2014-018574.

**98. L'émergence de la notion de « conflit ».** Dans le rapport *sur les violences conjugales – bilan des dispositifs et proposition d'amélioration*<sup>195</sup>, le centre recherche de droit privé de l'université de Strasbourg fait état de l'apparition d'une nouvelle notion dans la juridiction familiale du TGI de Mojan. En effet, l'étude de la jurisprudence révèle que les JAF utilisent la notion de « conflit » lorsqu'ils ne parviennent pas à constater l'existence de violences vraisemblables. A l'instar de la notion de violence, la notion de conflit n'est pas définie par les textes législatifs ni par la jurisprudence. Le conflit serait à la frontière de la dispute de couple classique, et de la violence conjugale, ne permettant pas de justifier la délivrance d'une ordonnance de protection. En effet, le conflit entre personnes est défini comme « l'action d'en venir aux mains »<sup>196</sup>, ce qui pourrait tout de même insinuer la présence d'une forme de violence physique. Néanmoins, la notion de conflit implique selon la jurisprudence du tribunal de Mojan une forme de réciprocité et un partage de responsabilité<sup>197</sup>. La notion de conflit étant encore une fois laissée à l'appréciation des juges du fond, il est difficile de prévoir sur quels éléments se fondent les juges aux affaires familiales pour différencier un conflit d'un fait de violence conjugales.

**99. Transition.** Ainsi, il y a une appréciation inégalitaire des violences conjugales en jurisprudence. Si en théorie les formes de violence semblent toutes protégées de manière autonome, en réalité, en l'absence d'allégation de violences physiques, les JAF sont réticents à délivrer une ordonnance de protection. Cette appréciation variable porte indéniablement atteinte à la sécurité juridique de la victime, qui est en son bon droit d'attendre légitimement d'être protégée de tous les types de violences. Pourtant, en jurisprudence, l'appréciation des violences ne sera pas la même selon le magistrat qui statue : cette souplesse volontaire du législateur porte une nouvelle fois atteinte à la sécurité juridique de la mesure, ici celle de la victime. Il en va de même pour le critère de la vraisemblance.

## **II. La difficile appréhension du caractère vraisemblable des violences**

**100.** L'art 9 du CPC dispose que les parties au procès doivent rapporter la preuve des faits allégués au soutien de leur prétention ; et non une vraisemblance des faits comme l'exige l'art

---

<sup>195</sup> *Les violences conjugales : bilan des dispositifs et propositions d'amélioration*, sous la responsabilité scientifique de Frédéric GRANET, EA n°135, 2016, p152.

<sup>196</sup> Trésor de la langue française – *conflit, nom, masc.*

<sup>197</sup> TGI Mojan, 3 juillet 2014, n°14/03059.

515-11 du C.civ. L'adjectif vraisemblable se rapporte à « ce qui semble vrai, possible, envisageable au regard de ce qui est communément admis »<sup>198</sup>. Le vraisemblable c'est l'apparemment vrai, une hypothèse fortement envisageable. Aussi, contrairement au principe directeur de procédure civile précité, le juge ne devra plus rechercher la vérité<sup>199</sup> mais il devra se fonder sur la preuve d'une violence qui est « selon de fortes probabilités, conforme à la vérité »<sup>200</sup> (A). Cette théorie très louable, n'en est pas moins impraticable en jurisprudence. En effet, chaque JAF a sa propre conception de ce qui lui semble vrai, et de fait, une jurisprudence disparate sur la question émerge et rejaillit sur les modes de preuves (B). C'est une nouvelle fois le droit de la preuve de la victime qui est mis à mal.

### A) Le mode de preuve en théorie allégé

**101. L'allègement du mode de preuve.** La « vraisemblance », qui s'apparente à la notion pénale de « soupçon », est une notion de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Aussi cette notion ne peut pas être contrôlée par la Cour de cassation, ni harmonisée par sa jurisprudence commune. L'un des objectifs parlementaires de ce critère était de trouver un certain équilibre entre allègement du régime de la preuve pour favoriser l'accessibilité du régime, et préservation des droits du conjoint en défense<sup>201</sup>. En effet, contrairement au procès pénal, la charge de la preuve repose sur la victime et non sur le ministère public. Aussi la victime qui rapporte les faits de violences conjugales doit aussi les prouver conformément au droit. La « vraisemblance » des violences permet d'alléger, à juste titre, le fardeau de la preuve. Ainsi, Odile Durand, magistrate en charge du module de formation continue relatif à l'ordonnance de protection au sein de l'ENM, explique que la conjugaison des articles 515-9 et 515-11 du C.civ, et particulièrement le critère de « vraisemblance », invite le juge à apprécier une « situation » de violences conjugales<sup>202</sup>, plus que des faits matériellement prouvés.

---

<sup>198</sup> Trésor de la langue française – *vraisemblable*, adjectif.

<sup>199</sup> En ce sens : Catherine SEVELY-FOURNE, *l'ordonnance de protection - prise de risque inédite pour le juge aux affaires familiales*, Mélanges en l'honneur du professeur Clair Neirinck, LexisNexis, 2016, p331.

<sup>200</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2018 – *vraisemblable*, adjectif.

<sup>201</sup> Rapport d'information n°1799 enregistré à l'AN le 7 juillet 2009, à l'origine de la loi du 9 juillet 2010, s'intitulait « *Violences faites aux femmes : mettre enfin un terme à l'inacceptable* », par Guy GEOFFROY et Danielle BOUSQUET, p218.

<sup>202</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, juillet 2019, p185 et suivantes. Entretien avec Odile DURAND, le 9 septembre 2016.

**102. L'appropriation théorique par les magistrats.** La mission Droit et Justice a cherché à comprendre la manière dont les JAF se sont en pratique appropriés la notion de « violences vraisemblables »<sup>203</sup>. Une grande majorité des magistrats interrogés conçoivent la vraisemblance des violences comme un régime de preuve allégé, moins contraignant qu'en matière pénale. En effet, d'après les différents entretiens, la vraisemblance des violences permet « de fonctionner un peu comme en pénal », mais « l'appréciation [...] peut reposer sur un champ et un contexte plus large que la seule commission des faits précis »<sup>204</sup>. Aussi, les JAF admettent retenir l'existence de « violences vraisemblables » pour délivrer une OP, alors qu'en matière pénale ils n'auraient certainement pas retenu la qualification de l'infraction : « on ne nous demande pas de juger de la réalité des violences »<sup>205</sup>. Néanmoins, ce critère de vraisemblance ne décharge pas la victime de son fardeau probatoire : elle doit apporter la preuve d'une manifestation de violence « envisageable au regard de ce qui est communément admis ». Les discours des JAF laissent croire à une admission large et uniforme des violences conjugales ; pourtant en jurisprudence, toutes les violences ne sont pas protégées de manière égale.

**103. Transition.** Il semblerait que les magistrats aient compris l'intention du législateur lorsque celui-ci exige la preuve « de violences vraisemblables » : l'objectif est d'admettre la potentielle violence pour délivrer une OP. Toutefois, dans l'admission des modes de preuves, la jurisprudence semble divisée.

## **B) Le mode de preuve en pratique débattu**

**104. Le débat entre « vraisemblance » et « réalité » des violences.** Par principe, et conformément à la lettre du texte, le simple soupçon de violences conjugales suffit pour caractériser l'existence de « violences vraisemblables ». Une partie de la doctrine semble se rallier à cette interprétation très souple du texte, notamment le magistrat Éric Bazin<sup>206</sup> ou le professeur Fabrice Defferard<sup>207</sup>. En effet, ce dernier explique que la notion de « suspicion légitime » est utilisée en droit privé pour « appréhender des comportements illicites

---

<sup>203</sup> Ibid – p181.

<sup>204</sup> TGI Mojan, 12 mars 2015, R.G 15/00786.

<sup>205</sup> JOUANNEAU Solenne, MATTEOLI Anna, « *Les violences au sein du couple au prisme de la justice familiale. Invention et mise en œuvre de l'ordonnance de protection* », Droit et société, 2018/2 (N° 99), p. 305-321, extrait d'un entretien avec un JAF C.T.

<sup>206</sup> Éric BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2019, point 53 : le magistrat parle de « violences suspectées ».

<sup>207</sup> Fabrice DEFFERARD, thèse sur la « suspicion légitime », LGDJ, 2000.

sous l'angle de la probabilité ». Ainsi, cette notion permet au juge de prendre une mesure adéquate pour prévenir la réalisation d'un comportement illicite ou pour le sanctionner. Selon le professeur de droit privé et science criminelle, le juge doit forger sa suspicion légitime sur la preuve du « caractère vraisemblable d'une action humaine illicite », et non sur sa réalisation effective. Il me semble qu'il s'agit ici précisément de ce qui est requis par les textes relatifs à l'OP : la victime ne doit pas rapporter la preuve de la commission de ces violences, mais le soupçon de leur manifestation.

Néanmoins une autre partie de la doctrine n'admet pas une telle souplesse dans le mode de preuve. Elodie Mulon et Jérôme Casey<sup>208</sup> par exemple affirment que les violences doivent avoir été commises et que la preuve de leur commission doit être apportée pour que l'ordonnance de protection soit délivrée. Ce débat entre vraisemblance et réalité, deux notions qui ne sont par ailleurs pas inconciliables, transparait en jurisprudence. En effet, adoptant la seconde conception, la Cour d'appel de Paris avait refusé de délivrer une ordonnance de protection au motif que les preuves rapportées étaient « notoirement » insuffisantes pour « établir la réalité des violences alléguées »<sup>209</sup>. La Cour d'appel de Limoges avait repris cette motivation pour rejeter une demande d'ordonnance de protection car l'épouse n'établissait « en rien la réalité des violences psychologiques alléguées »<sup>210</sup>.

A mon sens, la réalité des violences n'est pas exigée tant elle alourdit le fardeau de la preuve pour la victime et s'écarte de l'objectif de prévention de la mesure. Toutefois, se pose la question de savoir à qui profite le doute du juge lorsqu'il n'est pas convaincu par la vraisemblance des violences. En effet, si en pénal le doute profite nécessairement à l'accusé<sup>211</sup>, dans le cadre d'une mesure de protection civile la question peut légitimement être posée. Au regard des statistiques établies par le rapport pour la Mission du droit et de la justice, il est difficile de cerner une approche homogène sur la question. En effet, ce même rapport estime que dans 65% des cas le JAF reconnaît l'existence de violences vraisemblables alors qu'aucun élément de preuve n'est rapporté par la victime<sup>212</sup>. Ce pourcentage serait proche de zéro en matière pénale.

---

<sup>208</sup> Elodie MULON et Jérôme CASEY, *Loi du 9 juillet 2010 et décret du 29 septembre 2010 sur les violences conjugales : aspects de droit civil et de droit pénal*, Gaz. Pal., 2010.

<sup>209</sup> CA Paris, 15 décembre 2016, n° 16/15967.

<sup>210</sup> CA Limoges 14 mars 2017 n° 16/01254.

<sup>211</sup> Art 304 du C.pen.

<sup>212</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, juillet 2019, p191.

**105. Une appréciation hétérogène des modes de preuves.** Le rapport pour la mission du Droit et de la justice établit le constat suivant : « le rendement des éléments de preuve fournis varie en fonction de leur nature, de leur agencement mais aussi de la configuration de violences dénoncées »<sup>213</sup>. Cette citation met en lumière le caractère hétérogène, subjectif et variable des modes de preuves en matière d'OP. Dans des entretiens, une première partie des magistrats estime qu'une plainte détaillée ou un certificat médical sont indispensables pour retenir la vraisemblance des violences. Cet aveu contra legem des JAF, puisque le code prévoit explicitement que le dépôt de plainte n'est pas une condition préalable à l'OP, témoigne de l'incohérence entre leur perception souple du critère de vraisemblance et leur jugement. Une seconde partie des magistrats estime que c'est un « faisceau d'indices » qui permet de rendre compte de la vraisemblance des violences conjugales. Le même rapport explique que le pourcentage de délivrance d'ordonnances de protection accroît avec le nombre de preuves rapportées de faits de violence<sup>214</sup>. Ces deux approches, la première qualitative et la seconde plus quantitative, créent une hétérogénéité dans l'appréciation du critère de vraisemblance, mettant en péril la sécurité subjective de la victime. En effet, selon le JAF devant lequel elle fait valoir sa requête, la preuve rapportée vaudra ou non vraisemblance de violence. C'est son droit subjectif d'être protégée qui n'est plus garanti.

**106. Transition.** La preuve de « la violence vraisemblable » façonne une jurisprudence hétérogène, ne permettant pas une protection uniforme des victimes de violences conjugales. L'emploi de notion de fait est ici regrettable dans la mesure où elle empêche l'intervention de la Cour de cassation. Cet assouplissement dans le mode de preuve, qui permettait aux victimes d'alléger son fardeau, génère en pratique des inégalités entre elles : selon l'approche du magistrat, elles ne seront pas protégées avec la même intensité, pour le même mode de preuve rapporté. De plus, après le mode de preuve, vient son administration, dont le régime en matière d'OP semble précurseur. Cette évolution légitime participe activement à la politique d'efficacité de l'OP.

---

<sup>213</sup> *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, juillet 2019, p205.

<sup>214</sup> *Ibid*, p195.

## **SECTION 2 : l'admission inévitable d'une preuve déloyale en matière de violences conjugales**

**107.** « Il ne suffit pas qu'une preuve réponde aux conditions d'admissibilité fixées par la loi pour être recevable, il faut encore qu'elle ait été obtenue loyalement », en tout état de cause, selon le professeur Aurélien Bamd<sup>215</sup>, le principe de loyauté de la preuve est inhérent à la procédure civile française. En dépit d'un silence législatif, ce principe est largement reconnu en droit français. Toutefois il supporte de lourdes critiques, notamment dans le contentieux familial qui a cette spécificité d'être un lieu privé et occulte **(I)**. En réponse à cette critique, les tribunaux familiaux ont développé une jurisprudence précurseur en matière d'admission de la preuve déloyale **(II)**. Cette entorse à un principe de procédure civile pourrait porter atteinte à la sécurité juridique subjective du défendeur, pourtant elle apparaît justifiée à bien des égards.

### **I. Le principe de loyauté procédural, un outil de sécurité juridique interrogé**

**108.** La loyauté renvoie à un comportement qui respecte « les règles de l'honneur et de la probité »<sup>216</sup>. Ce principe, absent de tout code, a été consacré par la jurisprudence pour gouverner l'administration de la preuve en procédure civile **(A)**. Pourtant, en matière familiale, et particulièrement dans des hypothèses de violences conjugales, ce principe de loyauté paraît très ambitieux, et limite la délivrance d'ordonnances de protection **(B)**.

#### **A) Le principe de loyauté de la preuve reconnu en procédure civile**

**109. Consécration jurisprudentielle.** Aurélien Bamd<sup>217</sup> distingue deux impératifs liés à l'administration de la preuve : la légalité et la loyauté. Le premier principe se rapporte à l'ensemble du dispositif législatif organisant l'admissibilité des modes de preuves tandis que le second renvoie à l'exigence d'obtenir une preuve n'impliquant pas une atteinte à un intérêt supérieur. L'exemple le plus fréquent en jurisprudence réside dans l'administration d'une preuve qui porte atteinte à la vie privée d'une partie au procès ou d'un tiers, droit protégé par l'art 8 de la Convention EDH. Si la légalité des modes de preuves est prévue par le Titre III du Code civil, le principe de loyauté de la preuve, « principe cardinal »<sup>217</sup>, n'apparaît textuellement

---

<sup>215</sup> Aurélien BAMDÉ, le principe de loyauté de la preuve, le droit dans tous ses états, juillet 2023

<sup>216</sup> Trésor de la langue française – *loyauté, nom, fem.*

<sup>217</sup> Aurélien BAMDÉ, le principe de loyauté de la preuve, le droit dans tous ses états, juillet 2023.

nul part. L'arrêt fondateur du principe de loyauté de la preuve est rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 20 novembre 1991<sup>218</sup> selon laquelle : « tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite ». En l'espèce, un employeur avait installé une vidéosurveillance pour surveiller les agissements de son employé, et établir une faute grave de licenciement. Après cette première consécration, le principe de loyauté de la preuve fait irruption dans toutes les branches civiles du droit. L'assemblée plénière de la Cour de cassation élève même en 2011<sup>219</sup> le principe au rang des principes généraux du droit. Quelques mois plus tard, c'est le Conseil constitutionnel qui impose « en tout état de cause à l'autorité judiciaire de veiller au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve »<sup>220</sup>. Le principe jurisprudentiel de loyauté de la preuve est consacré.

**110. L'importation stricte dans le régime de l'OP.** Initialement, l'appréciation du principe de loyauté de la preuve au regard du droit à la preuve est très rigide. Les juridictions n'opèrent pas de contrôle de proportionnalité entre le droit à la preuve et le principe de loyauté : lorsque la preuve administrée est déloyale, elle est systématiquement écartée. Cette conception stricte de la loyauté de la preuve a été consciencieusement adoptée par les juridictions familiales, comme l'atteste le refus de délivrance d'ordonnance de protection<sup>221</sup>, fondé sur l'irrecevabilité d'une preuve déloyale. En l'espèce, une femme enregistre son époux avec son téléphone portable en vue d'apporter la preuve de sa violence verbale et physique. Dans l'un des enregistrements, le mari se plaint que son épouse « l'enregistre tout le temps », pourtant cette seule déclaration ne suffit pas au JAF pour établir que le conjoint ait été informé de ces enregistrements. Aussi le juge a écarté ce mode de preuve des débats en considérant que « l'enregistrement de conversations privées à l'insu de l'auteur des propos constituait un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue ». Ainsi, selon la conception jurisprudentielle traditionnelle, un mode de preuve déloyal est *ab initio* déclaré irrecevable.

**111. Transition.** Selon le Professeur Etienne Vergès, « une preuve déloyale ne peut jamais être admise aux débats, quels que soient les intérêts en jeu dans le litige »<sup>222</sup>. Pourtant, cette

---

<sup>218</sup> Cass, soc, 20 novembre 1991, n°88-43.120.

<sup>219</sup> Cass, AP, 7 janvier 2011, n°09-14-316 et n°09-14.667.

<sup>220</sup> CC, décision n°2011-191, QPC du 18 novembre 2011.

<sup>221</sup> TGI Paris, JAF, sect. 4 cab. 5, 6 janv. 2012, n° 11/43520

<sup>222</sup> Etienne VERGES, Géraldine VIAL et Olivier LECLERC, Droit de la preuve, PUF, 2022, p365.

affirmation semble très ambitieuse dans certains types de contentieux, notamment en matière familiale, en raison du caractère occulte et privé des faits.

## **B) Le principe de loyauté de la preuve ambitieux en matière familiale**

**112. Probatio diabolica.** « La famille, ce havre de sécurité, est en même temps le lieu de violence extrême »<sup>223</sup>. La famille est un espace de confiance, pourtant, l'enquête ENVEFF rapporte que c'est « dans l'intimité de l'espace conjugal que sont perpétrées le plus de violences de toutes natures envers les femmes »<sup>224</sup>. Cet espace privilégié, incarné dans la grande majorité des cas par le logement familial, est privé, muré, occulte. Aussi, l'administration d'une preuve d'un fait familial peut être très difficile, voire impossible. Il en va ainsi pour les violences conjugales, dont le seul témoin est très fréquemment la victime elle-même. Absence de témoins, aucune trace physique, pas un dérapage en public : parfois aucun indice ne permet de soupçonner des faits de violences conjugales. Pour autant, ces violences constituent une infraction sanctionnée par le code pénal et protégées par le régime de l'OP.

**113. Un droit de la preuve.** La rigidité du principe de loyauté de la preuve semble plonger les conjoints violents dans une forme d'impunité, faute pour la victime de pouvoir apporter la preuve des faits. En effet, si les violences physiques peuvent être constatées par un médecin ou une Unité MédicoJudiciaire (UMJ), les violences psychologiques sont plus sinueuses et leur preuve est bien plus difficile à rapporter. Ce fardeau de la preuve est d'autant plus accentué que la victime se voit opposer le principe de loyauté de la preuve. Aussi par principe, le conjoint violenté ne pourra pas enregistrer son conjoint en train de crier, de l'insulter ou de l'humilier à son insu. Pourtant, selon Planiol, « un plaideur a toujours le droit de prouver ce qu'il allègue en sa faveur »<sup>225</sup> : en 1921, la consécration d'un droit à la preuve est déjà pressentie. En effet, ce droit est consacré en droit communautaire par la Cour EDH implicitement par l'arrêt *Dombo Beer* en 1993<sup>226</sup> et explicitement en 2006 à l'occasion de l'arrêt *L.L.*<sup>227</sup>, puis importé en France par un arrêt de principe de la Cour de cassation le 5 avril 2012<sup>228</sup>.

---

<sup>223</sup> Boris CYRULNIK, *les nourritures affectives*, 1993.

<sup>224</sup> Enquête Nationale sur les Violences Envers les Femmes en France (ENVEFF), dirigé Maryse JASPARD, 1997-2002, p. 3.

<sup>225</sup> Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Librairie générale de Paris, 1923, t. 2.

<sup>226</sup> Cour EDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer c. Pays-Bas*, n°14448/88

<sup>227</sup> Cour EDH, 10 octobre 2006, *LL c. France*, n°7508/02

<sup>228</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 5 avril 2012, n°11.14-177

**114. Transition.** Si le conflit entre droit à la preuve et loyauté de la preuve avait été évincé par le juge en adoptant une position radicale ; l'intensification du droit à la preuve et la volonté renforcée de protéger les victimes de violences conjugales a questionné la légitimité de cette position jurisprudentielle rigide, notamment en matière d'OP. Aussi, progressivement la jurisprudence a atténué ce principe de loyauté de la preuve au détriment de la sécurité subjective du défendeur.

## **II. L'admission de la preuve déloyale, un vecteur d'efficacité procédurale généralisé**

**115.** La jurisprudence constante de la Cour de cassation en matière de loyauté de la preuve est très peu favorable aux victimes de violences conjugales. En effet, ces dernières se heurtent à ce principe rigide qui limite quantitativement les preuves qu'elles peuvent alléguer au soutien de leur prétention. Aussi, les tribunaux du droit de la famille ont saisi une brèche ouverte en droit social pour assouplir l'administration de la preuve **(A)**, tempérament qui a ensuite été élargi à l'ensemble de la procédure civile **(B)**.

### **A) Une admission encadrée en matière d'ordonnance de protection**

**116. L'évolution jurisprudentielle.** « L'exigence de loyauté de la preuve est quasi absolue »<sup>229</sup>, selon les professeurs Cécile Chainais, Lucie Meyer, Serge Guinchard, Frédérique Ferrand seule la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu que les documents que le salarié s'est procurés au moyen d'un procédé déloyal sont recevables lorsque « cela est strictement nécessaire »<sup>230</sup>. La chambre sociale fait preuve d'innovation en matière probatoire ; mais ce mouvement peine à gagner les chambres civiles. Le pôle Famille de la Cour d'appel de Paris a saisi cette brèche par un arrêt du 23 mars 2021<sup>231</sup> pour tempérer le principe de loyauté de la preuve dans le contentieux de l'OP. En l'espèce, une femme sollicite une ordonnance de protection, à cette fin elle produit un enregistrement téléphonique qui met en exergue le comportement du mari dans l'intimité de la vie privée du couple. Cet enregistrement, qui atteste sans équivoque des faits de violences conjugales, est réalisé à l'insu du mari. Se pose dès lors

---

<sup>229</sup> Cécile CHAINAIS, Lucie MEYER, Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Procédure civile, Hypercours Dalloz, p566

<sup>230</sup> Cass. Soc. 30 juin 2004, n°02-41720

<sup>231</sup> CA Paris, Pôle 3, chambre 2, 23 mars 2021, n°21/01409

la question de savoir si le droit à la preuve de la victime pourrait en l'espèce primer sur le principe de loyauté de la preuve, notamment en présence d'un impératif de protection des violences conjugales. Les juges de la Cour d'appel de Paris répondent par l'affirmative en effectuant un contrôle de proportionnalité mettant en balance l'atteinte au principe de loyauté de la preuve, et l'objectif poursuivi.

**117. L'assouplissement encadré et justifié.** Les juges du fond établissent un double critère cumulatif pour que la preuve déloyale soit admise au soutien d'une demande d'ordonnance de protection : la preuve doit être indispensable pour établir les faits avancés par la victime ; et la preuve doit être proportionnée aux intérêts antinomiques en présence. Il s'agit d'un contrôle de proportionnalité établi par le juge, afin d'admettre raisonnablement les preuves obtenues par ruse. Cette méthode permet de trouver un équilibre entre le droit à la preuve de la victime de violence conjugales et le droit du défendeur de se voir opposer une preuve loyale. Toutefois cette « insécurité subjective » subie par le défendeur paraît, à bien des égards, justifiée. D'une part par la nature du contentieux qui est en cause. A ce titre, le commissaire de justice Sylvain Dorol<sup>232</sup> explique que « les circonstances exceptionnelles » comme en matière de violences, « justifient qu'on déroge au droit commun » et qu'on « use de la ruse ». D'autre part, Aurore Boyard et Fabrice Defferrard expliquent que l'efficacité de la lutte contre les violences commises au sein des couples ne pourra passer que par « une autre logique probatoire », celle de l'existence d'un droit à la preuve « qui doit permettre, dans certaines circonstances, de passer outre l'exigence de loyauté au stade de la recevabilité des preuves »<sup>233</sup>.

**118. Transition.** Ainsi, la sécurité juridique subjective procédurale du défendeur est atteinte au profit du droit subjectif de la victime d'être protégée. Cet allègement permet d'améliorer l'efficacité de l'OP au stade de l'allégation de la preuve. Cette atteinte au droit subjectif du défendeur paraît toutefois doublement justifiée. Comme nous l'avons vu, elle est justifiée par le caractère privé et intime de la sphère familiale qui empêche la production de preuve. Puis, elle est justifiée par sa généralisation dans les autres branches du droit civil.

---

<sup>232</sup> Sylvain DOROL, [Le point sur...] *La preuve par ruse*, Le Quotidien, décembre 2022.

<sup>233</sup> Aurore BOYARD et Fabrice DEFERRARD, *Pour un « droit à la preuve » en matière d'ordonnance de protection*, Recueil Dalloz, 2021.

## **B) Une admission précurseur en matière d'ordonnance de protection**

**119. Une admission suivie en matière d'OP.** Le jugement rendu par la Cour d'appel de Paris en mars 2021 n'est fort heureusement pas resté isolé. En effet, la Cour d'appel d'Aix en Provence a retenu un mode de preuve obtenu de manière déloyale pour délivrer une ordonnance de protection. Les juges expliquent que le droit à la preuve peut justifier une atteinte proportionnée au droit à la vie privée et au droit au procès équitable si cette preuve respecte les deux conditions cumulatives susmentionnées. Les juges du fond utilisent le visa des art 6 et 8 de la convention EDH, sans mentionner explicitement le principe de loyauté de la preuve. Néanmoins la jurisprudence semble désormais accepter les enregistrements faits à l'insu d'un conjoint pour alléguer la preuve des faits de violences conjugales. Le guide pratique de l'ordonnance de protection ne fait même pas état de cette problématique liée à la loyauté de la preuve, admettant de manière généralisée et uniforme « tout élément permettant de démontrer une violence psychologique » comme les « appels téléphoniques ».

**120. Une admission généralisée en procédure civile.** « Reste que cette évolution jurisprudentielle ne saurait, à notre sens, se limiter au domaine des ordonnances de protection », dans son article rédigé en 2023 l'avocate Aurore Boyard regrette que cette évolution quant à l'administration de la preuve ne soit circonscrite qu'aux OP. Toutefois, le 22 décembre 2023, l'assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>234</sup> opère un revirement de jurisprudence en affirmant qu'« il y a lieu de considérer désormais que, dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écartier des débats ». Le contrôle de proportionnalité entre droit à la preuve et loyauté de la preuve est désormais généralisé en droit civil. Cette universalisation de l'admission de la preuve déloyale, sous contrôle du juge, permet d'affirmer que le droit subjectif du défendeur, de se voir opposer une preuve loyale, n'est pas véritablement atteint : il est simplement mis en balance avec le droit à la preuve de la partie adverse.

**121. Transition.** Le régime probatoire de l'OP est unique : il présente des spécificités au stade des modes de preuves et de son administration qui dépassent les catégories d'entendement traditionnelles de la procédure civile. Si le régime des modes de preuves est marqué par une

---

<sup>234</sup> Cass, AP, 22 décembre 2023 n°20-20.648 et 21-11.330.

cacophonie sacrifie la sécurité subjective des demandeurs-victimes ; l'admission de la preuve déloyale porte une atteinte mesurée et contrôlée au droit du défendeur ; ne mettant pas en péril sa sécurité juridique subjective.

Bien que le JAF ne statue pas sur la culpabilité du conjoint, mais sur la dangerosité de la présente situation, le magistrat ne pourra ignorer « que la partie en défense se sentira immanquablement en position d'accusé »<sup>235</sup>. Ce sentiment ressenti par l'accusé est notamment lié à la coloration pénale des mesures que le JAF peut prononcer. Néanmoins, cette considération ne semble pas véritablement prise en compte dans l'organisation du régime du contradictoire tant le temps de préparation de la défense est court.

---

<sup>235</sup> Catherine SEVELY-FOURNE, *l'ordonnance de protection - prise de risque inédite pour le juge aux affaires familiales*, Mélanges en l'honneur du professeur Clair Neirinck, LexisNexis, 2016, p332.

## CHAPITRE 2 : la disproportion manifeste du régime du contradictoire

**122.** Le principe du contradictoire est celui selon lequel « toute personne doit être informée de l'existence d'une instance engagée contre elle et doit être en mesure de discuter les prétentions, les arguments et les preuves de son adversaire »<sup>236</sup>. Selon les professeurs Cécile Chainais, Lucie Meyer, Serge Guinchard et Frédérique Ferrand, le principe du contradictoire est reconnu à la fois comme un aspect des droits de la défense, mais aussi à titre autonome<sup>237</sup>. Cette assimilation du principe du contradictoire au droit de la défense montre à quel point la contradiction est un droit subjectif du défendeur qui doit être respecté, « en toutes circonstances » selon l'art 16 CPC. Aussi, la sécurité juridique subjective du défendeur réside dans cette attente légitime de voir ce droit réalisé. Toutefois, ce « droit naturel »<sup>238</sup> souffre d'un aménagement dans la procédure de l'OP (**Section 1**), de nature à mettre en péril la sécurité juridique subjective du défendeur (**Section 2**).

### SECTION 1 : le contradictoire en théorie sauvegardé

**123.** « Le principe du contradictoire sacrifié sur l'autel de l'urgence »<sup>239</sup>. Le sous-titre même d'un article rédigé par l'avocate Tiphaine Mary témoigne de l'ambivalence qui réside entre respect d'un principe de droit naturel et urgence de protection d'un conjoint violenté. La théorie se trouve, dans le cadre de l'OP, confrontée à des impératifs pratiques : ce principe directeur du procès civil (**I**) est aménagé au service d'une procédure chronométrée pour protéger la victime (**II**). Aménagé, ce principe du contradictoire n'est en théorie pas évincé.

#### **I. Le contradictoire, un principe directeur en théorie appliqué**

**124.** Le principe du contradictoire est un principe directeur de la procédure civile (**A**) qui est transposé au sein de la procédure de l'ordonnance de protection (**B**).

---

<sup>236</sup>Cécile CHAINAIS, Lucie MEYER, Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, *Procédure civile*, Hypercours Dalloz, p424.

<sup>237</sup> Ibid.

<sup>238</sup> Ibid.

<sup>239</sup> Tiphaine MARY, *Le principe du contradictoire dans la procédure d'ordonnance de protection*, Gaz.Pal, n°38, 2023, p12.

## A) Un principe directeur de procédure civile

**125. Contradiction ou contradictoire ?** « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ». L'art 16 du CPC fait état du principe de la contradiction, quand d'autres articles ou la doctrine utilisent l'expression du « contradictoire ». Il convient dans un souci de clarté de distinguer les deux notions si tant est qu'elles soient différentes. En effet, selon le professeur Lionel Miniato, la contradiction renverrait à « l'idée d'un débat effectif entre adversaires dans le cadre du procès »<sup>240</sup>, et serait à ce titre un démembrement du principe du contradictoire. Le principe du contradictoire serait plus large et inclurait aussi le droit d'être appelé, le droit de comparaître devant le juge ou le droit de participer au débat en faisant valoir ses arguments au soutien d'une prétention. Toutefois, le code de procédure civile ne semble pas attaché à l'une ou l'autre des expressions mentionnant tantôt le « principe de la contradiction » à l'article 16 et celui du contradictoire à l'article 524 du CPC. L'un des rédacteurs du code de 1976, Gérard Cornu, ne voyait d'ailleurs aucune distinction entre les deux termes.

**126. Principe directeur du procès civil.** Le principe du contradictoire est consacré et organisé par les articles 14 à 17 du CPC, et rappelé ponctuellement dans le code. Son omniprésence textuelle témoigne de son caractère fondamental, c'est-à-dire « essentiel, déterminant par rapport à autre chose »<sup>241</sup>. L'essence de ce principe est double. D'une part, le contradictoire permet l'émergence de la vérité judiciaire. En effet, c'est la confrontation de thèses opposées qui permet au juge d'avoir une représentation complète du litige et de trancher en connaissance de cause. A cet égard, Lionel Miniato rappelle que l'idée selon laquelle le dialogue permet d'accéder à la vérité est née sous la plume des philosophes grecs<sup>242</sup>. D'autre part, le contradictoire permet de préserver les droits de la défense, entendu dans le procès civil comme « l'ensemble des garanties fondamentales de bonne justice »<sup>243</sup> accordées à tous les justiciables demandeurs, comme défendeurs. A ce titre, le principe du contradictoire assure aux justiciables un grand nombre de garanties comme le droit d'être informé de l'introduction de l'instance, le droit de comparaître à l'audience, le droit de soumettre ses arguments. Ce sont autant de

---

<sup>240</sup> Lionel MINIATO, *le principe du contradictoire en droit processuel*, bibliothèque de droit privé, tome 483, 2008, p4.

<sup>241</sup> Dictionnaire Larousse – *fondamental*, adj.

<sup>242</sup> Lionel MINIATO, *le principe du contradictoire en droit processuel*, bibliothèque de droit privé, tome 483, 2008, p32.

<sup>243</sup> Jean FOYER et Gérard CORNU, *Procédure civile*, PUF, Thémis droit privé, 2001.

garanties qui doivent être respectées dans l'intégralité des procédures organisées par le code, dont la procédure de l'OP.

**127. Transition.** « Les querelles ne dureraient pas longtemps, si le tort n'était que d'un côté », cette maxime de François La Rochefoucauld a une résonance toute particulière en matière de « querelle » entre époux : si le juge n'entendait que la version du conjoint victime, les ordonnances de protection seraient systématiquement délivrées. Or, à l'heure de la « pénalisation » des mesures disponibles au JAF, la parole du défendeur doit véritablement être respectée.

## **B) Un principe applicable à la mesure de l'OP**

**128. Un principe rayonnant.** Le principe du contradictoire est un principe directeur du procès civil, qui par définition s'applique à l'ensemble des procédures organisées par le code de procédure civile. Or, l'OP est une procédure accélérée organisée par les articles 1136-3 et suivants du CPC ; le principe du contradictoire lui est donc pleinement applicable.

Aussi, le législateur s'est-il attaché à rappeler à deux reprises ce principe fondamental au sein même du régime de l'OP. D'une part, le code de procédure civile rappelle l'importance du contradictoire entendu ici comme le droit pour le défendeur d'être averti d'une demande en justice et de préparer en temps utile sa défense. C'est ainsi que l'art 1136-3 du CPC explique que le juge doit statuer dans un délai de six jours « dans le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense ». D'autre part, le code civil suggère lui aussi que le JAF tranche au visa de pièces « contradictoirement débattues ». Le principe du contradictoire est ici évoqué comme le droit pour le défendeur de participer activement au débat et de contredire la thèse adverse. Ainsi, le régime de l'OP semble accorder une importance textuelle au contradictoire, en rappelant l'ensemble des facettes de ce principe fondamental.

**129. Un principe nécessaire.** Le principe du contradictoire est un démembrement du droit à un procès équitable et du principe d'égalité des armes, qui permet à une partie de « présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>244</sup>. En ce sens, la possibilité pour le défendeur de pouvoir contredire la victime qui sollicite une ordonnance de protection semble indispensable. Il paraît d'autant plus

---

<sup>244</sup> Jurisprudence traditionnelle de la Cour EDH sur le principe d'égalité des armes.

indispensable « que les mesures susceptibles d'être prises sont radicales et sanctionnées pénalement si elles ne sont pas respectées par la partie défenderesse »<sup>245</sup>. Éric Bazin rappelle à quel point l'intensité des mesures prononcées par le JAF justifie que le défendeur puisse se défendre et soumettre sa contradiction au débat. Implicitement, le magistrat met en garde contre les risques de dérives et d'instrumentalisations de l'OP, dont le respect du contradictoire s'érige en remède efficace. De plus, selon l'avocate Marie-Pierre de la Gontrie il y aurait un lien, entre le respect du principe du contradictoire et la légitimité ressentie par la juge à ordonner des mesures contraignantes. Le contradictoire est une garantie procédurale au service du fond de la solution : plus ce principe est respecté, plus la solution tranchée par le juge sera considérée légitime. En effet, il apparaîtrait contraire à la sécurité juridique subjective du défendeur que celui-ci se voit imposer un retrait d'AP, une interdiction d'entrer en contact ou une éviction du logement familial sans avoir pu se défendre correctement. Et pourtant, ce principe n'en est pas moins malmené en pratique.

**130. Transition.** En insistant textuellement sur le principe du contradictoire dans le régime spécial de l'OP, le législateur semble se déculpabiliser d'une pratique beaucoup plus souple et attentatoire au principe. En effet, le modèle ambitieux et voulu efficace de l'OP semble sacrifier le principe du contradictoire pour accélérer la délivrance de l'ordonnance.

## **II. Le contradictoire, un principe aménagé sous le contrôle du juge**

**131.** Le principe du contradictoire est un principe fondamental mais relatif. Aussi, la Cour EDH tolère que des aménagements y soit apportés en raison « de la spécificité de la procédure en cause »<sup>246</sup>. La procédure de l'OP fait indéniablement partie de ces procédures particulières d'urgence qui justifient un aménagement du contradictoire. Dès l'acte introductif de la demande d'ordonnance de protection, le principe du contradictoire semble affaibli : conformément à l'art 1136-3 du CPC le juge est saisi par requête unilatérale. La requête dite « unilatérale » se rapporte au mode d'introduction d'instance lorsque le « demandeur saisit la juridiction sans que le défendeur n'en soit préalablement informé »<sup>247</sup>. Ce mode de saisine du juge semble s'imposer en matière de violences conjugales pour garantir une protection juridictionnelle effective de la personne violentée. Toutefois, il ne s'agit pas du seul aménagement du principe du

---

<sup>245</sup> Éric BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2019, point 88.

<sup>246</sup> Cour EDH, 27 mars 2012, Eternit c. France, n°20041/1.

<sup>247</sup> Requête (procédure civile), Fiche d'orientation, Dalloz, septembre 2021.

contradictoire au sein de la procédure de l'OP. Deux autres tempéraments cohabitent au sein de cette procédure : le faible temps de préparation de l'audience (**A**) et l'éviction possible d'une confrontation (**B**).

### **A) Une procédure d'urgence**

**132. Une procédure expresse.** « Pour être efficace, la procédure doit être extrêmement rapide »<sup>248</sup>. L'avocate Isabelle Steyer, spécialisée dans le contentieux des violences conjugales, évoquait dès les prémices de la loi de 2010 la difficile conciliation entre respect du principe du contradictoire et efficacité de la mesure. La procédure de l'OP est une procédure d'urgence par essence, souvent comparée à la procédure de référé<sup>249</sup> dans les travaux parlementaires. Or, l'urgence, par définition, se ménage des contraintes procédurales rigides et chronophages. Aussi, après avoir été saisi par requête, le JAF rend « sans délai »<sup>250</sup> une ordonnance de fixation de date d'audience et en avise aussitôt le ministère public. La signification de la requête en OP et de l'ordonnance de fixation d'audience doit être délivrées au défendeur dans un délai de deux jours maximum. Le juge fixera l'audience le cinquième jour suivant la requête et rendra l'ordonnance de protection le sixième jour<sup>251</sup>. Aussi, le défendeur n'a-t-il que deux à trois jours au mieux, pour préparer le débat contradictoire. Il s'agit d'une véritable procédure chronométrée qui contraste avec les longueurs procédurales actuelles en matière civile dénoncées par les Etats généraux du droit en 2019. Cette urgence semble toutefois largement justifiée au regard de la nature du contentieux en cause : l'objectif est de mettre à l'abri le conjoint violenté le plus rapidement possible.

**133. Un délai de six jours.** La loi du 28 décembre 2019 prévoit désormais dans le code civil que le juge doit statuer dans un délai maximal de six jours à compter de la fixation de la date d'audience. Ce délai quantitatif, purement indicatif, supplante le standard du « meilleur délai ». En effet, à l'heure de l'engorgement des juridictions civiles et de la banalisation des délais à rallonge, il était impératif d'indiquer ce que signifie concrètement « les meilleurs délais ». Le décret n°2020-241 du 3 juillet 2020 modifie l'art 1136-3 du CPC, comme pour insister sur ce

---

<sup>248</sup> Rapport n°2293 enregistré à la présidence de l'AN le 10 février 2010 au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi de Mme Danielle Bousquet, *renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes* – intervention d'Isabelle STEYER.

<sup>249</sup> Art 834 du CPC.

<sup>250</sup> Art 1136-3 du CPC.

<sup>251</sup> Voir Annexe 1.

délai indicatif. Selon le rapport de la première lecture de la loi du 28 décembre 2019<sup>252</sup>, l'intérêt est de limiter la période durant laquelle le conjoint violenté sera exposé au danger entre le moment où le conjoint violent a eu connaissance de la requête et l'audience elle-même. Ce délai de six jours a vocation à faire de l'OP une mesure de protection rapide et efficace pour la victime violentée : une fois qu'elle a saisi la justice, elle est en mesure d'être rapidement éloignée de son conjoint violent.

Toutefois, ce délai de six jours, inédit en procédure civile, pose question sur sa véritable conciliation avec le principe du contradictoire. En effet l'avocate Marie-Pierre de la Gontrie, qui a participé aux débats parlementaires, faisait part de son malaise : « comment faire en sorte que le délai de six jours garantit le contradictoire ? »<sup>253</sup> En effet, un tel délai pour préparer une ligne de défense atténue indéniablement le traditionnel principe du contradictoire. Pourtant, ce délai a été retenu par les législateurs comme suffisant pour respecter le principe du contradictoire. Pour asseoir la légitimité de ce court délai, l'art 1136 du CPC ajoute que « le juge s'assure qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre la convocation et l'audience pour que le défendeur ait pu préparer sa défense ». Cette disposition intervient comme un garde-fou du délai imposé de six jours : c'est une manière pour le juge de vérifier que le contradictoire a été respecté et que les droits de la défense sont sauvegardés.

**134. Transition.** Ainsi, le délai de six jours laissé au JAF pour statuer sur la demande d'ordonnance de protection semble vouloir concilier protection de la victime et garantie du droit de la défense. En dépit de certaines interrogations, le droit subjectif du défendeur semble être respecté dans les textes. Un autre allègement du principe du contradictoire doit être évoqué : l'éviction de la confrontation des parties.

## **B) Une procédure sans confrontation obligatoire**

**135. Une confrontation facultative.** La première proposition de loi soumise au Sénat par l'AN prévoyait une éviction systématique de la confrontation entre la victime et le conjoint violent. Les sénateurs ont supprimé « l'obligation faite au juge d'entendre les parties séparément, en la

---

<sup>252</sup> Loi n°2019-1480 du 28 décembre 2019 *visant à agir contre les violences au sein de la famille*.

<sup>253</sup> Rapport de la Commission mixte paritaire, *relative à la proposition de loi visant à agir contre les violences au sein de la famille*, 27 novembre 2019.

transformant par une simple faculté »<sup>254</sup>. Pour ces politiciens, la confrontation est le moyen le plus adapté pour que le juge puisse se forger une opinion et faire émerger la vérité. C'est la solution qui semble avoir été retenue in fine : « ces auditions peuvent avoir lieu séparément. L'audience se tient en chambre du conseil. A la demande de la partie demanderesse, les auditions se tiennent séparément. » L'art 515-10 du Cciv semble construit autour d'une anaphore : le législateur a souhaité répéter le même groupe de mots comme pour insister sur le caractère facultatif de la confrontation entre les parties. Deux idées se dégagent de cette disposition. D'une part, le contradictoire est respecté puisque le juge se prononce uniquement après avoir entendu les deux parties. D'autre part, le contradictoire est aménagé puisque les parties peuvent être auditionnées de manière séparée, à l'initiative du juge ou de la victime. En revanche, le défendeur ne dispose pas de cette prérogative.

**136. Le contradictoire tempéré.** Les avocates Marie-Bénédicte Maizy et Michèle Chopin s'interrogent sur la survie du principe en l'absence de confrontation des parties : « les auditions peuvent avoir lieu séparément : doit-on considérer alors que le débat contradictoire est facultatif ? »<sup>255</sup>. Selon elles, c'est ce dialogue présentiel supervisé par le JAF qui permet au magistrat de mesurer le degré de violence qui règne au sein du couple ; et donc d'en déduire la pertinence ou non d'une ordonnance de protection. Selon Catherine Sevely-Fournié<sup>256</sup>, la faculté pour le JAF d'entendre les parties séparément influe sur l'apparence d'impartialité du magistrat. En refusant, arbitrairement, cette confrontation entre les parties n'est-il pas déjà en train de prendre parti pour la victime et de reconnaître son statut ? Car c'est de cela qu'il s'agit : le juge est seul arbitre de l'existence ou non de cette confrontation. En effet, il peut initier cette audition séparée, et la demande de la victime ne s'impose pas à lui. De plus, le défendeur ne dispose d'aucun droit de réponse à ce choix. Il faut donc s'en remettre entièrement au contrôle du juge dans l'évaluation de la pertinence de cette audition commune. Le contradictoire semble fragilisé, mais maintenu et contrôlé. C'est ce que rappelait Aurélien Pradié en expliquant que l'absence de contradiction « affaiblit la dimension contradictoire d'une procédure – celle de l'ordonnance de protection – déjà fragile au regard de nos grands principes »<sup>257</sup>. Pourtant, le

---

<sup>254</sup> Rapport n°2626 enregistré à la présidence de l'AN le 28 juin 2010 fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi relative *aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, Guy GEOFFROY.

<sup>255</sup> Marie-Bénédicte MAIZY et Michèle CHOPIN, *La loi du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection : une réponse adaptée aux violences intrafamiliales ?* AJ fam., 2010.

<sup>256</sup> Catherine SEVELY-FOURNIE, *l'ordonnance de protection - prise de risque inédite pour le juge aux affaires familiales*, Mélanges en l'honneur du professeur Clair Neirinck, LexisNexis, 2016, p332.

<sup>257</sup> Rapport n°2283 enregistré à la Présidence de l'AN le 2 octobre 2019 *visant à agir contre les violences faites aux femmes*, par Aurélien PRADIÉ.

rapport d'information déposé à l'AN en 2012<sup>258</sup> regrette que cette faculté de supprimer la confrontation des parties ne soit pas davantage choisie par le JAF de Bobigny car une telle audition avec son agresseur pourrait dissuader la victime de faire valoir ses droits. C'est le phénomène de l'emprise qui tente ici d'être évincé par le législateur ; mais c'est le respect du contradictoire qui tente d'être assuré par le JAF.

**137. Transition.** Le principe du contradictoire est consacré à deux reprises dans les dispositions spéciales de l'OP. En théorie, l'urgence de la situation ne semble pas avoir évincer cette garantie procédurale due au défendeur. Néanmoins, en pratique, ce principe semble plus sacrifié que simplement aménagé. C'est la tendance qui se profile par ailleurs en droit prospectif.

## SECTION 2 : le contradictoire en pratique malmené

**138.** « Deux préoccupations doivent être conciliées : mieux protéger les victimes tout en respectant les droits de la défense »<sup>259</sup>. L'extrait du rapport d'information précédent la loi du 9 juillet 2010 met en avant la difficulté pour la mesure de l'OP de conjuguer à la fois efficacité dans la protection des violences conjugales et respect du contradictoire. Or, en pratique, un choix semble avoir été fait : privilégier la sécurité des personnes au détriment du droit subjectif procédural du défendeur. L'efficacité de l'OP semble avoir pris le pas sur la sécurité juridique subjective du défendeur en droit positif **(I)** ; jusqu'à vouloir totalement l'évincer en droit prospectif **(II)**.

### **I. Droit positif, le contradictoire malmené par une procédure chronométrée**

**139.** « Le délai, alors qu'il était trop long en 2010, est clairement devenu trop court »<sup>260</sup>, l'avocate Michèle Bauer estime que le délai prévu par la procédure de l'OP pour la préparation de la défense est excessivement court. En effet, ce délai empêche théoriquement le conjoint violent de préparer correctement sa défense **(A)**, ce qui a des conséquences directes sur la décision du JAF **(B)**.

---

<sup>258</sup> Rapport d'information n°4169 enregistré à l'AN le 17 janvier 2012 *sur la mise en application de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, par Guy GEOFFROY et Danielle BOUSQUET.

<sup>259</sup> Rapport d'information n°1799 enregistré à l'AN le 7 juillet 2009, à l'origine de la loi du 9 juillet 2010, s'intitulait « *Violences faites aux femmes : mettre enfin un terme à l'inacceptable* », par Guy GEOFFROY et Danielle BOUSQUET.

<sup>260</sup> Michèle BAUER, *Ordonnance de protection : gare à l'instrumentalisation !* Actu Juridique, Lextenso, 2022.

## A) La difficulté de préparer sa défense

**140. La théorie.** La procédure de l'OP, urgente par nature, répond à une procédure chronométrée, prévue par la Section 2 « *la procédure aux fins de mesure de protection des victimes de violences* » du code de procédure civile. L'intitulé même de ce titre permet de comprendre que la procédure civile se met au service de la protection des victimes de violences conjugales. Aussi, conformément aux articles 1136-3 du CPC, l'audience est par principe fixée dans un délai de six jours suivant la délivrance de l'ordonnance de fixation. Ensuite, le demandeur dispose d'un délai de deux jours pour signifier la requête et l'ordonnance de fixation au défendeur, c'est-à-dire notifier ces actes par voie d'huissier<sup>261</sup>. Si l'art 654 du CPC exige que la signification soit faite à personne afin de respecter au mieux le principe du contradictoire ; les articles 655 et suivants du même code organisent une hiérarchie des modes de significations lorsque celle à personne est impossible. Aussi, le commissaire de justice devra prioritairement signifier l'acte à domicile<sup>262</sup>, puis par remise de l'acte à l'étude du commissaire de justice<sup>263</sup>, et sinon, la signification sera faite par procès-verbal de recherches infructueuses<sup>264</sup>. Lorsque le demandeur n'est ni assisté ni représenté par un avocat, c'est au greffe de signifier la requête au défendeur. Enfin, « en cas de danger grave et imminent pour la sécurité » de la victime de violence conjugale, la requête est notifiée par voie administrative, ce qui implique qu'un agent communal assermenté remette en main propre la requête au défendeur<sup>265</sup>. Le régime théorique de l'OP se veut donc relativement protecteur du respect du contradictoire en essayant de prévenir au plus vite le défendeur de l'existence de la requête. Un certain équilibre est trouvé entre impératif d'organiser une procédure rapide pour protéger la victime et nécessité de protéger les droits subjectifs de la défense. Toutefois, en pratique il arrive que cette procédure chronométrée place le défendeur dans l'incapacité de préparer sa défense.

**141. La pratique.** « En pratique, force est de constater que l'obligation pour le juge de statuer dans un délai maximal de six jours met d'ores et déjà à mal le principe du contradictoire »<sup>266</sup>. L'avocate Tiphaine Mary, spécialisée en droit de la famille, déplore le temps laissé au conjoint violent pour préparer sa défense. Si en théorie le délai de six jours semble préserver le principe

---

<sup>261</sup> Art 651 du CPC.

<sup>262</sup> Art 655 du CPC.

<sup>263</sup> Art 656 du CPC.

<sup>264</sup> Art 659 du CPC.

<sup>265</sup> Art R611-3 du Code de justice administrative.

<sup>266</sup> Tiphaine MARY, *Le principe du contradictoire dans la procédure d'ordonnance de protection*, Gaz.Pal, n°38, 2023, p12.

du contradictoire, en pratique le temps laissé à la défense est dérisoire. En effet, conformément au schéma procédural de l'OP prévu par le ministère de la justice, le défendeur ne dispose que de deux à trois jours pour trouver un avocat et préparer sa ligne de défense. Tiphaine Mary précise que paradoxalement, ce très court délai de deux à trois jours, est la situation la plus favorable pour le défendeur. En effet, lorsque la signification est faite à domicile ou déposée à l'étude du commissaire de justice, le défendeur ne peut prendre connaissance de l'existence d'une audience devant le JAF que le jour même ; voire après la tenue de celle-ci. Les effets de cette condensation du temps procédural sur la défense transparaissent dans les statistiques du ministère de la justice réalisées à partir des décisions rendues en 2019, 2020 et début 2021<sup>267</sup>. En effet, si les demandeurs étaient dans 81% des cas assistés par un avocat, ce pourcentage chute à 46,6% lorsqu'il s'agit des défendeurs. Dans une affaire sur cinq les défendeurs assurent seuls leur défense ; et dans un quart des hypothèses ils ne sont ni présents, ni représentés lors de l'audience. De plus, « la part de défendeurs avec avocat a tendance à baisser sur la période passant de 59 % en 2019 à 53 % en 2020 puis 52 % au cours du 1<sup>er</sup> semestre 2021 ». Cette diminution significative de représentation de la partie défenderesse par un avocat semble corrélée au décret de juillet 2020<sup>268</sup> modifiant l'art 1136-3 du CPC et imposant l'ordonnance de fixation et le délai de six jours.

**142. Transition.** Ce régime procédural très chronométré a donc une forte influence sur la représentation et l'assistance du défendeur par un avocat. Le rapport de la CNOP établit par ailleurs le même constat pour les TJ de Meaux, Charleville-Mézières, Paris et Créteil : la partie défenderesse « est souvent non comparante à l'audience »<sup>269</sup>. Or, la constitution d'avocats par le défendeur, ou sa simple présence à l'audience, ont une conséquence directe sur la décision du juge de délivrer, ou non, une ordonnance de protection. L'avocate Michèle Bauer nous met en garde : « la nouvelle ordonnance de protection version 2019-2020 confond rapidité et précipitation »<sup>270</sup>.

---

<sup>267</sup> Info-Stat Justice, service statistique ministériel de la justice, Zakia BELMOKHTAR, 15 juin 2023, p5.

<sup>268</sup> Décret n°2020-841 du 3 juillet 2020.

<sup>269</sup> *Rapport d'activité*, CNOP 2020-2021, p27.

<sup>270</sup> Michèle BAUER, *Ordonnance de protection : gare à l'instrumentalisation !* Actu Juridique, Lextenso, 2022.

## B) Les conséquences notoires de la compression des délais

**143. Une absence de comparution.** « Toutes choses égales par ailleurs, l’ordonnance de protection a 5,4 fois plus de chances d’être accordée quand le défendeur n’assure pas sa défense ». Le rapport du ministère de la justice met en avant le lien entre la délivrance d’une ordonnance de protection et l’absence du défendeur à l’audience. En effet, le rapport officiel explique que cette probabilité tombe à 3,4 fois lorsque le défendeur comparait à l’audience, même sans avocat. Contrairement aux idées reçues, sa présence lors des débats semble donc jouer en sa faveur. En effet, le rapport de la CNOP retient dans son étude réalisée dans quatre tribunaux différents que « l’attitude, les émotions et les déclarations des parties sont exposées dans les décisions » rendues par le JAF<sup>271</sup>. Ce document ajoute que les aveux et les explications fournies par la partie défenderesse lors de l’audience sont souvent détaillés dans l’ordonnance lorsque le défendeur n’a pas ou peu rapporté de preuve. Bien que certaines absences de la défense soient intentionnelles, il n’est pas impossible de supposer que le défendeur averti la veille ou le jour même de la tenue de l’audience ne soit pas en mesure de s’y rendre. La condensation du temps de la procédure, qui peut le placer dans une situation de totale ignorance de l’existence de la requête, joue en sa défaveur puisqu’elle favorise indéniablement la délivrance d’une ordonnance de protection. A cet égard, le rapport de la CNOP montre une évolution très positive du nombre d’ordonnances de protection rendues, puisque le taux d’acceptation est passé de 61,8% à 66,7% entre 2018 et 2020<sup>272</sup>.

**144. La défense seule.** L’article 1136-3 du CPC prévoit que les parties ont la possibilité de se défendre seules, la représentation par avocat n’est pas obligatoire. Aussi, il arrive que le défendeur ait eu connaissance de la requête et de la tenue de l’audience, mais n’ait pas le temps de constituer avocat, ou n’ait pas souhaité être assisté par un avocat. Dans certaines hypothèses, le défendeur se rend seul à l’audience, et assure seul sa ligne de défense. Or, l’assistance d’un avocat dans une telle procédure semble indispensable, ne serait-ce que pour comprendre cette compression des délais et la respecter. Aussi, le rapport Info-Stat du ministère de la Justice<sup>273</sup> démontre que le défendeur qui n’est pas représenté par un avocat lors de la procédure à deux fois plus de chance de se voir opposer une ordonnance de protection que celui qui est représenté

---

<sup>271</sup> *Rapport d’activité*, CNOP, 2020-2021, p28.

<sup>272</sup> *Ibid*, p4.

<sup>273</sup> Info-Stat Justice, service statistique ministériel de la justice, Zakia BELMOKHTAR, 15 juin 2023, p7 – figure 12.

et assisté par un conseil juridique. Ces statistiques sont indépendantes de toutes autres constantes, comme les problèmes psychologiques chez le défendeur, le dépôt d'une plainte, le passé pénal du défendeur ou la situation du couple. La présence d'un avocat pèse donc de manière considérable dans la décision finale du juge. Toutefois, les délais étant condensés, le défendeur peine souvent à constituer avocat et à préparer correctement sa ligne de défense.

**145. Transition.** Le rapport Info-Stat relativise ces données en affirmant que « trois défendeurs sur quatre sont en situation d'assurer leur défense le jour de l'audience »<sup>274</sup>. Cette indication en faveur du respect du contradictoire a encouragé les députés à accélérer davantage la procédure, proposant « l'ordonnance provisoire de protection immédiate ».

## **II. Droit prospectif, le contradictoire chassé de la procédure**

**146.** A l'instar du modèle espagnol de l'OP, qui permet au juge compétent de délivrer des ordonnances de protection en 72 heures, la députée Emilie Chandler déposait à l'AN en décembre 2023 un texte proposant la création d'une ordonnance provisoire de protection immédiate **(A)**. Ce projet ambitieux affaiblit davantage le principe du contradictoire, sacrifiant une nouvelle fois la sécurité subjective du défendeur **(B)**.

### **A) L'ordonnance provisoire de protection immédiate en projet**

**147. Un nouveau dispositif.** Afin de mettre en œuvre les recommandations du rapport Plan rouge VIF<sup>275</sup>, la proposition de loi déposée par la députée Emilie Chandler ne vise plus seulement à compléter le mécanisme préexistant de l'OP, mais à créer un nouveau dispositif portant le nom d'« ordonnance provisoire de protection immédiate ». Organisée par un éventuel nouvel article 515-13-1 du C.civ, cette procédure permettrait au procureur de la République de saisir le JAF, avec l'accord de la victime, afin que ce dernier délivre une ordonnance de protection dans un délai de vingt-quatre heures. Cette ordonnance de protection provisoire serait délivrée sans que le JAF ait entendu la partie défenderesse, dans l'hypothèse où il constaterait l'existence de violences vraisemblables et d'un danger grave et immédiat. Les mesures que pourrait prononcer le JAF à l'issue de cette OP immédiate seraient limitées à l'interdiction de

---

<sup>274</sup> Ibid, p5.

<sup>275</sup> Rapport – Plan Rouge VIF, *améliorer le traitement judiciaire des violences intrafamiliales*, Emilie CHANDLER et Dominique VERIEN, p140.

paraître dans des lieux désignés, l'interdiction d'entrer en contact avec la personne protégée et l'interdiction de détenir ou porter une arme. En somme, les mesures dites « à coloration pénale »<sup>276</sup> qui visent à protéger l'intégrité de la victime. Ces interdictions seraient prononcées dans l'attente de la décision au fond sur l'OP, tranchée à l'issue d'un débat contradictoire dans un délai de six jours. Cette ordonnance provisoire de protection immédiate ne serait susceptible d'aucun recours et serait valable six jours tout au plus. Toutefois, la proposition de loi ne respecte que partiellement les recommandations du plan Rouge VIF. En effet, ces dernières conféraient au procureur la possibilité de délivrer directement l'ordonnance provisoire de protection immédiate, qui devait se contenter d'évincer le conjoint violent du domicile familial. La présente proposition de loi a pour finalité de protéger le conjoint violenté dans le laps de temps qui sépare la saisine de la victime et la délivrance de l'ordonnance de protection. La loi semble vouloir chasser l'ensemble des « temps morts » de la procédure pour éviter justement que cette période ne se transforme en « temps de la mort » pour la victime.

**148. Une extension du délai d'application.** Initialement applicable quatre mois, la réforme de 2014<sup>277</sup> est venue allonger ce délai d'application maximal à six mois. La présente proposition de loi souhaite que l'OP soit désormais applicable pendant une durée maximale d'un an, peu importe le régime marital de la victime. En effet, l'actuel art 515-12 du C.civ permet au juge d'allonger le délai de six mois uniquement si une demande en divorce ou en séparation de corps est déposée devant la juridiction familiale. Le droit positif opère donc une distinction entre les couples dans la durée des effets de l'OP. La loi nouvelle permettrait donc « aux personnes qui ne sont pas mariées et qui n'ont pas d'enfants de bénéficier d'un temps plus long pour organiser leur séparation »<sup>278</sup>.

**149. Transition.** La maîtrise du temps semble être la considération première qui anime la proposition de loi déposée en décembre 2023 à l'AN<sup>279</sup>. Avant la délivrance de l'ordonnance

---

<sup>276</sup> Supra – Partie 1, chapitre 2, section 1.

<sup>277</sup> Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

<sup>278</sup> Rapport enregistré à l'AN le 24 janvier 2024 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi, visant à allonger la durée de l'ordonnance de protection et à créer l'ordonnance provisoire de protection immédiate par Emilie Chandler, députée.

<sup>279</sup> En ce sens : « L'article 1er de la proposition de loi vise à accroître les effets de l'ordonnance de protection, autant en amont qu'en aval de la décision du juge ». Rapport enregistré à la présidence du Sénat le 30 avril 2024 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, allongeant la durée de l'ordonnance de protection et créant l'ordonnance provisoire de protection immédiate, Par Mme Dominique VÉRIEN, Sénatrice, p20.

de protection, la protection de la victime nécessite de chasser le temps mort de la procédure, alors qu'à l'issue de l'OP il faut allonger dans le temps ses effets. A contrario de la victime, le défendeur a besoin de temps avant la délivrance de l'ordonnance de protection pour préparer sa défense. Il s'agit du temps naturel à la durée du procès, un temps incompressible qui permet de mettre en œuvre certaines garanties procédurales. Toutefois, ce délai ne lui est plus accordé dans le cadre de l'OP immédiate. A l'issue d'une analyse prospective, ce mécanisme soulève plusieurs risques qui doivent être concilier.

## **B) Les risques inhérents à l'ordonnance provisoire de protection immédiate**

**150. D'un côté, le risque d'un « outil mort-né »** ... Le sénat, saisi en session ordinaire pour étudier la proposition de loi relative à l'ordonnance provisoire de protection immédiate, expose dans son rapport<sup>280</sup> sa volonté de rendre ce nouveau mécanisme encore plus efficace pour la victime. Après avoir rappelé que le procureur de la République n'était à l'origine que de 2% de demandes d'OP, les sénateurs proposent d'ouvrir ce nouveau mécanisme directement à la personne en danger. Cette saisine serait précédée d'un avis conforme du procureur, délivrée dans les vingt-quatre heures. Cet avis du parquet aurait un double intérêt, d'une part filtrer les demandes non pertinentes ; avertir les autorités judiciaires pénales d'autre part. En effet, les sénateurs craignent qu'en conditionnant la délivrance de l'ordonnance provisoire de protection immédiate à la seule initiative du procureur, ce mécanisme ne soit « qu'un outil mort-né »<sup>281</sup>.

**151. ... de l'autre, le risque d'un outil instrumentalisé.** Après les débats, les députés présentaient un risque d'instrumentalisation de cette saisine directe par la personne en danger. En effet l'évincement total du contradictoire encouragerait les demandes d'OP par les victimes, et favoriserait davantage la délivrance de mesures de protection. A cet égard, les services des données et études statistiques rappellent que le taux d'acceptation de la demande d'OP diminue lorsque le défendeur conteste les faits (51%)<sup>282</sup>. Il apparaît donc primordial que le défendeur puisse contester les faits, dans la mesure où ses observations influent sensiblement sur la décision du JAF. L'initiative unique du procureur serait donc un filtre nécessaire pour pallier le

---

<sup>280</sup> Rapport enregistré à la présidence du Sénat le 30 avril 2024 fait *au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, allongeant la durée de l'ordonnance de protection et créant l'ordonnance provisoire de protection immédiate*, Par Mme Dominique VÉRIEN, Sénatrice, p11.

<sup>281</sup> Ibid-p23.

<sup>282</sup> Ibid-p19.

risque d'instrumentalisation de la mesure par la personne victime, mais à bien des égards, cette garantie paraît insuffisante. Cette chasse au temps mort impacte sensiblement le droit subjectif du défendeur d'être entendu contradictoirement. Ni retardé, ni allégé, le contradictoire est purement et simplement évincé de la procédure. Si le Sénat, dans son rapport, semble justifier cet allègement procédural par la durée des mesures, strictement cantonnée à six jours, il n'en demeure pas moins que le défendeur perd sa liberté et son toit pendant près d'une semaine, sans aucun droit de réponse. Sa sécurité juridique subjective est atteinte.

## CONCLUSION

---

**152.** Les développements précédents ont permis d'exposer l'actuel régime de l'OP *via* une approche à la fois théorique et pratique. Nous avons pu observer qu'une recherche d'efficacité, tant politique que jurisprudentielle, imprègne la mesure. Aussi, plusieurs procédés ont été utilisés à cette fin. Nous retiendrons principalement la définition très souple des contours du régime ou l'utilisation de notions de fait qui échappent à des critères juridiques stricts et contrôlés par la Cour de cassation. Il peut aussi s'agir d'un désencombrement de la procédure de certains impératifs procéduraux qui sont des règles pesantes et chronophages. Le projet de suppression d'une condition d'ouverture du régime, l'ambition d'étendre les effets de l'ordonnance à un an ou encore la volonté de créer un nouveau dispositif de protection immédiate témoignent également du véritable intérêt que les praticiens portent à cette mesure. Tous y voient un outil utile et pertinent dans la lutte contre les violences conjugales. D'ailleurs le rapport info-stat, publié en 2023 par le ministère de la Justice, leur donne raison : le nombre de demandes d'ordonnances de protection est passé de 1600 en 2011 à 6000 en 2021. Mieux encore, 66% des demandes de protection formulées devant le JAF ont été acceptées entre 2019 et 2021. Ces statistiques sont encourageantes : elles attestent que l'OP est une mesure qui gagne en efficacité en permettant à un plus grand nombre de personnes, essentiellement des femmes, d'être mises à l'abri. Ce mouvement de recherche d'efficacité de l'OP est, lui aussi, encourageant : il signifie que le combat contre les violences conjugales a véritablement investi le terrain judiciaire et que cette lutte est enfin démocratisée.

**153.** Efficace, cette mesure n'en est pas moins perfectible. En effet, nous avons vu que l'assouplissement manifeste du régime de l'OP en faveur de son efficacité affecte considérablement la lisibilité, la praticité, l'intelligibilité de la mesure, ainsi que les droits subjectifs des parties.

**154.** Cette recherche intensive d'efficacité de l'OP a considérablement affaibli la sécurité juridique objective de la mesure. En effet, faute de conditions d'ouverture certaines et stables, la lisibilité de l'OP est mise à rude épreuve et sa pérennité constitutionnelle est menacée. Au terme de la Partie 1, il est donc possible d'affirmer que la sécurité juridique objective de la mesure a été sacrifiée au service d'une protection élargie de la personne violentée. C'est le droit subjectif d'être protégé qui prime sur le principe général du droit. En outre, ce phénomène pourrait renvoyer au mouvement de fondamentalisation du droit, dénoncé par Jean-Éric

Schoettl, comme étant la suprématie des droits subjectifs sur l'ordre public et la sécurité<sup>283</sup>. Or, cette insécurité juridique objective dessert indéniablement la mesure dans sa pratique : les JAF peuvent y craindre un risque certain d'instrumentalisation qui se traduirait par une chute du nombre d'ordonnances délivrées. Cette insécurité juridique objective menace aussi la constitutionnalité même de la mesure, et donc sa pérennité dans l'ordre juridique. Notons en effet, qu'après l'éventuelle suppression de la condition de danger, n'importe quel défendeur pourrait faire valoir l'inconstitutionnalité de la mesure via une QPC. Si le Conseil constitutionnel venait à déclarer l'OP contraire à la constitution, cette mesure ne pourrait donc plus être utilisée par les conjoints en danger. Ce mouvement d'assouplissement aurait alors été contre-productif et vain.

**155.** La sécurité juridique subjective des parties à l'instance est aussi mise en péril, mais n'est pas encore sacrifiée sur l'autel de l'efficacité. En effet, le « vraisemblable » requis par les textes instaure une jurisprudence cacophonique, rendant la mesure illisible pour la victime et menaçant son droit d'être protégée. Néanmoins, l'admission de la preuve déloyale a permis de renforcer la protection de la victime sans pour autant porter atteinte à la sécurité juridique subjective du défendeur, tant cette admission était indispensable au regard du droit à la preuve. La généralisation récente, dans toutes les branches du droit civil, de cette admission de la preuve déloyale confirme l'absence d'insécurité juridique. De plus, le contradictoire, actuellement tempéré, bien que déjà très affaibli, a vocation à être évincé par une prochaine réforme. La consécration d'une OP immédiate viendrait, à mon sens, sacrifier la sécurité juridique subjective du défendeur, tirée de son droit naturel d'être entendu et de faire valoir ses arguments. Mais pour l'heure, la sécurité juridique subjective de l'OP survit.

**156.** Une nouvelle politique de protection de violences, initiée par un récent mouvement pénaliste, a véritablement conquis le code civil. Cette politique vise à faire primer l'impératif de protection sur celui de sanction, permettant ainsi de s'affranchir de certaines contraintes substantielles et procédurales pénales. En ce sens, l'OP constitue l'aboutissement de cette politique en droit positif. En effet, le JAF est en mesure de prononcer une interdiction d'entrer en contact ou de porter une arme alors même que le dépôt de plainte préalable n'est pas requis et que le principe de la présomption d'innocence ne s'applique pas. A mi-chemin entre logique pénale et logique civile, l'OP modifie les entendements substantiels et procéduraux

---

<sup>283</sup> Jean-Éric SCHOETTL, *la démocratie au péril des prétoires*, p52.

traditionnels du droit de la famille, questionnant la sécurité juridique de la mesure. Aussi, ce mémoire n'a pas vocation à délivrer une vision pessimiste du dispositif de l'OP mais vise à souligner les défaillances sur lesquelles la mesure s'est construite depuis quatorze ans. C'est parce que la mesure de l'OP présente un potentiel certain dans la lutte contre les violences conjugales, qu'il est nécessaire de comprendre les risques inhérents à cette nouvelle politique juridique de protection. Si aujourd'hui il semble que la recherche s'efficacité de l'OP s'effectue au détriment du principe de sécurité juridique ; il pourrait en être autrement. En effet, le sacrifice de la sécurité juridique n'est pas un prérequis à l'efficacité de l'OP ; et risquerait même de porter atteinte à son potentiel.

**157.** C'est d'ailleurs le potentiel de la mesure de l'OP qui a incité la sénatrice Maryse Carrère à déposer un projet de loi instituant une ordonnance de sûreté de l'enfant (OSE) victime de violences, le 10 avril 2024 au Sénat<sup>284</sup>. Calqué sur le modèle de l'OP, ce dispositif permettrait au JAF de délivrer une ordonnance de sûreté lorsqu'il est vraisemblable que l'enfant soit victime de violences, d'inceste ou d'agressions sexuelles commis par une personne titulaire de l'AP. Cette mesure trouverait sa place aux articles 515-13-2 et suivants du C.civ, à la suite des dispositions de l'OP. La proposition de loi reprend les marqueurs forts du régime de l'OP, tels que la notion de « violences vraisemblables », la condition de mise en danger, les mesures à connotation pénales (comme l'interdiction d'entrée en contact), ou le court délai imposé au JAF pour se prononcer, quinze jours en l'espèce. Cette mesure viendrait une nouvelle fois bouleverser l'office du JAF, qui devra encore trouver sa place entre logique civile et pénale. Le choix de confier cette mesure au JAF est d'autant plus singulier que celui-ci n'est ni juge pénal, ni juge de la protection l'enfance. A la lecture de la présente proposition de loi, il est légitime de croire que ce dispositif d'OSE devra faire face aux mêmes difficultés que l'OP. L'idée nouvelle selon laquelle il faut protéger avant de sanctionner est primordiale en matière de violences intrafamiliales, mais elle ne doit pas s'affranchir de toutes les garanties substantielles et procédurales qui permettent de préserver la sécurité juridique.

---

<sup>284</sup> Proposition de loi enregistrée le 10 avril 2024 au Sénat, *instituant une ordonnance de sûreté de l'enfant victime de violences*, présentée Par Mme Maryse CARRÈRE, Sénatrice.

## ANNEXE

### Schéma procédural de l'ordonnance de protection

*Source* : Guide pratique de l'ordonnance de protection – Ministère de la Justice, novembre 2021.

Jour 0	Jour 1	Jour 2	Jour 3	Jour 4	Jour 5	Jour 6
Saisine du juge par requête					La copie de l'acte de signification doit-être remise au plus tard lors de l'audience	Ordonnance de protection
Ordonnance de fixation de la date d'audience						
<p>Délai accordé au demandeur pour la signification de la date d'audience au défendeur.</p> <p>En vertu des articles 1136 - 3 et 641 du code de procédure civile combinés, le délai de 2 jours pour signifier la date d'audience court à compter du lendemain du jour de fixation de l'ordonnance.</p>	Délai accordé au défendeur pour préparer sa défense (2 ou 3 jours selon le jour de la signification)			Étude des pièces par le juge et la rédaction de la décision		

## INDEX

---

**Bracelet antirapprochement.** 10 ; 77

— *définition.* 62

**Constitutionnalité.** 65 ; 66

**Contradictoire.**

— *contradiction.* 125

— *confrontation.* 136 ; 136

— *définition.* 122 ; 125

— *fondement.* 129

— *principe directeur.* 126

— *temps de préparation.* 140

**Couple.**

— *cohabitation.* 30 à 36

— *étymologie.* 28

— *ex.* 38

**Danger.**

— *appréciation.* 68 ; 69

— *danger grave et imminent.* 69

— *droit à la dangerosité.* 62

— *définition.* 59

— *étymologie.* 59

— *notion de fait.* 69

— *suppression.* 68 à 74

**Droit à la preuve.** 110 ; 113

**Droit comparé.** 19 ; 146

**Droit de protection.**

— *conceptualisation.* 4 à 10

**Efficacité.**

— *définition.* 23

— *régime ambitieux.* 19

**Enfants.**

— *droit d'action.* 56 ; 57

— *victime.* 46 ; 47

— *victime seule.* 53 ; 54

**Instrumentalisation.**

— *contradictoire.* 129 ; 151

— *définition.* 83

— *international.* 87 ; 88

— *procédure de divorce.* 84 ; 85

**Juges aux affaires familiales.**

— *compétence.* 20

— *difficultés.* 15 ; 16

**Juge des enfants.**

— *articulation.* 16 ; 58 ; 54

— *office.* 50

**Mariage forcé.**

— *dispositions.* 39

— *international.* 87

**Médiation.** 15

**Ministère public.** 16 ; 57 ; 77 ; 132

**Ordonnance de protection.**

- *acte introductif*. 131
- *consécration*. 20
- *délai*. 133
- *durée des mesures*. 148
- *étymologie*. 3
- *international*. 87 ; 88
- *mesures*. 77 ; 78 ; 84
- *procédure*. 140
- *sanction*. 80 ; 81

**Ordonnance de sureté de l'enfant.** 157**Pénal.**

- *mesures*. 77 ; 78
- *protection*. 8
- *sanction*. 5

**Principe de précaution.** 77**Référé violence.** 9**Sécurité juridique.**

- *définition*. 25

- *objective*. 27

- *subjective*. 90

**Téléphone grave danger.** 10 ; 76**Urgence.**

- *célérité*. 132 ; 133
- *danger*. 63.

**Victime.**

- *enfants*. 46 ; 47
- *étymologie*. 59

**Violences.**

- *administration de la preuve*. 109 à 121
- *anciennes*. 41
- *charge de la preuve*. 101
- *conflit*. 98
- *définition*. 2
- *mode de preuve*. 101 à 105
- *notion de fait*. 101
- *typologie*. 94 ; 95
- *vraisemblables*. 101 ; 102

## BIBLIOGRAPHIE

---

### DICTIONNAIRES

- Trésor de la langue française informatisé
- Dictionnaire Larousse
- Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2018

### OUVRAGES : manuel, thèse, mélange

- Cécile AMAUGER-LATTES et Al., *Mélange en l'honneur du professeur Clair Neirinck*, LexisNexis, 2015
- Cécile CHAINAIS, Lucie MEYER, Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, *Procédure civile*, Hypercours Dalloz
- Fabrice DEFFERARD, thèse sur la « *suspicion légitime* », LGDJ, 2000
- Dominique FENOUILLET, *Droit de la Famille*, Dalloz, 2022
- Michel FOUCAULT, « *le sujet et le pouvoir* », Dits et Ecrits Tome 4, 1982
- Jean FOYER et Gérard CORNU, *Procédure civile*, PUF, Thémis droit privé, 2001.
- Jean GARRIGUE, *Droit de la famille*, HyperCours Dalloz, 2023
- Andreea GRUEV-VINTILA, *Le contrôle coercitif. Au coeur de la violence conjugale*. Dunod, « Hors collection », 2023
- Anne-Marie LEROYER, *Droit de la Famille*, Thémis Droit, 2022
- Lionel MINIATO, *le principe du contradictoire en droit processuel*, bibliothèque de droit privé, tome 483, 2008
- Solange MIRABAIL, *Le couple*, La famille que je veux quand je veux ? - Evolution du droit de la famille, Eres, 2003
- Thomas PIAZZON, Thèse *la sécurité juridique*, dirigée par le Professeur Laurent Leveneur, 2006
- Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Librairie générale de Paris, 1923, tome 2
- Ernestine RONAI, Édouard DURAND (direction), *Violences conjugales - Le droit d'être protégée*, Dunod, 2017
- Etienne VERGES, Géraldine VIAL et Olivier LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, 2022

## ARTICLES

- Bruno ANCEL, « *Ordonnance de protection : amélioration ou illusion ?* » Petites affiches, 2013
- Aurélien BAMDÉ, « *le principe de loyauté de la preuve, le droit dans tous ses états* », juillet 2023
- Michèle BAUER, « *Ordonnance de protection : gare à l'instrumentalisation !* » Actu Juridique, Lextenso, 2022
- Emmanuel de BECKER, « *L'enfant exposé aux violences conjugales - Réflexions générales à partir d'une pratique pédopsychiatrique* », revue l'information psychiatrique, 2019
- Aurore BOYARD et Fabrice DEFERRARD, « *Pour un « droit à la preuve » en matière d'ordonnance de protection* », Recueil Dalloz, 2021
- Clothilde BRUNETTI-PONS, « *l'émergence d'une notion de couple en droit civil* », revue trimestrielle de droit civil, 1999
- Emmanuelle CHAILLIE, « *Etat des lieux sur l'ordonnance de protection : regard d'un avocat* », Dossier AJ Famille, Avril 2017
- Julien DELLAUX, « *le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel : signes et espoirs d'une consolidation de l'ordre juridique interne et de l'Etat* », Revue Française du droit constitutionnel, n°199, 2019
- Jean-Bernard DENIS, « *quelques aspects de l'évolution récente du système de preuves en droit civil* », RTD civ., 1977
- Valérie DERVIEUX, « *Le nouveau rôle du parquet en cas de violences conjugales - L'expérience du parquet de Pontoise* », AJ Famille, 2013
- Sylvain DOROL, « *[Le point sur...] La preuve par ruse* », Le Quotidien, décembre 2022.
- Solenne JOUANNEAU et Anna MATTEOLI, « *Les violences au sein du couple au prisme de la justice familiale. Invention et mise en œuvre de l'ordonnance de protection* », Droit et société, n°99, 2018
- Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi*, revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2010
- Adeline GOUTTENOIRE, « *L'ordonnance de protection : une véritable mesure d'urgence* », La lettre juridique, juin 2020
- Jean HAUSER, « *La notion juridique de couple en question - face à une nouvelle organisation sociale* », Informations sociales n°122, 2005

- Simon LAPIERRE et Jacqueline THIBAUT, « *la parole et la participation des enfants vivant dans un contexte de violence conjugale* », *Empan* n°128, 2022
- Anna MATTEOLI, « *quelques questions juridiques soulevée par l'application de l'ordonnance de protection* », Dossier ordonnance de protection, *AJ Famille*, Avril 2017
- Marie-Bénédicte MAIZY et Michèle CHOPIN, *La loi du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection : une réponse adaptée aux violences intrafamiliales ?* *AJ fam.*, 2010
- Stéphanie MORACCHINI-ZEIDENBERG, « *Ordonnance de protection et respect des droits fondamentaux du défendeur* », *Lexbase Droit privé*, n°881, octobre 2021
- Tiphaine MARY, *Le principe du contradictoire dans la procédure d'ordonnance de protection*, *Gaz.Pal*, n°38, 2023
- Yvonne MULLER, « *Consécration de la notion de contrôle coercitif.... Lorsque la Cour d'appel de Poitiers anime la conversation judiciaire* », *Club des juristes*, 2024
- Elodie MULON et Jérôme CASEY, « *Loi du 9 juillet 2010 et décret du 29 septembre 2010 sur les violences conjugales : aspects de droit civil et de droit pénal* », *Gaz. Pal.* 2010
- Bernard PACTEAU, « *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?* », *AJDA*, 1995, n° spécial
- Gérard PITTI, « *L'ordonnance de protection instituée par la loi du 9 juillet 2010* », *gaz. Pal.* N°231, 19 aout 2010
- Anne SANIER, « *Focus sur les politiques publiques de lutte contre les violences conjugales* », Dossier Ordonnance de protection, *AJ Famille*, 2017
- Isabelle ROME, « *violences conjugales : état des lieux et perspectives : vers un modèle français ?* », *AJ Famille*, 2023
- Victoria VANNEAU, « *L'Invention juridique des violences conjugales au XIXe siècle* », Dans *Les Cahiers de la Justice*, n°2, 2016

## RESSOURCES NUMERIQUES

- Aurélien BAMDÉ, *le principe de loyauté de la preuve, le droit dans tous ses états*, juillet 2023
- Éric BAZIN, *violences familiales*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2019
- Laurence MAUGER-VIELPEAU, *Mesures de protection des victimes de violences – ordonnance de protection*, *Jurisclasseur*, 2022
- Fiche d'orientation, procédure civile, Dalloz, septembre 2021.

## RAPPORTS

- Rapport du professeur Roger HENRION « *Les femmes victimes de violences conjugales, le rôle des professionnels de santé* », commandé par le ministère de la Santé et rendu public en février 2001
- Document de travail du Sénat – *série législation comparée, lutte contre les violences conjugales*, par la division des Etudes de législation comparée, mars 2001
- Enquête Nationale sur les Violences Envers les Femmes en France (ENVEFF), dirigé Maryse JASPARD, 1997-2002.
- *Rapport d'évaluation du plan global 2005-2007 de lutte contre les violences faites aux femmes*, par l'inspection générale de l'administration, de la police nationale, des services judiciaires et des affaires sociales, juillet 2008
- *Les violences conjugales : bilan des dispositifs et propositions d'amélioration*, sous la responsabilité scientifique de Frédérique GRANET, EA n°135, 2016
- *Violences conjugales - Protection des victimes : Usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, juillet 2019
- *Rapport d'activité*, CNOP, 2020-2021
- *Panorama des violences en France métropolitaine* par le Service statistique du ministère de l'intérieur, Enquête Genese 2021
- *Rapport Sécurité et société – violences au sein de la Famille*, INSEE, 9 décembre 2021
- Référence statistique de Justice, *l'activité civile et commerciales des juridictions*, 2022
- Info-Stat Justice, service statistique ministériel de la justice, Zakia BELMOKHTAR, 15 juin 2023

## DOCUMENTS OFFICIELS

- Déclaration de M. François FILLON, Premier ministre, prononcé le 25 novembre 2009.
- Rapport d'information n°1799 enregistré à l'AN le 7 juillet 2009, à l'origine de la loi du 9 juillet 2010, s'intitulait « *Violences faites aux femmes : mettre enfin un terme à l'inacceptable* », par Guy GEOFFROY et Danielle BOUSQUET
- Rapport n°2293 enregistré à la présidence de l'AN le 10 février 2010 au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi de Mme Danielle Bousquet,

*renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes*

- Rapport n°2626 enregistré à la présidence de l'AN le 28 juin 2010 fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi relative *aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, Guy GEOFFROY
- Circ. n° CIV/13/10, 1<sup>er</sup> oct. 2010, *relative à la présentation des dispositions de la loi du 9 juill. 2010*
- Circulaire n° JUSD1025388C du 4 octobre 2010 *relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale consécutives à la mise en œuvre de l'ordonnance de protection*
- Rapport d'information n°4169 enregistré à l'AN le 17 janvier 2012 *sur la mise en application de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, par Guy GEOFFROY et Danielle BOUSQUET
- Discours de Emmanuel MACRON, Président de la République, devant les Nations unies, 8 mars 2019
- Rapport n°2283 enregistré à la Présidence de l'AN le 2 octobre 2019 *visant à agir contre les violences faites aux femmes*, par Aurélien PRADIÉ
- Rapport de la Commission mixte paritaire, relative à la proposition de loi visant à agir contre les violences au sein de la famille, 27 novembre 2019
- *Guide pratique de l'ordonnance de protection*, ministère de la justice, novembre 2021
- Rapport – Plan Rouge VIF, remis le 22 mai 2023, *visant à améliorer le traitement judiciaire des violences intrafamiliales*, par Emilie CHANDLER et Dominique VERIEN
- Rapport enregistré à la présidence de l'AN le 1<sup>er</sup> février 2023 ; *visant à renforcer l'ordonnance de protection* par Cécile UNTERMAIER
- Rapport enregistré à la présidence de l'AN le 24 janvier 2024 *fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi, visant à allonger la durée de l'ordonnance de protection et à créer l'ordonnance provisoire de protection immédiate* par Emilie Chandler, députée
- Rapport enregistré à la présidence du Sénat le 30 avril 2024 *fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, allongeant la durée de l'ordonnance de*

*protection et créant l'ordonnance provisoire de protection immédiate*, Par Mme Dominique VÉRIEN, Sénatrice

- Proposition de loi enregistrée le 10 avril 2024 au Sénat, *instituant une ordonnance de sûreté de l'enfant victime de violences*, présentée Par Mme Maryse CARRÈRE, Sénatrice
- Site officiel du ministère : [stop-violences-femmes.gouv.fr](http://stop-violences-femmes.gouv.fr)

## LITTERATURES

- Boris CYRULNIK, *les nourritures affectives*, 1993
- Éric REINHART, *L'amour et les forêts*, 2014

## DECISIONS DE JUSTICES

### Tribunal judiciaire

- TGI Paris, JAF, sect. 4 cab. 5, 6 janv. 2012, n° 11/43520
- TGI de Mojan, 19 mai 2014, n°14/02262
- TGI Strasbourg, JAF, 12 juin 2014, n° 14/02636
- TGI Mojan, 3 juillet 2014, n°14/03059
- TGI, 13 février 2015, n°15/00386
- TGI Mojan, 12 mars 2015, n°15/00786
- TGI de Mojan, 8 janvier 2016, n° 15/06540
- TGI de Valérianne, 18 février 2016, n° 16/32066
- TGI Bobigny, JAF, 29 mars 2016, n° 16/02312
- TGI de Mojan, 18 mai 2018, n°18/02241
- TJ Evry, 19 mars 2021, n°21/01470

- TJ Nîmes, 3e ch. fam., 26 janv. 2022, n° 21/02717
- TJ Paris, 30 aout 2022, n°22/37589

### Cour d'appel

- CA de Douai, 12 décembre 2022, Dr Fam. 2003
- CA de Douai, ch. crim, 9 février 2011, n° 2011-016020
- CA de Dijon, 18 mai 2012, n°11/01045
- CA de Montpellier, 18 juin 2014, Juris-Data n°2014-018574
- CA de Paris, 2 juill. 2015, n°15/01279
- CA de Montpellier, 3e chambre A, 14 décembre 2016, n° 16/03805
- CA de Paris, chambre 3-3, 15 décembre 2016, n° 16/18251
- CA de Paris, 15 décembre 2016, n°16/15967

- CA de Paris, 15 décembre 2016, n°16/18497
- CA de Paris, pôle 3, ch. 2, 14 mars 2017, n° 17098
- CA de Limoges, 14 mars 2017, n°16/01245
- CA de Paris, 30 mai 2017, n° 17188
- CA de Paris, Pôle 3, chambre 2, 23 mars 2021, n°21/01409
- CA de Douai, 12 décembre 2022
- CA de Poitiers le 31 janvier 2024

#### **Cour de cassation**

- Cass, soc, 20 novembre 1991, n°88-43.120
- Cass. Soc. 30 juin 2004, n°02-41720
- Cass, 1civ, 6 février 2008, n° 07-10.622
- Cass, crim, 5 octobre 2010, n°10-81.743
- Cass, AP, 7 janvier 2011, n°09-14-316 et n°09-14.667
- Cass. 1civ, 5 avril 2012, n°11.14-177
- Cass., 1e civ., 8 juin 2016, n°16-40016
- Cass, 1civ, 13 février 2020, 19-22.192
- Cass, crim, 12 mai 2021, n°21-81.443
- Cass., crim, 12 mai 2021, n°21-81.443

- Cass, 1civ, 16 septembre 2021, n°21-41.012
- Avis de la Cour de cassation, 19 juin 2019, n° 19-70.007
- Cass, AP, 22 décembre 2023 n°20-20.648 et 21-11.330

#### **Conseil d'Etat**

- CE, ass, 24 mars 2006, n°288460

#### **Conseil constitutionnel**

- CC, décision n°2011-191, QPC du 18 novembre 2011

#### **Cour européenne des droits de l'Homme.**

- Cour EDH, 22 octobre 1981, Dudgeon c. Royaume-Unis, n°7525/76
- Cour EDH, 27 octobre 1993, Dombo Beheer c. Pays-Bas, n°14448/88
- Cour EDH, 10 octobre 2006, LL c. France, n°7508/02
- Cour EDH, 9 juin 2009, Opuz c. Turquie, n°33401/02
- Cour EDH, 27 mars 2012, Eternit c. France, n°20041/1

## **LOIS**

- Loi n°92-684 du 22 juillet 1992 *portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes*
- Loi n°93-22 du 8 janvier 1993 *modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*
- Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 *relative au pacte civile de solidarité (Pacs)*

- Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 *renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs*
- Loi n°2004-439 du 4 mai 2006 *relative au divorce*
- Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 *relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*
- Loi n°2014-873 du 4 août 2014 *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*
- Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XX<sup>ème</sup>*
- Loi n°2019-1480 du 28 décembre 2019 *visant à agir contre les violences au sein de la famille*
- Loi n°2024-233 du 18 mars 2024 *visant à mieux protéger et accompagner les enfants victimes et covictimes de violences intrafamiliales*

## TABLE DES MATIERES

---

<b>AVERTISSEMENT</b> .....	3
<b>REMERCIEMENTS</b> .....	4
<b>LISTE D'ABRÉVIATIONS</b> .....	5
<b>SOMMAIRE</b> .....	6
<b>INTRODUCTION</b> .....	8
<b>PARTIE 1 : LA SÉCURITÉ JURIDIQUE OBJECTIVE SACRIFIÉE SUR L'AUTEL DE L'EFFICACITÉ ?</b> .....	22
<b>CHAPITRE 1 : la personne protégée, une condition d'ouverture incertaine</b> .....	<b>23</b>
<b>SECTION 1 : la protection d'un membre du couple indéterminé par le droit</b> .....	<b>23</b>
<b>I. Le critère de cohabitation supprimé</b> .....	<b>24</b>
<b>A) La vie commune imposée, le dénominateur commun du couple en droit civil</b> ...	<b>24</b>
<b>B) La vie commune supprimée, la naissance d'un couple sui-generis</b> .....	<b>25</b>
<b>II. Le critère d'actualité évincé</b> .....	<b>28</b>
<b>A) La protection des relations passées et futures</b> .....	<b>28</b>
<b>B) La protection des violences anciennes</b> .....	<b>30</b>
<b>SECTION 2 : la protection équivoque des enfants du couple</b> .....	<b>31</b>
<b>I. Le statut des enfants victimes reconnu en théorie</b> .....	<b>31</b>
<b>A) Une reconnaissance scientifique et juridique du statut de victime</b> .....	<b>32</b>
<b>B) Une reconnaissance quasi-complète du statut de victime</b> .....	<b>33</b>
<b>II. La place incertaine des enfants victimes en pratique</b> .....	<b>35</b>
<b>A) Les violences commises exclusivement sur les enfants : quelle protection ?</b> .....	<b>35</b>
<b>B) L'inexistence du droit d'action de l'enfant : une protection illusoire ?</b> .....	<b>37</b>
<b>CHAPITRE 2 : le danger, une condition d'ouverture tourmentée</b> .....	<b>39</b>
<b>SECTION 1 : une condition essentielle éprouvée par la recherche d'efficacité</b> .....	<b>39</b>
<b>I. La mise en danger, une condition intrinsèque à la mesure de protection</b> .....	<b>40</b>
<b>A) L'incarnation du caractère protecteur de la mesure</b> .....	<b>40</b>
<b>B) La garantie de constitutionnalité de la mesure</b> .....	<b>41</b>
<b>II. La mise en danger, une condition restrictive éprouvée</b> .....	<b>42</b>
<b>A) La difficile appréhension du danger</b> .....	<b>43</b>
<b>B) Le caractère restrictif du danger</b> .....	<b>45</b>
<b>SECTION 2 : les risques inhérents à l'abandon de cette condition</b> .....	<b>47</b>
<b>I. Le risque lié à la coloration pénales des mesures prononcées par le juge</b> .....	<b>48</b>
<b>A) Le glissement de la mesure vers un objectif répressif</b> .....	<b>48</b>

B)	Le glissement renforcé par la sanction pénale des mesures prononcées.....	50
II.	Le risque lié à une instrumentalisation de la mesure .....	51
A)	Une manipulation aux fins d'accélérer et d'orienter le prononcé du divorce ? .	52
B)	Une manipulation possible aux fins de stratégies internationales ?.....	54
<b>PARTIE 2 : LA SÉCURITÉ JURIDIQUE SUBJECTIVE SACRIFIÉE SUR L'AUTEL DE L'EFFICACITÉ ? .....</b>		<b>56</b>
<b>CHAPITRE 1 : la simplification ambivalente du régime probatoire .....</b>		<b>57</b>
<b>SECTION 1 : l'admission hétérogène des violences vraisemblables .....</b>		<b>57</b>
I.	La difficulté probatoire inhérentes aux violences conjugales.....	58
A)	En théorie, une appréciation large des violences .....	58
B)	En pratique, une appréciation variable des violences .....	60
II.	La difficile appréhension du caractère vraisemblable des violences .....	61
A)	Le mode de preuve en théorie allégé.....	62
B)	Le mode de preuve en pratique débattu.....	63
<b>SECTION 2 : l'admission inévitable d'une preuve déloyale en matière de violences conjugales.....</b>		<b>66</b>
I.	Le principe de loyauté procédural, un outil de sécurité juridique interrogé .....	66
A)	Le principe de loyauté de la preuve reconnu en procédure civile .....	66
B)	Le principe de loyauté de la preuve ambitieux en matière familiale .....	68
II.	L'admission de la preuve déloyale, un vecteur d'efficacité procédurale généralisé	69
A)	Une admission encadrée en matière d'ordonnance de protection.....	69
B)	Une admission précurseur en matière d'ordonnance de protection .....	71
<b>CHAPITRE 2 : la disproportion manifeste du régime du contradictoire.....</b>		<b>73</b>
<b>SECTION 1 : le contradictoire en théorie sauvegardé .....</b>		<b>73</b>
I.	Le contradictoire, un principe directeur en théorie appliqué.....	73
A)	Un principe directeur de procédure civile .....	74
B)	Un principe applicable à la mesure de l'OP .....	75
II.	Le contradictoire, un principe aménagé sous le contrôle du juge .....	76
A)	Une procédure d'urgence.....	77
B)	Une procédure sans confrontation obligatoire .....	78
<b>SECTION 2 : le contradictoire en pratique malmené.....</b>		<b>80</b>
I.	Droit positif, le contradictoire malmené par une procédure chronométrée .....	80
A)	La difficulté de préparer sa défense.....	81
B)	Les conséquences notoires de la compression des délais .....	83

<b>II. Droit prospectif, le contradictoire chassé de la procédure.....</b>	<b>84</b>
<b>A) L'ordonnance provisoire de protection immédiate en projet .....</b>	<b>84</b>
<b>B) Les risques inhérents à l'ordonnance provisoire de protection immédiate.....</b>	<b>86</b>
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>88</b>
<b>ANNEXE.....</b>	<b>91</b>
<b>INDEXE .....</b>	<b>92</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>94</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>102</b>

