

# Gazette du Palais

EN LIGNE SUR  
**lextenso.fr**

TRI-HEBDOMADAIRE  
DIMANCHE 12 AU JEUDI 16 AVRIL 2009

129<sup>e</sup> année N<sup>os</sup> 102 à 106

S  
O  
M  
M  
A  
I  
R  
E

## Entretien

**CHRISTIAN CHARRIÈRE-BOURNAZEL**  
Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris  
Propos recueillis par Éric Bonnet

3

## Libres propos

**LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE ET L'ACTE SOUS SIGNATURE JURIDIQUE**  
par Marie-Hélène Isern-Real

8

## Doctrine

**LE JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES, GARANT DE LA LIBERTÉ ET DE L'ALTÉRITÉ**  
par Marc Juston

11

## Jurisprudence

### ■ AVOCATS

C. Paris (1<sup>re</sup> ch. A), 21 novembre 2008

16

### ■ HUISSIERS DE JUSTICE

C. Paris (1<sup>re</sup> ch. A), 16 décembre 2008

16

### ■ SOMMAIRES ANNOTÉS DE LA COUR DE CASSATION : DROIT DE LA FAMILLE ET DES PERSONNES, par Jacques Massip

18

- Adoption
- Concubinage
- Divorce
- Incapables majeurs
- Mariage
- Minorité

## Actualité

**CONFÉRENCE-DÉBAT : SOINS OBLIGÉS POUR LES AUTEURS D'INFRACTIONS SEXUELLES**  
(Créteil, 13 mars 2009)

25

## Distinction

**BERNARD DE SARIAC, COMMANDEUR DANS L'ORDRE NATIONAL DU MÉRITE**

27

## JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS FRANÇAISES PAR ACTIONS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 RÉDACTIONNEL P. 1 à 32 DIRECTION : 12, PLACE DAUPHINE 75001 PARIS / TÉL. 01 44 32 01 50 / FAX 01 46 33 21 17 / E-MAIL [redactiongp@lextenso-editions.fr](mailto:redactiongp@lextenso-editions.fr)  
RÉDACTION : 33, RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 16 00 / FAX 01 56 54 57 50 / E-MAIL [redactiongp@lextenso-editions.fr](mailto:redactiongp@lextenso-editions.fr)  
CAHIER 2 ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3] 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02  
INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET JSS : <http://www.jss.fr>  
CAHIER 3 ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER] ADMINISTRATION : 3, BD DU PALAIS 75180 PARIS CEDEX 04 STANDARD : 01 44 32 01 50  
DIFFUSION : TÉL. 01 44 32 01 58, 59, 60 OU 66 FAX 01 44 32 01 61 / INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

[www.gazette-du-palais.com](http://www.gazette-du-palais.com)

# Le juge aux affaires familiales, garant de la liberté et de l'altérité

Marc JUSTON

Juge aux affaires familiales

Président du Tribunal de grande instance de Tarascon

Comment le droit de la famille et la pratique des juges aux affaires familiales comprennent-ils et intègrent-ils les notions de liberté et d'altérité, dans un contexte de séparation familiale ?

Force est de constater que, face à une séparation familiale, deux voies principales sont ouvertes :

– soit la voie de la conciliation, de la pacification et de l'apaisement qui est souvent difficile à obtenir, et qui demande de la part de l'avocat et du juge aux affaires familiales un investissement personnel important ;

– soit l'usage de la force, de la violence, mais une force légale, une violence légale, une violence judiciaire.

À partir du moment où un litige familial lui est soumis, le juge aux affaires familiales a l'obligation de trancher, sous peine de déni de justice.

C'est l'image caricaturale de la justice où règne la violence qui se manifeste par la liberté totale de chacun de s'exprimer, mais cette liberté est accompagnée d'une dénégation de l'altérité, d'une absence d'altérité. Ce sont les excès de la liberté individuelle.

L'on a l'impression que les personnes, en souffrance ou perdues, s'en remettent complètement à leurs avocats et à l'appréciation du juge, comme si ce dernier savait et était à même de trouver la solution qui réglerait tout.

Face à une telle situation, le juge dit le droit, et tranche des questions délicates au regard des dires des parties et des dossiers des avocats. Il tranche au mieux le litige ; mais il ne peut pas réellement s'occuper des dysfonctionnements de la relation et de la communication entre les parties.

La décision rendue par le juge est très souvent un couperet ; elle est souvent d'une rare violence. Et, au lieu d'apaiser, elle fige trop souvent le conflit, voire l'alimente et l'amplifie.

Dans ce type de situation qui n'est pas rare, les personnes se retrouvent face à leurs souffrances.

Que de violence dans les non-dits, dans la liberté de dire, dans le défaut cruel de dialogue, de communication, et dans le non-respect de l'autre. L'on peut réellement se poser la question de savoir ce que représente la liberté de chacun dans l'absence de communication, dans le défaut d'altérité, dans la carence du respect de l'autre, dans le manque de respect de la différence et ce que symbolise cette justice dans laquelle est niée l'altérité, le non-respect de l'autre étant la règle.

À la violence des justiciables, s'ajoute la violence judiciaire. Et l'on peut s'interroger aussi sur les raisons pour lesquelles, au XXI<sup>ème</sup> siècle, un certain nombre d'avocats et de juges aux affaires familiales continuent encore à travailler de cette manière, pour nombre de procédures de séparations ; et ce, alors que l'évolution du droit de la famille tend vers une justice du dialogue, respectueuse de la liberté et de l'altérité.

## I. LE DROIT DE LA FAMILLE

### A – La liberté de se séparer

En effet, le fil conducteur, le fil rouge du droit de la famille moderne, et notamment à travers les lois sur l'autorité parentale et sur le divorce, cherche à donner aux couples la liberté de se séparer et de leur offrir la liberté de s'entendre par eux-mêmes sur les modalités de la séparation notamment sur les enfants ; mais cette liberté pour le législateur doit être empreinte d'altérité, elle doit en tout état de cause respecter l'autre conjoint, et surtout les enfants.

Force est de constater que le fil conducteur du droit de la famille est le respect de la liberté de chacun. C'est ainsi que la loi sur le divorce a rendu le divorce plus facile, plus rapide, moins conflictuel, le moins judiciaire possible. Par exemple, à chaque étape de la procédure de divorce, les parties ont la possibilité d'avoir des passerelles pour faire homologuer des accords.

Le divorce à la française est devenu pluraliste, et à ce titre respectueux des choix et des situations particulières des individus engagés dans les séparations. Le nouveau droit du divorce est ancré dans le pluralisme et la liberté du choix, avec toutefois une véritable révolution : l'affirmation du droit au divorce.

Le législateur considère toutefois que la liberté doit s'inscrire le plus possible dans le consensualisme et dans le respect de l'autre, c'est à dire dans le respect de l'altérité. L'objectif est que chaque partie rencontre l'autre et respecte l'autre.

### B – La liberté, mais avec l'altérité

C'est la consécration par la loi de la séparation consensuelle. Les textes contemporains du droit de

la famille consacrent en effet l'essor d'une gestion consensuelle de la famille et d'une gestion consensuelle de la séparation.

Il est certain que les réformes sur l'autorité parentale et le divorce sont animées par un souci de promotion de l'égalité, par une forme d'autodétermination de la famille, par la liberté de ses membres et par le respect de l'altérité.

Une organisation et une séparation familiales véritablement démocratiques sont aujourd'hui souhaitées, dans lesquelles chaque intervenant familial et chaque acteur judiciaire doivent faire preuve de la plus haute responsabilisation.

Une solution imposée par le juge aux affaires familiales est à présent regardée avec un œil suspicieux.

Et le législateur donne au juge un nouvel office, celui d'apaiser les conflits et d'obtenir des accords. Il donne aussi le pouvoir au juge d'homologuer ces accords.

Ainsi, dans le domaine du droit familial, le législateur demande d'orienter davantage l'office du juge vers la conciliation, la médiation familiale, la négociation, l'incitation aux accords et leur homologation *in fine* plutôt que vers une fonction proprement juridictionnelle : le juge ne doit dire le droit et ne trancher le conflit qu'à défaut pour les parties de l'avoir elles-mêmes dépassé et solutionné.

Cette même logique se trouve aussi dans la loi sur l'autorité parentale qui dans le cadre de la mise en œuvre de la coparentalité incite les parents à passer des conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, et confie au juge le soin de les homologuer. Le juge qui homologue « un bon accord » de nature à mettre un terme au litige est préféré au juge qui tranche et impose une solution, qui si elle n'est pas acceptée, générera de nouveaux conflits.

## II. LE RÔLE DU JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES

Le législateur a donné au juge aux affaires familiales, devenu le chef d'orchestre de la séparation, un rôle de tout premier plan pour garantir la liberté de chacun et pour garantir le respect de l'altérité. Aussi, en l'état des dispositions législatives, le juge aux affaires familiales, selon les situations qui lui sont soumises, pourra exercer son office globalement de trois manières différentes :

- soit le juge exercera sa plénitude juridictionnelle en tranchant, c'est le juge « trancheur » ;
- soit le juge sera le juge « homologateur » ;
- soit le juge aura le souci d'associer les justiciables à la fonction de juger, c'est le juge du « dialogue ».

Mais, quelle que soit sa manière d'aborder le litige, le juge devra toujours avoir le même objectif, respecter la liberté des individus et des couples, et faire respecter l'altérité.

### A – Le juge “trancheur”

Dans le cadre d'une situation conflictuelle tendue, le juge aux affaires familiales peut exercer sa plénitude juridictionnelle, en tranchant un litige de manière classique. La famille, dans ce cas, est dans un premier temps évincée quelque peu du processus décisionnel, le juge donnera aux personnes la possibilité de s'exprimer, la liberté de dire ce qu'elles veulent ; mais que signifie la liberté de parole, sans respect de la place de l'autre ? La liberté n'est pas la liberté de faire n'importe quoi, de dire n'importe quoi, même si c'est ce que l'on pense.

Dans ce cas, le juge est l'arbitre du conflit conjugal, dont il décidera de l'issue. Dans ce type de situation, le rôle du juge aux affaires familiales est certes de dire le droit, de trancher le litige. Mais, malgré l'exacerbation du conflit, le juge doit tout faire pour amener les parties à s'occuper des dysfonctionnements de la relation et de la communication entre elles.

Certes, le juge aux affaires familiales donne aux parties la liberté de s'exprimer pleinement, mais le juge doit insister auprès d'elles pour qu'elles retrouvent l'altérité, le dialogue et la communication. L'objectif d'une bonne décision est d'amener les parties vers le respect de chacun.

Dans ce type de situation très conflictuelle, en dehors des propos à l'audience que le juge aux affaires familiales doit tenir aux parties pour les amener à un minimum de consensus, dans l'intérêt supérieur de leurs enfants, il est opportun ensuite que le magistrat reproduise, dans sa décision, un attendu du type de celui ci : « *Il convient que M. ... et M<sup>me</sup> ... prennent conscience qu'ils ont un devoir de dialogue, qu'il leur appartient de préparer l'avenir de l'enfant qui ne passe pas par la poursuite d'un conflit parental, que les enseignants, les juges des enfants, les pénalistes savent bien qu'un divorce, une séparation ratés se paient souvent plus tard pour l'enfant, en échec scolaire ou en délinquance (75 % des signalements d'enfants en danger trouvent leur origine dans une situation conflictuelle des parents), et que tout enfant pour se structurer a besoin de ses deux parents qui doivent être capables de se respecter et de dialoguer ensemble de ses problèmes et de son éducation en bonne intelligence* ».

De même, il est capital, dans toutes les procédures, de rappeler aux parents les droits et devoirs de chacun d'eux, dans le cadre de l'exercice en com-

mun de l'autorité parentale, de la manière suivante :

« Dit que l'autorité parentale sur l'enfant mineur sera exercée en commun par les parents ;

Dit qu'à cet effet, les parents devront :

– prendre ensemble les décisions importantes notamment en ce qui concerne la santé, la scolarité, l'éducation religieuse et le changement de résidence ;

– s'informer réciproquement, dans le souci d'une indispensable communication entre parents, sur l'organisation de la vie de l'enfant (vie scolaire, sportive et culturelle, traitements médicaux, loisirs, vacances, etc.) ;

– permettre les échanges de l'enfant avec l'autre parent dans le respect du cadre de vie de chacun ;

Rappelle que chacun des parents doit respecter les liens de l'enfant avec l'autre parent et que tout changement de résidence de l'un des deux parents, dès lors qu'il modifie les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent afin qu'en cas de désaccord, le parent le plus diligent puisse saisir le juge aux affaires familiales ».

Dans nombre de situations, il est opportun aussi, soit d'ordonner une mesure de médiation familiale, avec l'accord des parties, soit d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur familial pour une séance d'information. Dans ce dernier cas, il ressort que 90 % des parties se rendent, en règle générale, à cette séance d'information et qu'un couple sur deux accepte ensuite d'engager un processus de médiation familiale.

Malgré le conflit très souvent exacerbé en effet, le juge doit tout mettre en œuvre pour faire comprendre aux parents, que l'esprit du droit de la famille est de leur faire prendre conscience qu'ils peuvent être les acteurs de leurs solutions et que la liberté de chacun passe par l'altérité.

## B – Le juge “homologateur”

Le juge aux affaires familiales peut partager le pouvoir décisionnel avec les membres de la famille, en homologuant par exemple une convention ou des accords formalisés ou non par écrit.

Dans ce cadre, le juge aux affaires familiales dispose d'une mission de contrôle et le juge apparaît comme l'organe chargé d'une réglementation des relations familiales.

Il est le contrôleur obligé des volontés qui se seront accordées un peu, beaucoup ou complètement, dans la désunion. Le juge aux affaires familiales opère une vérification juridictionnelle à part entière.

Le contrôle du juge est d'abord un contrôle de la légalité, il s'agit de vérifier la réunion des conditions posées par la loi, de validité de l'acte juridique ; et ensuite, un contrôle d'opportunité qui concerne une vérification judiciaire du respect des intérêts protégés par le droit objectif, par exemple l'intérêt des enfants.

Le juge est le contrôleur de la liberté de chacun et de la liberté du couple dans les décisions prises ; il est aussi le contrôleur de la réalité de l'altérité.

Ce contrôle se manifeste par exemple dans deux types de décisions : le divorce par consentement mutuel et la résidence alternée.

S'agissant du divorce par consentement mutuel, le législateur a donné au juge aux affaires familiales un rôle effectif et précis. L'article 232 du Code civil dispose que « le juge peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux »

En effet, il ne suffit pas de constater que les intérêts des époux sont suffisamment préservés, il faut aussi examiner si la convention sauvegarde les intérêts des enfants.

Dans la pratique, contrairement à une idée souvent répandue, le juge aux affaires familiales est loin d'avoir un rôle passif, il n'est pas une chambre d'enregistrement.

Avant l'audience, le juge aux affaires familiales doit prendre connaissance et analyser les documents qui lui sont soumis, et notamment la convention signée par les parties. Cette étude lui permet d'aborder les questions essentielles avec les justiciables et leur avocat, et de consacrer tout le temps d'audience aux parties.

Pendant l'audience, le juge aux affaires familiales reçoit chacune des parties individuellement, puis les deux parties avec leur avocat.

La mission et le devoir du magistrat sont essentiellement de vérifier :

– le réel consentement de chacune des parties à ce type de procédure et aux mesures adoptées dans la convention, portant notamment sur les enfants et les modalités financières ;

– le respect de l'équité entre les parties, un divorce qu'il soit par consentement mutuel ou non, ne doit faire ni gagnant ni perdant ;

– l'équilibre entre chacune des parties, le plus fort ne doit pas imposer sa volonté au plus faible, ce que l'assistance d'un seul avocat ne permet pas toujours d'éviter ;

– l'absence de chantage entre les parties, par exemples : « Je te laisse les enfants, et en échange, je ne verse pas de contribution à l'entretien et l'éducation des enfants » ; « Je ne verse pas de prestation compensatoire et en compensation, je ne

*demande pas la résidence des enfants » ; « Je ne vois pas les enfants et tu ne me demandes rien » ; etc.*

Le juge vérifie enfin la réalité d'un dialogue entre les parties, il n'est en effet pas concevable que des parents divorcent par consentement mutuel sans qu'un dialogue constructif minimum n'existe entre eux concernant les enfants. L'audition des parents séparément permet de vérifier l'existence ou non de ce dialogue. Le divorce doit permettre une reconstruction familiale véritable, et non pas favoriser la poursuite d'un conflit camouflé sous l'habit du consentement mutuel.

Dans le cas où ces conditions ne sont pas réunies, le juge aux affaires familiales peut soit ne pas prononcer le divorce, soit renvoyer les parties à une autre date d'audience, aux fins de leur demander de réfléchir et de solutionner les questions qui posent difficultés.

En résumé, le juge est garant de la liberté des personnes et de l'existence de l'altérité.

Il en est de même quand les parents qui se séparent proposent la résidence alternée.

Il est important que le juge aux affaires familiales vérifie que la résidence alternée, proposée ou décidée d'un commun accord entre les parties, ne soit pas un mode de règlement du conflit conjugal ; un parent demandant les enfants pour ennuyer l'autre parent ou pour négocier contre autre chose, par exemple : « *Tu gardes les enfants, je ne demande pas la résidence alternée, mais je conserve la maison et ne verse qu'une contribution alimentaire modeste* », ou « *Tu veux une prestation compensatoire, alors je demande la résidence alternée* ».

Certes, ce type de position existait avant la légalisation de la résidence alternée, mais l'on constate, avec ce mode de résidence, un transfert de position. L'on a l'impression parfois que de la demande de résidence, l'on est passé, à présent, dans de nombreuses situations, à la demande de résidence alternée.

Et, si cela se développe, les conséquences sur l'enfant peuvent être catastrophiques. La résidence alternée ne peut pas et ne doit pas être un outil pour la poursuite du conflit conjugal.

C'est pour cela qu'il appartient au juge aux affaires familiales, dans chaque situation, de faire prendre conscience à chacun des parents que la résidence alternée ne peut être mise en place, ne doit être mise en place que dans le seul intérêt de l'enfant, et non pas pour faire plaisir aux parents ou à l'un d'eux. Les enfants ne sont pas des meubles que les parents se partagent. Les parents sont libres de choisir ce mode de résidence ; mais à deux conditions principales, d'une part, le respect des

enfants et, d'autre part, l'existence d'un dialogue. Liberté et altérité sont obligatoires. C'est la mission du juge de le vérifier dans toute séparation.

### C – Le juge du dialogue

Le juge aux affaires familiales dispose aussi du pouvoir d'associer les membres de la famille à la fonction de juger, c'est le juge du dialogue.

Le rôle d'un juge actif est en effet de susciter des accords, mais également de les contrôler une fois conclus. La fonction de juger est partagée avec la famille. Ainsi, le juge facilite, essaie de promouvoir le consensus familial, il s'agit d'une liberté contrôlée par le juge, dans un souci d'altérité.

Dans ce cadre, force est de constater que le comportement du juge à l'audience, mais aussi celui de l'avocat, est primordial. Le juge aux affaires familiales doit avoir un rôle moteur pour amener les parties à apprivoiser leur conflit et à se respecter mutuellement.

Le juge doit, de plus, avoir une jurisprudence pour amener les parties à trouver des solutions amiables. Il doit mettre en place également un partenariat avec tous les acteurs judiciaires, dont font partie les médiateurs familiaux.

Et, pour arriver à rendre une justice respectueuse de la liberté de chacun, dans l'altérité, il doit amener les justiciables, les avocats, les notaires à bien comprendre ce que peut apporter la médiation familiale pour arriver à de tels objectifs.

\*  
\* \*  
\*

La médiation familiale est un lieu de liberté et d'altérité.

Pour convaincre des parents qui se séparent d'accepter, lors des phases d'entretien, un processus de médiation familiale, il est important de leur indiquer que cet outil est un lieu de liberté, qui prend en compte la singularité et la complexité de leur litige, alors que la décision de justice, dépendante de l'aléa judiciaire, ne peut pas en régler tous les aspects, notamment quant aux conséquences psychologiques.

Les justiciables doivent comprendre aussi que la médiation familiale est un lieu de parole, de restauration du dialogue, de respect de l'altérité, dans lequel les parties, dans un face à face sans autre témoin que la présence du médiateur familial, vont pouvoir verbaliser le conflit, et donc prendre conscience de son mécanisme et de ses enjeux.

Les parties doivent comprendre aussi que la médiation familiale est un lieu d'expression des émotions, ainsi qu'un lieu d'écoute, où chacun peut entendre quelque chose du point de vue de l'autre, de ses besoins, de ses attentes, de ses manques et de ses souffrances.

La médiation est ainsi un travail sur la reconnaissance et la réhabilitation de l'autre, un lieu d'altérité et de respect mutuel retrouvé. Elle opère alors un phénomène de conversion des états d'esprit. À écouter les vécus et les souffrances de l'autre, la haine tombe et la confiance a des chances d'être retrouvée.

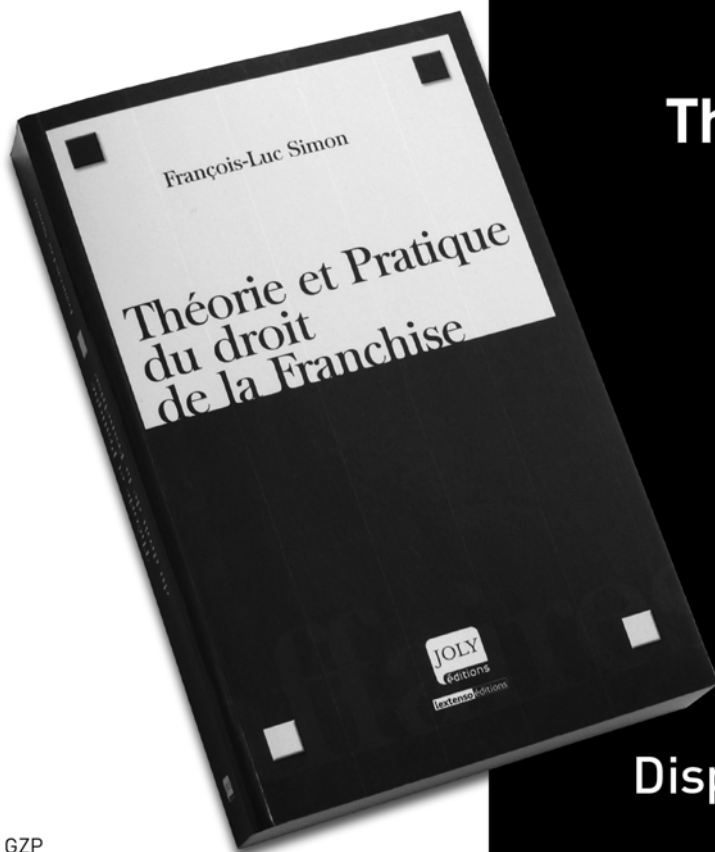
L'intérêt de l'enfant à la coparentalité, la pacification des procédures de séparation et le dialogue des parents qui se séparent s'imposent comme une priorité absolue, que la liberté individuelle ne saurait altérer.

La justice familiale doit être une justice d'écoute, une justice de dialogue, une justice apaisée, pacifiée, respectant la liberté de chacun tout en inté-

grant l'altérité et le respect de l'autre. Ainsi se dessine une justice familiale de paix, bénéfique pour les adultes, mais surtout pour les enfants.

Dans cet esprit, il convient d'encourager les justiciables désireux d'engager une procédure conflictuelle à réfléchir à ce propos de Montesquieu prononcé en 1725 à la Rentrée du Parlement de Bordeaux qui paraît tellement d'actualité : « *Je sais bien que la loi d'une juste défense oblige souvent de révéler des choses que la honte avait ensevelies ; mais c'est un mal que nous ne tolérons que lorsqu'il est absolument nécessaire. Apprenez de nous cette maxime, et souvenez-vous-en toujours : « Ne dites jamais la vérité aux dépens de votre vertu » ».*

# VIENT DE PARAITRE



## Théorie et Pratique du droit de la Franchise

François-Luc Simon

JOLY  
éditions

lextenso éditions

Disponible sur **Librairie Lgdj.fr**

GZP