



Vers une amélioration du droit de visite et d'hébergement ? Par Jean Pannier, Avocat

Jean PANNIER est Docteur en droit, Avocat à la Cour de Paris.

<http://www.village-justice.com/articles/amelioration-droit-visite,6719.html>

S'il existe une pratique judiciaire qui mérite d'être épinglée c'est bien celle là puisque chaque week-end le droit de visite et d'hébergement accordé par décision judiciaire est violé à des milliers d'exemplaires – il l'est tout autant pendant les périodes de vacances - dans l'indifférence de tous ceux qui devraient au moins tenter d'endiguer ce phénomène massif, très pénalisant, qui accable les parents évincés au point de bouleverser leur vie.

En première ligne et à de rares exceptions près on trouve les substituts de permanence qui répondent laconiquement aux services de police et de gendarmerie alertés dès le vendredi soir par les parents frustrés de leur progéniture : « qu'il (elle) dépose une plainte ou une main courante, mais ça peut attendre lundi ». Voilà pour le constat, personne ne l'ignore et ça a toujours plus ou moins fonctionné ainsi. **C'est à proprement parler un constat d'échec.**

Quand on considère l'énergie consacrée par les parquets à s'impliquer dans le marécage des plaintes qui n'ont bien souvent pas d'autre but que d'utiliser la justice à des fins privées – sujet très à la mode - on peut légitimement être tenté d'agiter les consciences pour que ça change dans le domaine des relations familiales autrement plus sensible. Où faut-il tout simplement se résigner à proposer des solutions qui laissent Ponce Pilate continuer à méditer devant son lavabo ? Quoi qu'il en soit, les citoyens ordinaires que sont les parents évincés attendent autre chose que de l'indifférence.

1. Des jugements privés d'effet.

A tous ces parents qui n'ont pas su ou tout simplement pas pu s'entendre sur la manière d'organiser leur séparation pour préserver les liens avec leurs enfants, la loi offre des variantes parmi lesquelles le juge va tenter de choisir, au cas par cas, la moins mauvaise. (1)

S'il est vrai que la solution de la résidence alternée a fait des progrès, il est tout aussi vrai qu'elle est loin de faire l'unanimité **et que le droit de visite et d'hébergement reste la solution la plus utilisée, du moins en théorie, puisque dans bien des cas ce droit est systématiquement violé par des parents qui n'ont aucun scrupule à se lancer dans une guerre sans merci pour des motivations sur lesquelles il vaut mieux ne pas s'étendre.** Mais ne dit-on pas aussi que l'enfer est pavé de bonnes intentions ?

On lit souvent que les avocats ont leur part dans le durcissement des situations et qu'ils encouragent même parfois leurs clients à la non-représentation des enfants. C'est probablement vrai dans quelques situations mais cela n'a aucune commune mesure avec le fait que l'inertie des parquets, seuls à même d'endiguer efficacement le phénomène, constitue pour les récalcitrants une véritable incitation à persévérer. On ne compte plus les situations où, après dix plaintes voire beaucoup plus, tombe enfin, mais très mollement, ce que l'on appelle maintenant « une alternative aux poursuites », c'est-à-dire un simple rappel à la loi qui constitue bien la démonstration qu'on peut continuer allégrement à ne pas respecter ce genre de réaction judiciaire puisque c'est « sans frais ». **Il n'y a plus alors de sanction mais un véritable encouragement à s'installer dans l'illégalité.**

2. Le mépris « des intérêts familiaux ».

La non représentation d'enfant est une situation d'autant plus difficile à vivre pour les parents qui en sont victimes qu'elle empêche l'exécution d'une décision judiciaire laquelle est elle-même, le plus souvent, l'aboutissement d'une procédure perçue comme traumatisante et de toute façon trop longue.

Non seulement donc il a fallu attendre longtemps avant de connaître la décision du juge, il faut au bout du chemin accepter que cette décision soit privée d'effet alors que le code pénal énonce clairement à l'article 227-5 : « Le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende ». Il découle de cette situation routinière un sentiment d'injustice qui, dans bien des situations, va entraîner des conséquences qui peuvent aller jusqu'au suicide. **On est alors étonné du geste désespéré mais aussi du silence assourdissant et gêné qui accompagne l'effroyable nouvelle.** (2)

Dans le meilleur des cas, le parent privé à la fois de ses enfants et du secours de la loi va voir sa vie bouleversée sur tous les plans. Il va vivre une autre vie. Ne parlons même pas de ses rêves et projets divers pour l'avenir de ses enfants, c'est forcément fichu. On a même vu des parents magistrats ou commissaires de police sombrer dans le désespoir. Mais...silence aussi. Quand on compare de tels drames à la tempête médiatique que déclenchent certains non-événements, comme par exemple l'annulation d'un mariage, on peut se poser des questions.

Le point de vue de l'avocat sur les dommages engendrés par la séparation tant pour les enfants que pour les parents évincés est forcément différent de celui du juge qui, lui, a surtout un rôle d'arbitre. L'avocat est quant à lui d'abord un confident qui néanmoins n'ignore pas que l'exagération est dans la nature de l'homme. Mais pour peu qu'il ait aussi une expérience du pénal, l'avocat ne peut pas oublier ce qu'il a entendu de la bouche du procureur et surtout des parties civiles dans les affaires de viol.

Le fait d'être privé durablement du lien naturel avec ses enfants dans des circonstances souvent ignobles et humiliantes où tous les coups sont permis comme on l'entend de plus en plus (accusations d'attouchement etc ...) avec en prime le lâchage des autorités chargées de faire respecter la loi, est souvent comparé à un viol et vécu en tout cas avec la même intensité et souvent les mêmes séquelles – le mot est faible - dans la vie quotidienne. (3)

Il faut le dire, des milliers de parents évincés passent le plus clair de leur vie à souffrir des mauvais coups qui leur sont portés en plus de la séparation qui leur est infligée avec la cruauté que l'on peut imaginer en regardant simplement autour de soi. Il est pour le moins étonnant que la sphère des conflits matrimoniaux demeure, aujourd'hui encore, l'espace permissif dans lequel on peut commettre beaucoup d'infractions caractérisées sans grand risque. Coups et blessures, insultes, campagnes de calomnies, dépossession sauvage, pneus crevés, voitures endommagées sont monnaie courante et ne suscitent généralement guère de réactions. A cela s'ajoute le constat que bien des enfants ne se remettent jamais d'avoir été entraînés, sur longue période, dans des tempêtes qui fragilisent les adultes eux mêmes. (4)

On ne peut donc pas comprendre la politique pénale française dans un tel déchainement d'agressions tolérées d'autant que, depuis quelques années déjà, la Cour européenne a donné un signal fort en la matière. La CEDH condamne dorénavant les Etats qui n'ont pas été capables de préserver les liens familiaux. Elle se situe sur le terrain de l'article 8 de la Convention selon lequel « **Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale...** ». Encore faut-il avoir le courage et les moyens d'aller jusqu'à la CEDH.

3. La CEDH rappelle la règle du jeu.

La Cour européenne considère qu'elle n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes pour régler les questions de garde et de visite, mais d'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions que ces autorités ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation.

S'agissant plus particulièrement de l'obligation pour l'Etat d'arrêter des mesures positives, la Cour a déclaré à de nombreuses reprises que l'article 8 implique le droit d'un parent à des mesures propres à

le réunir à son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre. (Ignaccolo-Zénide c. Roumanie, n°31679/96 ; Nuutinen c. Finlande, n°32842/96 ; Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne, n°5673/00 ; Monory c. Roumanie et Hongrie, n°71099/01).

Outre cela, la Cour précise que les obligations de l'article 8 de la Convention fait peser sur les Etats contractants en matière de réunion d'un parent doivent s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

A propos d'un enfant qu'une mère avait refusé de restituer au père en violation d'une décision d'un tribunal suisse la Cour estime que l'attitude des autorités suisses chargées de faire respecter la décision judiciaire « *témoigne dans l'ensemble d'un certain laxisme, qui ne cadre ni avec l'objet et le but de la Convention de La Haye, ni avec son libellé particulièrement clair et rigoureux. Cette passivité est à l'origine de la rupture totale des relations entre l'enfant et son père, qui dure depuis près de deux ans et qui comporte, vu le très jeune âge de l'enfant, le risque d'une « aliénation » croissante entre les deux, aliénation qui n'est aucunement à considérer comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'ensuit, conclut la Cour, qu'on ne saurait prétendre que le droit au respect de la vie familiale du requérant a été protégé de manière effective, comme le prescrit la Convention. Dès lors, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.* » La Suisse a été condamnée par arrêt définitif du 22/09/2006 (Bianchi c. Suisse, n° 7548/04). On a beau dire une fois de plus « vox clamens in deserto », la Cour européenne retourne ici le couteau dans la plaie sur la base des 2 articles majeurs :

« 76. L'article 8 de la Convention tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics ; il engendre, de surcroît, des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale...

85. Dans ce contexte, la Cour a noté que l'adéquation d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre. En effet, les procédures relatives à l'attribution de l'autorité parentale, y compris l'exécution des décisions rendues à leur issue, exigent un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables pour les relations entre les enfants et celui des parents qui ne vit pas avec eux...

110. Ainsi, la Cour tient à rappeler sa jurisprudence constante selon laquelle l'article 6 protège également la mise en œuvre des décisions judiciaires définitives et obligatoires qui, dans un Etat respectueux de la prééminence du droit, ne peuvent rester inopérantes au détriment d'une partie. En conséquence, l'exécution d'une décision judiciaire ne peut être empêchée, invalidée ou retardée de manière excessive ».

Pareille formulation permet d'affirmer que la Chancellerie impose aux parquets une politique qui n'est ni conforme à la loi française ni aux exigences de la Convention européenne.

4. Douce France.

Chez nous, on avance à peu près comme les crabes. La médiation pénale est parfois proposée dans le but de calmer le jeu. A croire que les distingués représentants du ministère public plus habitués à cerner la personnalité des délinquants classiques qu'ils sont censés aider à remettre dans le droit chemin - en passant éventuellement par la case prison – **ne se rendent pas bien compte de ce qu'est la farouche détermination qui s'empare des parents bien décidés à avoir la peau de leur ex-conjoint, via les enfants.** Ces délinquants là, ils sont nombreux, vont à la médiation en chantant au médiateur : « Causes toujours, tu m'intéresse ! ».

On n'arrête pas un char d'assaut avec des banderoles. Certes et heureusement les « furieux » n'ont pas tous la même détermination mais c'est souvent par manque de moyens.

Autrement dit, globalement, la France offre à toutes ces victimes, enfants manipulés et parents exclus, un système qui fait semblant et laisse le plus souvent le problème en l'état ou presque.

Il nous semble pourtant que d'autres pays font des efforts en ce domaine et que **notre propre Cour de cassation ne manque pas d'affirmer que, dans toute la mesure du possible, il faut préserver**

le lien des enfants avec leurs deux parents. (5) Une pierre de plus dans le jardin de la Chancellerie qui brandit le joker bien commode de l'opportunité des poursuites.

On laissera évidemment de côté le droit de visite en lieu neutre – système dit des points-rencontre – qui n'a de droit de visite que le nom et ne fonctionne de manière satisfaisante que dans des cas limités et à la condition que les associations qui les gèrent disposent des compétences et des moyens adéquates. Sur ce sujet, il est assez édifiant de voir à quel point triomphe l'hypocrisie alors que le constat d'échec est accablant. On imagine ces enfants-soldats méthodiquement préparés à une rencontre - sous haute surveillance - par celui qui en a la garde pour une « loyale démonstration de haine » à l'égard du parent déchu qui va ainsi subir pendant une heure... le rejet programmé de son propre enfant sous le regard scrutateur d'un personnel dévoué qui ne va pas manquer de lui faire remarquer en sortant à quel point il a été maladroit. Gestion calamiteuse d'un problème profond traité à la hussarde et géré par des services sociaux qui se gardent bien la plupart du temps d'avoir un autre regard que celui du juge ; ont-ils d'ailleurs le choix dès lors que le contexte judiciaire est écrasant ?

5. Puisque le Parquet a des états d'âme...

Le système en vigueur n'ayant jusqu'à présent montré qu'une efficacité improbable et suscité la colère légitime des associations de parents meurtris qualifiées, bien entendu, de ramassis d'excités quand ce n'est pas de sectes, verra-t-on un jour aboutir une réflexion législative (ou autre) pour avancer ? D'aucuns objecteront que la loi a institué depuis longtemps le droit de visite et d'hébergement et que la non-représentation d'enfant est punie pénalement.

Oui, mais...

Une solution intermédiaire serait de prévoir des sanctions pécuniaires efficaces, c'est-à-dire quasi-automatiques, en cas de non respect du droit de voir ses enfants. Ce système existe déjà en fait dans la pratique de quelques magistrats qui se sont persuadés que toucher au porte-monnaie est probablement plus efficace que n'importe quoi. Ils assortissent alors leurs décisions d'une astreinte dont ils déterminent le montant. (6)

Pour limiter les tentations procédurières et surtout banaliser la solution, il serait certainement souhaitable que le régime d'une telle astreinte soit rendu obligatoire par une disposition législative. Ainsi aurait-t-on au moins l'impression qu'un effort a été enfin accompli pour réduire le nombre des dérives actuelles. Certes, il y aura inévitablement des échappatoires (l'enfant est malade, etc...) mais la plupart des coriaces se calmeront faisant ainsi la démonstration que le problème n'était pas du tout insoluble.

Dans le même ordre d'idée, la 1ère chambre civile de la Cour de cassation vient de confirmer la décision d'une cour d'appel selon laquelle la privation de ses enfants imposée à un conjoint constitue un préjudice réparable sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. (Cass. civ. 1ère ch. 14 janvier 2009, pourvoi n° 08.10.538) La Haute Cour n'a, hélas, pas jugé utile de le publier au bulletin civil. Il est cependant signalé dans « AJ Famille » (éd. Dalloz) n° 06/2009.

Jean PANNIER , jean.pannier@gmail.com

Docteur en droit, Avocat à la Cour de Paris

(1) Marc JUSTON. *Le juge aux affaires familiales et l'évolution de la famille*. Gaz. Pal. n° 96 5 avril 2008.

(2) 1er décembre 2006, suicide de Stéphane LAFARGUE, (www.collectif-coparentalite.com), 25 mai 2008 suicide de Bernard PERRIN, père de 5 enfants,

(3) TOULON (JAF) 4 juin 2007, Gaz. Pal. 18-20 novembre 2007, note J. Pannier.

(4) Paul BENSUSSAN et Florence RAULT. *La dictature de l'émotion*. Ed. Belfond 2002.

(5) Cass.civ. 1ère Ch. 14 mars 2006 Bull. civ. I, 147.

(6) Le TGI de LAVAL (JAF) a prononcé le 8 février 2008 une « astreinte provisoire de 300 euros par infraction constatée » à l'encontre d'une mère qui tirait prétexte des réticences de sa fille pour faire obstacle au droit de visite du père.