



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MÉMOIRES

**Master de Justice et droit du procès
Dirigé par Madame Cécile Chainais
2022**

L'office du juge en droit de la famille

**Auteur : Chloé de Suzzoni
Sous la direction de Madame Lucie Mayer**



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

- MASTER 2 JUSTICE ET DROIT DU PROCES -

L'office du juge dans le contentieux familial

Mémoire de Master 2

Par

Chloé de Suzzoni

Sous la direction de Madame le Professeur

Lucie MAYER

ANNEE UNIVERSITAIRE 2021-2022

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 Madame le Professeur Lucie Mayer, pour avoir accepté la direction de ce mémoire, ainsi que pour sa disponibilité.

Je remercie également Madame Christine de Gouvion de Saint Cyr, juge aux affaires familiales au tribunal judiciaire de Nanterre, de m'avoir permis de réaliser un stage à ses côtés, ainsi que Me Nathalie Dival, avocate spécialisée en droit de la famille, qui m'a fait découvrir et apprécier ce domaine bien particulier du droit civil.

LISTE D'ABREVIATIONS

C

CA : Cour d'appel

C. Cass. : Cour de cassation

- civ. : chambre civile (1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème})
- crim. : chambre criminelle
- ass. plén. : assemblée plénière

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

Chron. : chronique

CIDE : Convention internationale des droits de l'enfant

coll. : collection

Cons. constit. : Conseil constitutionnel

ConvEDH : Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

CNB : conseil national des barreaux

CPC : Code de procédure civile

CPP : Code de procédure pénale

D

D. : Recueil Dalloz

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

dir. : direction

DUDH : Déclaration universelle des droits de l'Homme

E

éd. : édition

ENM : Ecole nationale de la magistrature

G

Gaz. Pal. : La Gazette du Palais

GPA : Gestation pour autrui

I

ITT : incapacité temporaire de travail

J

JAF : juge aux affaires familiales

JAM : juge aux affaires matrimoniales

JCP G : Semaine juridique, Edition générale

JCP N : Semaine juridique, Edition notariale

JE : juge des enfants

L

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

M

MARD : modes alternatifs de règlement des différends

P

p. : page

PACS : pacte civil de solidarité

T

TGI : tribunal de grande instance

TI : tribunal d'instance

TJ : tribunal judiciaire

Q

QPC : question prioritaire de constitutionnalité

R

req. : requête

U

UE : Union Européenne

SOMMAIRE

Partie 1 : Le cadre procédural distinct, premier indice de la spécificité de l'office du juge de la famille

Titre 1 : La particularité de la procédure dans le contentieux familial

Chapitre 1 : L'adaptation des garanties fondamentales de la procédure civile au contentieux familial

Chapitre 2 : L'aménagement des principes d'impartialité et d'indépendance du juge

Titre 2 : L'influence des mutations contemporaines du procès civil sur l'office du juge de la famille

Chapitre 1 : Managérialisation de la justice et office du juge de la famille

Chapitre 2 : Fondamentalisation du procès civil et office du juge de la famille

Partie 2 : L'octroi de missions particulières au juge, second indice de la spécificité de l'office du juge de la famille

Titre 1 : La primauté de la volonté d'apaisement

Chapitre 1 : La mise en œuvre de l'office de conciliation, entre bonnes intentions et paradoxes

Chapitre 2 : Justice familiale, justice consensuelle

Titre 2 : L'office de protection, office cardinal du juge de la famille

Chapitre 1 : La protection des personnes par le juge, à l'heure de la montée en puissance de l'individualisme

Chapitre 2 : Des attentes nouvelles concernant le juge de la famille

Introduction

« *L'intérêt de l'enfant, son bonheur, son bien-être devaient se conformer au concept philosophique de la vie bonne* ». C'est de cette manière que Fiona Maye, personnage de fiction du roman de l'auteur britannique Ian McEwan¹, définit l'intérêt de l'enfant. Ce roman met en scène une juge spécialisée en droit de la famille, qui est tenue de décider si un adolescent de dix-sept ans, atteint d'une leucémie, doit bénéficier d'une transfusion sanguine qui lui sauverait la vie, alors que ses parents, témoins de Jéhovah, s'opposent à cette transfusion. Cette décision est l'occasion pour la juge de s'interroger sur les contours de l'intérêt de l'enfant, notion certes juridique mais empreinte d'une dimension factuelle. Selon elle, la vie d'un enfant doit lui permettre d'atteindre les objectifs suivants : « *l'indépendance intellectuelle et financière, l'intégrité, la compassion et l'altruisme, un travail gratifiant par le degré d'implication requis, un vaste réseau d'amitiés, l'obtention de l'estime d'autrui, les efforts pour donner un sens à son existence, et la présence au centre de celle-ci d'une relation significative, ou d'un petit nombre d'entre elles, reposant avant tout sur l'amour* ».

Ces quelques développements nous amènent à nous interroger sur le rôle que le juge – et plus particulièrement le juge qui intervient en matière familiale – joue dans notre société. Selon le professeur J. HAUSER, « *le rôle du juge est toujours un révélateur, un révélateur du rôle que veut jouer la société dans la matière considérée et de l'importance qu'elle lui accorde* »². Comme cela a pu être souligné, « *l'interrogation que l'on peut avoir sur le rôle du juge n'est pas nouvelle, et elle n'est pas propre au droit de la famille. Cette interrogation s'inscrit dans le cadre d'une réflexion aussi ancienne que l'institution de la justice, et son actualité ne s'est jamais démentie* »³.

Section 1 : le juge et la famille

La famille est l'institution qui, depuis l'origine, a été au cœur de notre société (§1). Par conséquent, si l'affirmation du professeur HAUSER est vraie, le juge devrait jouer un rôle très important au sein de la matière familiale. Cela n'a cependant pas toujours été le cas, l'histoire du lien entre le juge et la famille étant faite de rapprochements et de mises à distance (§2)

§1 : De l'importance de la famille dans la société

La famille est considérée comme le plus petit dénominateur commun de notre société, l'institution de base sur lequel l'ensemble de la société se construit. Si elle a toujours existé, elle a connu récemment des évolutions majeures en droit français (A). Ces évolutions sont liées à un éclatement des sources du droit de la famille (B).

¹ I. MCEWAN, *L'intérêt de l'enfant*, Gallimard, coll. Folio, 2014, p28. Titre original : *The Children Act*.

² J.-J. LEMOULAND, *Quel rôle pour le juge en droit de la famille*, In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, 2010-2020 Une décennie de mutations du droit de la famille, Dalloz, 2021, p81

³ J.-J. LEMOULAND, précité

A) La famille, organe central de notre société en pleine mutation

Définition. Classiquement, la famille est définie comme « *un groupe de personnes liées entre elles, par des liens fondés sur le mariage et la filiation* »⁴. Cette définition insiste sur la dimension juridique de la famille. Cependant, il faut souligner qu'aucun texte juridique ne définit la famille, même si le terme est parfois employé, notamment dans les expressions « *nom de famille* » et « *intérêt de la famille* ». La famille est une institution qui a toujours existé. G. CORNU la qualifiait de « *plus ancienne coutume de l'humanité* »⁵. A ce titre, la famille recouvre une réalité sociologique.

Evolution du droit de la famille. Si la famille a probablement toujours existé, c'est également une institution en pleine mutation. Depuis les années 1990, d'importantes réformes ont contribué à façonner la conception contemporaine de la famille.

Dans un premier temps, les années 1990 sont marquées par une évolution concernant le droit des couples, avec une reconnaissance d'autres formes de relations amoureuses que le couple marié hétérosexuel. La loi du 15 novembre 1999, qui crée le pacte civil de solidarité, définit aussi pour la première fois le concubinage à l'article 515-8 du code civil⁶.

Les années 2000 seront celles de l'abolition des dernières distinctions qui existaient en droit français entre enfant naturel et enfant légitime : « *la loi sur les successions de 2001 a affirmé l'égalité en matière successorale et celle sur l'autorité parentale de 2002 a supprimé la distinction, dans ce domaine, entre les pères mariés et les pères naturels qui reconnaissent leur enfant avant l'âge d'un an* »⁷. En 2005, les expressions « *filiation naturelle* » et « *filiation légitime* » sont définitivement supprimées du code civil.

La décennie 2010-2020 transformera l'institution matrimoniale. L'ouverture du mariage aux couples homosexuels par la loi du 17 mai 2013 représente un tournant. Pour la première fois, le mariage est dissocié de sa fonction reproductrice. Cette conception du mariage, héritée du célèbre discours préliminaire de Portalis, qui présente la beauté du mariage comme étant « *la perpétuation de l'espèce* », est remplacée par une nouvelle conception : le mariage est désormais une institution dont l'objectif principal est de permettre l'épanouissement des individus. Par la suite, la loi du 18 novembre 2016 amorce le mouvement de contractualisation du droit de la famille en autorisant le divorce par consentement mutuel déjudiciarisé. Cette décennie est aussi caractérisée par une uniformisation du droit des couples, dans une logique de pluralisme et d'égalité entre les couples.

Enfin le début des années 2020 est pour l'instant placé sous le signe de la filiation. En premier lieu, la loi bioéthique du 29 juin 2021 a étendu la procréation médicalement assistée aux femmes seules et aux couples de femmes. De même, la loi du 21 février 2022 a ouvert l'adoption à tous les

⁴ A. BENABENT, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Précis Domat, 5^{ème} édition, 2020

⁵ G. CORNU, *Droit civil, La famille* LGDJ, coll., Précis Domat, 9^{ème} édition

⁶ Article 515-8 du code civil « *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

⁷ A. CHEMIN, *La distinction entre enfants légitimes et naturels va disparaître*, Le Monde, 4 juillet 2005

couples. Ces réformes s'inscrivent dans ce même mouvement de pluralisme et d'égalité entre les couples, qu'ils soient mariés, pacsés ou concubins, et qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels.

Contentieux familial. Ces exemples de réformes du droit de la famille – la liste ne se prétendant pas exhaustive – permet de prendre conscience de l'ampleur du contentieux familial. Au-delà des questions matrimoniales et de filiation qui viennent d'être évoquées, le droit de la famille rassemble également le contentieux de l'autorité parentale, le contentieux financier de la famille, la protection dans le cadre familial, ou encore les procédures de délaissement parental. La matière familiale est souvent présentée comme la « vitrine du contentieux civil »⁸, car c'est généralement la seule forme de justice auxquelles seront confrontés les justiciables au cours de leur vie. Ainsi, comme le soulignait la magistrate E. JOHNSTONE : « *La justice familiale est ainsi la forme de justice la plus expérimentée par les justiciables, celle qui touche le plus grand nombre de catégories sociales, avec des enjeux très divers : divorce, patrimoine des futurs ex-époux, violences au sein du couple, pensions alimentaires, résidence de l'enfant en cas de désaccord des parents, etc.* »⁹.

Le législateur français a ainsi conduit de nombreuses réformes qui concernent le droit de la famille. Cependant, l'étude du droit français ne suffit plus à appréhender la matière dans son ensemble. Par ailleurs, le nombre de lois ne doit donner l'impression que le pouvoir législatif maîtrise totalement la matière familiale : au contraire, ces dernières années ont permis d'observer un retrait du législateur, qui se contente de délimiter des grandes lignes et renvoie au juge pour adapter la règle à la diversité des familles françaises.

B) Un éclatement des sources du droit de la famille

Multiplication des sources. Ainsi le droit de la famille ne peut se comprendre sans une vision globalisée de la matière : « *il ne faut pas réduire le droit de la famille au droit interne français ; il faut lui ajouter le droit international privé de la famille, le droit des droits fondamentaux intéressant la famille, les différents droits nationaux de la famille, etc.* »¹⁰. Le droit de la famille ne peut aujourd'hui être étudié sans prendre en compte les questions de droit international privé, ou les enjeux en matière de droits fondamentaux.

Retrait du législateur. Le législateur s'est retiré progressivement de l'élaboration précise de la norme en droit de la famille. C'est ce que le doyen CARBONNIER appelait le « *scepticisme du législateur* ». Comme le souligne S. AMRANI-MEKKI, le législateur, « *reconnaissant son incapacité à embrasser la diversité des situations, (...) délègue en effet ses pouvoirs au juge par l'usage de*

⁸ Expression employée dans C. TASCA, M. MERCIER, Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges, rapport d'information du Sénat, La Documentation française, 2014

⁹ E. JOHNSTONE, *Le JAF, ce meilleur ennemi de la justice familiale*, Délibérée, vol. 1, n1, 2017, pp. 44-52.

¹⁰ M. FARGE, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit de la famille lors de la dernière décennie : profusion des règlements européens et réduction des ambitions ?*, In 2010-2020, une décennie de mutations du droit de la famille, Dalloz, 2021, pp51-63

notions à contenu variable comme celle de l'intérêt de l'enfant »¹¹. Ce retrait du législateur est lié à un constat d'échec, ou du moins de la grande difficulté qu'il existe aujourd'hui à réglementer la matière familiale du fait de l'évolution constante des mœurs. L. CADIET fait remarquer que « *Dans tous les pays, les lois s'essoufflent à suivre les mœurs* »¹². Cela ne signifie pas que le législateur ait décidé d'abandonner le droit de la famille à la seule l'appréciation du juge. Cependant, poursuit l'auteur, « *le droit civil de l'état des personnes, traditionnellement d'ordre public, se privatise et le législateur, de plus en plus, délègue ses pouvoirs aux juges, même s'il ne se désiste pas entièrement de ses mission régulatrices* ».

Le retrait du législateur a laissé un vide, qu'il a bien fallu combler. C'est le juge qui a pris cette place, non pas en créant la loi, mais en adaptant les principes généraux contenus dans la loi aux spécificités de chaque contentieux. Si l'intervention du juge en matière familiale est aujourd'hui fréquente, cela n'a pas toujours été la cas.

§2 : Le juge et la famille, je t'aime moi non plus

L'immixtion du juge au sein de la matière familiale n'a pas toujours été évidente. « *Le contentieux familial soumis au juge est resté longtemps peu fourni en raison notamment de la crainte que pouvait inspirer l'introduction d'un juge dans les rapports intimes des membres d'une famille* »¹³. De fait, les relations entre le juge et la famille ont fluctué à travers les époques.

A) Hostilité annoncée

Hostilité du juge au sein de la famille. Historiquement, les familles ont souvent été chargées de résoudre leurs conflits elles-mêmes. En effet, les rapports familiaux ont longtemps été considérés comme des rapports privés, dans lesquels le juge n'avait pas à s'immiscer. L'Antiquité est marquée par la figure de *pater familias*, chef de famille chargé de prendre toutes les décisions qui concernent sa famille. Au Moyen-Âge, sous l'influence chrétienne, l'instauration de tribunaux de famille vont permettre de régler les différends via l'arbitrage, l'arbitre étant la plupart du temps des voisins ou notables. La Révolution marque un renouveau dans le fonctionnement des familles, les rapports familiaux étant désormais envisagés sous le prisme de l'égalité et de la liberté. Les époux sont autorisés à divorcer, et le mari n'a plus la toute-puissance de décision sur sa propre famille. Les tribunaux de famille sont institutionnalisés et rendus obligatoires. Les révolutionnaires misent sur une résolution amiable des conflits entre les membres d'une même famille. Cependant, cet arbitrage au sein de la famille ne fonctionne pas bien, il est supprimé dès 1796. L'arrivée au pouvoir de Napoléon,

¹¹ S. AMRANI-MEKKI, *La liberté contractuelle en droit processuel de la famille*, Gaz. Pal., 2017

¹² L. CADIET, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004

¹³ M. LARDEUX, *Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille*. Droit. Université de Toulon, 2015, §44

et la rédaction du code civil marque le retour à un système patriarcal. La figure du *pater familias* revient au centre de l'organisation de la famille. Dans un premier temps, le juge continuera à être tenu à l'écart des différends familiaux, qui se règlent en privé.

B) Le retour du juge sur le devant de la scène

Retour du juge. Dans un second temps, à partir des années 1970, on remarque un regain d'intérêt pour le juge. Sous l'influence de J. CARBONNIER, la loi du 11 juillet 1975 élargit les cas de divorce, en créant le divorce pour rupture de la vie commune et en réintroduisant le divorce par consentement mutuel, qui avait été créé à l'époque révolutionnaire et rapidement supprimé par la suite. Le divorce va progressivement devenir un contentieux de masse, qui fera l'objet de la majorité des recours devant le juge. Pour faire face à ce contentieux, un nouveau juge est créée : il s'agit du juge aux affaires matrimoniales. A la même époque, d'autres lois seront adoptées en matière familiale, comme la loi du 4 juin 1970 qui supprime l'autorité du père au profit de l'autorité parentale, partagée par les deux membres du couple. Ces lois sont portées par des principes de liberté, d'égalité, et de pluralisme. Le juge devient le garant de cette nouvelle philosophie du droit de la famille.

Juge aux affaires familiales. Dans les années 1990, le droit de la famille continue de se moderniser. Comme cela a déjà été mentionné, une place plus importante commence à être faite aux couples non mariés, d'abord concubins, puis pacsés suite à la loi du 15 novembre 1999. De nouveau, pour marquer le changement de cap, le législateur décide de créer un nouveau juge. La loi du 8 janvier 1993 instaure le juge aux affaires familiales. Si dans un premier temps, il n'est chargé que d'un type de divorce, il se voit progressivement confier de plus en plus de contentieux. La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, et son décret d'application du 3 décembre 2002 confie au juge aux affaires familiales la compétence en matière d'autorité parentale. C'est surtout la loi de simplification du droit du 12 mai 2009 qui élargit considérablement les compétences du juge aux affaires familiales, notamment en matière patrimoniale, faisant de ce dernier un réel « *juge de la famille* ». Le juge aux affaires familiales est fréquemment décrit comme un « *juge-orchestre* » du fait de la multiplicité des contentieux qui lui sont attribués.

C) Nouveau retrait du juge ?

Engorgement des juridictions. Mais entre le juge et la famille, les rapports se gâtent de nouveau. Si les justiciables continuent de saisir en masse les juridictions qui interviennent en matière familiale, ils expriment également leur mécontentement face aux délais avant d'obtenir une décision, et leur insatisfaction concernant les décisions prises. Dans un rapport du Sénat sur la justice familiale publié en 2014¹⁴, toute une partie a ainsi été consacrée au « *paradoxe d'une justice qui fonctionne bien mais ne donne pas satisfaction* ». Quatre explications sont fournies pour expliquer cette insatisfaction : il

¹⁴ C. TASCIA, M. MERCIER, *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, rapport d'information du Sénat, La Documentation française, 2014

s'agit, du point de vue du « *justiciable : une organisation judiciaire qui manque de lisibilité et une justice à la fois trop lente ou trop expéditive* ». En ce qui concerne les magistrats et professionnels du droit, est dénoncé « *un manque de temps et de moyens* » ainsi qu'une « *spécialisation familiale inaboutie, une fonction peu prisée* » et de manière générale « *une justice qui peine à faire prévaloir l'intérêt de l'enfant sur celui des parents* »¹⁵.

Déjudiciarisation. Conséquence directe de l'engorgement des juridictions, le choix du législateur a été celui de la déjudiciarisation. Le premier chantier a été la déjudiciarisation du divorce, intervenue dans le cadre de la loi du 18 novembre 2016, afin de décharger le juge du contentieux le plus important en volume. Le divorce par consentement mutuel déjudiciarisé a rencontré un réel succès en France. Environ 130 000 divorces ont lieu chaque année, mais seulement 57 900 divorces ont été prononcés par un juge aux affaires familiales en 2020, ce qui montre que la majorité des divorces ont lieu en dehors des prétoires. Cependant, l'incertitude qui persiste concernant la réception de ce divorce déjudiciarisé à l'étranger pousse les époux à choisir la voie judiciaire, dès lors qu'un élément d'extranéité est présent. D'autres procédures ont également été déjudiciarisées, comme la procédure de changement de prénom.

Pour reprendre la citation de J. HAUSER, en principe lorsque la société accorde une grande importance à une matière – ici le droit de la famille –, elle favorise l'intervention judiciaire dans ce domaine. Cela se vérifie en matière familiale : le juge s'est vu confier de plus en plus de missions.

Section 2 : l'office du juge et la famille

Officium. L'ensemble des missions confiées au juge se retrouve souvent sous la dénomination « office du juge ». Etymologiquement, l'officium désigne le devoir. Le terme d'officium, souvent employé au pluriel, renvoie à l'ensemble des devoirs attachés à une fonction, à une charge. Ce sens est toujours utilisé pour certaines fonctions, notamment celle d'officier ministériel.

Polysémie. L'office est un terme ancien, dont le sens a évolué au travers des époques. Cette expression est devenue polysémique, ce qui rend difficile toute tentative de définition. Il conviendra d'étudier les différents sens que recouvrent aujourd'hui cette expression (§1). On se concentrera ensuite sur la multiplication des offices du juge (§2).

§1 : L'office du juge de la famille

Dans un article consacré à l'office du juge, N. CAYROL présente le paradoxe de l'intervention judiciaire dans les termes suivants : « *Comment une personne, parce qu'elle a qualité de juge, peut-elle disposer de ce qu'elle n'a pas ? Comment peut-elle disposer de ses droits, de sa liberté, de ses*

¹⁵ C. TASCA, M. MERCIER, *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, rapport d'information du Sénat, La Documentation française, 2014

enfants ? *L'office du juge, objet essentiel de la procédure civile, constitue donc en même temps le problème fondamental et irréductible de celle-ci* ». La référence aux droits des enfants permet d'illustrer le caractère intime des relations familiales et la difficulté de confier à un tiers des décisions essentielles. Le juge est cependant chargé de dire le droit, ce qui peut être compris de deux manières différentes.

Trancher le litige. L'article 12 du code de procédure civile définit l'office du juge comme le fait, pour le juge de trancher « *le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». C'est le rôle premier du juge. Le juge est celui qui prend un acte juridictionnel, entendu au sens que M. HAURIOU conférait à cette expression, c'est-à-dire l'acte qui a pour fonction de trancher une contestation. Au sein de l'acte juridictionnel, on distingue traditionnellement deux éléments : *l'imperium* et la *jurisdictio*, la *jurisdictio* étant l'action de rendre la justice, *l'imperium* désignant le pouvoir d'ordonner. L'ensemble de ces deux pouvoirs constituent l'office du juge¹⁶.

Dans un colloque consacré à l'office du juge, organisé par le Sénat en 2006¹⁷, l'office du juge est présenté comme l'action qui consiste à trancher les différends et à apprécier les prétentions respectives des parties. Le juge est décrit comme « *le servant des plaideurs* » et le « *serviteur du droit* »¹⁸. En effet, le pouvoir de *jurisdictio* qui lui est conféré l'oblige à dire le droit, c'est-à-dire à interpréter la norme, afin d'appliquer une règle générale, déterminée par le législateur, à une situation particulière. En lien avec cette conception de l'office du juge, le juge est souvent présenté comme étant le « *serviteur du droit* ».

Mission juridictionnelle et mission jurisprudentielle. En lien avec cette mission de dire le droit, deux éléments ont pu être distingués afin de préciser le contenu de l'office du juge. Dans un colloque intitulé « *l'accès au juge de cassation* »¹⁹, C. BRENNER distingue la mission juridictionnelle, qui consiste à trancher le litige en appliquant les règles de droit, et la mission jurisprudentielle du « *juge de cassation [qui] consiste à fixer et à unifier l'interprétation de la norme juridique par l'ensemble des juridictions de l'ordre qu'il chapeaute : cette fonction s'évade du litige particulier pour s'adresser à tous les juges et par-delà à tous les justiciables ou usagers du droit* »²⁰. Cette seconde mission trouve un écho particulier en matière familiale. L'auteur précise en effet qu'en exerçant cette mission, « *le juge de cassation prend place dans le processus de production des règles juridiques (i.e. du droit objectif) et il n'est pas contestable que ce rôle est aujourd'hui accentué et même paradoxalement rendu plus nécessaire qu'autrefois par la déplorable dégradation de la qualité de la loi qu'ont entraîné la frénésie législative et l'instrumentalisation du droit à des fins de communication*

¹⁶ L. CADJET, *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p611

¹⁷ G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT, *L'office du juge*, colloque organisé au Sénat, 2006

¹⁸ G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT, précité

¹⁹ G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON et M. GORE, *L'accès au juge de cassation*, Société Législation Comparée, 2015

²⁰ G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON et M. GORE, précité

politique »²¹. Comme évoqué précédemment, le droit de la famille n'échappe pas à l'inflation législative, au vue du nombre de réformes récentes qui concernent ce domaine. La matière n'échappe pas non plus à la communication politique. Ainsi il a pu être souligné que la création d'un devoir de respect²² que les époux se doivent mutuellement était difficilement sanctionnable par le juge.

§2 : Multiplication des offices du juge de la famille

Multiplication des fonctions du juge. On remarque dans ces définitions que l'office du juge renvoie à une pluralité de missions. L'expression « *office* » est d'ailleurs souvent utilisé au pluriel. Ainsi dans un article de 1997, M.-A. FRISON ROCHE utilise pour titre « *les offices du juge* » pour insister sur la pluralité des missions accordées au juge. Elle en décompte quatre : trancher le litige, apaiser le conflit, concrétiser la règle de droit, et réaliser la vertu de justice. De même, dans un colloque organisé par le Sénat en 2006²³ et consacré à l'office du juge, quatre dimensions du rôle du juge sont présentées : le juge doit ainsi interpréter, apaiser, trancher, et légitimer.

Particularité du contentieux familial. En matière familiale, la multiplication des offices du juge est particulièrement visible. Le juge doit constamment s'adapter, d'une part aux mutations que connaissent la famille, et d'autre part à l'inflation législative. Il a pu être relevé que dans ce domaine, « *on attend alors beaucoup du juge. Le juge en droit de la famille revêt alors différents rôles que ses homologues ne connaissent pas* »²⁴. En effet, au-delà de sa mission classique de trancher le litige, le juge s'est vu confier d'autres missions : il se fait juge homologateur, suite au mouvement de contractualisation du droit de la famille. Il est également un « *facteur de paix familiale* », et donc « un *facteur de paix sociale* ». Comme l'a mentionné S. AMRANI-MEKKI, le juge qui intervient en matière familiale est qualifié désormais de « *juge accompagnateur* » ou « *juge de la durée* »²⁵. Il exerce aussi un office tutélaire.

Cette expression d'office tutélaire est extraite d'un rapport rendu en 2013, qui présente les différents offices du juge²⁶. L'office tutélaire est présenté comme celui qui permet de « *protéger les personnes fragilisées qui ne résolvent pas par elles-mêmes leurs différends ou qui ne bénéficient pas du soutien naturel des leurs ou d'une protection sociale efficace et acceptée* ». D'autres offices sont mentionnés, mais ils ne concernent pas tous la matière familiale.

Précisions terminologiques. Dans les développements précédents, plusieurs expressions ont été employées de manière similaire au terme d'office. Ainsi, le terme de rôle du juge a pu être mentionné. Cette expression a notamment été utilisée dans un sujet donné en dissertation au concours de l'école

²¹ G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON et M. GORE, *L'accès au juge de cassation*, Société Législation Comparée, 2015

²² Article 212 du code civil

²³ G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT, *L'office du juge*, colloque organisé au Sénat, 2006.

²⁴ M. LARDEUX, *Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille*. Droit. Université de Toulon, 2015, p33

²⁵ S. AMRANI-MEKKI, *La liberté contractuelle en droit processuel de la famille*, Gaz. Pal. 11 avril 2017, p. 4

²⁶ A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABÉ et C. KADRI, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXIème siècle*, rapport remis à la Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 2013

nationale de la magistrature en 2011 : « *le rôle du juge en droit de la famille* ». Ce terme nous paraît proche du terme d'office, mais le terme d'office a l'avantage d'insister sur les devoirs, les obligations du juge, avec l'idée que le juge est au service du droit, mais aussi du justiciable. De même, le terme de mission est voisin, mais il se concentre sur les tâches que le juge doit accomplir. Dans le titre de sa thèse, « *la fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille* »²⁷, V. EGEA fait le choix de parler de fonction, expression qui nous paraît intéressante mais pas aussi riche que celle d'office.

Choix du terme office. L'expression d'office du juge est celle qui nous paraît le mieux englober les nouveaux pouvoirs confiés au juge. L'idée est de s'intéresser au rôle du juge dans son ensemble, sa place dans le procès mais aussi en dehors, par rapport aux autres acteurs de la justice familiale, et par rapport aux autres pouvoirs – exécutif et législatif –, et enfin par rapport à la société. Nous l'avons mentionné, les attentes concernant le juge sont importantes : on attend de lui une solution plus négociée, discutée, une solution qui fait participer les parties à la prise de décision.

Section 3 : le juge et la procédure familiale

Le droit de la famille est en principe un droit civil comme les autres (§1). La matière comporte cependant quelques spécificités d'un point de vue procédural (§2)

§1 : Le droit de la famille, un droit civil comme les autres ?

Pour étudier la particularité du juge intervenant en matière familiale par rapport au rôle du juge dans le procès civil, encore faut-il s'intéresser aux règles du procès civil (A), avant de nous intéresser aux liens qu'entretiennent le droit de la famille et la procédure civile (B). Ces réflexions nous poussent à nous interroger sur l'existence d'un juge de la famille (C).

A) Droit de la famille et procès civil

Droit de la famille et procès civil. La matière familiale est une des matières qui représente le mieux le droit civil. En premier lieu, comme cela vient d'être évoqué, la famille est au cœur de notre société. Cette priorité se retrouve dans notre droit, les titres concernant le mariage, la filiation ou encore l'autorité parentale étant parmi les premiers du code. En second lieu, en termes de volume, le contentieux familial représentait récemment jusque 60% du contentieux civil²⁸, contrairement à moins de 50% au début des années 2000²⁹. Récemment, la déjudiciarisation du divorce a réduit le nombre de saisines du juge mais n'a pas permis de mettre un terme à l'engorgement des juridictions familiales.

²⁷ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010.

²⁸ C. BESSIERE, E. BILAND et H. OEHMICHEN, *Justice familiale : tribunaux à l'arrêt, inégalités aggravées*, Famille – Personne, Dalloz Actualité

²⁹ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, p5 : Le ministre de la justice mentionnait en 2006 que le contentieux familial représentait 48,2% des affaires nouvelles portées devant les tribunaux de grande instance

Rôle du juge dans le procès civil. Comme évoqué précédemment, l'article 12 du code de procédure civile définit l'office du juge comme la mission confiée au juge de trancher le litige conformément aux règles de droit applicable. Cependant, dès le début du XX^{ème} siècle, il a été évoqué le fait que le juge n'avait pas uniquement pour rôle de trancher entre deux prétentions³⁰, il doit également s'assurer que la solution est conforme à l'intérêt général. Désormais il est traditionnellement retenu que le procès civil a pour but d'apaiser les conflits, et de manière plus générale de faire régner la paix sociale.

Procédure accusatoire. Le rôle du juge dans le procès est également influencé par le caractère accusatoire de la procédure. En effet, le procès civil français se distingue par la grande liberté accordée aux parties. De cet esprit libéral découle un rôle limité accordé au juge, afin de ne pas s'immiscer dans les intérêts privés des parties. La plupart des droits civils, comme le droit des contrats, partent d'un postulat d'égalité entre les parties, ce qui explique ce choix d'une procédure accusatoire.

B) Droit de la famille et procédure civile

Droit de la famille et procédure civile. De manière similaire à ce qui a été observé pour le procès civil, on pourrait postuler que le juge qui statue en matière familiale est le juge civil par excellence. Cependant, peu d'ouvrages de procédure civile lui consacrent des développements spécifiques. En effet, comme cela a pu être relevé, les processualistes s'intéressent peu à la matière familiale, ce qui peut s'expliquer par « *l'enseignement universitaire des deux matières. Alors qu'il est absolument impensable de faire un cours de première année de licence en droit de la famille sans parler de juges, le cours de droit judiciaire privé, en troisième année de licence quant à lui, n'évoque que peu les questions familiales* »³¹. Les principaux manuels de droit judiciaire présentent les règles de la procédure civile de manière générale, et consacrent quelques développements à certains contentieux civils, généralement le contentieux commercial et prud'hommal, qui ont la particularité de disposer de leurs propres tribunaux, et donc de leur propres règles. Cette présentation des choses laisse de côté toutes les dispositions spécifiques du contentieux familial, qui font l'objet d'ouvrages spécialisés.

Procédure en matière familiale. La matière familiale présente cependant quelques spécificités d'un point de vue procédural. Il a même été souligné que « *les aspects les plus spectaculaires et les plus controversés des réformes récentes de la procédure civile concernent au premier chef le droit de la famille* »³². De plus, la création d'un chapitre consacré à la « *procédure en matière familiale* » dans le code de procédure civile – aux articles 1070 à 1143 – est d'ailleurs souvent évoquée dans les ouvrages spécialisés de droit de la famille, et présentée comme un marqueur évident de la spécialisation de la procédure dans la matière familiale³³. Pour tenir compte des spécificités de la

³⁰ A. TISSIER, *Le rôle social et économique des règles de la procédure civile*

³¹ C. BAHUREL et R. LAHER, *Propos introductifs : le droit processuel et le droit de la famille*, In R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020, p3

³² C. BAHUREL et R. LAHER, précité

³³ J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, 2014, §134

procédure en matière familiale, il a été proposé d'aller plus loin que ce qui a déjà été fait en créant un code de procédure civile propre au contentieux familial ou code des procédures civiles familiales³⁴.

Spécificité de la procédure familiale. Il convient de nuancer le propos : la procédure familiale n'est pas absente des ouvrages généraux de procédure civile. On peut noter que s'il ne lui ait pas consacré de développements particuliers, elle est en réalité présente partout. Elle est régulièrement citée en exemple, généralement pour la présenter comme dérogatoire à la procédure classique. En effet, il a pu être souligné, à propos des pouvoirs d'organisation du juge, qu'ils « *sont grandement tempérés par le respect des grands principes de droit processuel, qui eux-mêmes se trouvent parfois contraints à l'adaptation à la matière familiale* »³⁵.

Cette spécificité a été relevée par plusieurs auteurs spécialisés dans le contentieux familial. Elle conduit à s'interroger sur l'existence d'un « juge de la famille ».

C) L'existence d'un « juge de la famille »

Juge de la famille. Se pose ainsi la question de l'existence d'un juge de la famille, dont l'office serait distinct de l'office du juge civil traditionnel, du fait des spécificités inhérentes à la matière familiale. La doctrine s'est interrogée sur l'existence d'un juge de la famille, comme l'illustre l'article de L. CADIET « *A la recherche du juge de la famille* »³⁶. Il a été postulé que « *le juge de la famille n'existe pas, car plusieurs juges se partagent la connaissance du contentieux familial* »³⁷. En effet, de nombreux juges qui interviennent dans le contentieux familial. Au-delà du juge aux affaires familiales, d'autres juges continuent d'intervenir concernant la famille : le juge des enfants en premier lieu, qui a le pouvoir de prendre des mesures en matière d'assistance éducative, et le juge des contentieux de la protection intervient toujours, mais uniquement concernant la protection des majeurs, la tutelle des mineurs étant désormais dévolue au juge aux affaires familiales. Certains contentieux patrimoniaux, comme les questions successorales, continuent d'être attribués au tribunal judiciaire dans sa formation collégiale. Le juge pénal a aussi à connaître de la notion de famille, notamment pour appréhender les immunités familiales. La famille est d'ailleurs aujourd'hui devenue un réel instrument de la politique pénale³⁸. De même, le juge administratif façonne la matière par le biais du contentieux de la nationalité.

Tribunal de la famille. Cependant, la pluralité des juges qui influent sur la matière familiale n'a pas empêché certains auteurs de considérer qu'il existe une « *magistrature familiale* »³⁹, expression employée dans un ouvrage afin de décrire les mutations que connaît l'office du juge de la famille.

³⁴ G. DROUOT, *Les sources en droit processuel de la famille*, In R. LAHER, C. BAHUREL, Droit processuel de la famille, Dalloz, 2020, p9

³⁵ M. LARDEUX, *Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille*, Droit, Université de Toulon, 2015, p29

³⁶ L. CADIET, *A la recherche du juge de la famille*, in Familles et justice, MEULDERS-KLEIN (Dir.) Bruylant et LGDJ 1997, p 235.

³⁷ M. LARDEUX, *Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille*, Droit, Université de Toulon, 2015, §44

³⁸ R. LAHER, C. BAHUREL, précité, *Procédure pénale et droit de la famille*, p174

³⁹ C. POMART, « *La magistrature familiale* », L'harmattan, 2004

Cette idée renvoie également au souhait mentionné par plusieurs rapports de rassembler tout le contentieux de la famille au sein d'un « *tribunal de la famille* », qui serait indépendant du tribunal judiciaire. La création d'un tribunal dévolu spécifiquement aux questions familiales achèverait de marquer le particularisme de la matière.

Dans les années 1960, des « *tribunaux de la famille* » ont été mis en place dans les juridictions. Ces tribunaux regroupaient du contentieux civil et pénal et avaient pour objectif de « *rendre une justice plus adaptée à la réalité sociale et psychologique de chaque famille* »⁴⁰. Si cette expérience mise en place par l'institution judiciaire n'a pas perduré, elle a démontré une réelle volonté du pouvoir judiciaire d'unifier le contentieux de la famille. Par ailleurs, comme l'a souligné J.-J. LEMOULAND, « *l'extension croissante des compétences du JAF montre bien que la question d'une juridiction spécialisée en matière familiale reste plus que jamais d'actualité* »⁴¹.

Le rapport GUINCHARD proposait déjà en 2008 l'instauration d'un « *pôle famille* » renforçant les compétences des juges aux affaires familiales. La plupart des recommandations de ce rapport qui concernaient le JAF ont été suivies, ce dernier s'étant vu confier plus de compétences par la loi du 12 mai 2009. Cependant, l'idée d'un pôle familial n'a pas été retenue par le législateur. La création d'un tribunal de la famille a ensuite été évoquée dans le rapport MARSHALL de décembre 2013 sur « *Les juridictions du XXIème siècle* ». La proposition 6.1 du rapport est formulée dans les termes suivants : « *Le tribunal de la famille regroupera les contentieux actuellement confiés aux juges aux affaires familiales et relatifs à l'état des personnes* ».

Tour d'horizon. Des tribunaux de la famille existent à l'étranger : la Belgique a des tribunaux de la famille et de la jeunesse se trouvant dans chaque arrondissement, spécialisés dans un contentieux civil et centré autour de l'enfant. Aux Etats-Unis, il existe le tribunal de famille, qui mêle droit civil, pour des questions de droit de visite et de garde, et droit pénal des mineurs.

Choix de l'unification. Cette tentation du législateur de créer de juridictions spécifiques a été remarquée dans la doctrine, notamment sous la plume de Roger Perrot : « *Dès qu'apparaissent de nouvelles matières (...) le législateur s'empresse de créer des juridictions qui connaîtront spécialement des litiges qu'elles font naître* »⁴². Cependant, en France, il apparaît que le choix qui a été fait est celui d'une unification des contentieux civils, plutôt que d'une spécialisation, comme a pu l'illustrer la loi du 23 mars 2019 qui fusionne les tribunaux d'instance et tribunaux de grande instance en un tribunal judiciaire. L'idée qui semble s'imposer est celle de la suppression de plus en plus de juridictions d'exception, dans un souci de clarté pour le citoyen.

Précision terminologique. Ainsi, même s'il n'existe pas en droit français de « tribunal de la famille », la proposition de créer un tel tribunal montre qu'il existe une proximité entre les juges civils

⁴⁰ J.-J. LEMOULAND, *Quel rôle pour le juge en droit de la famille*, In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, 2010-2020 Une décennie de mutations du droit de la famille, Dalloz, 2021

⁴¹ J.-J. LEMOULAND, précité

⁴² H. SOLUS et R. PERROT, « *Droit judiciaire privé, t. I, Introduction, notions fondamentales, organisation judiciaire* », Sirey, 1961.

qui interviennent en matière familiale. C'est pour cette raison que nous avons fait le choix d'employer l'expression « *juge de la famille* » dans le cadre des développements qui vont suivre, afin de désigner l'office du juge dans le contentieux familial. L'emploi de cette expression désignera principalement l'office du juge aux affaires familiales, mais pourra être occasionnellement employée pour présenter des orientations générales de la jurisprudence en matière familiale. Ce second sens est fréquemment utilisé par la doctrine, comme l'illustre les exemples suivants : « *le juge de la famille et la loi étrangère* »⁴³, « *juge de la famille et homosexualité* »⁴⁴, ou encore « *l'impartialité du juge de la famille* »⁴⁵.

Cette expression de « *juge de la famille* » n'a pas vocation à dire que tous les juges qui interviennent en matière familiale ont le même office, car ils sont chargés de contentieux parfois très différents, mais de dire qu'il existe suffisamment d'éléments communs, qu'il s'agisse de la procédure ou du rôle du juge dans le procès, pour considérer qu'il existe un office spécifique au juge de la famille, qui se distingue de l'office du juge civil.

§2 : *La particularité de la matière familiale*

Ainsi, le juge de la famille joue un rôle particulier au sein du procès. Cette situation s'est traduite par l'emploi de plusieurs expressions, dont celle de « *droit judiciaire de la famille* » (A) et celle « *droit processuel de la famille* » (B).

A) L'existence d'un droit judiciaire de la famille

Droit judiciaire de la famille. La multiplicité des exceptions à la procédure civile et la présence d'un chapitre à part dans le code de la procédure civile consacré à la procédure en matière familiale ont amené certains auteurs à considérer qu'il existait un « *droit judiciaire de la famille* »⁴⁶. J.-J. LEMOULAND constate dans son ouvrage que « *le droit de la famille est devenu un droit judiciaire* » et il relève dans le même temps « *la spécificité grandissante de la fonction judiciaire, dans ce domaine* »⁴⁷. On retrouve la même logique dans la thèse de V. EGEEA : « *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille* »⁴⁸ dont le postulat est de démontrer que l'office du juge de la famille se démarque de l'office du juge civil par la mission de régulation qui lui est attribuée.

Dans son ouvrage, J.-J. LEMOULAND évoque plusieurs facteurs susceptibles d'expliquer l'apparition d'un droit judiciaire de la famille. Il cite notamment le choix du législateur de réglementer la matière par des notions génériques, « *qui laissent au juge une marge d'appréciation considérable* »,

⁴³ H. FULCHIRON, *Le juge de la famille et la loi étrangère*, Lexis Nexis, Droit de la famille n° 3, Mars 2000, chron. 5

⁴⁴ A. GOURON MAZEL, *Juge de la famille et homosexualité*, Lexis Nexis, Droit de la famille n° 1, Janvier 2002, chron. 1

⁴⁵ A. GOUTTENOIRE, *L'impartialité du juge de la famille*, Lexis Nexis, Droit de la famille n° 1, Janvier 2005, comm. 6

⁴⁶ J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, 2014.

⁴⁷ J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, 2014, §332

⁴⁸ V. EGEEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010.

l'internationalisation du droit de la famille, qui a fait la part belle aux notions floues, la contractualisation de la matière familiale qui « *s'est accompagnée, pour l'instant, d'un accroissement corrélatif du contrôle judiciaire* ».

D'autres expressions similaires ont pu être employées, comme celle de « *droit procédural de la famille* »⁴⁹, ou de « *procédure civile familiale* », définie « *de manière restrictive comme les règles déterminant la conduite à tenir afin d'obtenir du juge civil une décision statuant sur une situation relevant du droit de la famille, patrimonial ou non* », définition qui exclut « *tout ce qui relève de l'organisation judiciaire ou des procédures civiles d'exécution* »⁵⁰.

La pluralité de ces expressions marque la spécificité de l'office du juge de la famille, spécificité qu'on retrouve dans l'emploi d'une autre expression, plus récente : celle de « *droit processuel de la famille* ».

B) L'existence d'un droit processuel de la famille et la particularité de la procédure familiale

Droit processuel de la famille. Une partie de la doctrine ne se contente pas de postuler d'une simple spécificité de la procédure de la matière familiale. Pour certains, il existe un véritable « *droit processuel de la famille* », dérogoire du droit processuel classique. Cette expression est récente. Elle a été employée et définie par S. AMRANI-MEKKI en 2017, à l'occasion des 13e édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine, évènement organisé chaque année par la maison d'édition Lextenso. Elle énonce que « *Le droit processuel de la famille désigne les règles processuelles spécifiques et dérogoires au droit commun, créées pour s'adapter à la spécificité du contentieux familial* »⁵¹. On retrouve des expressions proches comme celle de « *matière processuelle familiale* » dans des ouvrages antérieurs, comme la thèse de M. LARDEUX⁵² publiée en 2015. Selon cette auteure, à côté du droit processuel classique, il existe une « *matière processuelle familiale* », « *dont la spécificité est désormais reconnue* »⁵³.

L'existence d'un droit processuel de la famille a fait l'objet d'un colloque organisé le 15 novembre 2018 sous la direction de C. BAHUREL et R. LAHER⁵⁴. L'ensemble des interventions vise à distinguer le droit processuel de la famille d'une part et la procédure civile d'autre part, comme l'illustre le rapport de M.-L. CICILE-DELFOSSÉ intitulé « *Filiation et procédure civile* », celui de C. BAHUREL « *Régimes matrimoniaux et procédure civile* », ou encore de celui de M. GRIMALDI, « *Succession et procédure civile* ».

Droit processuel. Cette idée qu'il existe un droit processuel spécifique à une matière a été formulée concernant d'autres contentieux. Les ouvrages de droit processuel distinguent le droit

⁴⁹ V. EGEA, *Un semestre de droit procédural de la famille*, Droit de la famille n° 3, Mars 2022, chron. 2

⁵⁰ G. DROUT, *Les sources en droit processuel de la famille*, In R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020, p8.

⁵¹ S. AMRANI-MEKKI, *La liberté contractuelle en droit processuel de la famille*, Gaz. Pal. 11 avril 2017, p. 4

⁵² M. LARDEUX, *Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille*, Droit, Université de Toulon, 2015.

⁵³ Ibid, §42

⁵⁴ R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020.

processuel horizontal, qui irrigue l'ensemble du droit du procès, et des droits processuels verticaux. La notion de droit processuel horizontal a été définie comme « *l'ensemble des règles qui couvrent tout le champ du droit du procès, qui s'imposent à tous les contentieux, quelle qu'en soit la matière, à toutes les juridictions, quelle qu'en soit la nature et leur appartenance à un ordre de juridictions* »⁵⁵. Les droits processuels verticaux sont plus spécifiques, en ce qu'ils ne s'appliquent qu'à une branche du droit : « *irrigués par le droit processuel horizontal, (...) ces droits processuels développent leur logique propre, pourvu que ce soit dans le respect des standards du droit processuel horizontal* »⁵⁶.

Lien entre droit substantiel et droit processuel. En matière familiale, l'existence d'un droit processuel de la famille se justifierait par le lien particulièrement fort qu'entreprendraient le droit substantiel et le droit processuel. Cette idée traduit la nécessité de la procédure civile à s'adapter au contentieux familial. Dans le cadre des propos conclusifs du colloque consacré au droit processuel de la famille, P. THERY explique que selon lui, la particularité de la matière familiale tient au lien étroit qui existe entre droit substantiel et droit processuel de la famille⁵⁷. Chaque procédure aurait vocation à s'adapter en fonction de la prétention et de la situation des parties. Ce lien entre droit processuel et droit substantiel n'est pas nouveau. Comme l'a souligné F. NIBOYET⁵⁸, lorsque le législateur a instauré le juge aux affaires matrimoniales, il lui a uniquement confié le divorce sur requête conjointe, les autres formes de divorces continuant d'être traités par le juge de droit commun. Il existe donc un lien direct entre le type de procédure et le juge saisi : « *à divorce consensuel, juge gracieux ; à divorce contentieux, juge de droit commun* ». On comprend ici que le lien entre les prétentions au fond des parties et la procédure qui s'y attache est particulièrement important en droit de la famille. On remarque également que la place du juge joue un rôle essentiel dans ce lien entre procédure et droit substantiel. En effet, la grande majorité des exemples concerne le rôle du juge dans le procès. Cette perception du contentieux familial influence directement l'office du juge, dont les contours sont définis par la procédure.

Problématique. La démarche ici sera de considérer le juge de la famille comme un juge civil à part. S'il existe évidemment des grandes similitudes, sur lequel nous ne reviendrons pas, nous préférons nous concentrer sur ce qui fait la particularité de l'office du juge de la famille. L'objectif des développements à suivre sera de s'interroger sur cette spécificité, afin de répondre à la question suivante : le juge de la famille est-il un juge civil comme les autres ?

Dans la mesure où il n'existe pas de consensus sur l'existence d'un « *juge de la famille* », et encore moins sur l'existence d'un « *droit processuel de famille* » qui délimiterait les contours de l'office du juge, nous choisissons d'adopter la méthode du faisceau d'indices, pour essayer de

⁵⁵ S. GUINCHARD &., *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 11e édition, 2021, §18.

⁵⁶ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, & C. S. DELICOSTOPOULOS, *Précité*, §23.

⁵⁷ R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020, p194

⁵⁸ F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, 2008, p. 338.

déterminer les indices qui nous permettent d'affirmer que le juge de la famille n'est pas un juge comme les autres. L'intérêt ici n'est pas de déterminer s'il existe un droit procédural de la famille – même si cette question ressortira en creux – mais d'étudier les particularités de la matière sous l'angle de l'office du juge.

Plan. Deux indices mettent sur la voie d'une spécificité de l'office du juge en matière familiale : le premier indice est celui de l'existence d'un cadre procédural distinct du droit civil (PARTIE 1). Le second est la particularité des missions confiées au juge de la famille, qui sont différents des celles attribuées traditionnellement au juge dans un procès civil classique (PARTIE 2).

PARTIE 1 : LE CADRE PROCEDURAL DISTINCT, PREMIER INDICE DE LA SPECIFICITE DE L'OFFICE DU JUGE DE LA FAMILLE

Procédure familiale. Existence. Dans sa thèse⁵⁹, publiée en 2010, Vincent Egéa émet des réserves importantes à propos de l'expression « *procédure familiale* », qu'il considère exagérée. Reprenant les propos d'A. Leborgne qui a montré « *qu'il n'existe pas de procédure unique en matière familiale, mais une distinction entre la procédure de divorce et les autres procédures d'autre part* », il se positionne contre l'emploi de cette expression, même s'il reconnaît l'existence d'un particularisme procédural. Il considère que si on ne peut « *parler d'un corpus de règles autonome et cohérent propre à la procédure familiale* », les impératifs de la matière familiale, qu'il identifie comme « *la mission protectrice du juge et l'organisation de la vie familiale* » contribuent à une instrumentalisation des principes directeurs du procès.

Sémantique. Dix ans après la publication de sa thèse, V. EGEA tient aujourd'hui une chronique biannuelle, dans la revue « *Droit de la famille* », intitulée « *Un semestre de droit procédural de la famille* ». Dans cette chronique, il a employé l'expression « *procédure familiale* » à plusieurs reprises, comme l'illustre l'exemple suivant issu de l'édition juillet/décembre 2021 : « *Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire et décret du 11 octobre 2021 : quelles conséquences pour la procédure familiale ?* »⁶⁰. Ainsi, d'un point de vue sémantique, V. EGEA dit avoir changé d'avis sur l'emploi de cette expression. Il reste à déterminer s'il s'agit d'un changement purement formel, ou si l'emploi de cette expression est révélateur d'un changement de cap plus important. De manière générale, les propos à venir seront l'occasion de s'interroger sur les évolutions de la procédure au sein de la matière familiale, afin de déterminer si ces évolutions ont permis de faire émerger une réelle procédure familiale, dérogatoire du droit commun, ou si ces évolutions, marginales, rendent impossible toute tentative de systématisation.

Cette réflexion se déroulera en deux mouvements : en premier lieu, il nous est apparu nécessaire d'étudier en détail les exceptions procédurales présentes dans le contentieux familial, notamment par rapport aux garanties fondamentales du procès civil (TITRE 1). En second lieu, il conviendra de se demander si les exceptions précédemment évoquées sont le fruit de particularités de la matière familiale, ou si ces exceptions s'inscrivent dans des mouvements plus généraux qui concernent l'ensemble de la procédure civile (TITRE 2).

⁵⁹ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010.

⁶⁰ V. EGEA, *Un semestre de droit procédural de la famille*, Edition juillet/décembre 2021

TITRE 1 : LA PARTICULARITE DE LA PROCÉDURE DANS LE CONTENTIEUX FAMILIAL

Office du juge. « *L'histoire montre bien que depuis l'Ancien Régime chaque réforme de la procédure familiale a été porteuse d'une vision de l'homme et d'une vision de la famille. Par un jeu de miroir, la procéduralisation du droit de la famille a donc accentué une spécialisation par substantialisation de la procédure* »⁶¹ . C'est par ces mots que Charles Bahurel et Rudy Laher concluent leur introduction à l'ouvrage tiré du colloque organisé sur le droit processuel de la famille. Si la présentation de la notion de droit processuel de la famille est formulée de manière interrogative, laissant le lecteur se faire son propre avis, il paraît difficile pour la procédure familiale de découler à la fois uniquement du droit substantiel de la famille, et à la fois des grands principes de la procédure civile. Nécessairement, la procéduralisation du droit de la famille a conduit à un éloignement des règles qui encadrent le procès civil.

Cet éloignement s'observe par l'adaptation des garanties fondamentales de la procédure civile au contentieux familial (CHAPITRE 1), et plus précisément concernant l'adaptation des principes d'impartialité et d'indépendance (CHAPITRE 2).

⁶¹ R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020, p3

CHAPITRE 1 : L'ADAPTATION DES GARANTIES FONDAMENTALES DE LA PROCÉDURE CIVILE AU CONTENTIEUX FAMILIAL

Dire le droit. Dans un colloque de la Cour de cassation consacré à l'office du juge⁶², Boris Bernabé, doyen de l'université de Paris Saclay, apporte des éclaircissements sur l'expression « *dire le droit* ». Il distingue le terme latin de « *dicere* », qui correspond à un processus, et le terme « *dicare* » qui désigne une affirmation, une décision. L'office du juge revêt ainsi deux aspects : un premier qui concerne l'action du juge pendant le procès, et un second qui se rapporte à la décision. De même, les particularités de l'office du juge de la famille se distinguent entre celles qui sont attirées à la prise de décision pendant le procès (SECTION 1), et celles qui touchent à la décision en elle-même (SECTION 2).

Section 1 : les adaptations procédurales pendant le procès

Les adaptations procédurales concernent à la fois la formation de jugement (§1), et le déroulé du procès (§2).

§1 : Les adaptations concernant la formation de jugement

Le principe d'initiative est le principe pour lequel le caractère dérogatoire est le plus flagrant (A). D'autres exceptions concernant le juge aux affaires familiales (B).

A) Principe d'initiative et autosaisine

Principe d'initiative. Le premier article du code de procédure civile dispose que « *Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement* ». Cet article définit le principe d'initiative, dans sa conception négative, selon laquelle seules les parties peuvent agir en justice, cette possibilité étant interdite au juge. Ce principe est issu d'une conception libérale du procès, comme cela a pu être souligné : « *historiquement (...), l'interdiction repose sur l'idée selon laquelle les parties sont libres de traduire en justice les droits dont elles ont la libre disposition* »⁶³. L'interdiction pour le juge de saisir lui-même découle directement de ce principe. Le doyen WIEDERKEHR souligne notamment que « *la règle selon laquelle le juge ne peut se saisir d'office doit être acceptée comme un principe essentiel* »⁶⁴.

Exceptions. Ce principe a connu de nombreuses exceptions qui ont été supprimées au fil des ans du fait de leur inconstitutionnalité ou de leur inconvictionnalité, notamment par rapport à l'exigence

⁶² Colloque organisé par la Cour de cassation le 16 novembre 2021 sur le thème « *L'office du juge, dire le droit pour résoudre un conflit* »

⁶³ V. BOLARD et M. PIERRAT, *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, Dalloz, 2019, p98

⁶⁴ G. WIEDERKEHR, *La logique du procès, propos introductifs*, Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan

d'impartialité qui découle de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme (ConvEDH). Il existe encore deux exceptions, la plus connue étant prévue à l'article 375 du code civil, selon lequel le juge « *peut se saisir d'office à titre exceptionnel* », pour prendre des mesures d'assistance éducative, « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises* ». L'article 391 permet au juge des tutelles d'ouvrir d'office une tutelle à l'égard d'un enfant dont la filiation n'a pas été établie, dont les parents sont décédés, ou se sont vus retirés leur autorité parentale.

Justification de l'autosaisine. Cette possibilité d'autosaisine a interrogé la doctrine. Selon le Doyen HERON, cette exception au principe d'initiative se justifie par le fait qu'en matière d'assistance éducative, le juge sort de son office juridictionnel pour devenir un administrateur chargé de l'organisation de la vie de la famille : « *la saisine d'office apparaît comme le curseur de la mission de droit public d'administrateur dont peut être investi le juge judiciaire* »⁶⁵. Cette fonction d'administrateur se justifie par l'intérêt que l'Etat porte à l'éducation des enfants, notamment en cas de parents défailants.

Il existait d'autres cas de saisine d'office en droit civil, en matière de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire devant le tribunal de commerce, mais ces exceptions au principe d'initiative ont été déclarées inconstitutionnelles par le Conseil constitutionnel⁶⁶.

B) Le JAF, un juge particulier au sein du tribunal judiciaire

Audience en chambre du conseil. L'article 1074 du code de procédure civile, qui fait partie du chapitre du code réservé à la procédure en matière familiale, précise que « *les demandes sont formées, instruites et jugées en chambre du conseil, sauf disposition contraire* ». Cet article a vocation à s'appliquer au tribunal judiciaire, devant lequel les débats sont publics en principe⁶⁷. Lorsque le principe de la publicité est aménagé devant un juge unique, souvent spécialisé, on dira plutôt que les débats ont lieu « *en cabinet* »⁶⁸. Cette exception est traditionnellement justifiée par la volonté de protéger l'intimité des parties.

Matière gracieuse. Il convient de signaler que les débats ont également lieu en chambre du conseil pour les domaines qui relèvent de la matière gracieuse. Le juge peut même se prononcer sans

⁶⁵ J. HERON, cité par V. EGEE, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, §530

⁶⁶ Cons. Constit., 7 décembre 2012, n°2012-286 QPC, Cons. Constit., 7 mars 2014, n°2013-372 QPC

⁶⁷ Article 22 du code de procédure civile « *Les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil* »

⁶⁸ AJ Famille, Juin 2021

débats⁶⁹. La plupart des domaines relevant de la matière gracieuse sont attirés à la matière familiale, notamment toutes les actions en matière d'adoption et certaines actions en matière d'état civil.

Caractère exceptionnel du contentieux familial. Ainsi les exceptions au principe de la publicité devant le tribunal judiciaire concernent systématiquement le droit de la famille et des personnes. Cependant, d'autres droits civils aménagent ce principe : à titre d'exemple, les audiences ont lieu en chambre du conseil pour les procédures collectives.

Collégialité. Le principe devant le tribunal judiciaire est celui de la collégialité, y compris en chambre du conseil. Certaines procédures concernant l'état des personnes ne peuvent être jugées par un juge unique⁷⁰. Cette disposition montre un attachement à la collégialité, héritée notamment de Montesquieu, selon qui « *le magistrat unique (...) ne peut avoir lieu que dans un Gouvernement despotique* »⁷¹. Cependant, ce principe de collégialité, garant de l'impartialité et l'indépendance des juridictions, est progressivement grignoté par l'apparition de juges uniques⁷².

Juge spécialisé. La matière familiale ne fait exception à ce mouvement. La logique qui domine depuis l'instauration du juge aux affaires matrimoniales est celle du juge unique. Si ce juge a aujourd'hui disparu, remplacé par le juge aux affaires familiales, la faveur à l'égard des juges uniques existe toujours. Cela s'explique par le lien qui est effectué entre « *gestion consensuelle et juge unique* »⁷³. Le juge aux affaires familiales est en effet chargé d'une mission consensuelle, rappelée à l'article 1071 du code de procédure civile⁷⁴. L'oralité des débats et l'obligation de présence des parties contribuent également à faciliter le dialogue avec le magistrat, qui pourra tenter de concilier les parties à l'audience.

Représentation. Devant le tribunal judiciaire, la représentation est en principe obligatoire⁷⁵, qu'il s'agisse de la matière gracieuse ou de la matière contentieuse. Par exception, la procédure sera orale et la représentation non obligatoire pour la majorité des demandes d'adoption, qu'elle soit simple ou plénière, que l'adopté soit mineur ou majeur, que l'adoptant soit célibataire ou qu'il soit le conjoint de l'un des parents, ou que les adoptants soient en couple, qu'il s'agisse d'une adoption nationale ou internationale. Le seul cas où la représentation sera obligatoire est l'hypothèse où l'adopté n'a pas été accueilli avant l'âge de ses quinze ans au foyer de l'adoptant. Ainsi les modalités de la représentation dépendent directement de la situation des parties.

⁶⁹ Articles 446-1 et 828 du code de procédure civile

⁷⁰ Article 212-1 du COJ

⁷¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre VI, chapitre VII.

⁷² M.-A. COHENDET, *La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ?*, Revue française de droit constitutionnel 2006/4 (n° 68), pages 713 à 735

⁷³ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010

⁷⁴ Article 1071 du CPC : « *Le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties* ».

⁷⁵ Article 760 du CPC

Double degré de juridiction. Le principe en procédure civile est celui du double degré de juridiction, assuré par la voie de l'appel. Le double degré de juridictions est une des composantes du procès équitable de l'article 6§1 de la Conv EDH. Ce principe est néanmoins apprécié avec souplesse en procédure civile. Depuis l'arrêt Delcourt contre Belgique⁷⁶, la CEDH a admis que le double degré de juridictions n'était pas obligatoire. En revanche, lorsqu'une voie de recours est créée par les Etats, elle doit respecter les garanties de l'article 6 de la Conv EDH. Le législateur français a profité de cette souplesse pour réduire la possibilité pour les parties d'exercer un recours. Le droit de la famille ne fait pas exception. Nombreuses décisions du JAF sont insusceptibles d'appel, comme la décision de désigner un médiateur familial ou un enquêteur social.

§2 : *Les adaptations concernant le déroulé du procès*

Plusieurs domaines de la procédure civile connaissent des adaptations lors du procès : il s'agit du principe de la contradiction (A), des règles entourant la preuve (B) et la représentation (C).

A) Respect du principe de la contradiction

Principe de la contradiction. L'article 16 du code de procédure civile dispose que « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* ». Ce principe est traditionnellement rattaché aux droits de la défense, ce qui lui confère une portée constitutionnelle⁷⁷. Ce principe n'est pas absolu et connaît des tempéraments en droit français. Le droit de la famille ne fait pas exception. Le principe du contradictoire peut être simplement retardé, comme c'est le cas dans les procédures d'ordonnance protection, où le défendeur n'est informé qu'à l'audience du contenu de la requête. L'article 515-10 du code civil précise que les auditions des parties demanderesse et défenderesse peuvent se tenir séparément.

Enquête sociale. Le principe de la contradiction est également limité lors de l'intervention de professionnels, notamment les enquêteurs sociaux. En effet, les recherches sont effectuées en dehors de la présence des avocats, et comme le souligne V. EGEA, échappent « *au principe du contradictoire* » dans la mesure où « *l'enquêteur social peut ne pas mentionner l'identité des personnes entendues* »⁷⁸. Cet aménagement du principe de la contradiction est justifié par la volonté de garantir « *une parole libre* »⁷⁹ et d'orienter les parties vers un divorce consensuel. De même, si l'article 1072 aliéna 4 précise que les parties ont connaissance du rapport de l'enquête sociale et peuvent demander des compléments d'enquête, dans les faits les délais sont très longs. Repousser de quelques mois une décision sur l'autorité parentale n'apparaît pas envisageable pour les parents, qui ont besoin d'une décision de justice rapidement pour pouvoir organiser la vie de leur enfant.

⁷⁶ CEDH, Delcourt c./Belgique, 17 janvier 1970

⁷⁷ Cons. Constit., Décision du 13 août 1993, n°93-325 DC

⁷⁸ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, §294

⁷⁹ Ibid, §297

Contradiction et parole de l'enfant. Le principe de la contradiction peut être aménagé afin de respecter la parole de l'enfant. En effet, dès que l'enfant dispose d'un discernement nécessaire, il peut s'exprimer sur la procédure qui le concerne, lors d'une audience séparée avec le magistrat. Cette place accordée à la parole de l'enfant est récente, étymologiquement « *l'infans* » étant « *celui qui ne parle pas* ». Depuis le décret du 20 mai 2009, le juge a l'obligation de tenir compte de l'audition de l'enfant. L'article 338-12 du code de procédure civile dispose désormais que le compte-rendu du magistrat « *est soumis au respect du contradictoire* ». Ce respect du principe de la contradiction est limité, la Cour de cassation se contentant d'un simple compte-rendu oral à l'audience⁸⁰. Comme le souligne M. Lardeux dans sa thèse, « *Le contradictoire paraît malmené, car pour qu'elle soit utile, l'audition doit permettre à l'enfant de s'exprimer librement* »⁸¹.

B) Les adaptations concernant la preuve

Liberté de la preuve. Le principe en droit français est celui de la liberté de la preuve. Ce principe connaît traditionnellement quelques tempéraments, notamment pour respecter la vie privée des parties. Dans le cadre du droit de la famille, ce tempérament est limité. En effet la plupart des litiges portent sur des éléments intimes de la vie des parties. Comme le relève J. HAUSER, « *la preuve d'une faute cause de divorce est une autre forme de la probatio diabolica puisque, portant par définition sur des éléments intimes, elle risque de se heurter à cette mine anti personnelle qu'est à l'époque moderne le droit au respect de la vie privée* »⁸². Cependant, cet assouplissement ne doit être synonyme d'anarchie. Ainsi, dans le cadre du divorce, si le code civil commence par rappeler le principe de liberté de la preuve⁸³, il apporte plusieurs limites à ce principe. En premier lieu, le témoignage des descendants est interdit, et le rapport d'enquête sociale ne peut être fourni. En second lieu, si la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme ont pu admettre des modes de preuve qui n'auraient pas été admis dans d'autres contentieux – extraits de journal intime⁸⁴, messages électroniques⁸⁵, SMS –, le code civil⁸⁶ pose une limite en interdisant la production « *d'élément de preuve (...) obtenu par violence ou fraude* », et les constats dressés à la demande d'un époux « *s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée* ».

Licéité de la preuve. L'article 9 du code de procédure civile dispose qu'il « *incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Au-delà de la charge de la preuve, cet article pose un principe de licéité de la preuve. Certaines preuves ne

⁸⁰ C. Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2012, n°11-19.377, Bull. civ. I, n°135

⁸¹ M. LARDEUX, *Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille*, Droit, Université de Toulon, 2015, §1002

⁸² J. HAUSER, *Preuve de la faute et libertés individuelles*, Dalloz, RTD Civ. 1997 p.640

⁸³ Article 259 du code civil : « *Les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu* »

⁸⁴ J. HAUSER, *Le feuillet du journal continue*, Dalloz, RTD Civ. 2000 p.812

⁸⁵ C. GOLHEN, *Divorce : entre le droit à la vie privée et le droit à la preuve*, CEDH 7 sept. 2021, n° 27516/14, Dalloz actualité 27 septembre 2021

⁸⁶ Articles 259-1 et 259-2 du code civil

peuvent être produites en justice car elles sont couvertes par le secret, secret dont la violation est sanctionnée par le droit. Il existe cependant quelques exceptions, toujours en matière de divorce. A titre d'exemple, l'article 259-2 alinéa 2 du code civil autorise le juge à « *faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé* ». Cependant, le caractère dérogatoire de cette exception est à relativiser dans la mesure où il existe d'autres tempéraments au principe de licéité de la preuve concernant le secret. Le secret des affaires et le secret bancaire ont déjà pu être écartés par la Cour de cassation face au droit à la preuve.

Loyauté dans l'administration de la preuve. La Cour de cassation considère traditionnellement qu'un élément de preuve obtenu de manière déloyale est irrecevable. Ce principe, formulé dans un arrêt du 7 janvier 2011⁸⁷ comme étant un principe de loyauté dans l'administration de la preuve, ne connaît que deux exceptions. La première concerne le droit du travail, et la seconde le droit de la famille, toujours en matière de divorce. Dans un arrêt du 29 janvier 1997⁸⁸, la Cour de cassation fait peser à l'époux qui conteste la recevabilité de la preuve la charge de prouver que cette dernière a été obtenue par fraude ou par violence. Il ressort de cet arrêt une quasi présomption de loyauté dans l'administration de la preuve en faveur de l'époux qui a fourni l'élément de preuve litigieux. Ainsi, le droit de la preuve permet de considérer comme recevable une preuve obtenue de façon déloyale.

Section 2 : les adaptations procédurales lors de la décision

Les exceptions procédurales concernant la prise de décision se manifestent de deux manières : il peut s'agir d'un assouplissement des garanties fondamentales du procès (§1) ou d'une adaptation des principes directeurs (§2).

§1 : L'assouplissement des garanties fondamentales du procès entourant la décision

Deux versants du procès équitable font l'objet d'adaptations au contentieux familial : il s'agit de l'obligation de motivation des jugements (A), et l'exécution des décisions de justice (B).

A) La motivation des jugements

Exigence de motivation. Concernant la motivation des jugements, l'article 455 du code de procédure civile emploie une formule qui laisse peu de place au doute « *Le jugement doit être motivé* ». Cette exigence de motivation a une valeur constitutionnelle en droit français⁸⁹. La Cour européenne a rendu plusieurs décisions à l'occasion desquelles elle insiste sur l'importance de la motivation, fût-elle succincte⁹⁰.

⁸⁷ C. Cass., Ass. plén., 7 janvier 2011, 09-14.316 09-14.667

⁸⁸ C. Cass., 2^{ème} ch. civ., 29 janvier 1997, n°95-15.255

⁸⁹ Cons. Constit. Déc. n°77-1012, 3 novembre 1977

⁹⁰ CEDH, HIGGINS ET AUTRES C/ FRANCE, 19 février 1998, requête no 20124/92

Adoption. L'article 353 du code civil est l'exception la plus célèbre à ce principe. Le sixième alinéa de cet article dispose que « *Le jugement prononçant l'adoption n'est pas motivé* ». Se trouvant dans le code civil, cet article, dérogoire, a une valeur supérieure à l'article 455 du code de procédure civile, qui n'a qu'une valeur réglementaire. Cette exception comporte elle-même quelques tempéraments : « *en raison du caractère exceptionnel de cette règle les jugements qui refusent l'adoption plénière - même s'ils prononcent une adoption simple - et les arrêts d'appel même s'ils prononcent l'adoption doivent être motivés* »⁹¹. L'absence de motivation des jugements d'adoption ne fait pas l'objet d'une justification officielle par les pouvoirs publics.

Cause du divorce. Il existe une seule autre exception à l'exigence de motivation, et elle concerne également le droit de la famille. En matière de divorce, le juge peut, à la demande des conjoints, se contenter de préciser qu'il existe une cause au divorce sans préciser laquelle⁹². Cette exception est à contre-courant de la conception de la doctrine sur l'exigence de motivation. La motivation est décrite comme « *le rempart contre l'arbitraire en forçant le juge à argumenter, à prendre conscience de son opinion, de sa portée. (...). C'est pourquoi il faut s'élever contre tout projet, même bien intentionné, qui viserait à alléger cette obligation à la charge des juges* »⁹³. Cependant, la Cour de cassation n'a pas considéré que cette exception sur la cause du divorce était contraire à l'article 6§1 de la CEDH⁹⁴. Elle a rendu une décision similaire concernant la motivation des jugements d'adoption.

Droit pénal. Cette exigence de motivation concerne aussi, de manière plus indirecte, la matière pénale. Dans un arrêt du 20 octobre 2021⁹⁵, la Cour de cassation a sanctionné un arrêt de cour d'assises qui avait retiré l'autorité parentale d'un père condamné pour meurtre sur conjoint sans motivation. La Cour précise que « *l'article 378 du code civil confère à la cour un pouvoir d'appréciation pour décider de la mesure de retrait de l'autorité parentale qui est une mesure de protection de l'enfant. Ce pouvoir d'appréciation ne peut toutefois dispenser la cour d'énoncer les motifs qui, dans la recherche de l'intérêt de l'enfant, rendent nécessaire la mesure de retrait de l'autorité parentale à l'un de ses parents* ».

B) Les aménagements concernant l'exécution des décisions

Principe. Le droit à l'exécution des décisions de justice a acquis une portée nouvelle depuis que l'arrêt Hornsby⁹⁶ de la Cour européenne des droits de l'homme l'a élevé au rang de troisième volet du procès équitable, les autres éléments du triptyque étant le droit à un juge et le droit à une bonne justice.

⁹¹ Site internet du ministère des affaires étrangères France diplomatie, glossaire de l'adoption, Jugement d'adoption

⁹² Article 245-1 du code civil et 1128 du code de procédure civile

⁹³ S. GUINCHARD &. « *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable* », Précis Dalloz, 11^{ème} édition

⁹⁴ C. Cass. 2^{ème} ch. civ., 21 octobre 1991, Bull. civ. II, n°88

⁹⁵ C. cass, ch. crim., 20 octobre 2021, 20-86.321

⁹⁶ CEDH, 19 mars 1997, HORNSBY C/GRECE, req. n°18357/91

Contentieux familial. Le caractère intime des relations familiales affecte nécessairement l'exécution des décisions de justice. Comme cela a été rapidement évoqué, le droit de la famille est aujourd'hui porté par une volonté de pacification et d'apaisement du conflit. Or, comme a pu le souligner E. BOTREL, « *il est évident que la mise en œuvre des voies d'exécution ne va pas être bien vécue par le débiteur et risque de réanimer un conflit que l'on pensait pourtant apaisé* »⁹⁷. La procédure familiale a tenté de remédier à cette difficulté.

Exécution en nature. Sans rentrer dans des considérations trop techniques, on peut citer quelques exemples qui illustrent la difficulté pour de la famille de mettre en œuvre les dispositions relatives à l'exécution forcée en nature. On peut noter en premier lieu que la possibilité pour le juge d'exiger l'exécution en nature d'une décision de justice a évolué au fil des mœurs. Ainsi, obliger les époux à reprendre la vie commune afin de respecter leur devoir de cohabitation apparaît inenvisageable aujourd'hui en droit français, alors que la Cour de cassation l'admettait encore dans les années 1970⁹⁸. Même lorsque des mesures d'exécution en nature peuvent être prononcées par le juge, elles se heurtent souvent à l'insuffisance de moyens des services sociaux⁹⁹, ou à l'hostilité des parents, surtout lorsque la garde de leurs enfants leur a été retiré. Dans un arrêt du 6 décembre 2011¹⁰⁰, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Turquie dans un litige où la mère refusait de remettre son enfant. Elle relève au paragraphe 130 de sa décision l'inadaptabilité des mesures d'exécution forcée à ce type de litige : « *Force est de constater que le droit commun de l'exécution, tel qu'appliqué en l'espèce, ne convient guère pour résoudre le type d'inexécution rencontré en matière de droit à la vie familiale* ». Selon la Cour, il aurait fallu privilégier des « *voies de médiation civile* », plus adaptées, plutôt que des mesures coercitives.

Dettes alimentaires. Si les droits extrapatrimoniaux rencontrent des difficultés certaines à être exécutés, c'est également le cas pour les droits patrimoniaux, quand bien même il existe des outils spécifiques à la matière familiale pour obtenir le paiement des créances. E. BOTREL souligne à leur propos que leur recouvrement « *reste malgré tout assez médiocre* »¹⁰¹. D'autres auteurs ont pu s'interroger sur la persistance d'un principe de solidarité familiale, tant les dettes alimentaires sont rarement honorées¹⁰². Ces dettes sont en grande majorité des dettes alimentaires (pension alimentaire, contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, subsides) dont le caractère est souvent vital pour le créancier.

⁹⁷ R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020, p81

⁹⁸ C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 24 octobre 1973, n°71-14.264

⁹⁹ Tribune publiée le 5 novembre 2018 dans le journal le Monde, dans lequel des juges des enfants du tribunal de Bobigny dénoncent le fait qu'ils sont devenus « *les juges de mesures fictives* »

¹⁰⁰ CEDH, 6 décembre 2011, CENGIZ KILIÇ C/ TURQUIE

¹⁰¹ R. LAHER, C. BAHUREL, précité, p81

¹⁰² H. HAMADI, *Doit-on payer ses dettes familiales ?*, Lextenso, LPA 29 mars 2006, n°63 p44

Généralisation de l'exécution provisoire de droit. Le décret du 11 décembre 2019 a généralisé l'exécution provisoire de droit à toutes les décisions de première instance¹⁰³. Ce décret ne s'applique pas en droit de la famille. L'article 1074-1 du code de procédure civile, situé dans la partie du code réservé à la matière familiale, régit l'exécution dans ce domaine, en prévoyant que « *A moins qu'il n'en soit disposé autrement, les décisions du juge aux affaires familiales qui mettent fin à l'instance ne sont exécutoires à titre provisoire que si elles l'ordonnent* ». Il convient de préciser que les autres exceptions au principe posé d'exécution provisoire de droit concernent en grande majorité le droit de la famille et des personnes, mis à part une exception en matière de nationalité.

§2 : *L'adaptation du principe dispositif*

L'adaptation du principe dispositif se manifeste de deux manières différentes : en premier lieu est accordée au juge la possibilité de statuer d'office sur une prétention non formulée (A). En second lieu, le juge s'est vu reconnaître le pouvoir de suggérer une demande subsidiaire aux parties (B).

A) La possibilité pour le juge statuer d'office sur une prétention non formulée

Principe dispositif. Le principe dispositif est un principe selon lequel « *les parties disposent librement de certains aspects du litige, à savoir l'objet et la cause factuelle du litige* »¹⁰⁴. L'article 5 du code de procédure civile¹⁰⁵ tire la conséquence de ce principe, en consacrant l'indisponibilité pour le juge de se saisir de l'objet du litige. Ce principe est sanctionné strictement par la Cour de cassation qui casse des décisions des juges du fond au visa des articles 4 et 5 du code de procédure civile dès qu'elle considère que le juge s'est immiscé dans l'objet du litige, notamment lorsque le juge s'est permis de statuer d'office sur une prétention qui n'a pas été formulée par les parties.

Exception. Le législateur a décidé d'inscrire dans le code civil une exception au principe dispositif en introduisant un alinéa 3 à l'article 245 du code civil, qui dispose désormais que « *même en l'absence de demande reconventionnelle, le divorce peut être prononcé aux torts partagés des deux époux si les débats font apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre* ». Si cette exception est notable, en ce qu'elle porte atteinte à un principe directeur du procès civil, il faut souligner que d'autres articles du code civil suivent la même logique, en conférant au juge un pouvoir, voire une obligation, de statuer d'office sur une prétention qui n'a pas été énoncée par les parties¹⁰⁶.

B) La possibilité pour le juge de suggérer une demande subsidiaire

Objet de la demande. L'article 4 du code de procédure civile dispose que « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* ». Conformément à ce principe, le juge a

¹⁰³ J. PELLERIN, *La généralisation de l'exécution provisoire de droit*, Gaz. Pal. 28 janv. 2020, p. 85

¹⁰⁴ V. BOLARD et M. PIERRAT, *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, Dalloz, 2019, p106

¹⁰⁵ Article 5 du code de procédure civile : « *Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ».

¹⁰⁶ Exemple : article 1231-5 du code civil

l'interdiction de modifier l'objet de la demande. Selon l'interprétation de la Cour de cassation, il découle de ce principe l'interdiction pour le juge de suggérer une demande subsidiaire à l'une des parties. Une partie de la doctrine considère que la possibilité laissée au juge de suggérer une prétention aux parties serait en effet contraire au principe d'impartialité. Les magistrats expriment également leur malaise à l'idée de suggérer une prétention aux parties¹⁰⁷. Ce malaise se retrouve dans une série de décisions de la Cour de cassation, qui a cassé des décisions des juges du fond accordant des prestations compensatoires à des époux qui ne les avaient pas demandées, après que la loi du 11 juillet 1975 ait remplacé la pension alimentaire par la prestation compensatoire.

Exception. Si le comportement des juges du fond pouvait en effet poser un problème au regard du principe d'impartialité, en ce qu'ils n'avaient pas informé les parties au préalable de l'issue de leur décision, les cassations de la Cour laissaient les époux sans aucune aide financière de la part de leur ex-conjoint. L'article 1076-1 du code de procédure civile est venu remédier à cette situation en disposant désormais que « *lorsqu'une des parties n'a demandé que le versement d'une pension alimentaire ou d'une contribution aux charges du mariage, le juge ne peut prononcer le divorce sans avoir invité les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire* ». La formulation du texte permet d'assurer le respect du principe de la contradiction, mais permet au juge de prononcer une prestation compensatoire, quand bien même les parties ne l'auraient pas demandé.

Ainsi dans de nombreuses hypothèses, la procédure civile connaît des exceptions au sein du contentieux familial. Au-delà de ces exceptions, il convient de s'intéresser aux aménagements de deux principes fondateurs du procès équitable et qui concernent directement le juge : le principe d'impartialité et le principe d'indépendance.

¹⁰⁷ N. MONACHON DUCHENE, *Magistrats - L'ordre public au risque de l'impartialité*, JCP G, Lexis Nexis, n° 28, 13 Juillet 2015, p819

CHAPITRE 2 : L'AMENAGEMENT DES PRINCIPES D'IMPARTIALITE ET D'INDEPENDANCE DU JUGE

Confiance du justiciable dans la décision de justice. L'impartialité et l'indépendance du juge sont essentielles pour que les justiciables aient confiance dans leurs systèmes judiciaires. C'est pour cette raison que la jurisprudence, notamment européenne, accorde autant d'importance à l'apparence : le juge doit renvoyer une image d'impartialité et se présenter comme une personne tierce au conflit, avec un regard neuf. L'importance de ces notions dépasse largement le cadre du droit. Elles sont mentionnées par de nombreux auteurs comme étant des principes fondateurs de notre démocratie. A titre d'illustration les écrits d'Hannah Arendt peuvent être cités en ce qu'ils font écho à la jurisprudence européenne : l'auteure « propose (...) de situer l'impartialité requise pour bien juger sur le plan non plus de l'être, mais de l'apparaître. Dans ce cas, ce qui compte, ce n'est pas d'être à distance des parties, des préjugés, des émotions, mais de paraître à distance »¹⁰⁸. On étudiera successivement le principe d'impartialité (SECTION 1), avant de s'intéresser au principe d'indépendance (SECTION 2).

Section 1 : principe d'impartialité et le juge de la famille

Principe. Le principe d'impartialité du juge est un des principes fondamentaux du procès, au-delà du procès civil. Il est consacré par divers textes internationaux, notamment l'article 6§1 de la Conv EDH¹⁰⁹. Le Conseil constitutionnel rattache de principe d'impartialité à l'article 16 de la DDHC. La mise en œuvre de ce principe au sein de la matière familiale a nécessité quelques ajustements (§1) qui ont contribué à assouplir le principe (§2).

§1 : La nécessaire adaptation du principe d'impartialité

Définition. La CEDH a été la juridiction qui a le plus développé la notion d'impartialité dans sa jurisprudence. Dans un arrêt Piersack c/ Belgique en date du 1^{er} octobre 1982, la Cour résume les enjeux autour de la notion dans les termes suivants : « si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ... elle peut s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer ... entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait en son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »¹¹⁰. Cette distinction entre une démarche objective et subjective existe toujours dans la jurisprudence de la Cour, même si le terme de personnel remplace

¹⁰⁸ J. ALLARD, *L'impartialité au cœur de l'autorité du juge. Approches philosophiques*, Dalloz, Les Cahiers de la Justice, 2020, pages 661 à 672

¹⁰⁹ Le principe d'impartialité est également consacré à l'article 14§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE

¹¹⁰ CEDH, PIERSACK C/ BELGIQUE, 1^{er} octobre 1982

souvent celui de subjectif (A), et l'expression impartialité fonctionnelle renvoie à ce qu'on appelait par le passé l'impartialité objective (B).

A) Impartialité subjective et juge de la famille

Impartialité et émotions. L'appréhension du phénomène judiciaire a été largement influencée, en droit français, par les écrits de Montesquieu qui présente le juge comme un « être inanimé », censé appliquer la loi comme un automate et mettre à distance toute forme d'émotion. Les auteurs des Lumières sont marqués par le fonctionnement de la justice sous l'Ancien Régime et tentent d'éradiquer toute forme d'arbitraire dans les décisions du juge. C'est la période du légicentrisme, avec une confiance inébranlée dans la loi votée par le Parlement. Cette conception a rapidement atteint ses limites et, après la Révolution française, il a été rapidement reconnu aux juges un pouvoir d'interprétation de la loi, le système du référé-législatif n'ayant perduré que quelques années. S'il est aujourd'hui admis sans difficulté que le juge dispose d'une certaine liberté dans l'interprétation de la norme, la question des émotions du juge continue de susciter des crispations. La crainte de l'arbitraire réapparaît rapidement.

Contentieux familial. La matière familiale est une matière marquée par les émotions, l'issue du litige ayant souvent des conséquences très importantes sur la vie des parties. Le juge, censé arbitrer entre les membres d'une famille, ne peut se déconnecter totalement des émotions exprimées par les parties. Au contraire, les parties attendent souvent plus de sa part une forme d'humanisme et de compréhension, qu'une prise de décision sur des critères strictement juridiques. La multiplicité des situations et l'impossibilité pour le législateur à tout prévoir laisse le juge dans une situation où il ne peut se contenter de simplement trancher le litige en droit. S. AMRANI-MEKKI montre ainsi que l'office du juge de la famille « se transforme (...) car il sort de la stricte application de la seule règle de droit pour une appréciation des situations plus sociale ». Concernant le contentieux familial, elle souligne qu'il « s'agit d'un contentieux qualifié de chaud où l'affect est important »¹¹¹. Le fait que le juge sorte de l'application stricte de la loi crée la crainte d'une décision qui ne serait pas rationnelle, et ne reposerait pas sur le syllogisme judiciaire, qui consiste à déduire d'une règle générale une application à un cas particulier. Les juges eux-mêmes ont souvent peur de s'écarter des règles normatives, de peur de se voir accuser de juger en équité.

B) La prise en compte du lien de famille dans l'appréciation de l'impartialité objective

Impartialité objective. Dans un article consacré à l'impartialité du jugement, M.-A. FRISON ROCHE précise les contours de l'impartialité dans les termes suivants : « ce que l'impartialité interdit, ce n'est pas d'avoir une opinion, c'est de ne pas vouloir en changer, d'être dès le départ hors de portée du débat »¹¹². Elle affirme le caractère probatoire d'une telle définition : « dans une telle définition,

¹¹¹ S. AMRANI-MEKKI, *La liberté contractuelle en droit processuel de la famille*, Gaz. Pal., 2017

¹¹² M.-A. FRISON-ROCHE, *L'impartialité du juge*, D., 1999, p.53

l'impartialité devient une règle de preuve »¹¹³. Cette approche probatoire est toujours d'actualité dans la jurisprudence européenne, qui fait peser sur les magistrats une présomption simple d'impartialité. Comme le souligne V. EGEA, « *on accorde une confiance de principe au juge, cependant, les intérêts du justiciable ne sont pas délaissés, puisque ce dernier peut toujours rapporter la preuve de l'absence de neutralité du magistrat* »¹¹⁴.

Lien de famille. Ce principe d'une présomption simple d'impartialité qui pèse sur le juge est mis à mal en présence d'un lien de famille. « *La seule constatation de l'appartenance à une même famille suffit à faire prononcer la récusation* »¹¹⁵ : il s'agit d'une présomption irréfragable, entendue largement puisqu'elle est imputable aux juges comme aux experts, qu'elle s'applique à toutes les juridictions, et qu'elle concerne tous les rapports familiaux, « *qu'il s'agisse de la parenté ou du lien de fratrie* »¹¹⁶, ou même de liens qui résultent d'une situation du concubinage. Ainsi, « *la Cour de cassation a pu reconnaître une atteinte à l'impartialité devant le conseil des prud'hommes car l'un des conseillers était l'oncle de la concubine de l'une des parties* »¹¹⁷.

§2 : *L'assouplissement du principe d'impartialité dans le procès de la famille*

L'assouplissement du principe d'impartialité s'observe notamment lors de l'intervention d'experts (A), ou en présence d'une partie hostile (B).

A) L'influence des experts

Psychologue. L'importance des questions extra juridiques dans le procès de la famille a déjà été mentionnée. Il est aujourd'hui fréquent qu'à propos de droit de garde, ou d'autorité parentale, les parents aient recours à des expertises, notamment de psychologues, pour attester des difficultés de leurs enfants, ou pour montrer en quoi l'autre parent de l'enfant représente un danger. Comme cela a été mentionné à propos de l'exemple de l'aliénation parentale, le manque de formations des juges sur ces questions limite la liberté du juge au moment de ces prises de décisions. Si des formations continues sont proposées aux magistrats, avec la présence de pédiatres ou de psychiatres, elles restent facultatives.

B) L'impartialité du juge en question en présence d'une partie hostile

Proximité du juge avec les parties. Le juge de la famille est chargé d'une mission de conciliation, ce qui nécessite un dialogue avec les parties à l'audience. Le contentieux familial se caractérise ainsi par une grande proximité entre le juge et les parties, du fait de cette proximité. Par ailleurs, la présence d'enfants conduit fréquemment les magistrats à retirer leurs robes à l'audience, et à employer un langage simple et non-juridique, ce qui renforce cette impression de proximité. L'idée

¹¹³ M.-A. Frison-Roche, *L'impartialité du juge*, D., 1999, p.53

¹¹⁴ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, p69

¹¹⁵ V. EGEA, précité, p70

¹¹⁶ V. EGEA, précité, p70

¹¹⁷ V. EGEA, précité, p70

est que mieux un juge connaît une famille, plus sa capacité à prendre une bonne décision – et surtout à concilier les parties – sera grande.

Impartialité. Cette proximité, censée bénéficier aux parties, peut parfois se retourner contre eux. En effet, comment s'assurer qu'un parent qui refuse une mesure provisoire prononcée par le juge (notamment une mesure de médiation familiale) ne sera pas soumis par la suite à un préjugé négatif de la part du magistrat ? V. EGEA met en lumière ce phénomène en attirant l'attention sur certaines décisions de cours d'appel « *qui désignent expressément le membre de la famille qui s'oppose à une mesure de médiation* »¹¹⁸. Cette situation est accentuée par la formation particulière de jugement, à juge unique et à huis clos. Par ailleurs, l'impossibilité pour les parties de faire appel de la plupart des mesures provisoires prononcées par le JAF, notamment la mesure qui renvoie les parties devant un médiateur familial, empêche aux parties de présenter leurs arguments en défaveur d'une médiation devant un autre juge. Enfin, la prise en compte d'éléments non soumis à un débat contradictoire dans la décision, notamment l'audition des enfants et les rapports d'enquête sociale, limitent considérablement l'apparence d'impartialité pourtant si chère à la jurisprudence française et européenne.

Si les exceptions procédurales présentées jusqu'ici peuvent apparaître comme mineures prises isolément, leur accumulation finit par créer des doutes sur le caractère équitable de la procédure familiale. Les libertés prises avec le principe d'indépendance continuent d'interroger.

Section 2 : Le principe d'indépendance et le juge de la famille

L'indépendance du juge de la famille est le garant de sa liberté au moment de la prise de décision. Elle est cependant limitée en cas d'influence, qu'il s'agisse d'influence au sein de l'institution judiciaire (§1) ou d'influences extérieures (§2).

§1 : L'office du juge influencé au sein de l'institution judiciaire

Le juge de la famille est influencé au sein de l'institution judiciaire, d'une part des magistrats de l'ordre civil (A) et d'autre part par des magistrats de l'ordre pénal (B).

A) L'influence des autres magistrats de l'ordre civil

Pouvoir hiérarchique. La dimension factuelle du contentieux familial pourrait pousser les magistrats à s'éloigner de l'application stricte du droit. A ce propos, Vincent Egéa, lors du colloque sur le droit processuel de la famille, mentionnait le fait que des « *outils semblent permettre au juge de s'abstraire du texte de lois dont la mise en œuvre trop rigide pourrait paraître trop sévère concrètement* »¹¹⁹. Cependant, en droit de la famille comme ailleurs, les juges sont soumis à un pouvoir hiérarchique. Renaud Van Ruymbeke soulignait notamment « *À ce pouvoir de réformation*

¹¹⁸ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010

¹¹⁹ V. EGEA, *Le raisonnement des juges*, In R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2020

légale, s'ajoute le pouvoir hiérarchique des magistrats les plus gradés de la juridiction. Chaque juge est évalué périodiquement par son supérieur hiérarchique. Sa carrière en dépend ». Ce pouvoir hiérarchique limite l'originalité du juge dans sa prise de décision.

B) L'influence des magistrats de l'ordre pénal et administratif

Juge civil et juge pénal. L'une des particularités du droit de la famille par rapport aux autres droits civils est l'importance du droit pénal sur ce contentieux. Au-delà des considérations qui concernent le droit substantiel, nous nous intéresserons principalement aux liens entre juge pénal et juge civil. D'un point de vue procédural, il convient de signaler que les procédures sont souvent entremêlées entre le JAF et le JE. Cette proximité peut poser des difficultés pratiques dans la mesure où ces juges peuvent prononcer les mêmes mesures, notamment concernant la garde des enfants. Il apparaît ainsi essentiel que les juges communiquent afin de ne pas prendre des mesures contradictoires. Le JAF doit notamment tenir compte des décisions du JE au moment de se prononcer sur les effets du divorce concernant les enfants. Cependant, les JAF étant des juges du siège rattachés au TJ, ils ont peu l'habitude de dépendre d'un autre juge au moment de leur prise de décision, et rendent parfois leurs jugements sans attendre les éléments de procédures qu'auraient pu leur fournir le parquet ou les JE. Par ailleurs, l'hostilité des JE à l'égard des JAF complique en grande partie la communication des pièces pertinentes. Cette hostilité empêche tout projet de rapprochement entre juges civils et pénaux, et bloque toute tentative de création d'un tribunal de la famille, ou même d'un tribunal centré sur l'enfant comme cela existe dans certains pays, et comme cela a été proposé par le rapport Marshall. Au-delà des considérations procédurales, le fait que plusieurs juges interviennent dans la même procédure est le fruit d'une grande confusion chez le justiciable, qui a souvent du mal à différencier le JE, du JAF, du tribunal judiciaire, notamment compétent pour les procédures de délaissement d'enfants.

Influence du juge administratif. Le juge administratif influence également le droit de la famille. En effet la manière dont les juges de l'ordre administratif interprètent les notions de famille ou du mineur ont nécessairement une influence sur le droit de la famille. Des droits qui ont pris une importance particulière dans le contentieux familial, comme le droit à la vie privée et familiale, se retrouvent dans certains contentieux du droit public, notamment en matière d'expulsion ou d'incarcération. L'harmonisation entre les décisions du juge civil et administratif est néanmoins nécessaire à la cohérence du droit de la famille, afin de garantir l'égalité des justiciables devant la loi. Cependant, de manière similaire à ce qui a été observé avec le juge pénal, le juge administratif semble avoir parfois des difficultés à s'accorder aux juges civils. A titre d'illustration on peut citer les divergences entre ordre civil et administratif concernant les suites données à l'arrêt Perruche. Dans un arrêt du 17 novembre 2000, l'assemblée plénière de la Cour de cassation reconnaît l'existence d'un préjudice pour la naissance d'un enfant handicapé. Cette solution ne perdure pas en droit français : la loi du 4 mars 2002 déclare sans ambiguïté qu'il ne peut exister de préjudice pour le fait « d'être né ».

La Cour de cassation et l'ensemble des juges de l'ordre judiciaire appliquent la loi dès son entrée en vigueur. L'ordre administratif, plus réticent, continue cependant d'indemniser ce préjudice pendant plusieurs années, comme cela pu être relevé par la doctrine¹²⁰. L'objet ici n'est pas s'interroger sur la pertinence de la jurisprudence administrative, mais de souligner les divergences entre juge civil et juge administratif.

Si les divergences de jurisprudence entre juge pénal, civil et administratif sont fréquentes, ces divergences prennent une tournure différente dans le contentieux familial dans le sens où elles affectent directement la vie des familles. Ces distinctions sont cependant à relativiser dans la mesure où elles relèvent la plupart du temps d'un dialogue des juges. En revanche, le manque d'indépendance vis-à-vis de pouvoirs extérieurs, notamment le pouvoir exécutif et médiatique, inquiète davantage.

§2 : Liberté de décision et influence extérieure

Le juge de la famille peut également faire l'objet de tentatives d'influence de la part du pouvoir exécutif (A), ou du pouvoir médiatique (B).

A) Influence du pouvoir exécutif et indépendance des magistrats

Indépendance. L'indépendance a souvent été appréciée par rapport au pouvoir politique, mais aujourd'hui elle est comprise de manière plus large : « elle suppose que le juge échappe à toute instruction sur le contenu et le sens de sa décision, et à toutes formes de pressions économiques, sociales ou idéologiques. Cela implique même qu'il reste libre de ses décisions, face aux experts auxquels il a recours »¹²¹. Ainsi l'indépendance est une valeur qui s'apprécie par rapport à des éléments extérieurs, souvent objectifs, alors que l'impartialité a une dimension plus personnelle et subjective : « l'impartialité signifie en effet que le juge, avant que les parties aient plaidé en tout cas, n'a pas de préjugés ni de partis pris »¹²².

Principe. L'indépendance des magistrats vis-à-vis du pouvoir politique a pu poser un certain nombre de difficultés, comme le rappelait le magistrat R. VAN RUYMBEKE dans un article consacré à la liberté du juge¹²³. Il rappelle le principe selon lequel le juge ne peut s'immiscer dans l'action du gouvernement : le juge ne fait qu'« appliquer et interpréter la loi, il ne gouverne pas ». Il mentionne également le fait que le pouvoir politique ne peut s'immiscer dans l'action du juge : « de même le Gouvernement ne saurait il intervenir dans l'action de la justice ». Cependant, la technicité du contentieux familial a poussé le gouvernement, notamment le ministère de la justice, à mettre à disposition des juges des éléments qui interrogent sur l'indépendance des magistrats. On se

¹²⁰ A. RAVELET, *Responsabilité, Le juge administratif et la loi anti-Perruche*, Droit Administratif n° 11, 11/2004

¹²¹ G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT, *L'office du juge*, colloque organisé au Sénat, 2006, p23

¹²² J. ALLARD, *L'impartialité au cœur de l'autorité du juge, Approches philosophiques*, Cahier de la justice, 2020, n°4, pp 661 à 672

¹²³ R. VAN RUYMBEKE, *La liberté du juge*, Cahier de la justice, 2022, n° 1, pp 99 à 103

concentrera sur trois éléments principaux : les barèmes mis en place pour les pensions alimentaires, les trames de jugements, et les notes d'information.

Barèmes. Le pouvoir exécutif a fait le choix de mettre en place des barèmes pour déterminer le montant des pensions alimentaires. Sur le site du ministère de la justice¹²⁴, on trouve ainsi un simulateur permettant de déterminer la somme à verser en fonction de différents critères (revenus du débiteur, nombre d'enfants, mode de garde). Les barèmes présentent de nombreux avantages : ils permettent d'harmoniser les montants, ils garantissent une égalité de traitements entre les parties et sur tout le territoire, ils sont également le signe d'une plus grande prévisibilité dans les décisions des juges, ils participent à limiter un possible sentiment d'injustice ou de décisions arbitraires. Enfin l'existence d'un référentiel peut aider les parties à résoudre le conflit de manière amiable. Ces nombreux avantages ont incité différents rapports¹²⁵ à se positionner en faveur des barèmes, qu'ils souhaitent étendre à d'autres domaines – par exemple en matière de prestation compensatoire – ou utiliser pour désengorger les juridictions en confiant certains contentieux à des greffiers institutionnels, avec un possible recours devant le juge.

Libre arbitre. Ainsi, ces barèmes présentent de nombreux avantages mais ils ne doivent pas conduire le juge à abandonner son office juridictionnel. Comme l'a souligné E. BAZIN, « *l'existence d'un barème n'exonère pas le juge de son office* »¹²⁶. La Cour de cassation se montre particulièrement vigilante et refuse que les juges du fond se contentent de motiver leurs décisions en se fondant uniquement que les barèmes et autres tables de référence publiées par le gouvernement. Dans un arrêt du 23 octobre 2013¹²⁷, la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel dans la mesure où « *en fondant sa décision sur une table de référence, fût-elle annexée à une circulaire, la cour d'appel, à laquelle il incombait de fixer le montant de la contribution litigieuse en considération des seules facultés contributives des parents de l'enfant et des besoins de celui-ci, a violé, par fausse application, [l'article 371-2 du code civil]* ». Cette jurisprudence renvoie à l'interdiction faite au juge, à l'article 4 du code civil, de commettre un déni de justice. E. BAZIN souligne que la Cour de cassation « *interdit [aux juges] de déléguer leur pouvoir de décision en appliquant mécaniquement une table de référence et de s'affranchir de leur mission première qui est de dire le droit et de trancher le litige* »¹²⁸. Cependant, malgré le fait que la prohibition du déni de justice soit un des principes fondateurs du procès civil, et que la Cour de cassation veille au respect de ce principe, la multiplication des tableaux de référence et barèmes incitent de plus en plus les juges du fond à s'appuyer sur ce genre de procédés pour motiver leurs décisions. Jusqu'à présent ces barèmes ne sont qu'indicatifs, les juges peuvent s'en écarter, ce qui limite la portée de l'atteinte au principe d'indépendance. L'atteinte au principe

¹²⁴ <https://www.justice.fr/simulateurs/pensions-alimentaire/bareme>

¹²⁵ Notamment les rapports TASCA-MERCIER et MARSHALL

¹²⁶ E. BAZIN In L. FLISE, E. JEULAND, *Le procès est-il encore la chose des parties ?*, IRJS Editions, 30 novembre 2015

¹²⁷ C. Cass., 1^{ère} ch. civ., 23 octobre 2013, n°12-25.301

¹²⁸ E. BAZIN, précité

d'indépendance risquera d'être plus important lorsque le gouvernement mettra à disposition des juges des trames entières de jugement.

Trames de jugement. La matière familiale se démarque par des éléments techniques, auxquels les magistrats n'ont pas toujours été formés. En effet, la fonction de JAF est une fonction peu spécialisée, qui ne fait pas l'objet de formation spécifique au sein de l'ENM. Les juges ne disposent que de trois jours de formations au moment de leur prise de poste, contrairement aux juges des enfants, à qui il est proposé une formation plus développée et spécifique. Par ailleurs, la fonction de JAF n'a pas toujours très bonne réputation chez les magistrats. J. CASEY interpellait déjà en 2011 à propos des juges de la famille : « *combien fuient ces fonctions, trop souvent décrites comme surchargées, peu glamour, et pour tout dire usantes ?* »¹²⁹. Il dénonçait également le manque de formation de ces magistrats, en pointant du doigt « *les lacunes de la formation des juges [qui] sont perceptibles dans l'étude systématique du contentieux* »¹³⁰. Pour cette raison, le ministère de la justice met à disposition des magistrats des trames de jugement afin de les aider au moment où ils débutent leurs fonctions. Ces trames de jugement peuvent porter sur des points particuliers, ou sur l'ensemble d'un jugement. A titre d'illustration, fin 2020, le ministre de la Justice a publié plusieurs fiches techniques comprenant des exemples de rédaction, notamment en matière d'intermédiation financière de la pension alimentaire¹³¹.

Notes d'information. Le dernier exemple qu'on peut citer est celui des notes d'information. Cette méthode est utilisée dans tous les domaines du droit mais le droit de la famille s'illustre par le fait qu'il présente des difficultés non juridiques. Le gouvernement tente d'aiguiller les juges sur ces sujets non-juridiques, mais en prenant des pincettes, notamment dans les matières sensibles. Sur certains sujets particulièrement sensibles – GPA, syndrome d'aliénation parentale – la crainte d'une ingérence gouvernementale a pu crispier la magistrature¹³². Un article du Point souligne notamment le fait qu'en la matière « *la volonté politique actuelle de faciliter le retour en France de ces enfants nés de GPA crée une ambiance qui pourrait influencer la marge d'appréciation des juges* »¹³³. Plus récemment, concernant le débattu syndrome d'alinéation parentale, le gouvernement a renoncé à publier une circulaire, au nom du principe de séparation des pouvoirs, mais a fait le choix de publier une « *note d'information* » à destination des magistrats, dont la portée est incertaine¹³⁴. De même, en matière d'adoption d'enfants nés à l'étranger, on peut raisonnablement s'interroger sur l'influence qu'ont les indications du ministère des affaires étrangères sur les décisions des juges. Cependant, les jugements d'adoption n'étant pas motivés, il apparaît difficile d'évaluer la portée de telles indications.

¹²⁹ J. CASEY, *Quelle formation en droit familial pour les juges ?*, Gaz. Pal., 19 nov. 2011, p7

¹³⁰ J. CASEY, précité

¹³¹ Direction des affaires civiles et du sceau, Fiche technique 1 : l'intermédiation financière de la pension alimentaire mentionnée dans une décision judiciaire, publiée 11 décembre 2020

¹³² L. NEUER, *GPA : que dit vraiment la circulaire ministérielle ?*, Le Point, publié le 30 janvier 2013

¹³³ L. NEUER, précité

¹³⁴ Réponse du Ministère de la justice, publiée dans le JO Sénat du 12/07/2018, page 3477

Formation. Pour nuancer les propos précédents, il convient de souligner que les juges ne se contentent pas des outils mis à la disposition du pouvoir exécutif pour prendre leurs décisions. A titre d'exemple, les juges ont pris des initiatives concernant le droit international privé, qui est une matière difficile, optionnelle lors des études de droit, et qui ne fait pas l'objet de formation particulière pour les futurs JAF. Afin de pallier à ces difficultés, les juges ont décidé de mettre en commun leur expérience, via le réseau JAFnet, qui recense, entre autres, l'ensemble des conventions internationales applicables en droit français, classées par pays. Cependant, comme le soulignait, Jérôme Casey, si « *le réseau « JAFnet » constitue un bel exemple de mutualisation des expériences, de partage des interrogations pour améliorer les pratiques, et surtout la preuve du besoin ressenti par les magistrats de ne pas rester seuls face à l'immensité de leur matière et du flot colossal du contentieux* », « *les nécessités de la formation [des JAF] vont bien au-delà, ce qui implique que des moyens soient déployés pour y parvenir* »¹³⁵.

Conclusion. On observe ainsi que, lorsque le pouvoir exécutif considère qu'un sujet présente des difficultés techniques ou sociétales, il n'hésite pas à fournir des indications au juge. Si les éléments présentés sont tous indicatifs, leur multiplication, le manque de formation spécialisée des JAF et, dans une moindre mesure, des JE, interrogent sur l'indépendance des juges et la liberté dont ils disposent au moment de la prise de décision. Une solution plus respectueuse de la séparation des pouvoirs serait de renforcer la formation des magistrats sur ces points de difficulté, afin qu'ils puissent s'émanciper des outils fournis par le ministère de la justice au moment de la prise de décision.

B) Indépendance et pression médiatique

Pression médiatique. Les JAF ne sont pas les seuls juges à subir la pression médiatique. R. VAN RUYMBEKE, dans son article consacré à la liberté du juge, mettait en garde avec les propos suivants : « *Le juge ne doit pas subir [la pression médiatique]. Il doit certes lire la presse car il n'est pas coupé de la société, mais il lui appartient de toujours conserver une certaine distance. La presse ne peut en effet se substituer au juge et lui dicter son comportement* »¹³⁶. Cependant, l'influence de la presse se ressent plutôt sur les juges pénaux, notamment chargés d'instruire des scandales politico-financiers. Les juges civils sont plutôt habitués à être éloignés du tapage médiatique, et sont par conséquent très peu formés à ces questions. Ainsi les JAF doivent apprendre à gérer la pression des médias, notamment lorsqu'ils doivent se prononcer sur un cas de violences conjugales.

Violences conjugales. Depuis quelques années, la lutte contre les violences intrafamiliales, et plus particulièrement les violences faites aux femmes, font l'objet d'une attention particulière de la part du pouvoir politique, qui multiplie les lois, les décrets, et les circulaires sur la question. On peut notamment citer les lois du 12 décembre 2005, du 4 avril 2006, du 9 juillet 2010, du 4 août 2014, du

¹³⁵ J. CASEY, *Quelle formation en droit familial pour les juges ?*, Gaz. Pal. 19 nov. 2011, p. 7

¹³⁶ R. VAN RUYMBEKE, *La liberté du juge*, Cahier de la justice, 2022, n° 1, pp 99 à 103

14 mars 2016, du 3 août 2018, du 30 juillet 2020. Cette réponse active du législateur traduit une prise de conscience de ces violences au sein de l'opinion publique. Les JAF, chargés de prononcer des ordonnances de protection pour éloigner les conjoints violents, se retrouvent au cœur des débats sur la protection des victimes de violences conjugales. La presse dénonce régulièrement le faible nombre d'ordonnances de protection accordée¹³⁷.

Conclusion. Ces développements ont permis de montrer que la majorité des grands principes du procès civil connaissent des exceptions qui concernent la matière familiale, qu'il s'agisse du principe d'initiative limité par l'autosaisine, de l'exigence de motivation mise à mal en matière d'adoption ou encore du principe de publicité. Dans une moindre mesure, certains principes connaissent des aménagements pour tenir compte de la spécificité de la matière, comme le principe de la contradiction tempéré pour respecter la parole de l'enfant, le principe d'impartialité ou encore les règles entourant l'exécution des jugements. Au-delà du caractère quasi systématique des exceptions qui touchent la matière, on remarque également le contentieux familial est l'un des seuls contentieux où des exceptions aussi importantes aux garanties fondamentales du procès perdurent. En effet, toutes les autres procédures dérogatoires ont été supprimées sous l'influence du juge constitutionnel ou du juge conventionnel, qu'il s'agisse de la matière civile – suppression progressive des auto-saisines du juge, notamment en matière de procédures collectives – ou de la matière pénale – obligation de motivation des arrêts en cour d'assises, renforcement du principe de la contradiction. Ainsi la procédure familiale, si elle ne constitue pas un ensemble homogène, ne cesse de se démarquer en apparaissant à contre-courant des mouvements observés dans les autres contentieux.

Cette dernière affirmation mérite quelques développements. En effet, la particularité du contentieux familial doit être relativisée par l'étude des métamorphoses récentes du procès civil. Il s'agira ici de se demander si les exceptions procédurales que nous venons d'observer sont le fruit de mouvements plus généraux qui touchent l'ensemble de la procédure civile, ou si ces exceptions sont uniquement liées à la particularité de la matière familiale. Dans le premier cas, si l'on aboutit à la conclusion que les particularités procédurales observées ne font que suivre les grands mouvements de la procédure civile, il faudra s'interroger sur les raisons de la sphéricité de l'office du juge de la famille, qui ne pourra être justifiée par des considérations uniquement procédurales. Dans le second cas, si l'on retient que les exceptions procédurales évoquées s'expliquent uniquement par la spécificité de la matière familiale, cela nous amènerait à la conclusion qu'il existe une procédure familiale spécifique, dérogatoire de la procédure civile classique, ce qui nous permettrait de vérifier l'hypothèse selon laquelle ce qui fait la spécificité de la matière familiale est le lien entre droit substantiel et droit processuel.

¹³⁷ C. PIQUET, *Féminicides : les ordonnances de protection, un outil trop peu utilisé*, Le parisien, publié le 19/11/2019

TITRE 2 : L'INFLUENCE DES MUTATIONS CONTEMPORAINES DU PROCÈS CIVIL SUR L'OFFICE DU JUGE DE LA FAMILLE

Métamorphoses de la procédure civile. Dans un article intitulé « *Les métamorphoses de l'office du juge* », Nicolas CAYROL présente l'influence qu'ont pu avoir les évolutions des principes directeurs du procès sur l'office du juge. Il rapporte les propos du doyen Cornu lors d'une communication réalisée en 1960, lors de laquelle il « *distingue deux types de forces vives en procédure : d'un côté, les forces du passé, la Tradition comme force de renouvellement de la procédure civile ; de l'autre, les Puissances du siècle : économie, démographie, technique, etc., avec lesquelles la procédure civile, comme tous les autres droits, doit composer* »¹³⁸. Le procès civil est ainsi marqué par divers mouvements. Certains sont anciens, comme ceux évoqués par N. CAYROL, et d'autres plus récents et peuvent être rattachés à ce que G. CORNU appelait les puissances du siècle : on pense notamment à la fondamentalisation, à la managérialisation ou à la technicisation.

Précision. Le mouvement de technicisation du droit processuel ne sera pas abordé dans les propos suivants, quand bien même il concerne la matière familiale. En effet le contentieux familial se démarque par une technicité particulière, en ce qu'il nécessite la maîtrise de notions allant du droit international privé au droit patrimonial. Cependant, la technicisation du droit de la famille renvoie à la question de la formation des magistrats. Cet enjeu ayant déjà été traité dans les développements concernant de l'indépendance du juge de la famille, il ne fera pas l'objet de développements supplémentaires. Les développements précédents avaient été l'occasion d'illustrer la mise en place d'outils, pensés par le pouvoir exécutif et mis à la disposition des magistrats afin de faciliter leurs prises de décision. Nous avons à cette occasion souligné le fait que, si ces outils étaient utiles du fait de la technicisation de la matière, ils pouvaient interroger du point de vue de l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir exécutif.

L'objet des développements suivants sera l'occasion de s'interroger sur la particularité de la procédure en matière familiale à l'aune de ces grands mouvements afin de déterminer si le procès familial est marqué par les mêmes évolutions que le procès civil ou si, là encore, le procès familial se démarque par un rôle particulier attribué au juge. On se concentrera principalement sur le mouvement de managérialisation (CHAPITRE 1), et celui de fondamentalisation (CHAPITRE 2).

¹³⁸ N. CAYROL, *Les métamorphoses de l'office du juge*, Gaz. Pal., Lextenso, 2014

CHAPITRE 1 : MANAGÉRIALISATION DE LA JUSTICE ET OFFICE DU JUGE DE LA FAMILLE

Rapport Marshall. Le rapport Marshall sur les juridictions du XXI^{ème} siècle résume la situation des juridictions familiales de la manière suivante : « *Les juges aux affaires familiales qui ont été entendus ont indiqué que, dans le domaine familial, la demande de justice, l'accès au droit et à la justice ne répondait pas bien à l'attente des citoyens, alors qu'elle est la plus utilisée, la plus en vue et très proche des citoyens. Ce contentieux de masse est traité souvent sans recul par des juges qui ont le sentiment de ne faire que gérer des flux et qui se sentent peu valorisés. Les délais sont fréquemment trop longs* »¹³⁹. Face à cette situation, la nécessité de rationaliser les juridictions s'est faite ressentir.

La matière familiale n'a pas échappé au mouvement de managérialisation qui touche l'ensemble du procès civil. Les réformes récentes ont été justifiées par des motivations liées à l'efficacité et la performance des décisions judiciaires. Nous étudierons en premier lieu l'application de ces mutations du procès civil au sein matière familiale (SECTION 1) et leur influence sur l'office du juge (SECTION 2).

Section 1 : Les mutations du procès civil applicables en matière familiale

Le mouvement de déjudiciarisation sera l'objet de quelques développements (§1), avant de s'intéresser à la contractualisation du droit (§2).

§1 : Le juge de la famille confronté (ou face) au mouvement de déjudiciarisation

Le mouvement de déjudiciarisation est peut être celui qui illustre le mieux l'immixtion de considérations managériales au sein du procès civil. Les objectifs du retrait du juge sont les suivants : réaliser une « *économie des deniers publics, la simplification des procédures, le développement d'une logique de l'autodétermination et l'essor de la liberté conventionnelle* ». On retrouve ici les justifications de la déjudiciarisation (A), qui ne sont exemptes de critiques (B).

A) Les justifications de la déjudiciarisation

Consensualisme. Le mouvement de déjudiciarisation qui touche le droit de la famille concerne plusieurs types de contentieux, qu'il s'agisse du mariage (déjudiciarisation du changement de régime matrimonial, divorce par consentement mutuel), de la séparation de corps, elle-aussi déjudiciarisée en cas d'accord entre les époux, ou des questions autour de l'éducation (déjudiciarisation de la révision de la contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants). Le point commun de ces exemples est la place laissée au consensualisme. L'objectif annoncé du législatif est de simplifier les procédures en retirant le passage obligé devant le juge lorsque les époux – ou les parents – sont d'accord. Cette

¹³⁹ D. MARSHALL, *Les juridictions du XXI^{ème} siècle*, rapport à la Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 2013

déjudiciarisation est le signe d'une place importante accordée à la pacification des rapports familiaux. Cet objectif se retrouve dans la procédure : les parties sont incitées, par les formes de la procédure, à opter pour la solution consensuelle, plus simple, plus rapide et surtout déjudiciarisée.

Simplification. Le législateur a fait le choix d'une simplification et d'une déjudiciarisation de certains contentieux. Le tribunal de grande instance était notamment compétent pour des missions d'enregistrement, comme l'enregistrement des PACS. Cette mission a été confiée à l'officier d'état civil¹⁴⁰. Le changement de prénom est également confié à l'officier d'état civil, avec un possible recours devant le juge aux affaires familiales. La procédure de changement de nom de famille doit être validée par le ministère de la justice, et peut faire l'objet d'un potentiel recours devant le tribunal correctionnel. Le point de commun de toutes ces procédures est leur simplification, afin d'éviter de passer par le tribunal qui pourrait cristalliser un conflit, le changement de prénom et surtout de nom pouvant susciter de vives tensions au sein d'une famille.

Engorgement des juridictions. Cependant, cette noble volonté de pacification ne doit pas cacher ce qui touche toute la justice civile : l'engorgement des juridictions. La matière familiale n'échappe pas au constat général. Selon les chiffres communiqués par le ministère de la Justice¹⁴¹, en 2020 « *la durée moyenne des procédures de divorce traitées par la justice a augmenté de près de 2 mois, par rapport à 2019, et s'établit à 28,0 mois* », et même 33,7 mois lorsqu'il s'agit de divorce pour altération définitive du lien conjugal. Au-delà des jugements de divorce, certaines procédures sont particulières longues. Un rapport du ministère sur les affaires familiales mentionne notamment que le délai moyen en appel pour des décisions relatives aux régimes matrimoniaux est de 19,8 mois. Ainsi la déjudiciarisation intervient aussi et surtout pour permettre un désengorgement des juridictions, notamment en matière de divorce, devenu aujourd'hui un véritable contentieux de masse.

Baisse des saisines du juge. Dans l'ensemble, la stratégie du législateur a bien fonctionné. Dans la plupart des contentieux, le nombre de saisines du juge a diminué. Si cette situation a pu s'expliquer en 2020 par la crise sanitaire, la baisse semble résulter d'un mouvement plus global, qui s'observe sur plusieurs années. Par exemple, il est indiqué que « *les contentieux financiers post-divorce ont fait l'objet de 2 100 demandes en 2020, en baisse de 15 % sur un an et de 40 % par rapport à 2016* ». Seul un type de demande est en constante progression : les demandes relatives à la protection dans le cadre familial, qui ont augmenté de 40% en 2020, après une hausse de 24% en 2019.

B) La pertinence de la déjudiciarisation en question

Critiques. Le mouvement de déjudiciarisation du droit de la famille a été critiqué en doctrine. La critique principale porte sur l'absence de protection des parties, qui n'est plus assurée par le juge. Dans un édito critique à l'égard de ces mouvements concomitants de déjudiciarisation et de

¹⁴⁰ Article 515-3 du code civil, modifié par la loi du 18 novembre 2016

¹⁴¹ Annuaire du Ministère de la Justice sur les affaires familiales

contractualisation, J. HAUSER interpellait : « *Croit-on sérieusement que la société est faite de sujets égaux en intelligence, en moyens, en informations ; que les relations familiales ou de travail ne sont qu'un long fleuve tranquille où personne n'abuse de personne (sauf les violences conjugales ou le harcèlement)* »¹⁴². Cette critique est d'autant plus fondée que souvent, le contrôle du juge n'est tout simplement pas remplacé. Ainsi, en matière de divorce déjudiciarisé, si le notaire intervient pour enregistrer la convention au rang des minutes, il ne contrôle pas le consentement des époux. Cette situation est problématique, car rien ne permet de vérifier qu'un époux n'a pas signé une convention de divorce qui ne protégerait pas ses intérêts sous la contrainte. Une seconde série de critique concerne la justification de ce mouvement de déjudiciarisation. A ce propos, H. LECUYER a pu mentionner que : « *le mouvement de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille est profond ; la tendance est irréversible. Les raisons qui le commandent sont souvent mauvaises : l'intendance ne suit plus* »¹⁴³. Une troisième critique, liée à la seconde, est celle concernant le coût. En effet, l'institution judiciaire espère faire des économies en limitant l'accès au juge de la famille. Le rapport GUINCHARD de 2008 soulignait pourtant que « *l'économie réalisée par l'Etat serait extrêmement faible (...) sinon nulle* ». Plus embêtant, la déjudiciarisation de divorce résulte en réalité d'un « *transfert de charges* »¹⁴⁴, qui pèsent désormais sur les justiciables, avec l'obligation pour les époux d'avoir recours à deux avocats censés protéger leurs intérêts.

La question des moyens. Une autre critique a été formulée contre ce mouvement de managérialisation de la justice familiale, car ce mouvement est souvent justifié par des considérations économiques. En effet, il a été noté que des activités d'enregistrement étaient chronophages et monopolisaient les tribunaux de grande instance, alors qu'ils auraient mobiliser leur temps à d'autres activités. La déjudiciarisation du divorce a fait l'objet des mêmes observations. Ainsi, il a été souligné que « *99,9% des divorces par consentement mutuel sont aujourd'hui homologués par le juge* »¹⁴⁵. Cet argument a notamment été utilisé par la chancellerie pour dire que « *le contrôle du juge n'avait donc aucune utilité* »¹⁴⁶. Dans la même optique, il a été proposé de confier certaines missions actuellement assurées par le juge à un greffier juridictionnel, afin de désengorger les juridictions. On retrouve ici le même objectif de recentrer l'office du juge autour de ses missions essentielles, en confiant à des tiers toutes les missions qui prennent du temps et qui ne nécessitent pas de protection juridictionnelle. L'objectif est, in fine, de dégager du temps au juge, pour qu'il ait le temps de s'impliquer dans chaque affaire qu'il a à traiter, et que par conséquent il remplisse pleinement son office de conciliation. En effet, comme cela a pu être souligné, le nombre de dossiers empêche le juge aux affaires familiales de

¹⁴² J. HAUSER, *La roue*, JCP G, n° 16, 20 Avril 2015

¹⁴³ H. LECUYER, *O tempora, O mores*, DEFRENOIS n°25, 20 juin 2019

¹⁴⁴ J.-R. BINET, *L'exécution forcée des décisions de justice des juridictions familiales*, In R. LAHER, C. BAHUREL, R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020. p102

¹⁴⁵ J.-R. BINET, précité

¹⁴⁶ J.-R. BINET, précité

consacrer plus de quelques minutes par affaire, ce qui limite grandement les possibilités d'aboutir à une solution apaisée et négociée.

§2 : *Le juge de la famille confronté au mouvement de contractualisation*

« Nul ne peut contester la densité du mouvement de contractualisation : au-delà de l'utilisation de la technique contractuelle, par le droit positif ou les justiciables, c'est tout l'esprit du contrat qui semble désormais innover le droit de la famille, par la valorisation de la liberté, de la volonté, de l'autodétermination »¹⁴⁷. Le mouvement de contractualisation concerne ainsi la majorité du droit de la famille (A), et modifie le sens de l'intervention du juge (B).

A) Droit de la famille et contractualisation

Divorce déjudiciarisé. L'exemple le plus emblématique de la déjudiciarisation en droit de la famille est très certainement celui du divorce déjudiciarisé, prévu par la loi du 18 novembre 2016. Ce divorce est nécessairement un divorce par consentement mutuel, comme le précise l'article 229-1 du code civil. D'un point de vue formel, les modalités du divorce sont mentionnées dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par les avocats des époux. Pour conférer force exécutoire à cette convention, les époux doivent la déposer au rang des minutes d'un notaire. Le juge n'intervient à aucun moment de la procédure, si ce n'est a posteriori, pour homologuer la convention.

Contractualisation du droit de la famille. Le divorce déjudiciarisé n'est pas le seul exemple du mouvement de contractualisation du droit de la famille. On peut également citer le pacte civil de solidarité, qualifié par le Conseil constitutionnel de « *contrat spécifique* »¹⁴⁸, ainsi que le changement de régimes matrimoniaux, déjudiciarisé depuis une loi du 23 juin 2006. De même, les conventions parentales, qui ont pour but de régir l'organisation de la vie familiale, et les conventions de concubinage, qui organisent la vie du couple, illustrent l'importance qu'a pris ce mouvement de contractualisation.

Particularité de la matière familiale. S'il est vrai que le contrat a pris une place importante dans le contentieux familial, il n'en demeure pas moins que les contrats passés par les membres d'une famille doivent être traités avec la plus grande prudence. En effet, le droit des contrats est régi par un principe d'égalité, qu'on peut résumer par l'adage formulé par A. FOUILLEE « *qui dit contractuel dit juste* ». La matière familiale est cependant marquée par un risque d'inégalités entre les parties, notamment dans le cadre du divorce, où l'on retrouve souvent une logique de partie faible et partie forte.

¹⁴⁷ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Quelles avancées pour la contractualisation en droit de la famille*, In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, 2010-2020 *Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2021

¹⁴⁸ Cons. constit. 9 nov. 1999, n° 99-419

Libéralisme. Ainsi, ce mouvement de contractualisation du droit de la famille peut étonner car il ne semble pas adapté au contentieux. Il est lié à un changement de paradigme au sein de la matière familiale. Comme le soulignait déjà S. MORACCHINI-ZEIDENBERG en 2016, « *La famille est aujourd'hui innervée par des courants traditionnellement rattachés au droit des contrats : liberté et autonomie de la volonté* »¹⁴⁹. Les membres d'une même famille souhaitent de plus en plus être libres de leurs choix et bénéficier d'un droit de la famille « à la carte », poussant jusqu'au bout l'adage du Doyen CARBONNIER « *à chacun sa famille, à chacun son droit* ».

B) Intervention du juge

Portée de l'homologation. Ce changement de paradigme a eu une conséquence directe sur l'office du juge de la famille en matière d'homologation de la convention de divorce. La première question qui s'est rapidement posée est celle du recours à l'encontre des conventions. Avant la loi Justice 21 du 18 novembre 2016, les époux pouvaient déjà demander au juge d'homologuer des conventions. A cette occasion, le juge contrôlait leur consentement. Ainsi, les actions en nullité, pour vice du consentement, étaient fermées aux époux et, de manière plus générale, le contrôle du juge empêchait la remise en cause de la convention homologuée. La particularité du divorce déjudiciarisé est que, tant que la convention n'a pas été homologuée par le juge, elle peut faire l'objet d'un recours, au même titre que n'importe quel contrat. La remise au rang des minutes du notaire, si elle permet de conférer à la convention la force exécutoire d'un jugement, ne permet pas de purger la convention de ces vices éventuelles, dans la mesure où le notaire se contente d'enregistrer la convention de divorce et ne contrôle pas le consentement des époux.

Recours. Ainsi, la convention de divorce sous forme d'un acte sous seing privé contresigné par avocat est susceptible d'un recours. Si le texte est muet sur cette question des voies de recours, l'article 229-3 du code civil, qui liste les mentions que la convention doit contenir sous peine de nullité, semble autoriser l'action en nullité. Il faudra ainsi attendre les cinq ans du délai de prescription de droit commun avant d'être sûr que la convention ne pourra être remise en cause. La doctrine a également envisagé le recours en révision de l'article 593 du code de procédure civile¹⁵⁰, notamment en cas de dissimulation de patrimoine. Le référé-rétraction, prévu à l'article 1143 du code de procédure civile, a également pu être évoqué. Cependant, le recours sur lequel se concentre la doctrine et qui semble le plus pertinent est celui contre les professionnels, notamment les avocats, qui auraient mal conseillé leurs clients. Comme le souligne J.-R. BINET lors du colloque sur le droit processuel de la famille, « *on peut imaginer que demain, l'époux conventionnellement divorcé qui se sentira lésé pourrait souhaiter assouvir ses velléités procédurales sur le compte de son conseil* »¹⁵¹. Le notaire, tant qu'il se

¹⁴⁹ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *La contractualisation du droit de la famille*, RTD Civ. 2016 p.773

¹⁵⁰ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *La contractualisation du droit de la famille*, précité

¹⁵¹ J.-R. BINET, *L'exécution forcée des décisions de justice des juridictions familiales*, In R. LAHER, C. BAHUREL, R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020. p102

contente d'un rôle d'enregistrement, devrait être à l'abri de ces recours en responsabilité. Cependant, si demain la loi accorde aux notaires un pouvoir plus important, notamment celui de contrôler le consentement des époux, comme cela est parfois proposé, il ne fait pas de doute que la possibilité de se retourner contre son notaire sera accrue.

Protection du consentement. Ce mouvement de contractualisation du divorce, et plus généralement du droit de la famille, peut étonner dans la mesure où ce mouvement apparaît à contre-courant d'un rôle de protection conféré au juge. Cependant, une logique de protection se retrouve dans quelques arrêts de la Cour de cassation, notamment dans une jurisprudence récente dans laquelle la Cour consacre pour les époux un droit à changer d'avis jusqu'au dernier moment, s'ils se sont rendus compte que leurs intérêts étaient lésés par la convention¹⁵².

Section 2 : L'influence des mutations du procès civil sur l'office du juge de la famille

« Le rôle du juge (...) est toujours un révélateur, un révélateur du rôle que veut jouer la société dans la matière considérée et de l'importance qu'elle lui accorde »¹⁵³. La managérialisation du procès a permis de mettre en lumière un objectif constant du législateur : recentrer l'office du juge de la famille sur ses missions essentielles (§1). Elle a également pour conséquence de bousculer l'office du juge au sein du procès redistribuant les rôles attribués à chacun (§2).

§1 : Recentrer l'intervention judiciaire sur le cœur de l'office du juge de la famille

La déjudiciarisation, malgré les critiques qui ont pu être formulées, aura au moins permis de recentrer l'office du juge sur sa mission juridictionnelle (A). D'autres propositions ont été formulées pour recentrer l'office du juge, elles sont le signe d'un réel changement de culture au sein du procès civil (B).

A) L'avantage de la déjudiciarisation : recentrer l'office du juge sur sa mission juridictionnelle

Définition. La définition de la déjudiciarisation pose quelques difficultés. La déjudiciarisation peut s'entendre comme « un recul localisé du juge », comme en matière de divorce, soit « du développement de lieux et de procédures de règlement des différends extérieurs à la justice d'Etat »¹⁵⁴. Elle se différencie de la « déjuridictionnalisation qui consiste à retirer une question de la connaissance du juge mais non de la juridiction »¹⁵⁵. Ainsi, la déjudiciarisation désigne le fait de soustraire un contentieux au service public de la justice, alors que la déjuridictionnalisation se limite à

¹⁵² C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 9 juin 2021, n° 19-10.550, commenté dans *L'homologation d'une convention de divorce et le droit de changer d'avis*, Dalloz.

¹⁵³ J. HAUSER, propos rapportés In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, 2010-2020 *Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021, p81

¹⁵⁴ A. JEANMAUD, In *Le dictionnaire de la justice*, L. Cadiet, pp676-677

¹⁵⁵ S. AMRANI-MEKKI, *Le sens de la déjudiciarisation*, JCP N, n° 14, 6 Avril 2018, p1150

soustraire le contentieux au juge, et à le confier à d'autres membres de la juridiction, généralement le notaire.

Avantages. Le mouvement de déjudiciarisation peut présenter des avantages. Beaucoup insistent sur le fait que cela permet de recentrer l'office du juge sur des questions plus complexes ou des domaines où son intervention est nécessaire. Par ailleurs, le fait que la déjudiciarisation touche en grande majorité la matière gracieuse permet de recentrer le juge sur son office contentieux, qui est censé être le cœur de son office, selon la lettre de l'article 12 du code de procédure civile. Ce souhait de recentrer l'office du juge de la famille a été porté par plusieurs rapports, notamment le rapport TASCA-MERCIER, qui comporte toute une série de mesures dans un volet intitulé « *Conforter le juge aux affaires familiales dans son office* ».

Contentieux familial. V. EGEA montre que, si la déjudiciarisation de la matière familiale a fait l'objet de nombreux développements et commentaires, elle ne concerne en réalité que l'office gracieux du juge : « *la déjudiciarisation ne s'est pas faite dans des matières où le juge intervenait en matière contentieuse, domaines nécessairement plus conflictuels* ». Le divorce par consentement mutuel ou le changement de régime matrimonial étaient déjà des contentieux où le juge n'avait qu'un rôle de contrôle, à travers l'homologation. La même observation peut être faite concernant l'administration légale des mineurs, déjudiciarisée par une ordonnance du 15 octobre 2015. La matière gracieuse est la matière qui se distingue par son absence de conflits. Ainsi, parler de pacification dans des matières où le conflit familial était au préalable inexistant peut relever de la contradiction, voire du paradoxe.

B) Un changement de culture au sein du procès civil

Volonté politique de recentrer les missions du JAF. Dans la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice, le législateur a souhaité « *recentrer l'office du juge sur ses missions essentielles* ». Cette loi fait suite à plusieurs rapports rendus entre 2013 et 2014 qui concernent la justice civile, et plus particulièrement la justice familiale. Le rapport d'information des sénateurs Tasca et Mercier proposait déjà de renforcer l'office du juge de la famille. Si toutes les mesures proposées n'ont pas été suivies, elles permettent d'illustrer la volonté politique qui prévalait à l'époque. Le rapport propose de renforcer l'office du JAF concernant le suivi de la décision. En effet, comme cela a déjà été mentionné, les juges sont souvent saisis à plusieurs reprises du même contentieux. Par ailleurs, la durée des procédures a pour conséquence que la situation des parties a le temps de changer entre le moment du prononcé des mesures provisoires et la décision finale. L'objectif serait de confier aux JAF la possibilité d'ordonner un suivi de ses propres décisions, par un enquêteur social notamment, afin de pouvoir agir rapidement en cas de changement de situations. Cette organisation présente un avantage considérable : elle permet aux juges d'intervenir avant que le conflit s'envenime, ce qui va dans le sens d'une pacification des rapports familiaux. Elle pourrait également éviter une cristallisation des solutions prises par le juge au stade des mesures provisoires,

souvent confirmées au stade du jugement final, et servir à une meilleure adaptation des mesures aux situations de chaque famille.

Changement de culture. Cette évolution, qui n'a pas été mise en œuvre, acterait un changement de culture au sein du procès familial. En effet, le JAF étant un juge du tribunal judiciaire, sa saisine fonctionne sur le modèle du procès civil : « *Sa fonction est de trancher le litige que lui soumettent les parties : il est tenu par les termes de la saisine et ne peut statuer ni au-delà ni en-deçà. Une fois sa décision rendue, il vide sa saisine et ne peut plus connaître du litige, sauf à être à nouveau saisi par les parties.* Son intervention devrait donc toujours être ponctuelle et bornée par les demandes des parties »¹⁵⁶. S'il était fait le choix d'une saisine pérenne du juge aux affaires familiales, qui pourrait ainsi revenir régulièrement sur sa décision afin de s'adapter aux changements de situations, fréquents, il serait nécessaire d'adapter les modalités du procès civil, ce qui acterait une plus grande spécialisation de la procédure familiale. De même, du point de vue du mouvement de contractualisation du procès familial, il a été noté que le caractère changeant des situations familiales était peu compatible avec le principe d'immutabilité des conventions¹⁵⁷.

§2 : Conséquence de la managérialisation : nouveaux rapports au sein du procès

Ces nouveaux rapports au sein du procès s'observent entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif (A), et entre le juge et le justiciable (B).

A) Nouvel équilibre entre le législateur et le pouvoir judiciaire

Scepticisme législatif. Ce mouvement de contractualisation illustre également un retrait du législateur, que le doyen Carbonnier a pu qualifier de scepticisme du législateur. Alors qu'auparavant le législateur imposait un modèle dans le cadre du code civil, avec un idéal de famille traditionnel, aujourd'hui la place est à la liberté individuelle, à la possibilité pour chacun de construire sa famille comme il le souhaite. Ce retrait est, pour une large partie de la doctrine, un aveu d'échec du législateur, « *reconnaissant son incapacité à embrasser la diversité des situations* »¹⁵⁸. Loïc Cadiet souligne également dans le Dictionnaire de la justice que : « *dans tous les pays, les lois s'essoufflent à suivre les mœurs* ».

Office du juge. S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET tirent les mêmes conséquences de ce refus du législateur d'édicter des normes : le pouvoir législateur fait le choix de déléguer une partie de ses pouvoirs au juge de la famille. S. AMRANI-MEKKI insiste sur le fait que le législateur « *délègue en effet ses pouvoirs au juge par l'usage de notions à contenu variable comme celle de l'intérêt de*

¹⁵⁶ C. TASCA, M. MERCIER, *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, rapport d'information du Sénat, La Documentation française, 2014, p32

¹⁵⁷ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Quelles avancées pour la contractualisation en droit de la famille*, In 2010-2020, une décennie de mutations du droit de la famille, Dalloz, 2021

¹⁵⁸ S. AMRANI-MEKKI, *Le sens de la déjudiciarisation*, JCP N, n° 14, 6 Avril 2018, p1150

l'enfant »¹⁵⁹, tandis que L. CADIET, à propos de l'état des personnes, contentieux lié à la matière familiale, montre que « *le droit civil de l'état des personnes, traditionnellement d'ordre public, se privatise et le législateur, de plus en plus, délègue ses pouvoirs aux juges, même s'il ne se désiste pas entièrement de ses mission régulatrices* »¹⁶⁰. Ainsi le juge n'est pas mis à l'écart du droit de la famille, il y joue un rôle différent, du fait de cette redistribution des rôles entre pouvoir législatif et judiciaire. Le juge n'intervient donc pas pour trancher le litige, comme le prévoit l'article 12 du code de procédure civile, mais bien dans une mission de contrôle, a posteriori. S. AMRANI-MEKKI souligne que « *la contractualisation du droit de la famille a une influence notable sur le droit processuel dédié, car elle fait du juge un ultime recours* ».

Distinction avec le droit des contrats. Cependant, l'application des principes du droit du contrat à la matière familiale va nécessairement trouver ses limites. En effet, le principe qui domine en matière contractuelle est l'intangibilité des conventions. Le juge n'intervient qu'à posteriori, pour vérifier que le contrat n'est pas entaché d'aucun vice. Mais si le contrat est régulier, il perdure. Or la matière familiale se démarque par son caractère changeant, insaisissable : « *le temps du contrat n'est pas celui de la famille* »¹⁶¹. La situation d'une famille évolue au gré des couples qui se forment et se déforment, des naissances d'enfants et des départs du foyer familial. Le juge va nécessairement être saisi pour tenir compte de ces évolutions. Comme le précise Jean-René BINET, « *si le juge a été écarté pour régler les conséquences du divorce, il sera obligatoirement saisi des demandes visant à les modifier. Ce sera notamment le cas pour les prestations compensatoires* »¹⁶².

B) Nouvel équilibre entre le juge et les justiciables

Droit négocié. Le droit de la famille se démarque par le changement de paradigme concernant la manière dont la norme est formée. « *Le droit n'y est plus imposé mais négocié sous le contrôle du juge. La relation au droit positif y est ainsi spécifique* »¹⁶³. Cette contractualisation, accompagnée de la déjudiciarisation évoquée précédemment, peut donner l'impression que le justiciable devient acteur en édictant ses propres normes. Cependant, il ne faut pas comprendre ce retrait du législateur comme un abandon total de certains contentieux de la part du pouvoir étatique, remplacé par les contrats, et en dernier recours le juge.

Justice négociée. En effet la justice négociée illustre plutôt une nouvelle conception de la justice, influencée par une analyse économique du procès. Cette analyse, qui repose le postulat du caractère rationnel des justiciables, paraît pourtant difficilement applicable au contentieux familial, tant l'affect occupe une place importance des débats. Si le terme de justice négociée peut revêtir une certaine

¹⁵⁹ S. AMRANI-MEKKI, *Le sens de la déjudiciarisation*, JCP N, n° 14, 6 Avril 2018, p1150

¹⁶⁰ L. CADIET, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004

¹⁶¹ S. AMRANI-MEKKI, *Le sens de la déjudiciarisation*, JCP N, n° 14, 6 Avril 2018, p1150

¹⁶² J.-R. BINET, *L'exécution forcée des décisions de justice des juridictions familiales*, In R. LAHER, C. BAHUREL, R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020. p102

¹⁶³ S. AMRANI-MEKKI, *Le sens de la déjudiciarisation*, JCP N, n° 14, 6 Avril 2018, p1150

modernité, la participation des parties est pourtant un principe essentiel de la procédure civile française, qui accorde traditionnellement une place importante aux parties. Dans un article de 2014 consacré à l'office du juge, Nicolas Cayrol soulignait déjà que « *La procédure civile inscrit le jugement par lequel le juge dispose des droits d'autrui dans un système plus vaste, dans lequel il s'insère, et au sein duquel les parties tiennent un rôle éminent. La constante, c'est le jugement ; la variable, c'est la contribution des parties à son élaboration* »¹⁶⁴.

Ainsi, le mouvement de managérialisation se caractérise principalement au sein de la matière familiale par un évitement du juge dans tous les contentieux qui ne constituent pas le cœur de l'office du juge de la famille et par un mouvement de privatisation du droit, permettant aux parties de faire primer leurs volontés individuelles. Par conséquent, le droit de la famille ne semble pas se démarquer du reste du procès civil sur ce point. Bien au contraire, le droit de la famille semble être le droit civil le plus marqué par ces mouvements de déjudiciarisation et de contractualisation, même s'il existe quelques exemples qui concernent principalement le droit du travail et le droit des voies d'exécution. De la même manière, il conviendra à présent d'observer la réception du mouvement de fondamentalisation du droit au sein de procédure familiale.

¹⁶⁴ N. CAYROL, *Les métamorphoses de l'office du juge*, Gaz. Pal., Lextenso, 2014

CHAPITRE 2 : FONDAMENTALISATION DU PROCES CIVIL ET OFFICE DU JUGE DE LA FAMILLE

Principe. Le mouvement de fondamentalisation est une tendance générale du droit processuel¹⁶⁵. Il touche également le droit de la famille, cette matière étant particulièrement marquée par la montée en puissance des droits fondamentaux, notamment sur l'influence européenne et internationale. La Cour de cassation a délégué l'application des droits fondamentaux aux juges du fond, ce qui a permis aux juges du fond de jouer un nouveau rôle au sein du contentieux. « *C'est finalement une sorte de « fondamentalisation d'en-bas » qui s'observe ; une « fondamentalisation de terrain », accessible à tous, dès le début de la procédure* »¹⁶⁶.

Section 1 : Fondamentalisation du droit et droit de la famille

La fondamentalisation du droit de la famille est liée à la montée en puissance des droits fondamentaux dans le contentieux familial (§1). L'internationalisation du droit de la famille a également contribué ce mouvement (§2).

§1 : Importance des droits fondamentaux dans le contentieux familial

Le juge national joue un rôle actif dans la reconnaissance du caractère fondamental de certains droits : si le mécanisme de la QPC n'a pas abouti aux résultats escomptés (A), le juge s'est approprié le contrôle de conventionnalité afin d'écarter les textes qui lui paraissent, en l'espèce, inadaptés (B).

A) Droit de la famille et contrôle de constitutionnalité

Droit au mariage. Le droit de la famille, comme d'autres droits, a connu un mouvement de fondamentalisation du droit. A titre d'illustration, la liberté matrimoniale a été rattachée par le Conseil constitutionnel à la liberté individuelle par une décision de 1993. Ce droit a été progressivement consacré dans plusieurs textes, notamment l'article 16 de la DUDH, l'article 12 de la Conv EDH, l'article de la charte des droits fondamentaux de l'UE, ou rattaché à des textes anciens comme les articles 2 et 4 de la DDHC.

Prudence. L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité en 2010 a nourri les espoirs d'une jurisprudence innovante de la part du Conseil constitutionnel. Les premières années de sa mise en œuvre, de nombreux recours ont été formés. « *Selon une conception assez compréhensive du droit des personnes et de la famille, on pourra dénombrer vingt-six décisions QPC en ce domaine de*

¹⁶⁵ E. JEULAND, *Droit processuel général*, LGDJ, §2

¹⁶⁶ A. GOGOS-GINTRAND, *La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité*, Recueil Dalloz 2020 p.2409

2010 à 2013 »¹⁶⁷. Cependant, le Conseil constitutionnel s'est illustré par une prudence particulière dans la matière, en se retranchant systématiquement derrière le pouvoir d'appréciation du législateur. Concernant le droit de la famille et des personnes, on a ainsi pu parler d'un « îlot de non-contrôle »¹⁶⁸, le Conseil refusant catégoriquement « de remettre en cause le modèle de société soutenu par des choix de catégorisation juridique »¹⁶⁹. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a rendu peu de décisions d'inconstitutionnalité dans la matière familiale, ce qui a pour conséquence directe une baisse des recours devant le Conseil. Comme a pu le relever L. CARAYON¹⁷⁰, les contentieux qui ont fait l'objet d'une censure concernent majoritairement le droit de la famille patrimonial et financier (cinq décisions d'inconstitutionnalité sur six). Des notions pourtant fréquemment utilisées par les juges du fond sont délaissées par le Conseil constitutionnel. Ainsi, l'intérêt de l'enfant n'a été mentionné que dans une décision, pour rejeter la demande du requérant¹⁷¹. De même, le droit à la vie privée et familiale n'a donné lieu à aucune décision d'inconstitutionnalité, et fait l'objet d'un contrôle in abstracto, qui « néglige la réalité concrète des personnes »¹⁷².

B) Droit de la famille et contrôle de conventionnalité

Contrôle de conventionnalité. Les juridictions européennes, et surtout la CEDH, ont influé sur le droit de famille par le biais d'un contrôle de conventionnalité. Les juges nationaux ont su s'approprier la matière familiale, qui se distingue par le choix d'un dialogue entre les juridictions. Au niveau national, le mariage pour tous a été pour la Cour de cassation l'occasion de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC portant la conformité à la constitution de sa propre jurisprudence¹⁷³. Au niveau européen, on peut remarquer que c'est de nouveau en matière de GPA que la Cour de cassation a utilisé pour la première fois le protocole 16 de la ConvEDH, afin de saisir la Cour EDH d'une demande d'avis, quelques semaines avant que le protocole soit ratifié par la France. Dans cette affaire, la Cour de cassation statuait dans le cadre de la procédure de réexamen, issu en matière civile de la loi du 18 novembre 2016. En effet, les époux Mennesson, à l'origine de l'ensemble de la jurisprudence nationale et européenne sur la GPA, avaient obtenu un revirement de jurisprudence qui ne valait que pour l'avenir, et ils souhaitaient, par le biais de la procédure d'examen, que leur cas soit réexaminé par la Cour de cassation. Cette affaire a donc été l'occasion de mettre en œuvre deux nouveautés procédurales : la procédure de réexamen en matière civile et la demande d'avis sur une « question de principe » à la Cour EDH. Cet exemple illustre le fait que le droit de la famille est

¹⁶⁷ A. GOGOS-GINTRAND, *La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité*, Recueil Dalloz 2020 p.2409

¹⁶⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, *Le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel*, RFDC 2014/2, n° 98, p. 269.

¹⁶⁹ V. GOESEL-LE BIHAN, précité

¹⁷⁰ L. CARAYON, *un droit forcément conforme à la Constitution ? La QPC : outil inopérant dans l'évolution du droit de la famille*, In 2010-2020 une décennie de mutations du droit de la famille, Dalloz, 2021

¹⁷¹ Conseil constit, QPC du 7 février 2020, n°2019-826

¹⁷² L. CARAYON, précité

¹⁷³ C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 16 nov. 2010, n°10-40.042 QPC

devenu le terrain privilégié des avancées procédurales, avec une certaine audace de la Cour de cassation, que l'on ne retrouve pas devant le Conseil constitutionnel.

§2 : *Fondamentalisation du droit et internationalisation du droit de la famille*

Définition. Le terme d'internationalisation est issu du droit international public et désigne originellement la « *soumission au droit international (public) d'un contrat d'Etat* »¹⁷⁴. Cette expression a été employée pour la première fois en rapport au droit de la famille dans le rapport de M.-T. MEULDERS-KLEIN, « *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination* »¹⁷⁵. Nous présenterons la notion (A), avant de consacrer quelques développements aux critiques qui lui sont régulièrement adressées (B).

A) Présentation de l'internationalité du droit de la famille

Internationalisation. L'internationalisation du droit n'est pas un phénomène nouveau, et surtout il ne s'agit pas d'un phénomène qui ne concerne que le droit de la famille. Au-delà du droit civil, de nombreux droits sont touchés par ce phénomène : on peut citer l'internationalisation du droit pénal¹⁷⁶, l'internationalisation du droit de la concurrence¹⁷⁷, ou même l'internationalisation du droit administratif¹⁷⁸. Au sein du droit civil, on peut citer une harmonisation du droit en matière de faillite et de procédure collective, au niveau européen¹⁷⁹. Ainsi, si cette internationalisation n'est pas propre à la matière familiale, « *le droit de la famille offre toutefois un champ de réflexion particulièrement stimulant. La multiplication des normes internationales impose, ici sans doute plus qu'ailleurs, un effort d'articulation* »¹⁸⁰.

Internationalisation du droit de la famille. Le droit de la famille se démarque aujourd'hui par une pluralité des sources, notamment internationales. « *La matière familiale, et plus particulièrement la matière matrimoniale, offre un exemple topique de ce phénomène d'internationalisation des sources du droit international privé* »¹⁸¹. Cette internationalisation peut étonner dans la mesure où le droit de la famille est un droit traditionnellement national, puisqu'il dépend de la culture du pays. Cependant, la multiplication des sources du droit de la famille contraint le juge de la famille à jongler entre des normes très diverses : il faut citer en premier lieu les conventions internationales, souvent bilatérales, prévues pour régir des situations familiales internationales et qui contiennent principalement des règles

¹⁷⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} édition, PUF

¹⁷⁵ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination*, sous dir. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Leducq, LGDJ, 1996

¹⁷⁶ J.-C. SAINT-PAU, *L'internationalisation du droit pénal*, Droit pénal n° 9, Septembre 2006

¹⁷⁷ C. PLAIDY, *Internationalisation du droit de la concurrence*, JurisClasseur Concurrence – Consommation, LexisNexis, 10 janvier 2016

¹⁷⁸ P. COSSALTER, G. GUGLIELMI, *L'internationalisation du droit administratif*, LGDJ, 2020

¹⁷⁹ J.-L. VALLENS, *L'eupéanisation et l'internationalisation du droit de l'insolvabilité*, LPA 19 oct. 2006, p. 31

¹⁸⁰ A. DEVERS, *Les conventions franco-marocaines face aux droits européen et communautaire*, Droit de la famille n° 3, Mars 2006, étude 15

¹⁸¹ A. DEVERS, précité

de conflit. Il existe aussi des conventions multilatérales qui comportent des dispositions de droit substantiel et concernent l'ensemble des familles, y compris celles qui ne présentent aucun élément d'extranéité. La plus célèbre d'entre elle est probablement la Convention internationale des droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, dont l'article 3 consacre l'intérêt supérieur de l'enfant.

Européanisation du droit de la famille. La Conv EDH, notamment à travers son article 8 qui garantit le respect du droit au respect de la vie privée et familiale, a également eu une influence majeure sur le droit national. Le droit de l'UE cherche également à influencer le droit de la famille via des règlements, notamment les règlements Bruxelles II, et Bruxelles II bis. Les règlements européens concernent principalement des règles de conflits de loi. Le droit substantiel demeure la chasse gardée des Etats, « *le législateur européen ne [s'étant] toujours pas risqué sur le terrain des conditions de formation du mariage et de ses effets personnels ou sur celui de la filiation (...). Il s'agit d'institutions qui sont trop profondément liées aux conceptions nationales pour supporter une uniformisation en Europe* »¹⁸².

La question de l'uniformisation du droit de la famille a justement été au cœur des critiques adressées à l'internationalisation de la famille.

B) Les critiques concernant l'internationalisation du droit de la famille

Uniformation du droit de la famille. L'internationalisation du droit de la famille a pu susciter plusieurs critiques et incertitudes, souvent liées à des critiques plus générales sur l'internationalisation des droits de l'homme. Tout d'abord la particularité de la matière familiale, peu encline à l'uniformisation, est relevée par plusieurs auteurs. Cette difficulté d'uniformisation de la matière familiale a pour conséquence une absence de définition de la famille dans les textes internationaux. En effet, « *quoi de plus culturel, et donc rebelle à l'uniformisation, que la famille ?* »¹⁸³ Si cette absence, déjà relevée en droit français précédemment, a pu poser des difficultés au plan interne, elle prend une autre dimension en droit international privé, car chaque pays, chaque culture a une conception différente de la famille. Cette absence de précision autour de la notion de famille se retrouve dans la définition des droits, dont les contours sont souvent difficiles à déterminer. Ces considérations sur l'imprécision des principes sont directement liés à l'office du juge : en effet plus les droits ainsi consacrés sont flous, plus le pouvoir d'interprétation du juge sera grand. Si ce pouvoir accordé au juge ne choque pas outre-manche, il a pu poser des difficultés à la doctrine civiliste, attachée à un légicentrisme plus affirmé. Comme le souligne J.-J. LEMOULAND à propos de l'internationalisation du droit de la famille, « *ce droit est essentiellement jurisprudentiel et une telle méthode d'élaboration*

¹⁸² M. FARGE, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit de la famille lors de la dernière décennie : profusion des règlements européens et réduction des ambitions*, In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *2010-2020 Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021

¹⁸³ H. MUIR WATT, *Revue critique de droit international privé* 1997 p.884

des normes s'accorde mal avec les traditions françaises »¹⁸⁴. De même, le vocabulaire employé par ces conventions internationales a pu décontenancer le juge de tradition civiliste. M.-C. RIVIER a pu relever par exemple que le langage de la convention de New York tient davantage de la pédiatrie que du droit¹⁸⁵.

Droits de l'homme. Les critiques exposées rejoignent des critiques d'ordre plus générale, englobant l'internationalisation des droits de l'homme. Ainsi il a pu être relevé que « *la notion même de droit de l'Homme et son « internationalisation » postulent une communauté de conception que partagerait chacun de ces derniers quant aux valeurs à protéger, mais qui fait largement défaut* ». La place des valeurs communes en droit de la famille est une source de difficultés déjà évoquée, qui prend une dimension nouvelle dans un contexte international. Le droit européen, notamment le droit de la Conv EDH, a réussi à identifier, sur certains terrains, des consensus au sein des Etats du Conseil de l'Europe. Si la méthode du consensus est employée depuis longtemps par le juge européen, sa présence en droit de la famille étonne. La matière est en effet marquée par des courants contradictoires. J.-J. LEMOULAND a pu relever que le droit international « *devient un terrain d'affrontement de droits individuels aussi fondamentaux les uns que les autres et entre lesquels il est délicat d'établir une hiérarchie (intérêt de l'enfant, droit de connaître ses origines, droit à l'anonymat, liberté de religion et de pensée)* »¹⁸⁶. Cette cristallisation du droit autour de quelques principes fondamentaux interroge certains membres de la doctrine, qui ont pu craindre que le droit de la famille devienne « *excessivement figé, arc-bouté sur quelques principes fondamentaux intouchables qui ne lui permettront guère de s'adapter à des évolutions que personne ne peut prédire* »¹⁸⁷.

Cependant il apparaît essentiel qu'une certaine conception commune de la famille émerge, tant cette notion de famille est au cœur d'enjeux du droit international privé, qu'il s'agisse des questions de regroupement familial, ou de délimitation de l'ordre public. C'est au juge que revient la délicate mission de synthétiser cet ensemble normatif, et de tenter de trouver une cohérence à ces droits marqués par des impératifs contradictoires.

Section 2 : L'influence de la fondamentalisation du droit sur l'office du juge de la famille

La fondamentalisation du droit de la famille a conduit le juge à s'émanciper de la loi nationale, s'écartant ainsi de ses missions traditionnelles de dire le droit et interpréter la loi. S'il tranche toujours le litige, il n'hésite plus à moduler la norme pour qu'elle s'adapte aux parties, exerçant ainsi ce que V. EGEA a appelé un « *office de correction* » (§1). Cette mise à l'écart de la loi s'est faite avec l'approbation du législateur, qui a confié un réel pouvoir de régulation au juge de la famille (§2).

¹⁸⁴ J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, 2014

¹⁸⁵ M.-C. RIVIER, *Éléments de droit de la famille dans la Convention sur les droits de l'enfant*, cité In H. MUIR WATT, *Revue critique de droit international privé* 1997 p.884

¹⁸⁶ J.-J. LEMOULAND, *Famille*, Ellipses, 2014, §312

¹⁸⁷ J.-J. LEMOULAND, précité, §312

Paragraphe 1 : Contrôle de proportionnalité et office de correction

Le contrôle de proportionnalité a influencé les juges nationaux dans la mise en œuvre d'un office de correction (A), office dont il est nécessaire de délimiter les contours (B).

A) L'influence du contrôle de proportionnalité

Principe. Le contrôle de proportionnalité a fait souffler un vent de liberté sur l'office du juge de la famille, qui n'hésite pas à s'éloigner de la loi. Il a pu être souligné que « *le contrôle de proportionnalité s'inscrit parfaitement dans le cadre des missions réservées au juge : à lui de s'assurer que dans le cas particulier, l'application de la règle ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits et aux libertés des personnes* »¹⁸⁸.

L'influence de la jurisprudence européenne. La Cour EDH a mis en œuvre de nombreuses méthodes d'interprétation qui ont été reprises par les juges du fond. Les plus célèbres d'entre elles sont probablement le contrôle de proportionnalité et la balance des intérêts. Comme cela a pu être souligné, « *statuant à la fois sur le terrain des ingérences et des obligations positives, la Cour élabore son contrôle de proportionnalité en exigeant des juridictions internes qu'elles fassent la balance entre les différents intérêts en présence (...) pour parvenir à un équilibre raisonnable* »¹⁸⁹. Si ces méthodes d'interprétation concernent l'ensemble du droit, elles ont été utilisées pour la première fois en matière de droit de la famille. Il s'agissait en l'espèce d'un mariage contracté entre un beau-père et son ancienne belle-fille, qui n'avait pas fait l'objet d'une opposition, tant et si bien que le couple était resté marié vingt ans. La Cour de cassation a refusé d'annuler le mariage, décision qu'elle jugeait contraire au respect de leur vie privée et familiale. Ainsi, « *le juge français avait accepté d'écarter une disposition législative afin d'assurer la pleine effectivité des droits fondamentaux de la requérante* »¹⁹⁰. Au-delà des conséquences sur le droit substantiel, cette décision a constitué une révolution en ce que la Cour de cassation refuse, pour la première fois, d'utiliser la méthode du syllogisme, pourtant au cœur de l'office du juge depuis la mise en place du code civil. A la traditionnelle opération de qualification juridique, la Cour substitue une balance entre des intérêts divergents. Le caractère novateur de ce changement de méthode a été de nombreuses fois souligné par la doctrine : « *C'est peu de dire que l'application du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation a été perçue comme une révolution. Partant, l'une des plus grandes mutations du droit de la famille de ces dix dernières années est sans doute d'ordre méthodologique* »¹⁹¹.

¹⁸⁸ H. FULCHIRON, *Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille*, In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *2010-2020 Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021

¹⁸⁹ C. GAUTHIER et A. GOUTTENOIRE, *Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille*, In *2010-2020 une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021, pp65-78

¹⁹⁰ C. GAUTHIER et A. GOUTTENOIRE, précité

¹⁹¹ A. GOGOS-GINTRAND, *La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité*, Recueil Dalloz 2020 p.2409

Sous l'influence européenne, le juge national a multiplié les hypothèses où il corrige la loi nationale. Il ne faut cependant pas perdre de vue que des possibilités pour le juge de moduler la norme existait déjà dans la loi.

B) Délimitation de l'office de correction

Définition. L'office de correction, ou la fonction correctrice du juge, peut être définie comme « l'attitude par laquelle le juge compense un pouvoir de décision considéré comme trop restreint pour réguler de manière efficace une situation familiale »¹⁹². Cette mission de correction est à rapprocher de la notion d'équité, autre mécanisme qui permet de moduler l'application de la norme.

Pouvoir de modération. Traditionnellement, l'équité est considérée comme garantissant un pouvoir de modération au juge. Ce pouvoir de modération se retrouve dans d'autres contentieux que le contentieux familial. Il est défini comme une « exception de disproportion », qui permet au juge de « déroger à la règle normalement applicable, en raison des conséquences manifestement excessives qu'elle produirait dans une espèce donnée »¹⁹³. En matière familiale, le contrôle de proportionnalité joue ce rôle de correctif, afin d'assouplir une règle dont l'application peut paraître particulièrement rigoureuse au cas d'espèce. L'équité est plutôt utilisée afin de moduler la norme.

Equité et pouvoir de modulation. Dans sa thèse, V. EGEA distingue un pouvoir de modération, qui concerne toujours un assouplissement de la règle, et un pouvoir de modulation, qui permet au juge d'adapter la règle, « soit dans le sens d'une modération, soit dans le sens d'une aggravation »¹⁹⁴. Ce pouvoir est plus large que le premier, car la marge de décision du juge est ici élargie. V. EGEA cite notamment l'exemple de l'article 270 alinéa 3 du code civil, dont la nouvelle rédaction accorde une liberté d'interprétation accrue au juge et lui permet de refuser le versement d'une prestation compensatoire à un époux fautif. On peut également citer à titre d'illustration le deuxième alinéa de l'article 278 du code civil qui prévoit que le juge peut refuser d'homologuer la convention « si elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux ».

Office du juge. Dans le cadre de l'exercice de cette fonction, le juge de la famille « retrouve la plénitude décisionnelle », les membres de la famille étant ici évincés de la prise de décision. Face au retrait du législateur, le juge est bien obligé de prendre une décision, pour ne pas prendre le risque de commettre un déni de justice, sanctionné à l'article 4 du code civil. Cette fonction de correction de la loi permet au juge de la famille d'exercer un réel office de régulation.

¹⁹² V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, p353

¹⁹³ J. FISHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, cité In V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, 112.

¹⁹⁴ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, p113.

§2 : L'office de régulation, nouveau rôle du juge de la famille

Le pouvoir régulateur est à distinguer de la réglementation (A). Il fait craindre l'apparition d'une jurisprudence *contra legem* (B).

A) La distinction entre l'office de régulation et de réglementation

Introduction. A propos de l'office du juge de la famille, V. EGEA a pu souligner dans sa thèse le fait que « *l'éclatement de la fonction de juger permet d'apprécier la capacité de cette dernière à réguler une activité sociale qui se dérègle* »¹⁹⁵. Il convient ainsi de distinguer la mission de réglementation, dévolue au législateur, et la mission de régulation, qui revient au juge de la famille.

Réglementation. En effet, seul le pouvoir législateur continue d'être chargé d'une mission de réglementation. Dans le dictionnaire juridique CORNU, l'action de réglementer est associée de gouverner, commander, régir. Le pouvoir législatif est celui qui décide des normes, de la manière dont seront encadrées les relations familiales.

Régulation. Le pouvoir judiciaire se voit quant à lui accorder un pouvoir de régulation, c'est-à-dire de contrôler la mise en conformité à une règle. Par cette mission de régulation, le juge de la famille va avoir une influence sur la norme mais il n'initie pas la règle, il ne l'édicte pas. Dans sa thèse, V. EGEA postule que ce qui fait la spécificité de la mission du juge de la famille, c'est la mission de régulation qui lui est aujourd'hui confiée, pour pallier les lacunes du pouvoir législatif. Il cite deux justifications à cette mission de régulation : lorsque la législation apparaît trop rigoureuse et que le juge est obligé de l'adapter, et lorsque le juge intervient pour « *pallier l'absence de norme* »¹⁹⁶.

Terminologie. V. EGEA précise également le sens qu'il donne au terme de régulation, qu'il emploie comme un qualificatif, comme dans l'expression « *juge régulateur* », dont la mission est d'assurer une régulation sociale. Cette vision du droit s'inscrit dans une logique d'Etat providence, « *où le droit s'impose comme un instrument de mise en œuvre des politiques publiques* »¹⁹⁷.

La liberté dans la prise de décision du juge a pu faire craindre un éloignement trop important par rapport à la loi, voire une jurisprudence *contra legem*.

B) La crainte d'une jurisprudence *contra legem*

Principe. Les juges du fond se sont vus confiés par la Cour de cassation la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Le contrôle opéré par la Cour, très léger, a pu conduire à quelques excès, malgré la grande prudence des juges du fond.

¹⁹⁵ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, p22

¹⁹⁶ V. EGEA, précité, p24

¹⁹⁷ V. EGEA, précité, p355

Un rôle nouveau. Les juges du fond sont au cœur des changements relatifs à la matière familiale. En effet, « *il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que le contrôle de proportionnalité doit être réalisé par les juges du fond dès lors qu'il leur est demandé. À défaut, ceux-ci exposent leurs décisions à la censure pour défaut de réponse à conclusions ou manque de base légale* »¹⁹⁸. La Cour exerce en réalité un « *contrôle du contrôle* »¹⁹⁹, afin de vérifier que les juges du fond ont bien procédé au contrôle de proportionnalité qui leur était suggéré. Il convient de souligner à cet égard que les juges du fond font preuve d'une grande prudence. Ainsi à titre d'illustration concernant un contentieux qui a fait l'objet de nombreuses décisions – les actions en recherche ou contestation de filiation, les juges du fond ont pratiquement toujours refusé de considérer que l'atteinte à la vie privée était caractérisée. Les précautions dont font preuve les juges du fond ne doivent pas cacher l'ampleur de la réforme qui s'est opérée. Le contrôle de proportionnalité a permis de mettre en lumière les attentes nouvelles concernant les juges de la famille.

Contrôle de proportionnalité et droits subjectifs. Le juge de la famille a été sollicité par les justiciables pour obtenir la reconnaissance de droits subjectifs. A ce titre, l'apparition d'un droit à la connaissance de ses origines (aussi appelé « *droit à l'identité* ») a donné lieu à des décisions contournant des règles essentielles du droit de la famille. Par exemple, dans une décision du 13 novembre 2014²⁰⁰, la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel qui refusait l'exhumation d'un homme afin de réaliser une expertise génétique, sollicitée par une personne qui prétendait être son fils. Les juges du fond s'appuient sur l'article 16-11 du code civil, qui énumère une liste exhaustive d'hypothèses dans lesquelles une expertise génétique peut être réalisée. La Cour de cassation rejette leurs motifs en s'appuyant sur l'article 8 de la ConvEDH. Il a été souligné concernant cette décision qu'il « *faut bien convenir que la Cour de cassation consacre indirectement l'existence d'une action inédite qui concerne l'accès à des éléments identitaires et non la filiation elle-même, puisqu'en l'espèce celle-ci était définitivement acquise* »²⁰¹. Le juge fait ici le choix de contourner les solutions adoptées en matière de filiation, en contournant l'arbitrage réalisé par le législateur entre le respect de la paix des familles d'une part, et vérité biologique d'autre part.

Critique. Cette mise à l'écart peut être critiquée d'un point de vue démocratique, en ce qu'elle écarte la loi issue de la représentation populaire. On retrouvera cette critique lors de l'étude de notions cadres, autre mécanisme utilisé par le juge de la famille pour moduler la norme.

¹⁹⁸ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010

¹⁹⁹ V. EGEA, précité

²⁰⁰ C. Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2014, n° 13-21.018

²⁰¹ Chronique de jurisprudence, JCP G, n° 38, 14 Septembre 2015, doctrine 982

Conclusion intermédiaire

Les développements précédents ont permis d'illustrer la concordance entre les évolutions de l'office du juge de la famille et les mutations du procès civil en général. Ainsi, cette perspective ne permet pas d'illustrer une spécificité du juge de la famille par rapport au juge civil classique. Le juge de la famille fait d'ailleurs plutôt office de précurseur puisque la plupart des mutations du procès civil qui ont été citées sont issues de la matière familiale. Par exemple, le contrôle de proportionnalité et la balance des intérêts ont été employés par la première fois par la Cour de cassation en 2013, dans une affaire relative à un mariage incestueux. Depuis, l'article 8 de la ConvEDH, relatif à la vie privée et familiale, a été mobilisé de nombreuses fois pour écarter des dispositions nationales. La déjudiciarisation a pris une ampleur au sein de la matière qui n'a pas été atteint dans d'autres matières du droit civil, bousculant ainsi l'office du juge de la famille, recentré autour de la mission juridictionnelle. De même, le mécanisme de la demande d'avis à la Cour EDH a été utilisé pour la première fois par la Cour de cassation dans le cadre des affaires *Menesson* et *Labassée*. Si le droit de la famille a été le berceau de ces évolutions, il n'en demeure pas moins qu'elles concernent aujourd'hui l'ensemble de la procédure civile.

Par conséquent, l'étude des grandes mutations de la procédure civile ne nous a pas permis de justifier la particularité de la procédure familiale. Il reste cependant une autre piste à étudier, qui pourrait expliquer le nombre des exceptions procédurales évoquées précédemment : il s'agit des missions attribuées au juge de la famille. En effet le juge de la famille s'est vu confier des objectifs à respecter, quelque que soit le litige, dans la limite du possible. Ces objectifs – principalement la conciliation des parties et la protection des membres de la famille – ont justifié que le juge de la famille s'écarte des règles classiques de la procédure civile.

PARTIE 2 : L'OCTROI DE MISSIONS PARTICULIERES AU JUGE, SECOND INDICE DE LA SPECIFICITE DE L'OFFICE DU JUGE DE LA FAMILLE

Le 7 février 2022 a été adoptée une loi relative à la protection des enfants²⁰². Le même mois, deux autres lois en lien avec la protection de l'enfance ont été adoptées²⁰³, ce qui montre l'importance que les pouvoirs publics accordent à ce sujet. Cette inflation normative illustre également l'insatisfaction qui existe dans la matière. La loi du 7 février 2022 a d'ailleurs fait l'objet de critiques avant même son entrée en vigueur : « À ce titre d'illustration, (...) une vingtaine de départements contestent l'arrêt des financements du ministère de la Justice en direction des thérapies familiales, médiations familiales et visites médiatisées en lien avec les dispositions envisagées dans ladite loi »²⁰⁴. Ainsi, si la mission de protection des membres de la famille, et notamment des enfants, est essentielle, elle ne peut se comprendre sans un accompagnement des familles en matière de médiation. La particularité du contentieux familial oblige les parties à continuer de se côtoyer même en cas de conflits, et si protéger les membres de la famille est nécessaire, il est aussi important de réussir à instaurer un dialogue pacifié.

Le juge exerce ainsi une mission qui est double : il doit d'une part tenter de concilier les parties (TITRE 1), mais si la solution amiable n'aboutit pas ou paraît inappropriée, il se doit d'autre part d'assurer la protection des membres de la famille (TITRE 2)

²⁰² Loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants,

²⁰³ Loi n° 2022-219 visant à réformer l'adoption et loi n° 2022-217 dite « 3DS »

²⁰⁴ F. CAPELIER, *De la protection de l'enfant à la protection des enfants : une loi source d'ambiguïtés*, RDSS 2022, p348

TITRE 1 : LA PRIMAUTE DE LA VOLONTE D'APAISEMENT

Lien de famille. Le juge aux affaires familiales a le pouvoir de prendre toute mesure « *permettant de garantir la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec chacun de ses parents* »²⁰⁵. Le maintien du lien de famille est au cœur de l'office du juge. Cet objectif a longtemps été justifié par une volonté de garantir la paix des familles. La famille a longtemps été perçue comme un « *havre de paix, un refuge protecteur* »²⁰⁶. En cas de conflit, la priorité était d'inciter les parties à retourner dans leur famille. Si le regard porté sur la famille a aujourd'hui évolué, l'objectif de maintien du lien de famille est encore aujourd'hui très présent dans la jurisprudence. Le but n'est plus de contraindre les parties à vivre ensemble, mais de respecter une forme de vivre-ensemble, dans la mesure où, liées par des liens de famille, les parties seront amenées à se recroiser à de nombreuses reprises. C'est pour cette raison que le juge de la famille a été chargé d'une mission de conciliation, afin, autant que possible, de pacifier les rapports familiaux.

Si l'office de conciliation est primordial pour résoudre les conflits familiaux, sa mise en œuvre n'est pas exempte de certaines critiques (CHAPITRE 1). Le fait de confier cette mission nouvelle au juge a conduit à un changement de paradigme dans son office (CHAPITRE 2).

²⁰⁵ Alinéa 2 de l'article 373-2-6 du Code civil

²⁰⁶ S. GRUNVALD, *Procédure pénale et droit de la famille*, In R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2020

CHAPITRE 1 : LA MISE EN ŒUVRE DE L'OFFICE DE CONCILIATION, ENTRE BONNES INTENTIONS ET PARADOXES

Tour d'horizon. Avant de nous intéresser à la manière dont le juge de la famille remplit son office de conciliation, nous apporterons quelques éléments de comparaison en étudiant la manière dont l'institution judiciaire prône la conciliation dans les autres pays.

Médiation. Le pays le plus fréquemment cité en matière de conciliation judiciaire est l'Allemagne, qui pratique depuis 1993 le modèle de Cochem. Il s'agit d'un « *système de collaboration impliquant l'intervention combinée des autorités judiciaires, des avocats, des offices de protection de la jeunesse et des services de consultation familiale, [qui] vise à désamorcer les conflits et à permettre aux parents de trouver des solutions négociées pour répondre aux besoins des enfants* »²⁰⁷. D'autres pays, comme la Belgique, cherchent à forcer les époux à choisir une voie amiable. Le pays a ainsi adopté le 30 juillet 2013 une loi ayant « *notamment pour objectif d'encourager désormais systématiquement le recours à la médiation dès le début du processus de séparation* »²⁰⁸.

Information des parents. D'autres pays font le choix de communiquer aux parents des informations considérées comme essentielles après la séparation. C'est notamment le cas du Danemark, qui en avril 2019 a adopté une loi « *qui impose aux couples parentaux de suivre une formation en ligne pour sensibiliser les parents aux enjeux de leur séparation et les contraint ensuite à « tester » la résidence alternée pendant trois mois avant de fixer les modalités de résidence des enfants* »²⁰⁹. « *Dans le même but, au Québec, une séance d'information sur la parentalité après la rupture est proposée à tous les parents qui se séparent : animée par deux médiateurs chevronnés, l'un du domaine juridique et l'autre du domaine psychosocial, la séance aborde de manière approfondie les conséquences de la rupture des parents sur la famille (choc psychologique causé par la séparation, besoins et réactions des enfants, communication avec l'autre parent, etc.) et informe sur le processus de médiation familiale et les aspects juridiques* »²¹⁰.

En France aussi le choix a été fait de judiciariser la médiation et la conciliation, qui dépendent largement du juge. Si ces modes ne sont pas encore obligatoires, leur caractère contraignant est certain. Cependant, il a pu être regretté des paradoxes dans la mise en place de cette mission de conciliation, dont la logique peine à être suivie jusqu'au bout.

²⁰⁷ G. KESSLER, *Incidence de la consécration de la parenté LGBT sur la détermination de la résidence habituelle de l'enfant après rupture du couple parental*, AJ fam. 2020. 468

²⁰⁸ C. DENIS &., *Restaurer la parentalité dans les situations de séparation parentale conflictuelle : un travail sous mandat*, Médecine & Hygiène, « *Thérapie Familiale* » 2016, Vol. 37, pages 73 à 93

²⁰⁹ G. KESSLER, *Incidence de la consécration de la parenté LGBT sur la détermination de la résidence habituelle de l'enfant après rupture du couple parental*, AJ fam. 2020. 468

²¹⁰ C. DENIS &., *Restaurer la parentalité dans les situations de séparation parentale conflictuelle : un travail sous mandat*, Médecine & Hygiène, « *Thérapie Familiale* » 2016, Vol. 37, pages 73 à 93

Si le juge doit nécessairement résoudre le conflit (SECTION 1), il doit parfois pour cela s'écarter de sa mission juridictionnelle (SECTION 2).

Section 1 : La nécessité de résoudre le conflit

L'institution judiciaire joue un rôle primordial dans la pacification des rapports familiaux. Dans un article intitulé « *A propos de la médiation familiale : vers une judiciarisation du dialogue ?* », C. CHABAULT-MARX montre que la médiation familiale, qui devrait être une démarche volontaire des parties, « *n'est cependant pas sans s'abriter derrière une pratique aujourd'hui fortement institutionnalisée, professionnalisée et somme toute judiciarisée, à tel point que l'on peut se demander si le rôle du juge n'en demeure finalement pas moins prépondérant dans le règlement des litiges, ici familiaux* »²¹¹. La conciliation des parties est en effet au cœur de l'office du juge de la famille (§1). Le juge a parfois recours à l'équité pour aboutir à une solution qui convient aux parties et apaiser le conflit (§2).

§1 : La conciliation au cœur de l'office du juge de la famille

A propos de l'office de conciliation, S. AMRANI-MEKKI évoque le fait que « *La recherche d'accords fait en outre partie intégrante de son office [du juge de la famille], car il s'agit d'un contentieux qualifié de chaud où l'affect est important pour lesquels les juges ont la conviction de « pouvoir amener par la discussion et la "procéduralisation" les sujets à prendre, sous leur garantie, les accords raisonnables qu'ils investiront ensuite de leur propre autorité* »²¹². Ces propos illustrent le caractère essentiel de la conciliation dans l'office du juge (A), et la nécessité d'aboutir à une solution apaisée (B).

A) Une mission essentielle

Conciliation, principe directeur du procès familial. L'article 21 du code de procédure civile consacre un principe de conciliation applicable à tous les juges civils : « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ». Ce principe est réaffirmé en matière familiale à l'article 1071 du même code « *le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties* ». Ce rappel peut étonner dans la mesure où le juge aux affaires familiales est un juge du tribunal judiciaire, auquel s'applique toutes les dispositions générales du code de procédure civile. Le rappel permet d'insister sur l'importance de cette mission en matière familiale. On peut souligner dès le départ qu'il s'agit d'une obligation de moyen, le juge doit tenter de concilier les parties mais on n'exige pas de lui un résultat, dans la mesure où il est impossible de forcer les parties à s'accorder. Cette mission confiée au juge de la famille se manifeste de plusieurs manières. Il faut distinguer ce qui relève de la conciliation et la médiation.

²¹¹ C. CHABAULT-MARX, *A propos de la médiation familiale : vers une judiciarisation du dialogue ?*, Recueil Dalloz 2012 p.43

²¹² S. AMRANI-MEKKI, *La liberté contractuelle en droit processuel de la famille*, Gaz. Pal. 11 avril 2017, p. 4

Conciliation judiciaire. Au-delà de l'article 1071 du CPC, plusieurs dispositions du code civil aménagent le pouvoir de conciliation du juge. Cependant, il convient de souligner que la plupart des dispositions mentionnant la conciliation ont été supprimées récemment, notamment par la loi du 23 mars 2019. Si l'office de conciliation est toujours mentionné au premier alinéa de l'article 373-2-10 du code civil qu'en « *cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties* », en matière de divorce l'audience de conciliation a été supprimée. Ainsi, la suppression d'une audience qui était consacrée à cette mission a largement compromis la mise en œuvre de la conciliation judiciaire dans le cadre du divorce. Cette suppression peut s'expliquer de deux manières : en premier lieu, l'objectif n'est plus, pour le juge, d'essayer de convaincre les époux de se réconcilier, comme cela a longtemps été le cas. En second lieu, des considérations d'économies procédurales ont influencé la suppression de l'audience de conciliation, aujourd'hui remplacée par une audience, rapide, sur les mesures provisoires. Les époux peuvent refuser de demander des mesures provisoires afin d'accélérer la procédure. Ce choix a une conséquence non négligeable : il est désormais possible, pour un juge aux affaires familiales, de divorcer des époux sans les avoir vus en audience. La possibilité de concilier les époux est de fait, fortement limitée. Pour nuancer ces propos, nous pouvons évoquer mentionner une remarque de J.-J. LEMOULAND : « *Certes, la suppression récente de l'audience de conciliation dans la procédure de divorce judiciaire est révélatrice d'une autre ambition, d'économie de temps et de moyens (...). Mais elle ne doit pas tromper. Car l'espoir de conciliation n'existait plus guère dans l'audience du même nom, dont l'objectif était bien davantage de préparer au mieux la suite* »²¹³.

Médiation judiciaire. Si la conciliation judiciaire a pu perdre en vigueur ces dernières années, la médiation judiciaire continue d'être fréquemment sollicitée par les juges aux affaires familiales, et dans d'autres matières que le divorce, notamment en matière de succession. Le second alinéa de l'article 373-2-10 du code civil prévoit ainsi qu'à « *l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation, sauf si des violences sont alléguées par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, ou sauf emprise manifeste de l'un des parents sur l'autre parent, et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder, y compris dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale* ». Cet article incite à la médiation sauf dans deux cas particuliers : celui des violences, ou d'un parent vulnérable. Ces exceptions renvoient à la mission de protection du juge qui feront l'objet de développements ultérieurs. L'article 255 1° et 2° du code civil suit la même logique²¹⁴. Il convient de souligner que la désignation d'un médiateur familial par le juge

²¹³J.-J. LEMOULAND, *Quel rôle pour le juge en droit de la famille*, In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, 2010-2020 Une décennie de mutations du droit de la famille, Dalloz, 2021, p84

²¹⁴ Article 255 du code civil : « *Le juge peut notamment : 1° Proposer aux époux une mesure de médiation, sauf si des violences sont alléguées par l'un des époux sur l'autre époux ou sur l'enfant, ou sauf emprise manifeste de l'un des époux sur son conjoint, et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ; 2° Enjoindre aux époux, sauf si des violences sont alléguées par l'un des époux sur l'autre époux ou*

n'est pas susceptible de recours. Par conséquent, si le juge ne peut pas contraindre les parties à s'accorder, il peut les contraindre au processus de médiation, même si ce dernier n'aboutit pas.

B) L'importance d'une solution apaisée dans un conflit familial

Particularité du contentieux familial. La particularité du contentieux familial, par rapport aux autres contentieux civils, est la proximité entre les parties. Le rapport Tasca Mercier soulignait à ce propos que « *La dimension relationnelle, affective, psychologique, émotionnelle du contentieux familial appelle un traitement particulier de ces questions, d'autant plus que les parties sont souvent appelées à maintenir le lien qui les unit, pour le futur, en raison de la présence d'enfants* »²¹⁵. Cette situation a une conséquence directe sur l'office du juge : il ne peut se contenter de sa mission de *jurisdictio*. Il doit dépasser le litige et le problème qui se pose, afin de trouver une solution qui apaise le conflit de manière globale. Dans le rapport précité, les rapporteurs ont mentionné le fait que « *les personnes rencontrées par la mission d'information ont appuyé sur la nécessité de prendre le temps de régler le litige, ce qui relève du rôle du juge aux affaires familiales, mais aussi de purger le conflit, sous peine de voir les parties revenir devant le juge en instance modificative* ». Cette disposition est d'autant plus importante que la part des demandes où les parties saisissent le juge afin d'obtenir une modification d'une décision de justice précédente est très importante dans le contentieux familial. « *La confrontation des chiffres du divorce et de l'après divorce permet d'avoir un ordre d'idée s'agissant de la proportion de divorces revenant devant le juge : 40 %* »²¹⁶.

Paradoxe. Il a été fait plusieurs fois état de l'engorgement des juridictions familiales. Une des solutions pour limiter cet engorgement serait de tenter de lutter contre les saisines du juge pour des demandes modificatives de jugements précédents. Ces saisines modificatives ne peuvent être réduites à néant, dans la mesure où la situation des parties va nécessairement évoluer (changement de travail, changement de situation maritale avec l'apparition d'une nouvelle personne dans la famille). Par conséquent le juge sera toujours saisi de demandes visant à modifier des montants de pension alimentaire ou de contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. Cependant, l'importance de ces saisines est aussi le signe d'une insatisfaction des justiciables face aux décisions prises. Pour limiter le contentieux de l'après divorce, il faudrait que le premier juge saisi ait pu purger l'ensemble des points litigieux entre les époux, ou entre les membres d'une famille. La suppression de l'audience de conciliation dans le cadre du divorce, et le fait que dans de nombreux cas, le juge ne voit pas les époux avant de se prononcer sur le jugement de divorce, limite grandement la purge du contentieux. Par ailleurs, dans les cas où les parties sont présentes, le nombre de dossiers inscrits au rôle du jour limite considérablement les possibilités de discussions entre le juge et les parties. La situation devient ainsi

sur l'enfant, ou sauf emprise manifeste de l'un des époux sur son conjoint, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation »

²¹⁵ C. TASCA, M. MERCIER, *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, rapport d'information du Sénat, La Documentation française, 2014

²¹⁶ C. TASCA, M. MERCIER, précité, p51

paradoxe : alors que l'audience de conciliation a été supprimée pour faire gagner du temps aux juges, la saisine du contentieux de l'après divorce continue largement d'engorger les juridictions. On retrouve ici les enjeux de managérialisation de la justice et la question de gestion du stock des affaires. Les juges sont en effet notés sur des critères d'efficacité et d'efficience, notamment en fonction du ratio entre le nombre d'affaires qui entrent et le nombre d'affaires qui sortent de la juridiction. Cette méthode d'évaluation ne favorise pas le dialogue avec les justiciables, l'objectif étant de diminuer le nombre d'affaires au rôle.

La conciliation des parties est essentielle pour apaiser le conflit. Le juge a parfois recours à l'équité pour pacifier les rapports familiaux.

§2 : le spectre de l'équité

La crainte de l'équité est ancrée dans la mentalité française depuis la période de la Révolution et les écrits des Lumières, notamment dans ceux de Montesquieu et Beccaria. Cependant, la matière familiale, du fait de sa dimension factuelle, nécessite une part d'équité, encadrée par des textes (A). Par ailleurs, le juge de la famille s'est illustré par une grande prudence, qui doit faire relativiser la crainte de l'arbitraire (B).

A) L'encadrement de l'équité judiciaire par les textes

Equité et procédure civile. L'article 12 alinéa 4 du code de procédure civile permet au juge de statuer, à la demande des parties, en amiable composition²¹⁷. Cet article permet au juge, dans le cadre du procès civil, de statuer en équité. Il n'est cependant pratiquement jamais utilisé par les parties, qui préfèrent s'en tenir au principe affirmé au premier alinéa du même article : « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit* », c'est-à-dire qu'il juge en droit et non pas en équité. C'est ce qu'on appelle le principe de juridiction.

Exception. Ce principe connaît quelques rares exceptions, et la plus connue concerne la matière familiale. Il s'agit de l'alinéa 3 de l'article 270 du code civil, qui dispose à propos de la prestation compensatoire que « *Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande (...)* ». Cette disposition, contrairement à la précédente, est fréquemment invoquée par les parties. En effet la cause du divorce et ses conséquences ayant été décorréliées depuis la loi de 2004, cette disposition demeure une des seules du code civil qui permet de prendre en compte les fautes des époux dans le divorce et d'en tirer des conséquences, en refusant le versement d'une prestation compensatoire à un époux dont la faute a entraîné le divorce. On peut également citer l'article 815-13 du code civil, applicable en matière de succession, selon lequel « *Lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité* ».

²¹⁷ Article 12 alinéa 4 : « *Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* ».

B) La prudence du juge de la famille

Prudence. Malgré cette possibilité laissée au juge de statuer en équité, le juge de la famille s'illustre par sa prudence, éloignant ainsi la crainte de décisions arbitraires. Concernant les questions de société, le juge préfère se référer au législateur. V. EGEA a pu souligner, à propos de cette prudence du juge, qu'elle pouvait même être excessive et étonnante au vu des enjeux de la matière familiale : « *Ainsi, dans des domaines où l'on pouvait s'attendre à ce que le raisonnement réaliste fût le plus affirmé (...), la prudence demeure, par le biais du rôle de la Cour de cassation qui, posant des critères et des conditions, réintroduit une dose de formalisme et de positivisme que l'on pouvait craindre de voir disparaître, emportée par un raisonnement réaliste supposé plus apte à prendre en compte la dimension affective des relations familiales* »²¹⁸. Par ailleurs, même lorsque le juge fait preuve d'audace et ne s'en remet pas au législateur, ce dernier a toujours la possibilité de « *casser* » la jurisprudence *contra legem* qui a pu prospérer. Concernant la transcription d'acte de naissance d'enfants nés de GPA réalisées à l'étranger, qui paraissait être en contradiction directe avec l'article 47 du code civil, le législateur a répliqué par la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, en modifiant la lettre de l'article. Le but assumé des parlementaires est de mettre un terme à cette jurisprudence de la Cour de cassation, jugée trop favorable à la GPA, interdite en droit français. Cet exemple illustre bien le fait qu'en droit de la famille comme ailleurs, le législateur a toujours le dernier mot.

Ainsi, le premier objectif du juge de la famille est de concilier les parties. Cependant, en cas de persistance du conflit, l'office du conciliation montre rapidement ses limites. On observe alors un retour de l'office juridictionnel.

Section 2 : Le retour de l'office juridictionnel

Lorsque le conflit persiste, le juge ne pourra pas concilier les parties. Son office sera alors plus classique. Si le conflit qui oppose les parties est d'ordre juridique, et que les parties n'arrivent pas à s'accorder, le rôle du juge sera de trancher entre les prétentions des parties (§1). Même si le conflit n'est pas d'ordre juridique, il est nécessaire pour le juge de prendre une décision, y compris en s'appuyant des éléments extra juridiques (§2).

§1 : La persistance du conflit

L'objectif de pacification transforme l'office du juge, ce dernier n'étant censé intervenir qu'en dernier recours (A). Cependant, lorsqu'il intervient et que le conflit persiste, il est obligé d'abandonner l'office de conciliation, au profit de son office juridictionnel (B)

²¹⁸ V. EGEA, *Le raisonnement du juge en droit de la famille*, In C. BAHUREL &, *Droit processuel de la famille*, p74

A) La saisine du juge comme dernier recours

Déjudiciarisation et office de conciliation. La doctrine a relevé unanimement que les tentatives de déjudiciarisation faisaient « *du recours au juge un ultime recours* »²¹⁹. En premier lieu, il existe des « *cas dans lesquels tout a été misé d'emblée sur la bonne entente des protagonistes, et où l'intervention du juge ne se conçoit qu'à défaut d'accord* »²²⁰. En second lieu, lorsque les parties n'ont pas réussi à se mettre d'accord par elles-mêmes, l'objectif est de limiter la saisine du juge en multipliant les incitations à un accord conventionnel. Il est fréquemment rappelé aux parties qu'elles peuvent choisir la voie contractuelle à tout moment de la procédure. En effet, « *tout au long de l'instance, les époux peuvent soumettre à l'homologation du juge leurs conventions réglant tout ou parties des conséquences du divorce* »²²¹. Les délais devant le JAF, particulièrement longs, incitent fortement les époux à conclure un accord s'ils veulent divorcer rapidement, notamment s'ils souhaitent se remarier. Concernant l'autorité parentale, certaines dates comme la rentrée scolaire ou l'arrivée des vacances scolaires incitent les parties à conclure des accords afin de pouvoir prendre des décisions ensemble, par exemple le choix d'école des enfants.

Conséquence sur l'office du juge. Ainsi tout est fait pour que les parties se concilient avant de saisir le juge, et une fois le juge saisi, l'objectif est de pousser les parties à se dessaisir, ou à modifier leur saisine pour demander au juge l'homologation de l'accord conclu dans l'attente d'un jugement qui se fait trop attendre. Par conséquent, lorsque les parties arrivent devant le juge, elles ont eu de nombreuses occasions de choisir la voie conventionnelle, choix qu'elles n'ont pas fait. Au-delà du juge, il faut souligner l'importance des autres acteurs de la justice familiale, les avocats, notaires et associations qui accompagnent les familles, et qui sont dans l'ensemble favorables à une solution amiable, solution présentée comme plus rapide, et moins coûteuse. Surtout, la solution amiable permet aux époux de participer à la solution prise, et d'éviter le risque que ce soit une personne tierce qui prenne des décisions essentielles pour la vie de leurs enfants, comme le choix de l'école ou le montant d'une contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. La solution amiable présente des avantages non négligeables pour les parents, ou les époux. Ainsi, si leur choix est la solution contentieuse, et qu'ils persistent dans leur choix, la possibilité pour le juge de concilier les parties à ce stade nous apparaît fortement compromise. Dans l'hypothèse de la persistance du conflit, le juge de la famille retrouve un rôle classique : celui de trancher le litige en appliquant les règles de droit.

B) Le retour de l'office traditionnel du juge

Discorde. Comme a pu le souligner V. EGEA dans sa thèse, « *sauf à croire dans une optique très angélique que tout conflit familial se résout de manière consensuelle, il convient de reconnaître que la*

²¹⁹ S. AMRANI-MEKKI, *La liberté contractuelle en droit processuel de la famille*, Gaz. Pal., 2017

²²⁰ J.-J. LEMOULAND, *Quel rôle pour le juge en droit de la famille*, In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *2010-2020 Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021, p84

²²¹ J.-J. LEMOULAND, précité

discorde marque de son empreinte nombre de situations »²²². Dans cette situation, la participation des membres de la famille à la prise de décisions demeure impossible, et c'est au juge que revient la délicate mission de trancher, afin de mettre un terme au conflit. La particularité, par rapport à la procédure civile classique, est que traditionnellement la mission juridictionnelle est le principe, la conciliation étant l'exception. En matière familiale on observe une inversion des principes, la mission juridictionnelle ayant un rôle supplétif par rapport à la mission de conciliation. Cet aménagement de l'office du juge se retrouve dans la rédaction de certains textes, comme l'article 267 du code civil : « *A défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge statue sur leurs demandes de maintien dans l'indivision, d'attribution préférentielle et d'avance sur part de communauté ou de biens indivis* ». Dans certaines situations, comme le choix du nom de famille, le législateur a entériné une solution prédéfinie²²³ afin d'éviter de placer le juge au cœur de débats familiaux difficiles à trancher.

Recherche d'un consensus. Même dans le cas d'un conflit familial persistant, le juge aux affaires familiales cherche toujours à inciter les parties à choisir la voie d'un consensus. En effet, pour s'assurer que les décisions de justice soient exécutées, il est nécessaire que les parties, surtout les parents, expriment un minimum d'adhésion à la décision prise. A l'avenir, la situation de la famille étant susceptible d'évoluer, il est primordial que la communication soit rétablie entre les parents afin d'ajuster les mesures prises par le juge. Ainsi, concernant le choix de garde, les JAF prennent régulièrement en considération « *la pratique antérieurement suivie ou les accords précédemment conclus* »²²⁴. Il est par ailleurs fréquemment rappelé aux époux la possibilité de choisir une solution amiable.

Le risque de la persistance du conflit. La nécessité pour le juge de purger le conflit de tous ces points litigieux est d'autant plus important que la persistance d'un conflit familial a des conséquences néfastes sur l'individu, et de manière plus générale sur la société. Lors de la dixième édition des Etats généraux de la famille, P. ABOUDARAM, à l'époque vice-présidente du Conseil national des barreaux, a consacré son intervention au « *coût social* » du divorce²²⁵. Concernant des considérations financières, elle relève notamment que « *la désunion déstabilise les conjoints et un grand nombre d'entre eux sont fragilisés par des pathologies liées au stress de la rupture. Cela se traduit par une recrudescence de congés de maladie pris en charge par le biais d'indemnités journalières pesant sur la collectivité, donc l'État* »²²⁶. Au-delà du coût financier du divorce, P. ABOUDARAM mentionne « *les coûts humains liés à la fragilisation de la famille. Ce coût est essentiellement supporté par les*

²²² V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, p109

²²³ Il s'agit de l'article 311-21 du code civil

²²⁴ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, précité, p111

²²⁵ P. ABOUDARAM, *Le coût social du divorce*, Gaz. Pal. 1 avril 2014, n° 173k4

²²⁶ P. ABOUDARAM, précité

enfants du couple, lesquels sont terriblement atteints par la séparation de leurs parents et peuvent dériver vers l'échec scolaire, voire la délinquance »²²⁷.

Ainsi la persistance d'un conflit est problématique pour la famille. Si la solution juridique ne suffit pas à résoudre le conflit, le juge est parfois obligé de prendre en considération des éléments non-juridiques, afin de mettre un terme au litige.

§2 : La prise en compte d'éléments extra juridiques dans la décision

Le droit a parfois du mal à appréhender certaines situations (A), ce qui nécessite la prise en compte d'éléments extra juridiques (B) pour que le juge puisse prendre une décision.

A) La difficulté pour le droit d'appréhender certaines situations

Garde des enfants en bas âge. Le droit de la famille se démarque par sa dimension factuelle. S'il est fréquemment rappelé que le droit ne peut pas tout prévoir, cela est particulièrement vrai dans le contentieux familial. La pluralité des situations familiales contraignent le législateur à laisser une marge d'appréciation importante au juge. Cela ne signifie pas un retrait total de la loi. Cependant, certaines situations peuvent difficilement être prévues par le législateur. A titre d'illustration, lors d'une séparation des parents avec des enfants en bas âge, le juge doit se prononcer sur la garde des enfants. Il arrive que le juge confie la garde de l'enfant à la mère, en s'appuyant sur le « *besoin de maternage* » des jeunes enfants²²⁸. Cette affirmation n'est pas exempte de critiques. En premier lieu, l'affirmation peut conduire à s'interroger sur l'impartialité du magistrat, qui semble fonder sa décision sur un préjugé – en l'espèce le préjugé selon lequel les mères seraient plus aptes à garder les enfants en bas âge. Cet exemple est notamment utilisé dans un article de M.-A. FRISON ROCHE, concernant l'impartialité du juge. Elle utilise cet exemple pour insister sur la nécessité d'une souplesse dans l'appréciation du principe d'impartialité, dans les termes suivants : « *si on refuse l'existence de ce préjugé, alors il convient de remplacer les juges humains par des machines* »²²⁹.

Office du juge et débat scientifique. En second lieu, la notion de maternage peut être critiquée dans la mesure où aucun consensus n'existe sur la notion. Ainsi d'autres cours d'appel ont pu s'illustrer par des solutions contraires, comme ce fût le cas de la Cour d'appel de Chambéry : « *l'âge de l'enfant n'est pas un critère décisif du choix de la résidence. En effet, ce critère reviendrait à refuser systématiquement un mode de résidence alternée pour de jeunes enfants et à attribuer ipso facto la résidence à la mère. Or, le bien-fondé de l'automatisme d'un tel choix est loin d'être démontré, et ne fait pas l'unanimité des écoles de pensée psychologiques* »²³⁰. Ces exemples permettent

²²⁷ P. ABOUDARAM, précité

²²⁸ Exemple : Arrêt rendu par Cour d'appel de Montpellier, 2e ch. fam., 09-09-202, n° 20/04062, commenté In B. LEHNISCH, B. REGENT, *Séparation des parents : quelles solutions pour la résidence d'un enfant en bas âge ?*, AJ Famille 2021 p.629

²²⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, *L'impartialité du juge*, Recueil Dalloz 1999 p.53

²³⁰ Chambéry, 3^e ch., 23 janv. 2017, RG n° 16/01361

d'illustrer l'importance de la casuistique dans la matière familiale, et la difficulté pour le juge de dégager des solutions génériques qui s'appliqueraient à tous les litiges similaires. Comme a pu le souligner un commentaire de la décision de la cour d'appel de Montpellier, « *Face à cette absence de consensus scientifique et d'outils précis pour lui permettre de se déterminer à l'heure du choix de la formule pour l'enfant, le juge aux affaires familiales demeure hésitant* »²³¹. Cette hésitation est le signe d'une prudence du juge, qui cherche à éviter les solutions impératives. Elle illustre également et surtout la volonté pour le juge de toujours chercher une solution pacifiée. En effet « *l'idéal est qu'enfants et parents adhèrent pleinement au schéma de vie qu'ils auront bâti tous ensemble, plutôt que de se voir imposer par un tiers (un juge) une formule rigide qui, bien souvent, ne conviendra à personne* »²³². Concernant l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier, si la mention du besoin de maternage a pu étonner, les commentateurs ont surtout relevé le fait que d'autres raisons avaient pu pousser les juges à confier l'enfant à la mère, et dont la mention dans le jugement risquait de contrarier le père de l'enfant²³³. L'objectif de pacifier les rapports familiaux réapparaît ici en creux.

Ainsi, le juge de la famille est contraint à prendre en compte des éléments qui ne sont pas juridiques, ce qui fait l'objet de difficultés particulières.

B) La difficulté de prise en compte des éléments extra juridiques

La question religieuse. Le juge aux affaires familiales est confronté à de nombreuses difficultés extra-juridiques. Nous avons fait le choix de nous concentrer ici sur les questions religieuses. Si les problématiques liées à la religion sont peu fréquentes, elles permettent d'illustrer la difficulté pour le juge de trancher le litige en appliquant des règles de droit, et la nécessité de dépasser l'office juridictionnel afin de prioriser la pacification des relations familiales.

Juge de la famille et religion. Le juge aux affaires familiales a à connaître des questions religieuses principalement via son rôle de juge de l'autorité parentale. Le deuxième alinéa de l'article 371-1 du code civil prévoit notamment qu'il appartient aux parents, dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale, de protéger l'enfant « *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité* ». La mention de la moralité se retrouve dans l'article 213 du code civil, qui dispose que « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille* ». Il est traditionnellement admis que l'éducation religieuse est compris dans l'exercice de l'autorité parentale. Lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, le choix de religion doit faire l'objet d'un consensus. Même lorsque l'autorité parentale est exclusive « *le droit du parent qui exerce exclusivement l'autorité parentale n'est pas*

²³¹ B. LEHNISCH, B. REGENT, *Séparation des parents : quelles solutions pour la résidence d'un enfant en bas âge ?*, AJ Famille 2021 p.629

²³² B. LEHNISCH, B. REGENT, précité

²³³ B. LEHNISCH, B. REGENT, précité « *L'arrêt se fonde « principalement » sur « l'âge des enfants et leur besoin de maternage », même si d'autres éléments semblent pris en compte par la cour. En effet, cette dernière mentionne que le père a été condamné à deux reprises pour des faits de violence sur concubin et qu'il fait l'objet d'un suivi psychiatrique (ces éléments négatifs ont probablement influé sur la décision de la cour, même s'ils n'apparaissent pas explicitement comme des motifs de l'arrêt)* »

discrétionnaire et absolu, car il doit informer l'autre parent qu'il entend prendre une décision portant sur la religion de l'enfant commun »²³⁴. La CEDH exige des juges nationaux une appréciation concrète de chaque situation, à travers le prisme de l'intérêt de l'enfant. En 2015, la Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi d'un père qui souhaitait faire baptiser ses enfants, âgés de six et sept ans, au motif que ce baptême n'était pas conforme à l'intérêt des enfants, qui « *ne comprenaient pas le sens de cette démarche* » et qui « *ne voulaient pas revoir leur père dont les droits de visite avaient été suspendus en raison de son comportement menaçant et violent* »²³⁵. De manière similaire, en 1991, la Cour de cassation a suspendu jusqu'à sa majorité le baptême d'une adolescente qui souhaitait devenir Témoin de Jéhovah comme son père et contre l'avis de sa mère²³⁶. La question de la conversion d'un mineur à une religion est difficile à trancher dans la mesure où cette situation conduit à apprécier l'intérêt de l'enfant à l'aune de ses droits fondamentaux, notamment la liberté de conscience de l'adolescent. Cette situation fait écho au roman mentionné en introduction, qui met en scène un juge aux affaires familiales devant se prononcer sur la transfusion sanguine d'un mineur témoin de Jéhovah.

Si l'office de conciliation a pu présenter ses limites en cas de persistance du conflit, la recherche de consensus demeure au cœur de l'office du juge, qui tente d'amener les parties à une forme d'accord, même s'il ne s'agit que d'accords partiels.

²³⁴ E. BAZIN, *Juge aux affaires familiales – Généralités*, Répertoire de procédure civile, Octobre 2020

²³⁵ C. Cass., 1^{ère} ch. civ., 23 sept. 2015, n° 14-23.724, commenté In J. HAUSER, *La religion de l'enfant : le domaine de l'intérêt supérieur ?*, RTD Civ. 2015 p.861

²³⁶ C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 11 juin 1991, no 89-20.878, commenté In P. MALAURIE, *Une mineure doit attendre sa majorité pour exercer un choix religieux auquel un des parents s'oppose*, Recueil Dalloz 1991 p.521

CHAPITRE 2 : JUSTICE FAMILIALE, JUSTICE CONSENSUELLE

Paix des familles et office du juge. Nous avons eu l'occasion dans le cadre de notre première partie d'étudier certaines exceptions procédurales en matière familiale. Si nous nous sommes concentrés sur des exemples récents, d'autres exemples, plus anciens, ont sensiblement marqué la procédure civile, comme ce fût le cas de l'exigence d'adminicules dans le cadre de l'action en recherche de paternité naturelle, ce qui allait à l'encontre de la conception de la doctrine française de la théorie de l'action. En effet dans le cadre de cette action, il fallait prouver certains faits – les fiançailles entre le père et la mère prétendus, la cohabitation au moment de la conception – au stade de la recevabilité de l'action. Le juge ne se prononçait sur le fond que si ces éléments avaient été prouvés. Droit d'action et bien-fondé de la prétention étaient ainsi entremêlés. Cette exception a longtemps été justifiée par la volonté de respecter la paix des familles. L'idée était d'accepter des entorses aux règles de procédure civile classiques afin de permettre la réalisation d'un objectif primordial : la paix des familles. Cet objectif est en train de progressivement disparaître, sous l'influence de nouveaux droits subjectifs, au premier rang duquel le droit à la connaissance de ses origines.

Section 1 : Le consensus comme modèle dans la prise de décisions

La recherche de consensus passe notamment par un partage de l'office juridictionnel du juge lors de la prise de décisions (§1), et par une volonté d'apporter une solution qui permet de pacifier les rapports familiaux (§2).

§1 : Le partage de la prise de décision

La prise de décision est partagée avec les membres de la famille (A), et dans une moindre mesure, avec les autres juges qui officient en matière familiale (B).

A) La participation des parties à la décision

Légitimité de la décision. Les difficultés rencontrées au moment de l'exécution d'une décision de justice ont déjà fait l'objet de développements. Un des remèdes trouvés pour faire face à cette difficulté est la participation des parties à la décision. Cette solution permet d'asseoir la légitimité du jugement, comme a pu le souligner V. EGEA : « *l'association du justiciable est guidée par le souci d'effectivité des droits, qui repose sur la légitimité de la décision* »²³⁷. Il y a cette idée que les justiciables respecteront mieux une décision qu'ils ont eux-mêmes prises, plutôt qu'une décision qui leur a été imposée par un tiers qui n'est pas familier à l'organisation de leur famille. Le droit de la famille est un terrain particulièrement propice pour la justice négociée, du fait du caractère intime des litiges soumis au juge, et la difficulté qu'il existe de trancher entre des intérêts qui paraissent tous

²³⁷ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, p135

légitimes. « *Le juge supporte la lourde tâche de faire coexister l'intérêt de l'enfant avec celui du père et de la mère, voire avec celui des grands-parents* »²³⁸.

Discernement. Plus précisément, concernant l'intérêt de l'enfant, il faut souligner que la participation de l'enfant à la procédure qui le concerne est conditionné à son discernement. « *Ainsi, selon les cas et son degré de maturité, le mineur se voit accorder une autonomie de décision pour les actes éminemment personnels, et le droit d'exprimer son consentement ou son avis* »²³⁹. Au-delà de l'audition du mineur, on remarquera que la procédure familiale accorde parfois au mineur une place curieuse, en conditionnant par exemple le cas de divorce au souhait exprimé de l'enfant d'être entendu par un juge. Ce choix procédural a fait l'objet de nombreuses critiques au sein de la doctrine, qui a notamment mis en garde contre le risque d'instrumentalisation de l'enfant par ses parents.

Subjectivisation. La participation de l'enfant à la procédure est également le signe d'une subjectivisation du droit qui touche notamment le droit de la famille. L'enfant s'est vu reconnaître des droits propres, comme le « *droit du mineur d'être entendu dans les procédures le concernant, droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, droit de l'enfant d'être associé aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité notamment* »²⁴⁰. Cette reconnaissance de droits subjectifs à l'enfant est d'autant plus significative qu'étymologiquement, « *l'infans* » désigne « *celui qui ne parle pas* ». Cependant, cette reconnaissance de la parole de l'enfant ne doit pas conduire à une situation où le juge s'en remet totalement à l'enfant dès lors qu'il est capable de discernement. Le juge de la famille doit continuer à remplir pleinement son office. Pour revenir sur la question religieuse, il a été notamment relevé que « *si l'enfant capable de discernement doit exprimer son avis sur la question de son éducation religieuse, il n'empêche que la Cour de cassation interdit aux juges du fond de déléguer leurs pouvoirs juridictionnels en laissant les enfants décider à leur place ou à la place des parents* »²⁴¹.

Le consensus concerne ainsi la prise de décision, qui fait participer les parties. Le juge de la famille doit aussi composer avec les autres juges qui prennent des décisions en matière familiale. Là encore, le dialogue et la justice consensuelle est de mise.

B) La participation des autres juges à la jurisprudence familiale

Dialogue des juges. Le juge de la famille doit composer avec d'autres juges : « *comme le souligne le professeur Egéa, les décisions « d'autres juges » que le juge aux affaires familiales peuvent modifier « la structure familiale ou les modalités d'organisation des relations entre ces*

²³⁸ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010

²³⁹ M. LARDEUX, *Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille*. Droit. Université de Toulon, 2015, §835

²⁴⁰ M. LARDEUX, précité

²⁴¹ E. BAZIN, *Juge aux affaires familiales – Généralités*, Répertoire de procédure civile, Octobre 2020

membres »²⁴². Le tribunal judiciaire est notamment compétent pour « *le contrôle des actes d'état civil, annulation du mariage, rupture abusive des fiançailles, et surtout, successions et libéralités* »²⁴³. Ainsi, de nombreux juges interviennent dans la matière familiale, qu'il s'agisse de juges civils, d'un juge pénal, notamment dans le cadre de violences familiales, ou d'un juge administratif. Il est important que ces juges dialoguent afin de donner une définition commune des principes qu'ils ont tous à connaître. A propos des juges pénaux, il a été souligné l'importance de la communication entre JAF et JE, notamment en matière de preuves : « *Il est à noter que les relations entre le JAF et le juge des enfants, (...), occupent une place particulière, offrant un exemple de relations étroites entre la matière pénale et familiale. (...) Des échanges croisés sont institués entre ces juges dès qu'ils prennent des décisions concernant l'autorité parentale pour l'un et des mesures éducatives pour l'autre, ce qui est heureux afin de préserver une cohérence dans l'examen des dossiers* »²⁴⁴.

Liens entre droit de la famille et droit pénal. Cette proximité entre les droits n'est pourtant pas évidente. Il a pu être souligné que droit pénal et droit de la famille forment un couple « *je t'aime moi non plus* »²⁴⁵. Pourtant les deux matières entretiennent des liens très proches, qui s'illustrent en premier lieu à travers le droit substantiel. A titre d'exemple, il a été noté qu'aujourd'hui « *en droit civil, la doctrine constate un mouvement unanime de glissement vers un droit commun du couple. La pluralité des modèles conjugaux tendrait à converger vers un régime unique. Ce mouvement se retrouve à l'identique en droit pénal de la famille* ». Cette proximité se retrouve également en matière procédurale. Afin d'assurer une forme de cohérence, il a parfois été prévu le mécanisme de renvoi préjudiciel, le juge pénal pouvant poser des questions au juge civil sur des éléments de droit de la famille²⁴⁶. Le code pénal procède aussi par renvoi au code civil pour certaines infractions²⁴⁷, mais les évolutions constantes du droit de la famille limitent l'utilisation de cette méthode.

Justice civile. Au-delà du lien entre droit de la famille et droit pénal, au sein même de la justice civile, la question de la concordance des jurisprudences des juges civils qui interviennent dans la matière familiale se pose. Dans le rapport Tasca-Mercier, une des pistes de réflexion reposent sur l'objectif « *Accentuer la coordination au sein du pôle famille du TGI* »²⁴⁸. Pour atteindre cet objectif, plusieurs propositions sont formulées, notamment « *Prévoir la participation du juge aux affaires familiales aux instances collégiales intéressant la famille* » et « *Renforcer le dialogue des juges* ».

²⁴² R. LAHER, *Les juridictions familiales*, In R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020, p42

²⁴³ R. LAHER, précité

²⁴⁴ J. BOURSICAN, *La preuve en droit de la famille*, Gaz. Pal. 14 avril 2020, n° 377g9, p. 56

²⁴⁵ C. DUBOIS, *L'autonomie du droit pénal et le droit de la famille*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, Juillet 2021, dossier 24

²⁴⁶ Par exemple en matière de bigamie, selon une solution constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation depuis un arrêt du 16 janvier 1826, Bull. crim. n°10, cf Rép. pén. Dalloz, v° bigamie, 2019, spéc. n° 18 et s., par Ph. Bonfils et E. Gallardo

²⁴⁷ Par exemple l'article 227-3 du Code pénal

²⁴⁸ C. TASCA, M. MERCIER, *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, rapport d'information du Sénat, La Documentation française, 2013

Dans ce sens, des pôles famille ont été créés dans certaines juridictions, notamment au tribunal judiciaire de Paris, afin de permettre une synergie entre les juges statuant au sein de la matière familiale.

Dialogue entre cours suprêmes. Par ailleurs, les questions posées par la Cour de cassation à d'autres juridictions peuvent révéler une volonté d'instaurer une forme de dialogue sur des sujets de société particulièrement débattus. La doctrine a pu noter la qualité de la rédaction des questions posées à la Cour EDH, qui illustre la volonté de mettre en place un « *dialogue direct et très clair avec la Cour européenne* »²⁴⁹. Ces questions peuvent aussi être le signe d'une hésitation au sein de la Haute Cour, voire de dissonances entre les juges, qui finissent par s'en remettre à une autre institution. Ces transmissions sont également symptomatiques de l'embarras que la question posée a pu susciter chez les juges. Le dialogue des juges se transforme alors en « *jeu de balle enflammée* »²⁵⁰, les juges se renvoyant des questions juridiques portant des questions brûlantes auxquelles personne ne souhaite répondre.

§2 : la pacification au cœur de la prise de décision du juge

La pacification est au cœur des réformes récentes, elle est devenue un réel objectif politique (A). Cette volonté politique se répercute sur l'office du juge de la famille (B).

A) La pacification comme objectif politique

Définition. L'objectif de pacification peut en effet être entendu de plusieurs manières différentes. Il existe plusieurs degrés de pacification : cela peut passer par le simple fait de proposer une médiation aux parties. Au sein d'un procès contentieux, cela peut également se manifester par la volonté d'inciter les parties à choisir la voie la plus pacifique (le divorce accepté étant par exemple considéré comme plus pacifique que le divorce pour faute). En poussant la logique jusqu'au bout, la pacification peut également désigner la situation où les parties aboutissent à la solution sans l'aide du juge, de manière négociée. L'idée principale du législateur est que « *la justice consensuelle serait nécessairement préférable* » car la participation des époux à la décision conduirait à un meilleur respect de la décision prise.

Pacification. L'intervention du juge dans le procès a été organisée autour de l'objectif de pacification des rapports familiaux. En effet, « *depuis longtemps, il est apparu que la mission du juge en matière familiale ne pouvait être exactement la même que dans d'autres domaines. Son immixtion dans ce cercle très sensible de la famille laisse pressentir à la fois la difficulté et la particularité de sa*

²⁴⁹ C. GAUTHIER et A. GOUTTENOIRE, *Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille*, In *2010-2020 une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021, pp65-78

²⁵⁰ D. MARTEL, *Un jeu de balle enflammée, à propos de la question prioritaire de constitutionnalité relative au mariage entre personnes de même sexe*, Droit de la famille n° 1, Janvier 2011, étude 4

tâche »²⁵¹. Par conséquent, le législateur a souhaité placer la pacification au cœur de son office. Cet objectif est le signe d'une volonté libérale qui anime tout le droit de la famille. Il a été noté que « *l'un des leviers de cette libéralisation a été la promotion du consensus et des accords de volonté, pour permettre et inciter les membres de la famille à prendre en main l'organisation de leurs relations, jusque dans la résolution de leurs différends* »²⁵².

Droit substantiel. Il a été souligné que cette volonté de pacification est « *le signe et le support d'une politique substantielle* »²⁵³. Le législateur a tenté, depuis plusieurs années, d'identifier tous les éléments de droit substantiel susceptibles de cristalliser le conflit afin de les supprimer. La déconnexion qu'a effectué la loi du 26 mai 2004 entre les torts et les conséquences du divorce est l'exemple le plus symptomatique de ce mouvement de pacification par le droit substantiel. Comme le souligne V. EGEA, « *en amoindrissant l'attractivité substantielle de la décision juridictionnelle, il s'agit de réduire l'intérêt d'une surenchère conflictuelle* »²⁵⁴.

B) Conséquence de la pacification sur l'office du juge

Office du juge. Les juges ont su se saisir de cette volonté de pacification par le droit substantiel. La Cour de cassation s'est illustrée par quelques décisions qui venaient mettre un terme à des contentieux persistants, notamment concernant « *la clause réputant exécutée au jour la contribution aux charges du mariage* » dans les conventions de mariage pour les époux en séparation des biens. Devant les juges du fond, l'exemple le plus manifeste de cette volonté de pacification est peut être celui de la liquidation des régimes matrimoniaux. La nouvelle rédaction de l'article 267 du code civil, formulée dans l'ordonnance du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, prévoit « *qu'en principe le juge du divorce ne liquide pas le régime matrimonial mais que, par exception, il le peut tout de même...* »²⁵⁵. Cette formulation n'a pas suffi à résoudre les incertitudes qui entouraient la matière. Les juges du fond ne se sont pas emparés de ce pouvoir de liquidation et incitent quasi systématiquement les parties à procéder à une liquidation conventionnelle devant un professionnel. Le seul point débattu à l'audience est de savoir si les époux souhaitent recourir à un professionnel, souvent à un notaire, par le biais de l'article 255°9 ou 255°10 du code civil. Ainsi souvent seul l'identité du notaire pose difficulté et le juge a fortement tendance, en cas de désaccord, à en nommer un d'office si les parties ne se sont pas mis d'accord sur un nom. Ainsi le juge n'entend aucun argument concernant la liquidation du régime matrimonial des époux. De manière plus générale, tout le contentieux financier est jugé en s'appuyant sur les pièces du dossier et fait rarement l'objet de

²⁵¹ J.-J. LEMOULAND, *Quel rôle pour le juge en droit de la famille*, In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, 2010-2020 Une décennie de mutations du droit de la famille, Dalloz, 2021, p84

²⁵² J.-J. LEMOULAND, précité

²⁵³ J.-J. LEMOULAND, précité

²⁵⁴ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010

²⁵⁵ Q. GUIGUET-SCHIELÉ et W. BABY, *Les interrogations subsistant sur les pouvoirs liquidatifs du juge du divorce*, Gaz. Pal., 13/12/2016, n°44

plaidoiries. L'objectif assumé des juges du fond est en effet de limiter au maximum les disputes des époux sur des questions financières.

Section 2 : La primauté du consensus

La volonté de consensus ne concerne pas seulement le juge de la famille, mais va bien au-delà (§1). Dans certains cas, le juge n'apparaît plus comme l'acteur adéquat pour exercer cette mission consensuelle (§2).

§1 : La primauté du consensus au-delà de l'office du juge de la famille

La CEDH européenne a placé la recherche de consensus au cœur de sa jurisprudence (A). Cette recherche de conciliation se retrouve dans la manière dont les autres professionnels du droit interviennent en matière familiale (B).

A) L'influence européenne

Consensus. La Cour EDH influe également sur le droit de la famille via les méthodes d'interprétation mises en œuvre, reprises par le juge national. La Cour s'est en effet illustrée par « dynamisme interprétatif » qui a touché tous les domaines du droit, et particulièrement le droit de la famille. La Cour n'a pas hésité à s'immiscer dans tous les domaines du droit de la famille, y compris extrapatrimoniale, contrairement au Conseil constitutionnel. C'est notamment via l'article 8 de la ConvEDH, qui protège le respect de la vie privée et familiale, que les juges européens ont pu influencer la conception de la notion de famille, en considérant notamment qu'un couple homosexuel avait le droit à la protection de leur vie familiale²⁵⁶ ou qu'il existait des liens de famille entre un enfant et sa famille d'accueil, même en l'absence de liens de parenté²⁵⁷. Ces décisions illustrent l'importance accordée au pluralisme au sein de la jurisprudence européenne, qui a été repris par les juges nationaux. Ainsi, il a pu être remarqué que, loin d'imposer un seul modèle de famille, le droit européen a permis l'émergence de « relations familiales modélisées par des principes communs, la liberté, l'égalité et la solidarité »²⁵⁸. L'émergence de ce modèle nouveau est permis par une interprétation particulière de la Cour EDH, souvent décrite comme « évolutive et consensuelle ». La Cour limite ses innovations aux domaines où il existe un consensus. Cette interprétation influe directement sur les juges du fond, notamment via la méthode du contrôle de proportionnalité, largement repris par les juges nationaux.

B) Un objectif de conciliation partagé avec les autres professionnels du droit

Ethique de l'avocat. Dans un colloque organisé en 2015, une intervention a permis de mettre en lumière la particularité du rôle de l'avocat dans le contentieux familial. « *L'exercice professionnel de l'avocat en droit de la famille est à ce point spécifique qu'il a fallu développer, sur la base des textes*

²⁵⁶ CEDH, SCHALK ET KOPF C/AUTRICHE, 24 juin 2010

²⁵⁷ CEDH, MORETTI ET BENEDETTI C/ ITALIE, 27 avril 2010

²⁵⁸ C. GAUTHIER et A. GOUTTENOIRE, *Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille, In 2010-2020 une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021, pp65-78

de procédure classiques, des modes originaux pour permettre des échanges ou partages d'informations entre confrères en toute transparence, et ainsi répondre aux enjeux de la Justice du XXIe siècle et promouvoir la recherche d'accords pour la résolution des différends »²⁵⁹. Le respect d'une forme de loyauté procédurale est ainsi essentielle si l'on souhaite poursuivre la logique de conciliation qui concerne tout le droit de la famille. Le juge joue ici un rôle essentiel. S'il constate des manquements de la part des avocats, notamment lors de la communication des pièces, il peut sommer un avocat de communiquer les pièces à la partie adverse. De même, si des pièces n'ont pas été produites à temps, « *le renvoi est alors souhaitable pour permettre de travailler correctement, étant encore observé que l'avocat peut, si le dossier est quand même retenu, demander au juge d'écarter les pièces produites tardivement, donc non en temps utile* »²⁶⁰. Enfin le juge peut mettre à profit son pouvoir d'homologation pour vérifier que les accords négociés par les avocats respectent une forme d'équité entre les parties. Ces éléments nécessitent une participation active du juge aux débats et dans son office gracieux.

Formation. Il convient par ailleurs de souligner que nombreux avocats spécialisés en droit de la famille sont formés aux méthodes de la médiation. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que le droit collaboratif ait émergé au sein du contentieux familial. Cette forme de mode amiable a été conçu par un avocat américain spécialisé en droit de la famille « *qui désirait ne plus aller au tribunal dans des affaires de divorce tant il était exaspéré par les aspects très conflictuels de la procédure qui ne facilite pas la négociation d'accords pris en commun* »²⁶¹. Il ne faut pas perdre de vue ici la spécificité du contentieux familial, dont l'objectif est de pacifier les relations familiales, dont les membres seront amenés par la suite, soit à continuer de vivre ensemble, soit à se recroiser fréquemment, notamment dans un contexte de partage de garde d'enfants.

Déjudiciarisation. Le mouvement de déjudiciarisation du droit de la famille a permis de renouveler le rôle du notaire au sein du contentieux familial. On a pu citer le divorce déjudiciarisé, le changement de régime matrimonial ou même l'acceptation de la succession par un majeur protégé. Il est intéressant de souligner que pour les hypothèses précitées, le notaire « *ne prend pas un siège laissé vacant, il ne fait même pas office de juge* »²⁶². Il est aujourd'hui acté que dans le cadre d'un divorce déjudiciarisé, le notaire a uniquement pour rôle d'enregistrer la convention de divorce au rang des minutes, et n'a pas pour mission de contrôler le consentement des parties, comme le ferait un juge. Les matières citées ont fait l'objet d'une privatisation, d'autant plus notable qu'elles concernent parfois des majeurs protégés.

²⁵⁹ O. MATOC, *Éthique, loyauté et transparence, valeurs essentielles de l'avocat*, Gaz. Pal., mars 2015, n°88 à 90

²⁶⁰ O. MATOC, précité

²⁶¹ D. LOPEZ-EYCHENIE, *Le droit collaboratif*, Gaz. Pal. 14 avril 2020, p. 51

²⁶² H. BOSSE-PLATIERE et B. TRAVELY, *L'évolution du rôle du notaire au cours de la décennie passée*, In A. GOGOS-GINTRAND et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *2010-2020 une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2020

Office du juge. Le juge de la famille n'est pourtant jamais loin. Le notaire est ainsi en charge de saisir le juge s'il estime que la protection juridictionnelle est essentielle. A titre d'illustration, en matière de changement de régimes matrimoniaux, « *lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs sous le régime de l'administration légale, le notaire peut saisir le juge des tutelles* »²⁶³. Cette saisine a posteriori illustre l'office de protection du juge, qui ne peut être délégué à un tiers. Concernant le divorce déjudiciarisé, si le notaire ne peut pas saisir directement le juge, le recours au juge est néanmoins toujours possible : l'époux s'estimant lésé pourra effectuer un recours, libérant ainsi le juge « *d'une charge immédiate en lui laissant une hypothétique charge future* »²⁶⁴.

S'il a pu être proposé de renforcer l'office du juge de la famille, il existe désormais des situations où l'intervention du juge est écartée, officiellement pour pacifier les relations familiales.

§2 : Les limites de l'office du juge en matière de conciliation

Le juge de la famille n'est parfois plus considéré comme étant l'acteur adéquat pour concilier les parties. Il est écarté de la prise de décision, les parties préférant avoir recours aux modes alternatifs de règlement des différends (A), voire à la justice prédictive (B).

A) Le choix des modes alternatifs de règlements des différends

Modes alternatifs de règlements des différends. Si le législateur a fait le choix de confier au juge une mission de conciliation, « *bien vite cependant, il a été évident que le juge n'était pas nécessairement le mieux placé pour assurer cette mission de conciliation, et que d'autres pouvaient utilement la prendre en charge pour aider dans la recherche d'accords* »²⁶⁵. A titre d'illustration, l'article 252 du code civil rend obligatoire dans la demande introductive de divorce les dispositions relatives à « *la médiation en matière familiale et à la procédure participative et l'homologation des accords partiels ou complets des parties sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et les conséquences du divorce* ».

Difficulté. Cependant ces modes alternatifs ne semblent pas remporter un grand succès en matière familiale. Le rapport TASCA MERCIER mentionne qu'en 2012, « *pour l'ensemble des juridictions nationales, sur un total de 349 657 affaires familiales terminées, 2 789 affaires ont été envoyées à un médiateur (2 389 au titre d'un envoi en médiation et 400 au titre d'une injonction de rencontrer un médiateur), soit 0,8 % du contentieux* »²⁶⁶. Comme cela a déjà été mentionné, lorsque les parties arrivent devant le sujet, c'est souvent qu'elles souhaitent obtenir une décision judiciaire, les

²⁶³ Article 1397 alinéa 5 du code civil, modifié par la loi du 23 mars 2019

²⁶⁴ H. BOSSE-PLATIERE et B. TRAVELY, *L'évolution du rôle du notaire au cours de la décennie passée*, In A. GOGOS-GINTRAND et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *2010-2020 une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2020

²⁶⁵ J.-J. LEMOULAND, *Quel rôle pour le juge en droit de la famille*, In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *2010-2020 Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021, p85

²⁶⁶ C. TASCA, M. MERCIER, *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges, rapport d'information du Sénat*, La Documentation française, 2013, p54

chances d'obtenir une conciliation étant ainsi très limitées. Si cet échec des MARD a pu être regretté, plusieurs explications peuvent expliquer l'absence d'engouement de la part des justiciables, comme notamment le fait que « *le régime juridique des accords conclus sur ces bases souffre d'incertitude et d'approximation persistantes* »²⁶⁷. Par ailleurs « *il n'est pas certain (...) que la multiplication des outils soit la panacée, ni que l'obligation soit la meilleure façon de susciter l'adhésion* »²⁶⁸. Récemment, la question de l'ouverture de l'arbitrage à la matière familiale a suscité quelques commentaires en doctrine. Pour la matière extrapatrimoniale, cela supposerait de revenir sur l'article 2060 du code civil qui prohibe l'arbitrage en matière d'état et de capacité des personnes, en matière de divorce et de séparation de corps. Au-delà de la crainte d'une inégalité entre les parties, il a pu être observé que l'arbitrage n'apporterait pas une réelle plus-value en matière familiale. En effet, « *l'arbitrage n'a guère d'intérêt pour ce qui est peut-être réglé en amont par voie de conciliation (...). Et il n'est pas certain qu'il puisse venir concurrencer le juge sur la parcelle qui lui est laissée, à savoir la sanction et la protection* »²⁶⁹.

B) La tentation de la justice prédictive

Succès de la justice prédictive. La justice prédictive est un sujet qui occupe le devant de la scène juridique depuis plusieurs années. « *Les institutions, dont le CNB et le barreau de Paris, travaillent activement sur ces nouveaux logiciels* »²⁷⁰. La matière familiale n'échappe pas à la tendance qui gagne l'ensemble du droit, le contentieux est particulièrement propice à la mise en place d'une justice prédictive, en regroupant de « *situations qui font le succès des intelligences artificielles : des enjeux financiers (notamment prestation compensatoire et pension alimentaire) ; certains dossiers récurrents ; des affaires parfois complexes avec de nombreuses données (droit européen, DIP, successions dans les familles recomposées...)* »²⁷¹.

Critiques. Une première critique formulée contre la mise en place de cet outil au sein de la matière familiale repose sur le risque de figer les solutions déjà prononcées, là où la matière familiale demande une adaptation constante. La crainte est celle d'une standardisation des solutions « *alors que dans notre pays de droit civil, seule la loi standardise, le juge individualisant les solutions* »²⁷². Par ailleurs, la mise en place d'un tel projet doit interroger du point de vue de l'office du juge. En effet, quelle est la plus-value du juge si un algorithme est capable de faire son travail, en quelques secondes, contre quelques mois, voire quelques années pour le juge, et surtout de manière beaucoup moins coûteuse ? L'utilisation croissante de barèmes chiffrés dans le contentieux familial, sur lesquels s'appuie l'algorithme, rend le choix du juge d'autant moins séduisant.

²⁶⁷ J.-J. LEMOULAND, *Quel rôle pour le juge en droit de la famille*, In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, 2010-2020 Une décennie de mutations du droit de la famille, Dalloz, 2021, p85

²⁶⁸ J.-J. LEMOULAND, précité

²⁶⁹ J.-J. LEMOULAND, précité

²⁷⁰ B. WEISS-GOUT, *L'avocat de famille et la justice prédictive*, Gaz. Pal. 4 juill. 2017, n° 298n5, p. 48

²⁷¹ B. WEISS-GOUT, précité

²⁷² B. WEISS-GOUT, précité

Conciliation. S'il est difficile à l'heure actuelle de se projeter sur l'utilisation qui sera fait d'un tel outil, il devrait dans un premier temps servir de manière similaire aux barèmes : les algorithmes fournissent une référence, un point de départ à partir duquel des négociations pourraient s'engager. Cette utilisation permettrait de développer la justice consensuelle en droit de la famille, en donnant des indications aux parties sur ce que serait la décision prise par un juge pour leur cas précis, ce qui pourrait pousser les parties à transiger, avec un recours devant le juge pour homologuer la convention ainsi conclue, ou pour faire un recours si une partie s'estime lésé après coup.

Conclusion. Cette éviction du juge interroge. Elle accentue la dimension contractuelle du droit de la famille. Or comme cela a été mentionné, certains principes du droit des contrats, comme la présomption d'un consentement libre et éclairé, et l'immutabilité des conventions, semblent difficilement transposables à la matière familiale. Le contentieux familial est au contraire marqué par des situations de déséquilibres entre les parties.

L'intervention judiciaire, seule garante d'une protection efficace des membres de la famille, apparaît nécessaire dans de nombreuses situations. L'office de protection, parfois appelé office tutélaire, est devenu l'office cardinal du juge de la famille, celui qui guide l'ensemble de ses décisions.

TITRE 2 : L'OFFICE DE PROTECTION, OFFICE CARDINAL DU JUGE DE LA FAMILLE

Procédure accusatoire et volonté de protection. La procédure civile a été pensée sur un modèle qui postule que les individus sont libres et égaux en droit, selon la formule consacrée par la Déclaration des droits de l'homme. Cependant, le droit de la famille, comme d'autres droits, se démarque par l'existence de nombreuses situations où les parties ne sont pas placées sur un pied d'égalité. Nous avons précédemment mentionné le fait que pendant longtemps, les pouvoirs publics s'étaient désintéressés de ce qu'il se passait au sein des familles, le foyer étant considéré comme un « *havre de paix* »²⁷³. Récemment, le regard du législateur sur la famille a changé, et cette dernière est désormais considérée comme « *source de danger* »²⁷⁴. Des rapports du ministère de l'Intérieur et de l'INSEE ont permis de mettre en lumière le sujet tabou des violences intrafamiliales, un rapport de décembre 2017²⁷⁵ indiquant que 39% des violences sexuelles enregistrées entre 2009 et 2017 avaient été commises dans le cadre familial, et un rapport de 2018²⁷⁶ révélait que 44% des personnes victimes de coups et blessures volontaires avaient subi ces violences dans la sphère familiale.

Ce changement de perspective dans la manière d'appréhender la famille a eu des conséquences directes sur l'office du juge, dont la mission principale aujourd'hui est celle de protéger les membres de la famille. Cet office de protection a cependant dû s'adapter aux évolutions de la famille, notamment à la montée en puissance de l'individualisme (CHAPITRE 1). Ce changement a également eu pour conséquence des attentes nouvelles concernant le juge de la famille (CHAPITRE 2).

²⁷³ S. GRUNVALD, *Procédure pénale et droit de la famille*, In R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020, p174

²⁷⁴ S. GRUNVALD, précité

²⁷⁵ *Cadre de vie et sécurité*, Insee, décembre 2017

²⁷⁶ *Insécurité et délinquance en 2018 : premier bilan statistique*, Service statistique ministériel de la sécurité intérieure, p60.

CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DES PERSONNES PAR LE JUGE, A L'HEURE DE LA MONTEE EN PUISSANCE DE L'INDIVIDUALISME

Rôle du juge civil et montée en puissance de l'individualisme. Le procès civil, s'il a pour but de trancher entre des intérêts particuliers, cherche à ménager l'intérêt général. Le terme de civil renvoie à la notion de « *civilité* », et par extension « *au devoir de vivre ensemble, au quotidien sans heurt au sein de la grande cité* »²⁷⁷. Cette place laissée à l'intérêt général, au vivre ensemble, aux intérêts de la collectivité, a été fortement amoindrie en droit de la famille. En effet, la montée en puissance de l'individualisme, et la découverte de nouveaux droits subjectifs, ont balayé l'obsession qu'avait le code civil de 1804 pour la protection de la paix des familles. Désormais, la famille est considérée comme un moyen pour ses membres de se réaliser, de s'accomplir. L'individu prime sur le groupe que constitue la famille. Surtout, chacun est libre de constituer sa famille comme il l'entend. Le législateur n'entend plus imposer comme auparavant un modèle de famille traditionnel fondé sur le mariage et la filiation légitime, et préfère renvoyer aux juges par des notions cadres.

Cet individualisme se retrouve dans l'office de protection dans la mesure où le juge de la famille a tendance à privilégier la protection de l'individu sur celui de la famille (SECTION 1). Le juge joue un rôle essentiel dans la protection des membres de la famille, notamment grâce son interprétation des notions cadres (SECTION 2).

Section 1 : la protection de l'individu prime sur la protection de la famille

Si le juge de la famille s'est vu confier un rôle de protection dans des situations particulières (§1), il remplit ce rôle de protecteur concernant l'ensemble des membres de la famille (§2), entendue au sens large.

§1 : La protection d'un membre de la famille dans une situation particulière

Le juge de la famille doit être particulièrement vigilant dans deux situations particulières : en cas de violences conjugales (A), et en présence d'un majeur protégé (B).

A) Protection de la victime de violences conjugales

Violences conjugales. Depuis la loi du 9 juillet 2010, le juge aux affaires familiales s'est vu confier une compétence en matière de protection. Cette loi a créé l'ordonnance de protection, qui permet au juge de prendre des mesures urgentes, à la fois d'éloignement, mais aussi des mesures concernant l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. L'ordonnance de protection a été améliorée par deux lois du 28 décembre 2019 et 30 juillet 2020, les délais étant

²⁷⁷ J. CARBONNIER, « *Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile* », cité dans S. GUINCHARD &., *Droit processuel*, droit commun et droit comparé du procès équitable, Précis Dalloz, 11^{ème} édition, §23

considérés comme trop longs (42,4 jours en moyenne), et les pratiques des tribunaux trop disparates²⁷⁸. La particularité des ordonnances de protection est de mélanger droit civil et droit pénal. Là où le juge civil est habitué à une procédure accusatoire, lors de laquelle il fait office d'arbitre entre deux prétentions, dans le cadre de la protection contre les violences conjugales, la recherche de vérité l'oblige à jouer un rôle plus actif, propre à la procédure inquisitoire.

Preuves. A propos de la preuve, il a pu être souligné que « *le caractère historiquement inquisitoire du procès pénal s'oppose au caractère traditionnellement accusatoire du procès civil, offrant des moyens d'investigation au ministère public afin d'établir la vérité, parmi lesquels se trouvent les expertises psychiatriques, les expertises médicales, les enquêtes de voisinage, les rapports d'enquêtes sociales, les relevés d'appels, les écoutes téléphoniques, les rapports médicaux, etc.* »²⁷⁹. Au-delà de ces considérations sur le caractère accusatoire du procès civil, le droit de la preuve se retrouve nécessairement affecté. En effet, il est difficile pour un membre du couple de prouver des faits de violences en fournissant des preuves respectant la vie privée de l'autre membre du couple. Si des violences physiques peuvent être constatées dans le cadre de rendez-vous médicaux et évaluées en nombre de jours d'ITT, pour les violences psychologiques et verbales, des enregistrements audios réalisés à l'insu de son partenaire sont parfois l'unique moyen de preuve à la disposition du membre du couple victime de violences. Le 23 mars 2021, la cour d'appel de Paris a rendu un arrêt qui admet ce mode de preuve, pourtant jugé déloyal en matière civile, au motif que : « *l'enregistrement de conversations téléphoniques à l'insu de la personne enregistrée constitue en principe un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue. Il ne peut en être autrement que lorsque la production litigieuse est indispensable à l'exercice du droit à la preuve de la personne qui la verse aux débats et qu'elle est mise en œuvre de façon proportionnée au regard de l'objectif poursuivi et des intérêts antinomiques en présence (...)* ». S'écarter des règles de preuve du procès civil et l'article 9 du code civil garantissant le respect de sa vie privée apparaît ici nécessaire. Il a pu être observé que l'octroi d'ordonnance de protection risquait d'être fortement compromis si les règles de preuves n'étaient pas assouplies : « *quelle efficacité opérationnelle donner à un dispositif conçu pour protéger les victimes de violences commises dans l'intimité de la vie privée, si lesdites victimes se voient interdire, en quelque sorte, d'établir la véracité de ce qu'elles subissent par les seuls moyens dont elles disposent ? Voilà qui est non seulement absurde, mais caractéristique d'un summum jus, summa injuria, autrement dit, en fin de compte, d'une application si rigoureuse du droit qu'elle conduit à un déni de justice* »²⁸⁰.

Le juge de la famille exerce aussi une compétence particulière concernant les majeurs protégés.

²⁷⁸ A. SANNIER et G. BARBE, *Vite, une nouvelle ordonnance de protection !*, AJ Famille 2021 p.479

²⁷⁹ J. BOURSICAN, *La preuve en droit de la famille*, Gaz. Pal. 14 avril 2020, n° 377g9, p. 56

²⁸⁰ A. BOYARD et F. DEFFERRARD, *Pour un « droit à la preuve » en matière d'ordonnance de protection*, D., 2021, p.2010

B) Protection du majeur protégé

Majeurs protégés. La tendance est ici différente : alors que la lutte contre les violences intrafamiliales ne cesse de se renforcer, avec de plus en plus de compétences transmises aux JAF, concernant les majeurs protégés l'intervention judiciaire se réduit, afin de respecter leur liberté. La protection des majeurs a ainsi connu un important mouvement de déjudiciarisation. A titre d'illustration, l'ordonnance du 15 octobre 2015 a créé l'habilitation familiale, qui délègue aux membres de la famille la prise de décision pour une personne hors d'état de manifester sa volonté. A ce propos, « *de fortes inquiétudes [ont été] exprimées par de nombreux professionnels pour dénoncer le risque d'insuffisance de protection des personnes vulnérables faisant « seulement » l'objet d'une habilitation familiale. Ambivalence récurrente dans notre pays : dénoncer un recours estimé excessif au juge et s'alarmer dès qu'est envisagé un retrait, même partiel, de son niveau d'intervention...* »²⁸¹. Dans le cadre de ce mécanisme, le juge n'est saisi qu'a posteriori. Il a la possibilité de modifier ou de mettre un terme à l'habilitation familiale. Cependant, « *encore faudra-t-il que le juge des tutelles en soit effectivement saisi, et suffisamment à temps pour empêcher d'éventuelles spoliations complètes de la personne faisant l'objet de l'habilitation* »²⁸². Plus récemment, la loi du 23 mars 2019 a supprimé l'autorisation judiciaire en matière de PACS et de mariage d'un majeur protégé et a assoupli la protection du patrimoine du majeur protégé. De nouveau, les incohérences du dispositif ont été soulignées : « *Finalemment, sous couvert d'assouplir les mesures de protection et de garantir un meilleur respect des droits fondamentaux de la personne vulnérable, la loi du 23 mars 2019 contribue à brouiller la clarté du système. De manière paradoxale, la personne sous mesure d'assistance est la grande oubliée de la réforme* »²⁸³.

Protection. Pour relativiser ces propos, il convient de souligner que le juge ne s'est pas vu totalement retirer la protection des majeurs protégés. Par exemple, le divorce par consentement mutuel, et par extension le divorce par consentement mutuel déjudiciarisé, demeure toujours fermé aux majeurs protégés²⁸⁴. Un juge sera nécessairement saisi en cas de divorce. Il pourra ainsi vérifier que les intérêts du majeur protégé n'ont pas été lésés.

Si le juge de la famille s'est vu confier une mission de protection particulière dans certaines situations particulières, son office de protection concerne en réalité tous les membres de la famille.

§2 : La protection de l'ensemble des membres de la famille

Principe. L'office de protection du juge de la famille se retrouve dans la plupart des contentieux du droit de la famille. Cet office est particulièrement visible dans des domaines où le législateur est

²⁸¹ T. VERHEYDE, *Le rôle du juge dans la mesure d'habilitation familiale : un juge présent, absent, puis potentiellement présent...*, AJ Famille 2016 p.188

²⁸² T. VERHEYDE, précité

²⁸³ N. PETERKA, *La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019 Progrès ou recul de la protection ?*, JCP G, n° 16, 22 Avril 2019

²⁸⁴ Article 229-2 2° du code civil

peu intervenu, en faisant le choix de laisser des situations dans le domaine du non-droit. Le juge est ici particulièrement actif afin de protéger des personnes qui ne bénéficient pas d'une protection législative. Deux hypothèses feront l'objet de développements : celle de la protection des couples non mariés (A), et celle des beaux-parents (B).

A) La protection des couples non mariés

Protection des couples non mariés. Traditionnellement, la première référence qui vient en mémoire lorsque l'on pense à l'intervention du juge concernant les couples non mariés, est la jurisprudence Dangereux²⁸⁵, dans laquelle la Cour de cassation a accepté qu'une concubine puisse obtenir réparation d'un préjudice suite au décès de son concubin. Depuis, le concubinage est entré dans la loi²⁸⁶. Le contentieux lié au concubinage nourrit aujourd'hui largement le contentieux familial. De même, le contentieux lié à la rupture des PACS a fortement augmenté. Ainsi, à l'heure de la déjudiciarisation du mariage, l'intervention judiciaire est loin de perdre sa vigueur. Il a été souligné que « *les prétoires deviennent de plus en plus souvent le lieu de diverses revendications* »²⁸⁷. L'exemple le plus symptomatique de cet office de protection est celui de l'utilisation, par le juge, de mécanismes du droit des obligations afin de protéger les membres d'un couple non uni par un lien de droit. « *L'obligation naturelle, l'enrichissement sans cause ou enrichissement injustifié, la gestion d'affaires, la société créée de fait apparaissent ainsi comme des moyens d'encadrer la rupture* »²⁸⁸.

Violences conjugales. La protection des couples non-mariés a également été permise par une unification du droit des couples, notamment en matière de violences conjugales. Par exemple, la délivrance d'une ordonnance de protection a été généralisée pour tous les couples. L'article 515-9 du code civil prévoit la saisine du JAF « *Lorsque les violences [sont] exercées au sein du couple, y compris lorsqu'il n'y a pas de cohabitation, ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin, y compris lorsqu'il n'y a jamais eu de cohabitation* ». Par ailleurs, les dispositions concernant l'autorité parentale sont aménagées en cas de violences. L'article 378-2 du code civil a notamment mis en place un mécanisme qui permet de suspendre « *l'exercice de l'autorité parentale et les droits de visite et d'hébergement du parent poursuivi ou condamné, même non définitivement, pour un crime commis sur la personne de l'autre parent (...) jusqu'à la décision du juge et pour une durée maximale de 6 mois, à charge pour le procureur de la République de saisir le juge aux affaires familiales dans un délai de 8 jours* »²⁸⁹.

²⁸⁵ C. Cass, ch. mixte, 27 février 1970, 68-10.276

²⁸⁶ Article 515-8 du code civil

²⁸⁷ C.-E. BUCHER, *Le juge et les couples non mariés*, In R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020.

²⁸⁸ C.-E. BUCHER, précité

²⁸⁹ C. PASCAREL, *Violences conjugales*, Gaz. Pal. 14 avril 2020, n° 377h7, p. 34

B) La reconnaissance du beau-parent

Statut du beau-parent. La question du statut du beau-parent, et par extension, du partenaire homosexuel, a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux. En 2014, le rapport « *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* », rédigé sous la présidence d'Irène Théry, accordait un chapitre entier à la reconnaissance au sein de la famille du statut de beau-parent²⁹⁰. En introduction de ce chapitre, le rapport souligne que selon l'INSEE, en 2014, « *un enfant mineur sur dix vit aujourd'hui dans une famille recomposée en France métropolitaine, soit 1,5 million d'enfants de moins de 18 ans* »²⁹¹. Cette statistique cache cependant une pluralité de situations, pluralité qui ne fera pas l'objet de développements, seule l'ampleur du phénomène nous intéressant ici. Malgré le nombre d'enfants vivant avec un beau-parent, leur statut n'a jamais fait l'objet d'un cadre juridique clair. Il a pu être souligné le caractère « *éminemment paradoxale* » de la situation actuelle, dans la mesure où « *jamais autant de personnes, à une telle échelle, n'ont contribué à ce point à nourrir, soigner, élever et éduquer des enfants qui ne sont pas les leurs, et ceci en toute gratuité, sans demander aucun privilège, et sans contester la place unique des parents* »²⁹². La création d'un statut du beau-parent a été rejeté en ce qu'il serait difficilement conciliable avec le principe de coparentalité, consacré par la loi du 4 mars 2002, qui prime aujourd'hui après la séparation. Il existe cependant quelques dispositions du code civil qui permet aux JAF de prendre en compte le beau-parent dans l'éducation des enfants, notamment en matière d'autorité parentale²⁹³, mais ces dispositions s'appliquent dans des situations exceptionnelles²⁹⁴. Une autre solution pour prendre en compte le beau-parent, notamment après le décès d'un des parents biologiques, est l'utilisation de l'adoption. Selon les statistiques de l'INSEE, en 2018, « *les juges ont statué sur près de 10 000 requêtes en prononçant l'adoption de 12 500 personnes, enfants et adultes. Sur ces 10 000 jugements, 73 % se rapportent à des adoptions simples et 27 % à des adoptions plénières. Près de six adoptés sur dix à titre plénier le sont par le conjoint de leur parent* ». Ainsi les adoptions plénières par le conjoint du parent est un phénomène qui demeure très marginal par rapport aux nombres d'enfants qui vivent avec leurs beaux-parents. Dans la plupart des situations, le statut du beau-parent demeure dans le non-droit. Si cette situation a pu être dénoncée, la création d'un « statut » du beau-parent a également pu être critiquée comme n'apportant pas suffisamment de flexibilité.

²⁹⁰ I. THERY, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, rapport remis au ministère des affaires sociales et de la santé et au ministère délégué chargé de la famille, 2014, chapitre 10, pp275 à 308

²⁹¹ I. THERY, *Filiation, origines, parentalité*, précité

²⁹² I. THERY, *Filiation, origines, parentalité*, précité, p276

²⁹³ Les beaux-parents peuvent se voir reconnaître une délégation de l'autorité parentale en vertu des articles 377 et 377-1 du code civil

²⁹⁴ Par exemple, l'article 373-3 alinéa 2 du code civil : « *Dans des circonstances exceptionnelles, le juge aux affaires familiales qui statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents peut décider, du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette autorité, l'enfant n'est pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant est provisoirement confié* ».

Comme cela a pu être souligné dans le rapport THERY, « le rejet d'un statut impératif est lié à la nécessaire considération de la diversité des situations, de la diversité des attentes et du respect de la place que chacun souhaite jouer dans la situation de vie familiale », « le juge restant in fine le gardien de l'intérêt de l'enfant »²⁹⁵. De nouveau, face à la pluralité des situations familiales, la solution prônée par la doctrine et les rapports sur la matière est de confier la protection des parties au juge de la famille, qui fait office de référence.

Ainsi le juge joue un rôle de protection des membres de la famille. Ce rôle de protection est particulièrement apparent lorsque l'on s'intéresse à l'interprétation des notions cadres.

Section 2 : L'interprétation des notions cadres dans un but de protection des membres de la famille

Deux notions cadres ont principalement façonné la matière familiale : l'intérêt de l'enfant (§1) et l'intérêt de la famille (§2).

§1 : la notion d'intérêt de l'enfant, point cardinal de l'ensemble de la JP

Principe. Le caractère supérieur de l'intérêt de l'enfant est affirmé à l'article 3 de la CIDE « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Cette convention est en principe d'application directe en droit français, malgré quelques réticences initiales de la Cour de cassation²⁹⁶. La primauté de la notion d'intérêt de l'enfant influence largement la jurisprudence nationale (A). Les risques d'instrumentalisation de ce principe sont souvent mentionnés par la doctrine (B).

A) L'influence de l'intérêt de l'enfant sur la jurisprudence nationale

Dispositions textuelles. L'intérêt de l'enfant est mentionné dans de nombreuses dispositions du code civil, mais aussi dans quelques dispositions du code de procédure civile. La plupart des dispositions concerne l'audition de l'enfant en justice²⁹⁷, l'homologation du divorce par consentement mutuel²⁹⁸, ou la nomination d'un administrateur ad hoc²⁹⁹ pour garantir l'intérêt de l'enfant en justice. Au-delà de ces dispositions particulières, la jurisprudence française a reconnu la primauté de la CIDE et son application directe en droit français³⁰⁰, ce qui place l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus des dispositions de droit national. A titre d'illustration, dans un avis de 2019, la Cour de cassation a pu

²⁹⁵ I. THERY, *Filiation, origines, parentalité*, précité, p285

²⁹⁶ C. Cass., 1^{ère} ch. civ., 10 mars 1993, n°91-11310, Arrêt Lejeune

²⁹⁷ Article 338-1 du CPC et suivants

²⁹⁸ Articles 1099 et 1100 du CPC

²⁹⁹ Article 1210-1 du CPC

³⁰⁰ C. Cass., 1^{ère} ch. civ., 18 mai 2005, n°02-20.613 et C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 14 juin 2005, n°04-16.942

préciser que « *L'intérêt supérieur de l'enfant étant une norme supra-légale, il doit être pris en considération dans toutes les décisions concernant les enfants* »³⁰¹.

Office du juge. La notion d'intérêt de l'enfant, qui est mentionnée dans de nombreuses dispositions nationales ou internationales, n'est jamais définie. Il s'agit d'une notion cadre, ce qui a conduit à certaines critiques en doctrine, notamment sous la plume du doyen Carbonnier, qui a pu écrire que l'intérêt de l'enfant constitue « *une notion qui débouche sur un terrain vague* »³⁰². Le droit français utilise l'expression « *intérêt de l'enfant* », et non « *intérêt supérieur de l'enfant* » comme la CIDE. Par conséquent, deux conceptions de la notion ont été distinguées : « *Dans la première acception, l'intérêt de l'enfant constitue « une norme générale et abstraite, une référence applicable à l'ensemble des enfants ».* Dans la deuxième, il s'agit de l'intérêt de tel enfant en particulier, notamment en fonction de son âge ou de la situation de ses parents »³⁰³. Le deuxième alinéa de l'article 371-1 du code civil, à propos de l'autorité parentale, permet de donner des contours à la notion³⁰⁴, mais sans en saisir la substance. C'est au juge qui revient la délicate mission de délimiter les contours de la notion.

Mineurs isolés. L'intérêt de l'enfant est fréquemment mobilisé par la jurisprudence, y compris en l'absence de texte précis. A titre d'illustration, les juges ont eu à se prononcer ces dernières années sur la situation de mineurs isolés, dont le régime n'avait pas encore été défini par la loi. En l'absence de dispositions spécifiques, la Cour de cassation a pu mobiliser la notion d'intérêt de l'enfant, dans une acception proche des critères mentionnés à l'article 371-1 du code civil, comme l'illustre cet arrêt de la Cour de cassation : « *la protection de l'enfance a pour but, notamment, de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge ; que si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur sont en danger, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par le juge des enfants ; que, lorsque celui-ci est saisi de la situation d'un mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille, il prend sa décision en stricte considération de l'intérêt de l'enfant* »³⁰⁵.

Jurisprudence commune. La définition d'un mineur isolé et son régime légal est une question que de nombreux juges auront à connaître, qu'ils soient des juges civils, pénaux ou administratifs. La concordance entre les jurisprudences sur ces notions est essentielle afin de garantir une protection efficace des mineurs isolés. On observe ici que la notion d'intérêt de l'enfant avait été mobilisée par divers juges pour protéger ces mineurs. L'utilisation d'une notion cadre permet de mettre en place un régime protecteur, dans l'attente d'une réglementation. Il est intéressant de souligner que l'utilisation

³⁰¹ Avis de la Cour de cassation, 19 juin 2019, n° 19-70.007

³⁰² Propos rapports par V. EGEA In *Le droit processuel de la famille*, précité, p70

³⁰³ S. TETARD, *La notion d'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à l'instrumentalisation*, LPA 15 juill. 2015, p. 17

³⁰⁴ Article 371-1 du code civil : « *L'autorité parentale appartient aux parents (...)pour protéger [l'enfant] dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ».

³⁰⁵ Cass. 1ère civ., 16 nov. 2017, n° 17-24.072

de ce mécanisme de notion cadre est mobilisée par tous les juges dont l'office concerne la famille, lorsque la réglementation est considérée comme insuffisante ou inadaptée. L'utilisation de méthodes communes dans la prise de décisions permet de faire des ponts dans les matières. C'est un argument en faveur du droit processuel de la famille dans la mesure où l'on observe une convergence entre juge civil, pénal et administratif. La protection du mineur prime dans la prise de décision du juge, au nom de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. A titre d'illustration, récemment le Conseil d'Etat a admis en 2014³⁰⁶ la possibilité pour un mineur isolé de former un référé-liberté, quand bien même il ne dispose pas de la capacité d'agir en justice, lorsque des circonstances particulières le justifient. Si la notion d'intérêt de l'enfant n'est pas mentionnée dans la décision, la logique de protection du mineur nous apparaît être la même que celle observée en matière civile. En effet, le juge administratif écarte une règle essentielle du procès – la capacité d'agir en justice – afin de permettre la protection du mineur, qui n'est pas assurée par ses parents. La justification nous apparaît proche de celle employée pour l'autosaisine, dans le cadre duquel le juge peut se saisir d'office et prononcer des mesures d'assistance éducative. Si ce procédé conduit à écarter le principe d'initiative, principe directeur du procès civil, c'est pour assurer la protection d'un mineur qui ne bénéficie plus d'une protection suffisante au sein de son foyer.

B) Le risque d'instrumentalisation de la notion

Pouvoirs du juge. La notion d'intérêt de l'enfant a suscité des craintes dans la doctrine, peu habituée à ces notions cadres inspirées du droit de Common law. La première critique porte sur le caractère imprécis de la notion, dont résulte une difficulté pour le juriste qui peine à déterminer « *face au particularisme d'une solution et à l'impossibilité de généraliser, voire d'universaliser, la règle dégagée par le juge* »³⁰⁷. La crainte de l'arbitraire judiciaire refait ici surface. L'imprécision de la notion la rend par ailleurs difficile à mettre en œuvre : en effet comment concilier l'intérêt de l'enfant et celui des parents, ou même l'intérêt de l'enfant avec des considérations d'ordre public ? Concernant la conciliation avec l'intérêt des parents, la difficulté pour le juge consiste à ne pas transposer ses propres considérations sur la situation de la famille. Il a été ainsi noté que « *la mission du juge est particulièrement ardue. Il doit à la fois apprécier chaque situation pour déterminer où se situe l'intérêt de l'enfant et concilier les différents intérêts en présence dans le cas particulier qui se présente à lui, sans projeter sur l'enfant sa propre vision des choses ou celle de ses parents* »³⁰⁸. Le respect du principe d'impartialité est ici en jeu.

Le cas particulier du mode d'établissement de la filiation. La seconde critique est d'ordre démocratique³⁰⁹. En effet le risque lié à une notion aussi générale et imprécise est le contournement de

³⁰⁶ Conseil d'Etat, 12 mars 2014, n° 375956

³⁰⁷S. TETARD, *La notion d'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à l'instrumentalisation*, LPA 15 juill. 2015, p. 17

³⁰⁸S. TETARD, *La notion d'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à l'instrumentalisation*, LPA 15 juill. 2015, p. 17

³⁰⁹ V. EGEE In *Le droit processuel de la famille*, précité, p70

la loi, issue de la représentation populaire. Il a noté à de nombreuses reprises que la notion de l'intérêt de l'enfant avait été mobilisée pour consolider des situations illicites³¹⁰. Le mode d'établissement de la filiation, notamment en ce qui concerne la gestation pour autrui, est probablement l'exemple qui illustre le mieux cette critique. Dans le cadre de la célèbre jurisprudence Mennesson, la Cour EDH, puis la Cour de cassation ont admis l'établissement du lien de filiation entre un enfant né suite à une GPA réalisée à l'étranger, à l'égard du parent biologique, puis à l'égard du parent d'intention. Si cette jurisprudence a pu être justifiée par la notion d'intérêt de l'enfant, elle aboutit au contournement de règles pensées pour protéger l'intérêt de l'enfant. Le paradoxe issu de cette situation a pu être souligné dans les termes suivants : « *envisagé du point de vue du droit français, l'intérêt de l'enfant pourrait donc parfois résider dans le respect de la légalité plutôt que dans la consolidation de la situation établie. Les règles que les individus cherchent à transgresser en invoquant l'intérêt de l'enfant ont souvent justement été établies en fonction de cet objectif* »³¹¹. Il a également été noté que l'intérêt de l'enfant avait pu être utilisé pour détourner des institutions comme l'adoption³¹². Ces solutions peuvent donner l'impression que l'office de protection du juge est mis de côté au profit d'autres considérations, tant l'intérêt de l'enfant semble instrumentalisé et « *serait désormais un moyen pour les parents d'obtenir des droits sur l'enfant, sous couvert d'un prétendu argument du fait accompli* »³¹³.

Nécessité du caractère imprécis. Afin de relativiser les critiques formulées, il convient de souligner la nécessité de l'imprécision de la notion. En effet, « *l'absence de définition évite donc de figer une notion par essence évolutive* »³¹⁴. Le caractère changeant de la matière familiale a été de nombreuses fois souligné, ainsi que l'impossibilité pour le législateur de suivre l'évolution des mœurs, notamment du fait de l'évolution rapide des techniques de procréation. Dans ce contexte, il est nécessaire que le juge dispose de notions cadres qu'il puisse adapter à chaque situation.

La notion d'intérêt de l'enfant n'est pas la seule notion dont dispose le juge pour adapter les rigueurs de la loi aux situations particulières. Il peut également s'appuyer sur l'intérêt des familles.

§2 : La protection de l'intérêt de la famille

Définition. L'intérêt de la famille est une notion mobilisée à plusieurs reprises dans le code civil. La mention la plus célèbre concerne le changement de régime matrimonial. Comme l'intérêt de l'enfant, cette notion n'est pas définie dans le code, le juge étant chargé d'en délimiter les contours. Deux questions se présentent alors : la question de la mobilisation de l'intérêt de la famille pour

³¹⁰ G. KESSLER, *La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant*, Droit de la famille n° 7/8, Juillet 2005, étude 16

³¹¹ G. KESSLER, précité

³¹² Article de D. FENOUILLET, l'adoption de l'enfant par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de règles de droit, Dr. Fam. 2003, chron. 29

³¹³S. TETARD, *La notion d'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à l'instrumentalisation*, LPA 15 juill. 2015, p. 17

³¹⁴S. TETARD, *La notion d'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à l'instrumentalisation*, LPA 15 juill. 2015, p. 17

s'immiscer dans le fonctionnement du couple (A), et celle, plus générale, de l'interprétation de la notion (B).

A) L'immixtion du juge dans le couple pour protéger l'intérêt de la famille

Le juge pourra s'immiscer dans la vie du couple au nom de l'intérêt de la famille dans deux hypothèses distinctes, prévues respectivement à l'article 217 et 220-1 du code civil.

Le contournement de l'époux hostile. Le premier alinéa de l'article 217 du code civil dispose que « *Un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, (...) si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille* ». L'intérêt de la famille, apprécié dans ce contexte, est patrimonial : « *il s'agit d'assurer, en redistribuant les pouvoirs de gestion et d'administration en faveur de l'un des époux, une saine gestion du patrimoine familial lequel pourvoit aux besoins des époux comme à ceux des éventuels enfants* »³¹⁵.

La mise en péril des intérêts de la famille. Le premier alinéa de l'article 220-1 du code civil dispose que « *Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts* ». L'hypothèse est de nouveau celle d'un désaccord entre les époux. Par conséquent la jurisprudence admet que la notion d'intérêt de la famille puisse concerner un seul des membres du couple. Le mécanisme de l'article vise ainsi à dénoncer la gestion des biens par un membre de la famille, gestion qui est stigmatisée car contraire à ce qu'on pourrait attendre du « *bon père de famille* ». Cet article pourrait également être mobilisé lorsque le comportement d'un époux met en péril les intérêts extra-patrimoniaux des époux, notamment pour solliciter des mesures d'éloignement dans un contexte de violences conjugales. La rédaction très générale de l'article permet de le mobiliser dans des circonstances très différentes.

B) L'interprétation de la notion d'intérêt de la famille

Office du juge. En premier lieu, il faut souligner que l'intervention du juge est devenu exceptionnelle pour apprécier l'intérêt de la famille en cas de changement de régime matrimonial. La procédure ayant été déjudiciarisée par la loi du 23 juin 2006, le nouvel article 1397 du code civil dispose que « *les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de modifier leur régime matrimonial, ou même d'en changer entièrement* ». C'est donc aux époux de déterminer seuls les contours de l'intérêt de leur famille. « *L'intervention du juge demeure restreinte. Celui-ci n'intervient en effet qu'en présence d'enfants mineurs de l'un ou l'autre époux ou en cas d'opposition de tiers*

³¹⁵S. TETARD, *La notion d'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à l'instrumentalisation*, LPA 15 juill. 2015, p. 17

intéressés, enfants majeurs et créanciers »³¹⁶. La mission de protection du juge a ainsi été fortement limitée dans ce domaine, puisqu'il n'intervient qu'en cas de saisine des enfants ou des créanciers.

Délimitation de la notion. « *La définition de « l'intérêt de la famille » non seulement est propre à chaque configuration familiale, à chaque famille, mais encore évolue en fonction de la société et de l'environnement législatif et réglementaire* »³¹⁷. Le juge continue d'intervenir pour délimiter les contours de cette notion. Les évolutions récentes concernant la diversification des formes de famille a fortement influencé la manière dont les juges appréhendent cette notion. Ainsi, si un premier courant jurisprudentiel a pu faire primer les intérêts des membres du couple, l'émergence des familles recomposées a conduit à une interprétation plus globale de la famille. A titre d'illustration, le choix d'un régime de communauté universelle, au profit du conjoint survivant, a pu être désapprouvé par les juges du fond, notamment en cas de remariage avec un partenaire bien plus jeune, ce qui risquait de désavantager les enfants issus d'une première union.

Capacité d'adaptation. La définition de la famille est au cœur des enjeux concernant l'interprétation de la notion d'intérêt de la famille. La dimension casuistique de la notion permet d'illustrer la flexibilité du juge dans la matière familiale, qui s'adapte au gré des changements de société. La montée en puissance de l'individualisme, est aussi à prendre en compte par le juge, la famille étant de moins en moins appréciée en tant que groupe indivisible, comme du point de vue d'une somme d'intérêts individuels. A ce titre, il a pu être souligné « *En mariage, aujourd'hui, on est moins « conjoint » qu'autrefois, on est davantage « personne mariée », entendez que l'on est valorisé en tant qu'individu réclamant le respect qui lui est dû* »³¹⁸. Cette évolution des mœurs doit nécessairement être prise en compte par le juge au moment de l'appréciation de la notion d'intérêt de famille.

De manière plus générale, l'importance que prend l'individualisme au sein du droit de la famille limite l'office de protection du juge, y compris dans des matières d'ordre public. Il a pu être relevé que « *tout ordre public est un petit peu paternaliste* »³¹⁹, ce qui laisse entendre que le juge n'est pas toujours le bienvenu pour s'immiscer au sein des familles. Les attentes concernant le juge de la famille sont nouvelles.

³¹⁶ V. FRAISSINIER-AMIOT, *L'intérêt de la famille : une notion "standard" à contenu variable*, LPA 28 déc. 2007, p. 4

³¹⁷ V. FRAISSINIER-AMIOT, *L'intérêt de la famille : une notion "standard" à contenu variable*, LPA 28 déc. 2007, p. 4

³¹⁸ C. JUBAULT, RTD Civ. 2008 p.577, à propos de la thèse de Frédérique NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*

³¹⁹ C. JUBAULT, précité

CHAPITRE 2 : DES ATTENTES NOUVELLES CONCERNANT LE JUGE DE LA FAMILLE

Juge et protection. L'office de protection du juge de la famille se retrouve dans la plupart des ouvrages consacrés aux juridictions familiales. V. EGEA y consacre un titre entier de sa thèse, intitulé « *l'exclusivité judiciaire dans la mission de protection* »³²⁰, tandis que le rôle de protection irrigue toute la thèse de M. LARDEUX, la première partie étant consacrée au « *pluralisme juridictionnel et protection de la famille* », tandis que la seconde partie se concentre sur le « *pluralisme juridictionnel et protection de l'enfant* »³²¹. Cet objectif de protection justifie que le rôle dévolu au juge dans le contentieux familial soit bien plus actif que dans le procès civil classique, où le juge exerce plutôt un rôle d'arbitre.

L'une des illustrations les plus flagrantes des évolutions de l'office du juge concerne la manière dont le juge appréhende la notion d'ordre public (SECTION 1). Le juge de la famille a réussi à tenir compte des mutations de la famille sans dénaturer les notions essentielles du droit de la famille, ce qui constitue probablement une des raisons de son succès (SECTION 2).

Section 1 : Les évolutions de l'office du juge de la famille à travers la notion d'ordre public

L'ordre public en matière familiale s'est fortement transformé ces dernières années. Des valeurs nouvelles, largement inspirées des droits fondamentaux, ont remplacé les anciennes « *il est facile de voir que, même si ce nouvel ordre public s'attache principalement à la personne, les mesures prises sont porteuses de valeurs, par exemple la dignité de la personne, l'égalité qui, additionnées, finissent par suggérer une sorte de société idéale* »³²². C'est au juge de la famille que revient la lourde tâche d'assurer la survie de cette société idéale. Il conviendra de préciser les contours de la notion d'ordre public (§1), avant de nous intéresser à sa possible remise en cause (B).

§1 : Le juge, acteur central pour définir les contours de l'ordre public

Changement de paradigme. Le juge de la famille est traditionnellement envisagé comme un gardien de l'ordre social. « *En sa qualité de représentant de la société [le juge] avait pour mission de protéger les valeurs et au-delà l'ordre social dont le droit de la famille était porteur* »³²³. Ce rôle traditionnel existe toujours, même si les évolutions de la notion d'ordre public ont bousculé les contours de cette mission (A). Le juge a également pour mission de délimiter l'ordre public international, mission particulièrement difficile pour la matière familiale (B).

³²⁰ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, p23

³²¹ M. LARDEUX, *Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille*, Droit, Université de Toulon, 2015

³²² J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, *Ordre public et bonnes mœurs*, Dalloz, 2019

³²³ H. FULCHIRON, *Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille*, In 2010-2020, une décennie de mutations du droit de la famille, Dalloz, 2021

A) La délimitation de l'ordre public en matière familiale

Ordre public. « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». L'article 6 du code civil, inchangé depuis son entrée en vigueur, interdit aux justiciables de contourner l'ordre établi. La notion d'ordre public a fait l'objet de nombreuses discussions en doctrine. A l'origine cantonné dans une conception politique ou morale, l'ordre public a évolué sous l'influence d'une analyse plus économique du droit, qui distingue l'ordre public de direction, dont le but est d'assurer la protection d'un intérêt général, et l'ordre public de protection, censé préserver les intérêts de la partie faible. Le juge est au cœur de la modélisation de cet ordre public. En matière familiale on a pu évoquer la mise en place d'un « *ordre public judiciaire* », pour illustrer cette influence du juge³²⁴.

Ordre public de direction et ordre public de protection. « *La doctrine, dans son ensemble, a toujours souligné la dimension familiale de l'ordre public* »³²⁵. Le droit de la famille, qui cherche à protéger les parties les plus vulnérables, pourrait relever exclusivement de l'ordre public de protection. Ce n'est pas le cas en l'espèce : l'intervention du juge contient aussi la trace d'un ordre public de direction. « *Même en droit de la famille où l'on pourrait penser que règne désormais en maître l'ordre public de protection du fait du retrait progressif de l'État, la situation n'est pas si claire et on a pu montrer de façon convaincante que le rôle du ministère public, signe d'un ordre public de direction, était loin d'avoir disparu et s'était même développé dans certains cas* »³²⁶.

Le maintien de l'ordre public de protection. En effet, l'étude de l'intervention du parquet au sein de la matière familiale permet d'illustrer le maintien d'un ordre public de protection. Le ministère public peut agir en tant que partie principale dans des matières similaires par rapport aux juges aux affaires familiales, notamment en matière de protection des majeurs protégés, et en matière d'ordonnance de protection. Dans ces deux domaines en particulier, son rôle a été renforcé récemment³²⁷. Il peut également intervenir d'office dans certaines matières, notamment en matière de mariage pour former opposition (article 175-1 du code civil), ou pour en demander la nullité (article 184 du code civil). Il intervient également en tant que partie jointe pour donner son avis dans des contentieux spécifiques, principalement en matière de filiation, à la tutelle des majeurs, et les majeurs protégés. L'intervention même du ministère public en droit de la famille a pu susciter des interrogations³²⁸, suite à des condamnations de la CEDH concernant des procédures proches de la procédure française, pour non-respect du principe de la contradiction. Si la présence du ministère public au délibéré a pu faire débat, son intervention en matière familiale est loin d'être supprimée :

³²⁴ F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ

³²⁵ J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, *Ordre public et bonnes mœurs*, Dalloz, 2019

³²⁶ J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, *Ordre public et bonnes mœurs*, Dalloz, 2019

³²⁷ L. RASCHEL, *Le rôle du procureur de la République en droit de la famille*, In R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020.

³²⁸ R. MARTIN, *Faut-il supprimer le ministère public ? (devant les juridictions civiles et administratives)*, RTD Civ. 1998 p.873

« Les rapports récents, loin d'évincer le ministère public, cherchent à sauvegarder son activité civile »³²⁹. Ils proposent une spécialisation du parquet en la matière et une augmentation des budgets afin de permettre au parquet de pouvoir se consacrer à ses activités aussi bien civiles que pénales.

Ordre public négocié et ordre public imposé. Une autre distinction souvent utilisée pour décrire les évolutions de l'ordre public, notamment en matière familiale, est la distinction entre ordre public négocié et ordre public imposé. La notion d'ordre public négocié repose « sur une individualisation de la norme et revalorise le rôle d'un juge actif qui doit susciter des accords, mais également les contrôler une fois conclus »³³⁰. Là encore le principe est celui du respect des libertés individuelles, et l'attente est celle d'une souplesse du juge, capable de s'adapter à chacune des situations. Ce rôle peut paraître inconciliable avec le maintien d'un ordre public imposé, qui « vise la protection d'un intérêt préalablement déterminé ou qui tend à construire un ordre social »³³¹. Cependant, comme cela a pu être observé, la consistance que le juge avait donné à ces deux conceptions de l'ordre public a permis de dégager « un fond commun de principes et de valeurs qui correspond à ceux de l'ordre public imposé », le juge de la famille réussissant à maintenir une unité dans la définition de l'ordre public, notamment par le biais du contrôle « mené dans le cadre de la juridiction gracieuse »³³².

Le juge exerce un rôle central lorsqu'il s'agit de définir les contours de l'ordre public. On retrouve la même logique en matière d'ordre public international. Cette mission s'avère particulièrement difficile lorsque le juge est chargé d'interpréter la loi étrangère.

B) L'interprétation casuistique de l'ordre public international français par le juge

Loi étrangère. En effet le juge français est chargé d'interpréter le droit national, mais aussi, de manière plus exceptionnelle, interpréter des normes issues de droit étranger. L'interprétation se révèle particulièrement lorsque ces normes sont très éloignées des principes du droit français. La matière, sensible, fait régulièrement l'objet de pourvois devant la Cour de cassation, dans lesquels est reproché aux juges du fond d'avoir dénaturé la loi étrangère par leur interprétation de la norme. La Cour de cassation a réaffirmé à plusieurs reprises le principe : l'interprétation du droit étranger relève des pouvoirs souverains des juges du fond. A titre d'illustration, dans un arrêt du 4 janvier 2017³³³, la Cour a relevé que la cour d'appel avait, « sans dénaturation, souverainement estimé que, l'expertise ne constituant qu'un mode de preuve parmi d'autres selon la loi marocaine ». Cette solution ne surprend pas dans la mesure où « La haute juridiction fait ici application d'une jurisprudence constante en matière d'interprétation de la loi étrangère en refusant de contrôler l'application par les juges du

³²⁹ L. RASCHEL, *Le rôle du procureur de la République en droit de la famille*, précité, à propos notamment du rapport Nadal et du rapport *Amélioration et simplification de la procédure civile*

³³⁰ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, p23

³³¹ V. EGEA, précité, p23

³³² V. EGEA, précité, p24

³³³ C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 4 janv. 2017, n°16-10754, FS-PB

fond de la loi étrangère »³³⁴. Cet exemple nous invite à nous intéresser du plus près au cas de l'interprétation du droit marocain par les juges français. La convention bilatérale franco-marocaine du 10 août 1981 prévoit que le juge français, s'il est compétent, a l'obligation de relever d'office l'application de la loi marocaine si cela est nécessaire et donc de l'interpréter. L'interprétation de la loi marocaine en matière de divorce a fait l'objet d'une jurisprudence abondante.

Répudiation. Des juges français ont pu être saisis de demandes d'homologation de divorces unilatéraux, où l'un des époux, généralement l'épouse, était contraint d'accepter la séparation sans participer à la procédure. Ce mode de séparation, appelé répudiation, est aujourd'hui condamné par la Cour de cassation, sur deux fondements. Le premier argument est d'ordre procédural : « *L'ordre public français en matière internationale, dans sa dimension procédurale, s'oppose donc à la reconnaissance en France d'une désunion obtenue en violation des droits fondamentaux de la défense* »³³⁵. Le second argument qui empêche la reconnaissance des répudiations en droit français est « *le principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme* »³³⁶. Cette intervention de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas anodin : « *le droit international privé français est désormais dominé par le droit communautaire et le droit européen des droits de l'homme. Et on observe un empiétement des droits communautaire et européen sur le terrain précédemment dévolu aux conventions franco-marocaines* »³³⁷.

§2 : la disparition annoncée de l'ordre public

« *Le très fort mouvement de contractualisation des rapports familiaux qui s'est manifesté depuis quelques années n'a pas totalement évincé ici l'ordre public classique social et directif. Mais il a favorisé un redéploiement de cet ordre public vers une protection plus pragmatique des valeurs individuelles, qui pourraient aussi fournir les bases d'un autre modèle d'organisation* »³³⁸. Ainsi si la disparition de l'ordre public en matière familiale a pu être annoncée, il demeure néanmoins sous une autre forme pour les questions extrapatrimoniales (A). En revanche, pour le domaine extrapatrimonial, la disparition annoncée semble bien s'être produite (B), au profit de règles impératives.

A) Ordre public extrapatrimonial

Fin de l'ordre public matrimonial ? Les mouvements de contractualisation et de privatisation du droit de la famille auraient pu conduire à une disparition de l'ordre public matrimonial. Cependant, comme F. NIBOYET l'a montré dans sa thèse, publiée en 2008, l'ordre public matrimonial n'a pas disparu, mais il a changé de finalités : « *La préservation des piliers de la société, alpha et oméga de*

³³⁴ N. NÍ GHAI RBHIA, *Rappel : interprétation souveraine par les juges du fond de la loi étrangère applicable à la filiation*, Gaz. Pal., 4 avril 2017, n°5814

³³⁵ A. DEVERS, *Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains*, Droit de la famille n°3, Mars 2006

³³⁶ A. DEVERS, précité

³³⁷ A. DEVERS, précité

³³⁸ J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, *Ordre public et bonnes mœurs*, Dalloz, 2019

l'ordre public « classique », resterait une finalité de l'ordre public familial mais concernerait moins le couple conjugal que les relations parents/enfants »³³⁹. Cette évolution, fortement marquée par une montée de l'individualisme, a permis de changer la conception que le droit français avait du mariage, comme le souligne F. NIBOYET : « à un système hiérarchisé et autoritaire qui plaçait l'épouse dans un statut d'infériorité est venu se substituer une conception du mariage reposant sur la légalité et la liberté des conjoints ». Ce changement de dynamique au sein de l'ordre public matrimonial a une conséquence directe sur la manière dont le juge intervient dans la matière : on a pu observer un changement dans la logique des sanctions au sein de l'ordre public extrapatrimonial. Les nullités absolues ont progressivement disparu, au profit de sanctions plus respectueuses des volontés individuelles.

Changement dans la logique de sanction. Le droit de la famille, traditionnellement marqué par un ordre public de direction, privilégiait des sanctions absolues. Cependant, sous l'impulsion du juge, les nullités absolues sont devenues relatives, et l'importance de certaines sanctions a été relativisée. *« Les sanctions les plus traditionnelles étaient les nullités du mariage et le divorce pour faute. Le recul de la faute dans le divorce n'est pas un mystère, quant à « l'essoufflement » du système français des nullités du mariage, certaine affaire très médiatisée (TGI Lille, 1er avr. 2008) montre que les avis ne sont pas unanimes »³⁴⁰. De même, un autre changement de logique à observer est la mise en œuvre de sanctions pénales, qui viennent renforcer, voire remplacer, les traditionnelles sanctions civiles. La nullité du mariage n'est plus la seule voie employée pour sanctionner le non-respect des règles de formation du mariage. A titre d'illustration, l'article 222-14-4 du code pénal vient sanctionner de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amendes, l'infraction consistant à contraindre une personne à contracter mariage. De même le législateur a créé des « infractions parentales » dont « la qualité de parent constitue soit l'élément constitutif principal, soit une cause d'aggravation »³⁴¹. Cette mainmise du droit pénal sur les questions familiales illustrent la difficulté de cantonner la matière familiale au juge civil. La famille étant au cœur de l'organisation de notre société, elle affecte l'office du juge civil, mais aussi du juge pénal et administratif.*

Si l'ordre public matrimonial a pu se maintenir en s'adaptant au pluralisme familial, ce n'est pas le cas de l'ordre public patrimonial. Cependant, ce dernier n'a pas totalement disparu : il a été remplacé par des règles impératives.

B) Ordre public patrimonial

Fin de l'ordre public patrimonial ?. Le droit patrimonial de la famille, qui regroupe le droit des régimes matrimoniaux, et le droit des successions et des libéralités semble avoir progressivement

³³⁹ C. JUBAULT, RTD Civ. 2008 p.577, à propos de la thèse de Frédérique NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ

³⁴⁰ C. JUBAULT, précité

³⁴¹ C. AMBROISE-CASTEROT, *Les infractions parentales*, D.2013, 1846

disparu, selon la dernière analyse qui en a été faite, dans la thèse d'A. TANI, publiée en 2020³⁴². La disparition de l'ordre public en matière patrimoniale est à mettre en lien avec la montée en puissance de l'individualisme, évoquée à plusieurs reprises : « constatant l'évolution des familles, leur diversité contemporaine, le législateur a pris son parti, admettant la liberté, la favorisant même, plutôt que la contrainte, qui d'ailleurs ne serait pas acceptée. La démonstration que fait Alex Tani dans la première partie de sa thèse est convaincante, le repoussement de l'ordre public est sans doute irréversible, pour un enjeu qui demeure relatif, le droit patrimonial, pour lequel la liberté semble naturelle, au service d'un individualisme qui pourrait être triomphant »³⁴³. Pour appuyer son propos, l'auteur cite deux exemples. Le premier concerne le droit des régimes matrimoniaux et plus précisément le principe d'immutabilité du régime matrimonial. Comme on l'a vu, du fait de la déjudiciarisation du changement de régime matrimonial, la portée de ce principe est aujourd'hui largement limitée. De même en matière de succession, l'interdiction des pactes sur succession future, principe d'ordre public, a été évincé du code civil suite à la réforme du droit des contrats du 10 février 2016³⁴⁴, même si quelques traces de ce principe persiste à l'article 722 du code civil.

Office du juge. Ces évolutions, qui concernent le droit substantiel, se sont accompagnées d'une nouvelle conception du rôle du juge dans la matière. Comme cela a pu être souligné dans la thèse d'A. TANI, « il y a aussi une sensible atténuation de l'intervention judiciaire dans la mise en œuvre du droit patrimonial de la famille »³⁴⁵. Concernant le pouvoir d'homologation du juge, il a été relevé que le juge de la famille « se confine dans le contrôle de la régularité formelle, sans véritablement discuter la volonté des époux, avec les choix qui sont les leurs »³⁴⁶. A propos du ministère public, il est signalé qu'il « n'intervient plus guère en droit patrimonial de la famille, au nom de l'ordre public, sa vigilance active se manifestant surtout pour les aspects constitutifs fondamentaux de la famille, l'enfant, sa filiation, les interdictions légales »³⁴⁷.

Impérativité du droit patrimonial de la famille. Cependant, l'intérêt de la thèse de M. TANI est de montrer que la disparition de l'ordre public n'a pas laissé un vide. L'ordre public patrimonial a été remplacé par un autre type de normes : des lois impératives, qui posent des principes fondamentaux et incontournables. L'auteur cite quelques exemples, qui concernent l'ensemble de la matière familiale : du régime impératif du mariage énoncé aux articles 212 à 226 du code civil, comprenant notamment l'obligation impérative de contribution aux charges du mariage, à la réserve héréditaire prévue à l'article 912 du code civil, il parvient à démontrer un mouvement de fond qui touche tout le contentieux. L'auteur conclue sur l'existence d'un « ordre public impératif » en matière

³⁴² A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille. Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Defrénois/Lextenso, coll. Doctorat et notariat, 2020, p435

³⁴³ R. LE GUIDEC, RTD Civ. 2020 p.978, à propos de la thèse d'A. TANI

³⁴⁴ Ancien article 1130 du code civil

³⁴⁵ R. LE GUIDEC, RTD Civ. 2020 p.978, à propos de la thèse d'A. TANI

³⁴⁶ R. LE GUIDEC

³⁴⁷ R. LE GUIDEC

familiale, expression empruntée à J. MESTRE qui avait mis en avant il y a quelques années l'existence d'un ordre public impératif dans le cadre des relations économiques³⁴⁸.

Si le développement de règles impératives s'accompagne d'un mouvement de privatisation du droit, afin de mieux respecter les volontés individuelles, le juge conserve toute sa place, car il devient le garant du respect de ces règles obligatoires. Il demeure incontournable, tant son intervention demeure essentielle dans de nombreux domaines.

Section 2 : les raisons du succès de l'intervention judiciaire

Malgré le mouvement de privatisation du droit de la famille qu'on a pu observer, le juge de la famille conserve un rôle central au sein du contentieux familial. On a ainsi pu constater que le juge de la famille demeurait incontournable (§1). En effet, même si certains contentieux ont pu être déjudiciarisés, on remarque qu'on en revient toujours au juge, seul capable de s'adapter aux évolutions de la famille (§2).

§1 : le juge de la famille, un juge incontournable

« Dans l'ensemble, l'intervention du juge demeure efficace. La fonction de juger éclatée trouve sa cohérence dans un contrôle social médian, à mi-chemin entre un dirigisme révolu et un laxisme excessif »³⁴⁹. Cette efficacité a pu expliquer la confiance des justiciables dans le juge de la famille (A), qui continue de se tourner vers le juge en cas de conflits familiaux (B).

A) Confiance dans l'office du juge

Importance du juge. Si le droit de la famille est parcouru par des mouvements de déjudiciarisation et de contractualisation, déjà mentionnés, il n'en demeure pas moins que le juge demeure au centre de la justice familiale. En premier lieu, c'est au juge que revient la mission d'apprécier le contenu des accords qui lui sont soumis et de choisir de les homologuer ou non. En second lieu, le renvoi à d'autres professionnels, souvent chargés de concilier les parties, fonctionne comme un filtre, avec un recours au juge toujours possible. A titre d'illustration J.-J. LEMOULAND souligne qu'à « l'occasion d'un changement de régime matrimonial concernant des enfants mineurs, le notaire peut saisir le juge des tutelles si les intérêts des mineurs lui semblent susceptibles d'être compromis »³⁵⁰. Par ailleurs, le juge de la famille joue toujours un rôle essentiel dans son périmètre traditionnel. La protection des parties, notamment dans un contexte de violences, limite la déjudiciarisation.

³⁴⁸ J. MESTRE, *L'ordre public dans les relations économiques*, in Th. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 33 s

³⁴⁹ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, p23

³⁵⁰ J.-J. LEMOULAND, *Quel rôle pour le juge en droit de la famille ?* In 2010-2020 une décennie de mutations du droit de la famille, Dalloz, 2020

B) Le juge, point central de la gestion du conflit familial

Judiciarisation. Le mouvement de déjudiciarisation ne doit pas cacher, de manière plus générale, une judiciarisation des rapports sociaux, qui concerne notamment la matière familiale. Ces questions du rôle du juge dans la société sont d'autant plus importantes que l'on assiste depuis plusieurs années à un mouvement de juridictionnalisation de la société, qui suit un mouvement de judiciarisation des rapports humains. Les justiciables se tournent de plus en plus vers le droit, et par extension, vers le juge, pour régler leurs différends. De nombreuses situations qui relevaient du non-droit ont été inscrites dans la loi (notamment via la loi de 1999 sur le PACS et le concubinage). Cette inscription dans la loi a eu une influence directe sur le juge. La loi du n° 2009-526 du 12 mai 2009 a confié au JAF le contentieux relatif aux partenaires et aux concubins³⁵¹, marquant ainsi une « *judiciarisation du PACS et du concubinage* »³⁵². De même, la loi renforce régulièrement les pouvoirs du JAF dans le cadre de la lutte contre les violences conjugales, faisant ainsi du juge de la famille un acteur essentiel de la famille familiale.

§2 : La capacité d'adaptation du juge de la famille, explication de son succès

Le juge de la famille s'est illustré par sa capacité à assouplir certains principes, ce qui paradoxalement a permis leur maintien (A). Il a surtout réussi à prendre les volontés individuelles, sans dénaturer la volonté du législateur (B).

A) L'assouplissement de la norme, seule solution pour son maintien

Témérité. Le droit de la famille a fait l'objet de décisions spectaculaires qui ont pu donner l'impression que dans cette matière, le juge se démarquait par sa témérité. C'est dans le cadre d'une décision sur l'inceste – plus précisément la validité d'un mariage entre un beau-père et une belle fille – que la Cour de cassation a abandonné pour la première fois le syllogisme juridique au profit de la méthode de la balance des intérêts. La gestation pour autrui a également fait l'objet de décisions particulièrement commentées, déjà mentionnées. Ce qui a pu poser problème dans ces décisions est le contournement de normes qui sont très fortement teintées d'ordre public et qui apparaissent comme fondamentales dans notre société. Qu'il s'agisse de l'interdit de l'inceste, ou du principe d'indisponibilité du corps humain, la dimension sociologique de ces droits empêchent de cantonner ces décisions au seul domaine juridique. Cependant une autre lecture de ces décisions montre qu'en réalité, ces décisions ont contribué au maintien des principes fondamentaux du droit de la famille. L'idée est la suivante : en assouplissant les règles entourant l'inceste par exemple, le juge a permis le maintien de l'interdit, qui aurait pu être balayé par la montée en puissance des volontés individuelles.

³⁵¹ L. 213-3 du code de l'organisation judiciaire

³⁵² X. LABBEE, *La judiciarisation du PACS et du concubinage*, Recueil Dalloz 2009 p.2053

Juge de la famille, garde-fou du contentieux familial. Cette interprétation du rôle du juge dans le contentieux familial est ce que V. EGEA a appelé dans sa thèse « *l'approche pragmatique* »³⁵³. Selon cette approche, le juge, « *en tempérant la rigueur parfois excessive de certains aspects de l'ordre public [met] l'accent sur son contenu véritablement indérogable* »³⁵⁴. De même, à propos de l'utilisation du contrôle de proportionnalité, il a pu être souligné que « *l'impact sur les règles matérielles du droit de la famille est quasi nul. Au contraire, l'existence même d'un éventuel contrôle a permis, en leur apportant la souplesse nécessaire, de sauver un certain nombre de normes (...) qui auraient, sinon, risqué d'être abrogées ou amodiées, quand il n'aurait pas été nécessaire d'abandonner le principe qui les fondait* »³⁵⁵. L'auteur cite ensuite quelques exemples déjà cités comme l'interdit de l'inceste en matière d'alliance. Ainsi le juge apparaît comme un garde-fou, son intervention permettant le maintien de règles d'ordre public dans notre ordre juridique.

Le juge de la famille doit constamment s'adapter à des situations nouvelles, que le droit n'a pas toujours eu le temps de régler. C'est ce qui fait dire à S. AMRANI MEKKI que le juge de la famille est conduit à sortir de « *la stricte application de la seule règle de droit pour une appréciation des situations plus sociale qui explique dans une certaine mesure la difficile lisibilité des décisions rendues* »³⁵⁶. En effet, le respect des volontés individuelles par le juge peut expliquer la difficulté de déterminer un fil conducteur au sein de la jurisprudence.

B) Prise en compte des volontés individuelles

Famille et individualisme. La famille actuelle est marquée par une absence de modèle, de repère. Elle serait même devenue « *incertaine* »³⁵⁷. Cette montée en puissance de l'individualisme n'est pourtant pas le synonyme d'une anarchie au sein des familles. Selon J.-H. DECHAUX, « *l'individualisme génère, en tant qu'esprit social, ses propres normes* », « *l'individu (...) [étant] devenu le fondement d'un nouveau paysage normatif* »³⁵⁸. L'individu aujourd'hui est devenu le cœur du droit de la famille. De par ses revendications – droit au bonheur, droit à la connaissance de ses origines – il contribue à façonner la matière. Cette montée en puissance de l'individualisme s'accompagne d'un mouvement de pluralisme, marqué notamment par une multiplication des formes de famille. Selon les statistiques de l'Insee³⁵⁹, si en 2018, 68% des enfants mineurs vivent dans une famille dite traditionnelle, c'est-à-dire une « *famille où tous les enfants du logement sont ceux du*

³⁵³ V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, p424

³⁵⁴ V. EGEA, précité

³⁵⁵ H. FULCHIRON, *Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille*, In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *2010-2020 Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021, p37

³⁵⁶ S. AMRANI-MEKKI, *La liberté contractuelle en droit processuel de la famille*, Gaz. Pal. 11 avril 2017

³⁵⁷ L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Odile Jacob, 1989.

³⁵⁸ J.-H. DECHAUX, *La famille à l'heure de l'individualisme*, C.E.R.A.S, « *Revue Projet* » 2011/3 n° 322, pages 24 à 32

³⁵⁹ E. ALGAVA, K. BLOCH, V. VALLES, *En 2018, 4 millions d'enfants mineurs vivent avec un seul de leurs parents au domicile*, INSEE

couple », 21% d'entre eux vivent dans une famille monoparentale, ce qui représente 4 millions d'enfants. Enfin 11% des enfants vivent dans une famille recomposée.

Equilibre. Le défi du juge de la famille est de trouver un équilibre entre le respect de la loi et respect des volontés individuelles : « *médiateur entre les intérêts collectifs portée par la règle de droit et les droits et libertés individuels également garantis par la loi, le juge, à travers le contrôle de proportionnalité, est chargé de trouver de nouveaux équilibres entre l'individuel et le collectif* »³⁶⁰. « *Il s'agit là d'une mission délicate qui, si l'on ne veut pas tomber dans les travers si souvent dénoncés du gouvernement des juges, de l'insécurité juridique, ou d'un arbitraire qui porterait le masque de l'équité ... exige rigueur et prudence* »³⁶¹ etc. La prudence du juge de la famille a été évoquée à plusieurs reprises dans les développements précédents, notamment concernant la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de droits fondamentaux, et en matière d'équité. De même, malgré une redéfinition des rôles entre pouvoir politique et pouvoir judiciaire, le maintien du primat de la loi a pu être souligné. En effet le juge de la famille n'a pas abandonné le syllogisme au profit du contrôle de proportionnalité, comme le montre certaines décisions, notamment en matière de bigamie³⁶². Par ailleurs, d'autres méthodes d'interprétation, plus classiques, sont utilisées par le juge de la famille, comme le raisonnement par analogie, ce qui permet de relativiser le caractère exceptionnel des décisions rendues en matière familiale.

Individualisme. Le droit de la famille se démarque par un pluralisme important. Ce pluralisme a pour origine le droit substantiel, dans la mesure où le droit de la famille tente de prendre en compte toutes les formes de famille, et découle sur le droit processuel de la famille. Comme souligné précédemment, la montée en puissance des revendications individuelles et l'épanouissement du pluralisme ont pris le pas sur la volonté d'encadrement du législateur. Dans un éditorial, Hervé Lécuyer a montré qu'en matière de droit de la famille et des personnes, le législateur avait un temps tenté de trouver un équilibre entre liberté individuelle et volonté de réglementation, adaptabilité de la norme et respect de l'ordre public. Cependant, conclue-t-il, « *L'équilibre, la symbiose furent éphémères. Les volontés se sont toujours plus épanouies, mues par une exceptionnelle et irrésistible force d'expansion intrinsèque* »³⁶³. Le juge, érigé au rang de « *gardien du temple* » doit user à bon escient de son statut de « *tiers impartial* » pour tenter de se frayer un chemin parmi la pluralité des valeurs qui parcourent le droit de la famille.

Pluralisme. Le pluralisme mis en place ne doit pas donner l'impression qu'il n'existe plus de valeurs de référence. En premier lieu, certains auteurs, en tenant compte de la fin du modèle de famille

³⁶⁰ H. FULCHIRON, *Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille*, In A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *2010-2020 Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021, p47

³⁶¹ H. FULCHIRON, précité

³⁶² C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 11 avril 2018, n°17-17.530

³⁶³ H. LECUYER, *O tempora o mores*, DEFRÉNOIS n°25, 20 juin 2019

originellement prévu dans le code civil, ont tenté de délimiter les contours d'un nouveau modèle. En 1998, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ a pu parier sur la fin du modèle du mariage, remplacé par « *le couple parental, hétérosexuel, égalitaire, monogame, (...) et indissoluble à l'égard des enfants* »³⁶⁴. On pourrait objecter que ce modèle a encore évolué depuis la fin des années 1990, du fait de la reconnaissance du couple homosexuel, et d'une possible remise en cause du caractère indissoluble du lien parent/enfant, la coparentalité étant largement remise en cause dans un contexte de violences conjugales, comme a pu le souligner A. GOUTTENOIRE³⁶⁵. Ces évolutions ne doivent pas inquiéter outre mesure. Si le droit de la famille évolue rapidement, il ne laisse pas la place à l'anarchie : « *ainsi le changement de modèle n'est pas l'absence de modèle* »³⁶⁶.

Office du juge. Ainsi, le juge de la famille a su d'adapter aux particularités de chaque situation en tenant compte des revendications individuelles de chacun. Cette spécialisation de son office, et des procédures qui en découle, semble pousser à l'extrême la maxime du Doyen CARBONNIER « *à chacun sa famille, à chacun son droit* ». Le célèbre adage a pu être remanié par la formule suivante : « *Dis-moi quelle est la procédure de ton contentieux familial je te dirai quelle est ta famille et, risquons-le, je te dirai quel est ton État* »³⁶⁷.

³⁶⁴ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Modèles et normes en droit contemporain de la famille*, In P.-H. ANTONMATTEI, J. GARELLO, C. ATIAS, M.-A. FRISON-ROCHE, *Mélanges Christian Mouly*, Lexis Nexis/Litec, 1998

³⁶⁵ A. GOUTTENOIRE, *la coparentalité à l'épreuve des violences conjugales*, In 2010-2020, une décennie de mutations du droit de la famille

³⁶⁶ A. GOGOS-GINTRAND, *les évolutions contemporaines du droit de la famille ou le temps de l'acceptation*, In 2010-2020, une décennie de mutations du droit de la famille

³⁶⁷ J. HAUSER, *Le contentieux familial en France : la forme et le fond*, in M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Familles & Justice, justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Bruylant (Bruxelles) et LGDJ, 1997, p. 87

Conclusion générale

Ainsi les développements précédents ont permis d'illustrer les évolutions de l'office du juge de la famille. Nous avons pu observer que certaines de ces évolutions sont similaires à celles que connaissent d'autres juges civils, du fait notamment des mouvements de managérialisation et de fondamentalisation du droit. Cependant, la spécificité de la matière familiale a eu pour conséquence de donner une résonance particulière à ces mutations du procès civil. Ces dernières ont conduit à une redéfinition de l'office du juge de la famille. Les mouvements de déjudiciarisation et de contractualisation ont permis de recentrer l'office du juge sur ses missions essentielles, notamment celle de trancher le litige en cas de persistance du conflit. Le mouvement de fondamentalisation a redessiné les contours de son intervention : le juge de la famille opère désormais comme un arbitre, non pas pour départager deux thèses présentées devant lui, mais pour arbitrer entre le respect des volontés individuelles d'une part, et le respect d'un ordre public restreint d'autre part. La montée en puissance des droits subjectifs a conduit à une juridicisation du droit de la famille, l'instance familiale devenant la scène de revendications individuelles, parfois légitimes, mais pas toujours juridiques. La difficulté pour le juge est aujourd'hui de conserver une distance à l'égard de ses revendications. Le respect des garanties fondamentales du procès, notamment les principes d'indépendance et d'impartialité, nous paraît essentielle afin de permettre au juge de conserver la distance nécessaire à la prise de décision.

Cependant, si le respect des garanties du procès équitable est indispensable, il est également apparu nécessaire de conserver une certaine souplesse dans la manière dont la justice est rendue. Il a notamment été souligné que l'une des raisons du succès du juge de la famille est sa capacité d'adaptation. En effet, la pluralité des formes de famille, et la rapidité à laquelle les situations familiales sont susceptibles de changer, nécessite de la part du juge une flexibilité importante. A ce titre, le respect de certains principes, comme celui de l'autorité de la chose jugée, doit être aménagé afin d'éviter de figer la solution judiciaire. La deuxième proposition formulée dans le rapport TASCAMERCIER, qui consiste à « reconnaître explicitement au JAF la possibilité d'accompagner certaines de ses décisions, en recourant à des enquêtes sociales pour ce faire ou en prononçant certaines mesures à titre temporaire, afin d'être en mesure de constater, avant de statuer définitivement, si elles sont bien adaptées à la situation des parties et si celles-ci s'y conforment bien », nous paraît proposer une adaptation particulièrement pertinente de l'office du juge en matière familiale.

Cette capacité d'adaptation se retrouve dans les ajustements de la procédure civile au contentieux familial. Nous avons pu observer le fait que de nombreux grands principes de la procédure civile étaient aménagés pour s'adapter à la matière familiale, qu'il s'agisse de principes directeurs du procès, comme le principe d'initiative, le principe de juridiction, le principe de la contradiction, ou de

garanties fondamentales comme le principe de publicité, de collégialité, de loyauté dans l'administration de la preuve, ou encore l'exigence de motivation.

Apaisement. Nous nous sommes interrogés sur les causes de ces exceptions procédurales. Ces exceptions sont à mettre en lien avec la particularité des missions confiées au juge de la famille. La première de ces missions est celle d'aboutir à un apaisement du conflit, via une pacification des rapports familiaux, dans la mesure où les membres de la famille seront amenés à vivre ensemble – ou du moins partager une partie de leur quotidien – une fois le litige résolu. L'adaptation de certaines garanties fondamentales du procès nous semble dépendre de cet objectif. A titre d'illustration, l'aménagement du principe de motivation en ce qui concerne les causes du divorce empêche le juge de revenir dans sa décision sur la cause de la rupture entre les époux, évitant ainsi au juge de se prononcer sur les raisons de la séparation. De même, l'aménagement du principe de la contradiction, qui permet notamment à l'enquêteur social de ne pas mentionner le nom des auteurs des témoignages recueillis dans son rapport, épargne les proches de la famille, qui n'ont pas à rendre des comptes après le compte-rendu de l'enquête sociale. L'objectif de conciliation du juge se retrouve ainsi, dans une moindre mesure, dans l'aménagement des règles entourant l'exécution des décisions de justice, l'adhésion des parties aux décisions prises étant nécessaire à leurs applications.

Protection. De manière similaire, l'office tutélaire du juge de la famille se retrouve dans l'adaptation des règles procédurales du procès civil en matière familiale. L'exception la plus symptomatique aux principes directeurs du procès est l'autosaisine du juge en matière d'assistance éducative : l'objectif de protection de l'enfant passe avant le respect des principes fondateurs du procès civil. D'autres exceptions procédurales suivent la même logique, comme le contournement du principe de publicité pour protéger la vie privée des parties, l'aménagement du principe de juridiction pour permettre au juge de suggérer aux parties des demandes subsidiaires, ou encore la mise à l'écart de certaines règles de preuve, notamment celle de loyauté de la preuve, afin d'autoriser aux victimes de violences conjugales de présenter en justice des preuves obtenues de manière déloyale.

Particularité du contentieux familial. Par ailleurs, nous avons pu relever le fait que si d'autres matières de droit civil pouvaient disposer d'aménagements procéduraux importants, comme c'est le cas pour le droit du travail ou le droit commercial, ces aménagements étaient principalement liés au caractère exceptionnel de la juridiction qui traitait ces contentieux. De plus, la plupart des exceptions caractéristiques de ces contentieux, comme l'autosaisine du juge en matière de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire devant le tribunal de commerce, ont été supprimées sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel. Concernant la matière familiale, nous avons pu noter la frilosité du Conseil constitutionnel, qui se retranche pratiquement systématiquement derrière le législateur. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme,

si ses décisions ont pu contribuer à façonner l'office du juge de la famille, elles n'ont pas conduit à revenir sur les exceptions procédurales précitées.

Systématisation. Il est ainsi apparu au fil des développements que ces adaptations de la procédure civile se justifiaient par le contenu des droits substantiels en cause. Il a également pu être mentionné que la mise à l'écart de garanties procédurales, dans ces cas particuliers, se retrouvait dans l'office d'autres juges, qui avaient à connaître de manière indirecte du contentieux familial. On a pu notamment citer l'exemple d'un arrêt du Conseil d'Etat qui écarte la règle de capacité pour permettre à un mineur isolé d'agir en justice, dans le cadre d'un référé-liberté, afin de solliciter des mesures d'assistance éducative. De même, le cas particulier des violences conjugales a conduit à un aménagement des règles de preuve, devenues très similaires à celles du procès pénal. Le caractère accusatoire de la procédure civile doit nécessairement être mis de côté dans le cadre de ce contentieux, le juge se devant de jouer un rôle actif, afin de s'approcher au mieux de la vérité.

Droit processuel de la famille. Ainsi, il nous apparaît que l'expression de « *droit processuel de la famille* » se comprend à la lumière des précédents développements. En effet, si l'étude de l'office du juge de la famille ne nous a pas permis de déterminer un ensemble de principes procéduraux communs qui pourrait constituer un droit processuel de la famille à proprement parler, un principe semble néanmoins gouverner la matière familiale : il s'agit de la possibilité pour le juge de contourner des principes essentiels du procès équitable, afin de remplir les missions qui lui ont été confiées. L'objectif de protection se retrouve ainsi dans l'office de l'ensemble des juges qui ont à connaître de la matière familiale, qu'ils soient civils, pénaux ou administratifs.

La nécessité d'adapter certains principes fondateurs du procès civil à la matière familiale, consacrant ainsi la spécificité de l'office du juge de la famille, a ainsi été démontrée. Quelques observations nous paraissent nécessaires. En premier lieu, si les règles qui entourent l'intervention du juge de la famille connaissent de nombreux ajustements, ces ajustements sont liés à la particularité de chaque contentieux, voire de chaque litige. Il a été souligné à de nombreuses reprises la diversité des situations, et l'impossibilité d'établir des règles générales. A ce titre, l'absence de définition précise pour les notions cadres – telles que l'intérêt de l'enfant et l'intérêt de la famille – a été présentée comme nécessaire afin de permettre au juge de s'adapter aux spécificités de chaque cas.

Enfin, si l'adaptation des principes fondateurs du procès civil nous semble indispensable, l'absence de cadre et de justification claire pour chaque aménagement constitue une difficulté qu'il conviendra de traiter à l'avenir. A titre d'illustration, l'absence de motivation dans les jugements d'adoption constitue une anomalie procédurale qui ne connaît aucune justification officielle. Par ailleurs, certaines justifications interrogent. Par exemple, le choix qui est fait de fournir de nombreux outils à la disposition des magistrats – trames de jugements, notes indicatives – au prétexte que le droit de la famille est une manière technique et que les magistrats ne sont pas suffisamment formés, nous

paraît discutable. L'ensemble des propositions qui vont dans le sens d'une spécialisation du juge de la famille, afin de lui permettre de mieux maîtriser certains contentieux – notamment le contentieux patrimonial et les problématiques de droit international privé – nous semble une meilleure solution à la maîtrise de la matière par les magistrats.

Ainsi on observe que la famille irrigue l'ensemble du contentieux, qu'il s'agisse du droit civil, pénal ou administratif, et invite à dépasser les simples règles de procédure civile. A la lumière de ces développements, l'idée d'un droit processuel de la famille se comprend, tant la famille invite le juge à dépasser les limites du litige, et à supplanter à une vision élargie du problème juridique qui lui est posé, une vision globale de la famille. Le juge de la famille doit garder à l'esprit le fait que d'autres juges interviennent dans la matière familiale. Par conséquent, l'instauration d'un dialogue des juges nous apparaît essentielle afin de permettre une concordance des décisions prises dans la matière, ce qui ne devrait pas poser de difficultés, mais devrait conduire à une refonte du fonctionnement du procès pour prendre en compte ces éléments. Le juge de la famille doit garder à l'esprit qu'il n'est pas un juge civil comme les autres : la particularité de son contentieux doit le pousser à aller plus loin que le simple office juridictionnel.

Bibliographie

I. Dictionnaire

L. CADIET, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} édition, PUF

II. Ouvrages généraux : traités, manuels, cours

A. BENABENT, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Précis Domat, 5^{ème} édition, 2020

G. CORNU, *Droit civil, La famille* LGDJ. coll., Précis Domat, 9^{ème} édition, 2006

S. GUINCHARD &. « *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable* », Précis Dalloz, 11^{ème} édition

E. JEULAND, *Droit processuel général*, LGDJ, coll. Précis Domat, 4^{ème} édition, 2018

J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, 2014.

C. POMART, « *La magistrature familiale* », L'harmattan, 2004

L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Odile Jacob, 1989

H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé, t. I, Introduction, notions fondamentales, organisation judiciaire*, Sirey, 1961

III. Ouvrages spéciaux : thèses, mémoires, monographies, encyclopédies, colloque et répertoires

P.-H. ANTONMATTEI, J. GARELLO, C. ATIAS, M.-A. FRISON-ROCHE, *Mélanges Christian Mouly*, Lexis Nexis/Litec, 1998

S. BERNARD, M. FARGE, *Les mutations contemporaines du droit de famille*, Presses universitaires de Grenoble, coll. Droit et action publique, 2019

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

L. FLISE, E. JEULAND « *le procès est-il encore la chose des parties ?* », IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, 30 novembre 2015

A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *2010-2020 Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2021

R. LAHER, C. BAHUREL, *Droit processuel de la famille*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2020.

M. LARDEUX, *Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille*. Droit. Université de Toulon, 2015.

J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, *Ordre public et bonnes mœurs*, Dalloz, 2019

F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, coll. Thèses, 2008

S. PERDRIOLLE, S. POILLOT-PERUZZETTO, L. RASS-MASSON, Colloque organisé par la Cour de cassation le 16 novembre 2021 sur le thème « *L'office du juge, dire le droit pour résoudre un conflit* »

A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille. Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Defrénois/Lextenso, coll. Doctorat et notariat, 2020

IV. Articles

A.

P. ABOUDARAM, *Le coût social du divorce*, Gaz. Pal. 1 avril 2014, n° 173k4

J. ALLARD, *L'impartialité au cœur de l'autorité du juge, Approches philosophiques*, Cahier de la justice, 2020, n°4, pp 661-672

C. AMBROISE-CASTEROT, *Les infractions parentales*, D.2013, 1846

S. AMRANI-MEKKI, *La liberté contractuelle en droit processuel de la famille*, Gaz. Pal., 2017

S. AMRANI-MEKKI, *Le sens de la déjudiciarisation*, JCP N, n° 14, 6 Avril 2018, p1150

B.

E. BAZIN, *Juge aux affaires familiales – Généralités*, Répertoire de procédure civile, Octobre 2020

L. BELLON, *L'impartialité du juge des enfants. juge des enfants, être ou ne pas être impartial ?*, Journal du droit des jeunes, octobre 2012, n° 320, pp. 26 à 33

C. BESSIERE, E. BILAND et H. OEHMICHEN, *Justice familiale : tribunaux à l'arrêt, inégalités aggravées*, Famille – Personne, Dalloz Actualité

V. BOLARD et M. PIERRAT, *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, Dalloz, 2019, p98

J. BOURSICAN, *La preuve en droit de la famille*, Gaz. Pal. 14 avril 2020, n° 377g9, p. 56

A. BOYARD et F. DEFFERRARD, *Pour un « droit à la preuve » en matière d'ordonnance de protection*, Recueil Dalloz 2021 p.2010

C.

L. CADIET, *A la recherche du juge de la famille*, in Familles et justice, MEULDERS-KLEIN (Dir.) Bruylant et LGDJ 1997, p 235.

F. CAPELIER, *De la protection de l'enfant à la protection des enfants : une loi source d'ambiguïtés*, RDSS 2022, p348

J. CASEY, *Quelle formation en droit familial pour les juges ?*, Gaz. Pal., Lextenso, 2011

N. CAYROL, *Les métamorphoses de l'office du juge*, Gaz. Pal., Lextenso, 2014

C. CHABAULT-MARX, *A propos de la médiation familiale : vers une judiciarisation du dialogue ?*, Recueil Dalloz 2012 p.43

V. CHAUVEAU, *Déjudiciarisation du droit de la famille et droit international*, Gaz. Pal., Lextenso, 2014

M.-A. COHENDET, *La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ?*, Revue française de droit constitutionnel 2006/4 (n° 68), pages 713 à 735

P. COSSALTER, G. GUGLIELMI, *L'internationalisation du droit administratif*, LGDJ, 2020

D.

J. DECAMPS, *Le ministère public gardien des libertés en droit des personnes et de la famille*, Droit de la famille, n° 6, Juin 2000, chron. 14

J.-H. DECHAUX, *La famille à l'heure de l'individualisme*, C.E.R.A.S, « Revue Projet » 2011/3 n° 322,

C. DENIS &., *Restaurer la parentalité dans les situations de séparation parentale conflictuelle : un travail sous mandat*, Médecine & Hygiène, « Thérapie Familiale » 2016, Vol. 37, pages 73 à 93

A. DEVERS, *Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains*, Droit de la famille n°3, Mars 2006

A. DEVERS, *Les conventions franco-marocaines face aux droits européen et communautaire*, Droit de la famille n° 3, Mars 2006, étude 15

C. DUBOIS, *L'autonomie du droit pénal et le droit de la famille*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, Juillet 2021, dossier 24

E.

V. EGEA *La déjudiciarisation permet-elle vraiment la pacification*, in *Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, pp125-136

V. EGEA, *Un semestre de droit procédural de la famille*, Edition juillet/décembre 2021

F.

E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La réduction d'obstacles à la réception en France des institutions familiales de droit musulman*, Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2018

V. FRAISSINIER-AMIOT, L'intérêt de la famille : une notion "standard" à contenu variable, LPA 28 déc. 2007, p. 4

M.-A. FRISON ROCHE, *Les offices du juge*, in Jean FOYER, Auteur et législateur, Mélanges Jean Foyer, PUF, 1997, pp.463-476.

M.-A. FRISON-ROCHE, *L'impartialité du juge*, Recueil Dalloz 1999 p.53

H. FULCHIRON, Le juge de la famille et la loi étrangère, Lexis Nexis, Droit de la famille n° 3, Mars 2000, chron. 5

G.

C. GAUTHIER et A. GOUTTENOIRE, *Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille*, In 2010-2020 une décennie de mutations du droit de la famille, Dalloz, 2021, pp65-78

L. GEBLER, *L'enfant et ses juges*, AJ Famille, p390, 2007

V. GOESEL-LE BIHAN, *Le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel*, RFDC 2014/2, n° 98, p. 269.

A. GOGOS-GINTRAND, *La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité*, Recueil Dalloz 2020 p.2409

C. GOLHEN, *Divorce : entre le droit à la vie privée et le droit à la preuve*, CEDH 7 sept. 2021, n° 27516/14, Dalloz actualité 27 septembre 2021

A. GOURON MAZEL, *Juge de la famille et homosexualité*, Lexis Nexis, Droit de la famille n° 1, Janvier 2002, chron. 1

A. GOUTTENOIRE, *L'impartialité du juge de la famille*, Lexis Nexis, Droit de la famille n° 1, Janvier 2005, comm. 6

Q. GUIGUET-SCHIELÉ et W. BABY, *Les interrogations subsistant sur les pouvoirs liquidatifs du juge du divorce*, Gaz. Pal., 13/12/2016, n°44

H.

H. HAMADI, *Doit-on payer ses dettes familiales ?*, Lextenso, LPA 29 mars 2006, n°63 p44

J. HAUSER, *Divorce : conditions de la dispense de motifs*, RTD Civ. 1993 p.105

J. HAUSER, *La religion de l'enfant : le domaine de l'intérêt supérieur ?*, RTD Civ. 2015 p.861

J. HAUSER, *La roue*, JCP G, n° 16, 20 Avril 2015

J. HAUSER, *Le contentieux familial en France : la forme et le fond*, in M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Familles & Justice, justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Bruylant (Bruxelles) et LGDJ, 1997, p. 87

J. HAUSER, *Le feuilleton du journal continue*, Dalloz, RTD Civ. 2000 p.812

J. HAUSER, *Preuve de la faute et libertés individuelles*, Dalloz, RTD Civ. 1997 p.640

J.

E. JOHNSTONE, *Le JAF, ce meilleur ennemi de la justice familiale, Délibérée*, vol. 1, n1, 2017, pp. 44-52.

C. JUBAULT, RTD Civ. 2008 p.577

K.

G. KESSLER, *Incidence de la consécration de la parenté LGBT sur la détermination de la résidence habituelle de l'enfant après rupture du couple parental*, AJ fam. 2020. 468

G. KESSLER, *La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant*, Droit de la famille n° 7/8, Juillet 2005, étude 16

L.

X. LABBEE, *La judiciarisation du PACS et du concubinage*, Recueil Dalloz 2009 p.2053

H. LECUYER, *O tempora, O mores*, Defrénois n°25, 20 juin 2019

B. LEHNISCH, B. REGENT, *Séparation des parents : quelles solutions pour la résidence d'un enfant en bas âge ?*, AJ Famille 2021 p.629

R. LE GUIDEC, RTD Civ. 2020 p.978

C. LIENHARD, *Besoin et nécessité d'un juge*, Gaz. Pal., Lextenso, 2014

D. LOPEZ-EYCHENIE, *Le droit collaboratif*, Gaz. Pal. 14 avril 2020, p. 51

M.

P. MALAURIE, *Une mineure doit attendre sa majorité pour exercer un choix religieux auquel un des parents s'oppose*, Recueil Dalloz 1991 p.521

D. MARTEL, Un jeu de balle enflammée, à propos de la question prioritaire de constitutionnalité relative au mariage entre personnes de même sexe, Droit de la famille n° 1, Janvier 2011, étude 4

R. MARTIN, *Faut-il supprimer le ministère public ? (devant les juridictions civiles et administratives)*, RTD Civ, p873, 1998

O. MATOC, *Éthique, loyauté et transparence, valeurs essentielles de l'avocat*, Gaz. Pal., mars 2015, n°88 à 90

J. MESTRE, L'ordre public dans les relations économiques, in Th. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996

M.-T. MEULDERS-KLEIN, *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination*, sous dir. F. Dékeuwer-Défossez, Ledrap, LGDJ, 1996

N. MONACHON DUCHENE, *Magistrats - L'ordre public au risque de l'impartialité*, JCP G, Lexis Nexis, n° 28, 13 Juillet 2015, 819

S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *La contractualisation du droit de la famille*, RTD Civ. 2016

H. MUIR WATT, *Revue critique de droit international privé*, 1997, p.884

N.

N. NÍ GHAIRBHIA, *Rappel : interprétation souveraine par les juges du fond de la loi étrangère applicable à la filiation*, Gaz. Pal., 4 avril 2017, n°5814

P.

C. PASCAREL, *Violences conjugales*, Gaz. Pal. 14 avril 2020, n° 377h7, p. 34

J. PELLERIN, *La généralisation de l'exécution provisoire de droit*, Gaz. Pal. 28 janv. 2020

N. PETERKA, *La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019 Progrès ou recul de la protection ?*, JCP G, n° 16, 22 Avril 2019

C. PLAIDY, *Internationalisation du droit de la concurrence*, JurisClasseur Concurrence – Consommation, LexisNexis, 10 janvier 2016

R.

A. RAVELET, *Responsabilité - Le juge administratif et la loi anti-Perruche*, Droit Administratif n° 11, Novembre 2004, étude 20

S.

J.-C. SAINT-PAU, *L'internationalisation du droit pénal*, Droit pénal n° 9, Septembre 2006

A. SANNIER et G. BARBE, Vite, une nouvelle ordonnance de protection !, AJ Famille 2021 p.479

T.

S. TETARD, *La notion d'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à l'instrumentalisation*, LPA 15 juill. 2015, p. 17

A. TISSIER, Le rôle social et économique des règles de la procédure civile

V.

J.-L. VALLENS, *L'eupéanisation et l'internationalisation du droit de l'insolvabilité*, LPA 19 oct. 2006

R. VAN RUYMBEKE, *La liberté du juge*, Les Cahiers de la Justice, Dalloz, 2022, pp 99-103

T. VERHEYDE, *Le rôle du juge dans la mesure d'habilitation familiale : un juge présent, absent, puis potentiellement présent...*, AJ Famille 2016 p.188

W.

B. WEISS-GOUT, *L'avocat de famille et la justice prédictive*, Gaz. Pal. 4 juill. 2017, n° 298n5, p. 48

G. WIEDERKEHR, « *La logique du procès, propos introductifs* », Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan

V. Rapports

G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT, *L'office du juge*, colloque organisé au Sénat, 2006.

P. DELMAS-GOYON, *Le juge du 21ème siècle*, rapport à la Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 2013

G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON et M. GORE, *L'accès au juge de cassation*, Société Législation Comparée, 2015

A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABÉ et C. KADRI, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXIème siècle*, rapport à la Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 2013

S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 2008.

M. JUSTON, *Médiation familiale et contrats de coparentalité*, rapport remis au ministère des affaires sociales et de la santé et au ministère délégué chargé de la famille, 2014

D. MARSHALL, *Les juridictions du XXIème siècle*, rapport à la Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 2013

C. TASCA, M. MERCIER, *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, rapport d'information du Sénat, La Documentation française, 2014

I. THERY, *Filiation, origines, parentalité*, rapport remis au ministère des affaires sociales et de la santé et au ministère délégué chargé de la famille, 2014

VI. Articles de presse

A. CHEMIN, *La distinction entre enfants légitimes et naturels va disparaître*, Le Monde, 4 juillet 2005 : https://www.lemonde.fr/societe/article/2005/07/04/la-distinction-entre-enfants-legitimes-et-naturels-va-disparaitre_669106_3224.html

L. NEUER, GPA : que dit vraiment la circulaire ministérielle ?, Le Point, publié le 30 janvier 2013 : https://www.lepoint.fr/editos-du-point/laurence-neuer/gpa-que-dit-vraiment-la-circulaire-ministerielle-30-01-2013-1621977_56.php

C. PIQUET, Féminicides : les ordonnances de protection, un outil trop peu utilisé, Le Parisien, publié le 19/11/2019 : <https://www.leparisien.fr/faits-divers/feminicides-les-ordonnances-de-protection-un-outil-trop-peu-utilise-19-11-2019-8197101.php>

Tribune publiée le 5 novembre 2018 dans le journal le Monde, par quinze juges des enfants du tribunal de Bobigny : <https://www.franceinter.fr/justice/tribune-mineurs-delinquants-mineurs-en-danger-le-bateau-coule>

VI. Ressources numériques

Site internet du ministère des affaires étrangères France diplomatie, glossaire de l'adoption, Jugement d'adoption : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/faq-glossaire-textes-de-reference/le-glossaire-de-l-adoption/article/jugement-d-adoption>

Direction des affaires civiles et du sceau, Fiche technique 1 : l'intermédiation financière de la pension alimentaire mentionnée dans une décision judiciaire, publiée 11 décembre 2020 : <http://www.justice.gouv.fr/bo/2021/20210129/JUSC2034474C-annexes.pdf>

Réponse du Ministère de la justice, publiée dans le JO Sénat du 12/07/2018, page 3477 : <https://www.senat.fr/questions/base/2017/qSEQ171202674.html>

Annuaire du Ministère de la Justice sur les affaires familiales :

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/PARTIE-1_Annuaire_ministere-justice_2020_16x24.pdf

E. ALGAVA, K. BLOCH, V. VALLES, *En 2018, 4 millions d'enfants mineurs vivent avec un seul de leurs parents au domicile*, INSEE : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4285341>

VII. Décisions de justice

Conseil Constitutionnel :

Cons. Constit., 7 décembre 2012, n°2012-286 QPC,

Cons. Constit., 7 mars 2014, n°2013-372 QPC

Cons. Constit., 13 août 1993, n°93-325 DC

Cons. Constit., 3 novembre 1977, n°77-1012,

Cons. constit., 9 nov. 1999, n° 99-419

Conseil d'Etat :

Conseil d'Etat, 12 mars 2014, n° 375956

Cour de cassation :

C. Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2012, n°11-19.377, Bull. civ. I, n°135

C. Cass., Ass. plén., 7 janvier 2011, 09-14.316 09-14.667

C. Cass., 2^{ème} ch. civ., 29 janvier 1997, n°95-15.255

C. Cass. 2^{ème} ch. civ., 21 octobre 1991, Bull. civ. II, n°88

C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 24 octobre 1973, n°71-14.264

C. Cass., 1^{ère} ch. civ., 23 octobre 2013, n°12-25.301

C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 9 juin 2021, n° 19-10.550

C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 4 janv. 2017, n°16-10754

C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 23 sept. 2015, n°14-23.724

C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 11 juin 1991, n°89-20.878

C. Cass., 1^{ère} ch. civ., 10 mars 1993, n°91-11310

C. Cass., 1^{ère} ch. civ., 18 mai 2005, n°02-20.613

C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 14 juin 2005, n°04-16.942

C. Cass, ch. crim., 20 octobre 2021, 20-86.321

C. Cass, ch. mixte, 27 février 1970, 68-10.276

C. Cass., Avis, 19 juin 2019, n° 19-70.007

C. Cass. 1^{ère} ch. civ., 11 avril 2018, n°17-17.530

Cours d'appel

Cour d'appel de Chambéry, 3e ch., 23 janv. 2017, RG n° 16/01361

Cour d'appel de Montpellier, 2e ch. fam., 09-09-202, n° 20/04062

Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, Higgins et autres c/ France, 19 février 1998, requête n°20124/92

CEDH, 19 mars 1997, Hornsby c/Grèce, req. n°18357/91

CEDH, 6 décembre 2011, Cengiz Kiliç c/ Turquie

CEDH, Piersack c/ Belgique, 1^{er} octobre 1982

CEDH, Schalk et Kopf c/Autriche, 24 juin 2010

CEDH, Moretti et Benedetti c/ Italie, 27 avril 2010

VII. Littérature

I. MCEWAN, *L'intérêt de l'enfant*, Gallimard, coll. Folio, 2014, p28. Titre original : *The Children Act*

Table des matières

Introduction	7
Section 1 : le juge et la famille	7
§1 : De l'importance de la famille dans la société.....	7
A) La famille, organe central de notre société en pleine mutation.....	8
B) Un éclatement des sources du droit de la famille	9
§2 : Le juge et la famille, je t'aime moi non plus.....	10
A) Hostilité annoncée	10
B) Le retour du juge sur le devant de la scène.....	11
C) Nouveau retrait du juge ?	11
Section 2 : l'office du juge et la famille	12
§1 : L'office du juge de la famille	12
§2 : Multiplication des offices du juge de la famille	14
Section 3 : le juge et la procédure familiale	15
§1 : Le droit de la famille, un droit civil comme les autres ?	15
A) Droit de la famille et procès civil	15
B) Droit de la famille et procédure civile	16
C) L'existence d'un « juge de la famille »	17
§2 : La particularité de la matière familiale.....	19
A) L'existence d'un droit judiciaire de la famille	19
B) L'existence d'un droit processuel de la famille et la particularité de la procédure familiale.....	20
PARTIE 1 : LE CADRE PROCEDURAL DISTINCT, PREMIER INDICE DE LA SPECIFICITE DE L'OFFICE DU JUGE DE LA FAMILLE	23
TITRE 1 : LA PARTICULARITE DE LA PROCÉDURE DANS LE CONTENTIEUX FAMILIAL	24
CHAPITRE 1 : L'ADAPTATION DES GARANTIES FONDAMENTALES DE LA PROCÉDURE CIVILE AU CONTENTIEUX FAMILIAL	25
Section 1 : les adaptations procédurales pendant le procès	25
§1 : Les adaptations concernant la formation de jugement	25

A) Principe d'initiative et autosaisine	25
B) Le JAF, un juge particulier au sein du tribunal judiciaire	26
§2 : Les adaptations concernant le déroulé du procès	28
A) Respect du principe de la contradiction	28
B) Les adaptations concernant la preuve	29
Section 2 : les adaptations procédurales lors de la décision	30
§1 : L'assouplissement des garanties fondamentales du procès entourant la décision.....	30
A) La motivation des jugements.....	30
B) Les aménagements concernant l'exécution des décisions	31
§2 : L'adaptation du principe dispositif.....	33
A) La possibilité pour le juge statuer d'office sur une prétention non formulée.....	33
B) La possibilité pour le juge de suggérer une demande subsidiaire	33
CHAPITRE 2 : L'AMENAGEMENT DES PRINCIPES D'IMPARTIALITE ET D'INDEPENDANCE DU JUGE	35
Section 1 : principe d'impartialité et le juge de la famille.....	35
§1 : La nécessaire adaptation du principe d'impartialité.....	35
A) Impartialité subjective et juge de la famille	36
B) La prise en compte du lien de famille dans l'appréciation de l'impartialité objective .	36
§2 : L'assouplissement du principe d'impartialité dans le procès de la famille	37
A) L'influence des experts	37
B) L'impartialité du juge en question en présence d'une partie hostile	37
Section 2 : Le principe d'indépendance et le juge de la famille.....	38
L'indépendance du juge de la famille est le garant de sa liberté au moment de la prise de décision. Elle est cependant limitée en cas d'influence, qu'il s'agisse d'influence au sein de l'institution judiciaire (§1) ou d'influences extérieures (§2).....	38
§1 : L'office du juge influencé au sein de l'institution judiciaire.....	38
A) L'influence des autres magistrats de l'ordre civil	38
B) L'influence des magistrats de l'ordre pénal et administratif	39
§2 : Liberté de décision et influence extérieure.....	40
A) Influence du pouvoir exécutif et indépendance des magistrats.....	40

B) Indépendance et pression médiatique	43
TITRE 2 : L'INFLUENCE DES MUTATIONS CONTEMPORAINES DU PROCÈS CIVIL SUR L'OFFICE DU JUGE DE LA FAMILLE	45
CHAPITRE 1 : MANAGÉRIALISATION DE LA JUSTICE ET OFFICE DU JUGE DE LA FAMILLE.....	46
Section 1 : Les mutations du procès civil applicables en matière familiale	46
§1 : Le juge de la famille confronté (ou face) au mouvement de déjudiciarisation	46
A) Les justifications de la déjudiciarisation	46
B) La pertinence de la déjudiciarisation en question.....	47
§2 : Le juge de la famille confronté au mouvement de contractualisation	49
A) Droit de la famille et contractualisation	49
B) Intervention du juge.....	50
Section 2 : L'influence des mutations du procès civil sur l'office du juge de la famille	51
§1 : Recentrer l'intervention judiciaire sur le cœur de l'office du juge de la famille.....	51
A) L'avantage de la déjudiciarisation : recentrer l'office du juge sur sa mission juridictionnelle.....	51
B) Un changement de culture au sein du procès civil	52
§2 : Conséquence de la managérialisation : nouveaux rapports au sein du procès	53
A) Nouvel équilibre entre le législateur et le pouvoir judiciaire	53
B) Nouvel équilibre entre le juge et les justiciables	54
CHAPITRE 2 : FONDAMENTALISATION DU PROCES CIVIL ET OFFICE DU JUGE DE LA FAMILLE	56
Section 1 : Fondamentalisation du droit et droit de la famille.....	56
§1 : Importance des droits fondamentaux dans le contentieux familial	56
A) Droit de la famille et contrôle de constitutionnalité	56
B) Droit de la famille et contrôle de conventionnalité	57
§2 : Fondamentalisation du droit et internationalisation du droit de la famille.....	58
A) Présentation de l'internationalité du droit de la famille	58
B) Les critiques concernant l'internationalisation du droit de la famille	59
Section 2 : L'influence de la fondamentalisation du droit sur l'office du juge de la famille	60

Paragraphe 1 : Contrôle de proportionnalité et office de correction	61
A) L'influence du contrôle de proportionnalité.....	61
B) Délimitation de l'office de correction	62
§2 : L'office de régulation, nouveau rôle du juge de la famille	63
A) La distinction entre l'office de régulation et de réglementation.....	63
B) La crainte d'une jurisprudence contra legem	63
Conclusion intermédiaire	65
PARTIE 2 : L'OCTROI DE MISSIONS PARTICULIERES AU JUGE, SECOND INDICE DE LA SPECIFICITE DE L'OFFICE DU JUGE DE LA FAMILLE	66
TITRE 1 : LA PRIMAUTE DE LA VOLONTE D'APAISEMENT	67
CHAPITRE 1 : LA MISE EN ŒUVRE DE L'OFFICE DE CONCILIATION, ENTRE BONNES INTENTIONS ET PARADOXES	68
Section 1 : La nécessité de résoudre le conflit.....	69
§1 : La conciliation au cœur de l'office du juge de la famille.....	69
A) Une mission essentielle	69
B) L'importance d'une solution apaisée dans un conflit familial.....	71
§2 : le spectre de l'équité.....	72
A) L'encadrement de l'équité judiciaire par les textes.....	72
B) La prudence du juge de la famille	73
Section 2 : Le retour de l'office juridictionnel	73
§1 : La persistance du conflit.....	73
A) La saisine du juge comme dernier recours	74
B) Le retour de l'office traditionnel du juge.....	74
§2 : La prise en compte d'éléments extra juridiques dans la décision.....	76
A) La difficulté pour le droit d'appréhender certaines situations.....	76
B) La difficulté de prise en compte des éléments extra juridiques.....	77
CHAPITRE 2 : JUSTICE FAMILIALE, JUSTICE CONSENSUELLE	79
Section 1 : Le consensus comme modèle dans la prise de décisions.....	79
§1 : Le partage de la prise de décision	79
A) La participation des parties à la décision.....	79

B) La participation des autres juges à la jurisprudence familiale.....	80
§2 : la pacification au cœur de la prise de décision du juge	82
A) La pacification comme objectif politique.....	82
B) Conséquence de la pacification sur l’office du juge.....	83
Section 2 : La primauté du consensus	84
§1 : La primauté du consensus au-delà de l’office du juge de la famille	84
A) L’influence européenne.....	84
B) Un objectif de conciliation partagé avec les autres professionnels du droit.....	84
§2 : Les limites de l’office du juge en matière de conciliation.....	86
A) Le choix des modes alternatifs de règlements des différends	86
B) La tentation de la justice prédictive.....	87
TITRE 2 : L’OFFICE DE PROTECTION, OFFICE CARDINAL DU JUGE DE LA FAMILLE ..	89
CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DES PERSONNES PAR LE JUGE, A L’HEURE DE LA MONTEE EN PUISSANCE DE L’INDIVIDUALISME	90
Section 1 : la protection de l’individu prime sur la protection de la famille	90
§1 : La protection d’un membre de la famille dans une situation particulière	90
A) Protection de la victime de violences conjugales	90
B) Protection du majeur protégé.....	92
§2 : La protection de l’ensemble des membres de la famille	92
A) La protection des couples non mariés	93
B) La reconnaissance du beau-parent.....	94
Section 2 : L’interprétation des notions cadres dans un but de protection des membres de la famille.....	95
§1 : la notion d’intérêt de l’enfant, point cardinal de l’ensemble de la JP	95
A) L’influence de l’intérêt de l’enfant sur la jurisprudence nationale.....	95
B) Le risque d’instrumentalisation de la notion	97
§2 : La protection de l’intérêt de la famille	98
A) L’immixtion du juge dans le couple pour protéger l’intérêt de la famille.....	99
B) L’interprétation de la notion d’intérêt de la famille.....	99

CHAPITRE 2 : DES ATTENTES NOUVELLES CONCERNANT LE JUGE DE LA FAMILLE	101
Section 1 : Les évolutions de l’office du juge de la famille à travers la notion d’ordre public	101
§1 : Le juge, acteur central pour définir les contours de l’ordre public.....	101
A) La délimitation de l’ordre public en matière familiale.....	102
B) L’interprétation casuistique de l’ordre public international français par le juge.....	103
§2 : la disparition annoncée de l’ordre public	104
A) Ordre public extrapatrimonial	104
B) Ordre public patrimonial	105
Section 2 : les raisons du succès de l’intervention judiciaire	107
§1 : le juge de la famille, un juge incontournable	107
A) Confiance dans l’office du juge.....	107
B) Le juge, point central de la gestion du conflit familial	108
§2 : La capacité d’adaptation du juge de la famille, explication de son succès.....	108
A) L’assouplissement de la norme, seule solution pour son maintien	108
B) Prise en compte des volontés individuelles	109
Conclusion générale	112
Bibliographie.....	116
I. Dictionnaire.....	116
II. Ouvrages généraux : traités, manuels, cours.....	116
III. Ouvrages spéciaux : thèses, mémoires, monographies, encyclopédies, colloque et répertoires	116
IV. Articles	117
V. Rapports.....	122
VI. Articles de presse	123
VI. Ressources numériques	123
VII. Décisions de justice.....	124
Conseil d’Etat :	124
VII. Littérature.....	125
Table des matières	126

