
Le rôle du juge en droit de la famille

Ch. André

Famille, propriété et contrat sont, selon *Jean Carbonnier*, les trois piliers de l'ordre juridique. Or, si le rôle du juge a pu être contesté dans son principe même en matière contractuelle, tel n'a pas été le cas en matière familiale. Cela s'explique sans doute par la fonction anthropologique du droit qui s'appuie sur la médiation d'un tiers impartial et désintéressé pour instituer la famille et distribuer les rôles en son sein.

Une fois dépassée cette évidence, le sujet est loin d'être facile à circonscrire car il existe en réalité des juges et non un juge appelé à connaître de la famille, qu'il s'agisse du couple ou de l'enfant. En effet, la loi du 8 janvier 1993 a institué le juge aux affaires familiales. Le JAF, puisque tel est le sigle qui est rapidement devenu l'appellation commune, est l'homme-orchestre du droit de la famille. Dans sa version 1993, il avait hérité de l'intégralité des compétences antérieurement dévolues au juge aux affaires matrimoniales. À ce transfert par substitution de personne s'ajoutait une redistribution, depuis longtemps souhaitée, des pouvoirs au sein des juridictions appelées à connaître du contentieux familial *lato sensu*. C'est que les compétences judiciaires en matière familiale sont complexes et cela pour au moins deux raisons. D'une part, les compétences du JAF sont très étendues. En tant que juge unique délégué du tribunal de grande instance, le JAF a une fonction de conciliateur, de maître d'oeuvre de la médiation familiale et de juge des référés. Si le JAF a, sous réserve de la possibilité de recours à la collégialité, compétence exclusive pour connaître de certains contentieux, il n'est pas pour autant un magistrat spécialisé, au sens organique du terme. À la différence du juge des enfants, du juge de l'application des peines ou du juge d'instruction, il n'est pas nommé par décret dans cette fonction, mais s'y trouve délégué par ordonnance du président du tribunal de grande instance qui le désigne parmi les magistrats du siège de sa juridiction. S'il l'estime nécessaire, le président peut conférer la qualité de JAF à autant de magistrats qu'il l'estime nécessaire, conformément aux dispositions de l'article L. 213-3 du code de l'organisation judiciaire. D'autre part, au-delà des nombreuses compétences d'attribution qui sont les siennes, d'autres juridictions restent compétentes en matière familiale. Le JAF doit ainsi composer avec les compétences du TGI dans sa formation collégiale, du Parquet, du juge des tutelles, du juge de l'exécution... On comprend dès lors pourquoi la loi du 12 mai 2009 a cherché, en s'inspirant des recommandations du rapport *Guinchard*, à simplifier la répartition des contentieux civil en clarifiant le rôle du JAF conçu comme le juge de toutes les conjugalités (mariage, pacs, concubinage) et le juge principal de l'enfant.

Cependant, la difficulté du sujet ne se limite pas à ces considérations organiques, elle est aussi profondément politique. En effet, la philosophie du législateur contemporain oscille en la matière entre deux pôles proprement contradictoires qui contribuent à la mutation du rôle du juge en matière familiale. D'un côté, des lois récentes alourdissent la tâche du juge, l'investissant de nouvelles responsabilités : tel est le cas en matière de lutte contre les violences conjugales, qui ont suscité une réaction législative par les lois des 4 avril 2006 et 9 juillet 2010. Par-delà leur volet pénal (aggravation de la répression du viol entre époux, harcèlement moral au sein du couple), ces lois musclent le dispositif d'intervention du juge en prévoyant notamment une ordonnance de protection des victimes, relevant de la compétence du juge aux affaires familiales (art. 515-9 à 515-13 nouv. c. civ). D'un autre côté, plusieurs réformes récentes ou tentatives de réformes témoignent d'une volonté d'allègement de la judiciarisation de la famille, pour ne pas dire d'une déjudiciarisation. Que l'on songe au projet d'un divorce notarial ou à l'homologation judiciaire allégée du changement de régime matrimonial, telle qu'elle ressort de la loi du 23 juin 2006.

Aussi bien, convient-il de mettre en rapport ces mouvements contradictoires en envisageant à la fois le rôle cardinal du juge à l'égard de la famille (I) et les mutations de ce rôle (II).

I- Le rôle cardinal du juge à l'égard de la famille

De façon classique, le juge joue un rôle essentiel tant à l'égard du couple (A) qu'à l'égard de l'enfant (B) car même dans une société capitaliste et libérale la protection de l'institution familiale, l'équilibre des intérêts en présence et la distribution des identités ne sauraient être laissés au libre jeu des volontés individuelles.

A- Le juge et le couple

A l'égard du couple, l'intervention judiciaire peut être justifiée en cas de crise pendant la vie du couple (1) mais aussi lors de la séparation (2).

1- L'intervention judiciaire lors de la vie du couple

Dans la vie d'un couple la crise peut revêtir différents aspects, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, qui sont souvent du reste enchevêtrés.

Depuis la loi du 4 avril 2006, l'alinéa 3 de l'article 220-1 du code civil prévoit que, lorsque les violences exercées par l'un des époux mettent en danger son conjoint, un ou plusieurs des enfants, « le juge peut statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal ». Le législateur a prévu en principe que la jouissance du domicile serait attribuée, sauf circonstances particulières, au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences. Toutefois, comme le précise cet article, les mesures d'éloignement du conjoint violent deviennent caduques si, à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de leur prononcé, « aucune requête en divorce ou en séparation de corps n'a été déposée ». La célérité de la mesure est une condition indispensable pour que la réaction de l'auteur des violences apprenant la saisine de la justice par son conjoint n'aboutisse pas à un renforcement des violences. C'est pourquoi le droit prévoit que le juge pourra organiser immédiatement la vie séparée des époux et des enfants en statuant sur les modalités de l'autorité parentale. Un certain nombre de dispositions dérogatoires au droit commun de l'expulsion garantissent l'exécution de la décision. Ainsi, l'exigence de respecter un délai de deux mois suivant le commandement de quitter les lieux ne sera pas applicable aux mesures prises sur le fondement de l'article 220-1 précité. Sera également écartée toute possibilité de sursis à expulsion pendant la période hivernale ou en raison de l'impossibilité de reloger l'auteur des faits.

A ces mesures exceptionnelles liées aux violences conjugales, et complétées par la loi du 9 juillet 2010, s'ajoutent les mesures de crise prévues de longue date par le législateur. En effet, plusieurs dispositions dans le code civil permettent à un époux d'assister et de remplacer son conjoint sur la scène juridique. Il s'agit des articles 217 et 219 du code civil du régime primaire qui ont vocation ainsi à s'appliquer à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial, mais aussi des articles 1426 et 1429 du code civil à destination des époux mariés sous un régime de communauté. L'article 217 ne fait pas appel à l'habilitation judiciaire. Il permet de résoudre une situation de crise entre époux, grâce à une autorisation supplétive du juge. Seul l'article 219 met en place un vrai mandat judiciaire.

2- L'intervention judiciaire lors de la séparation du couple

Outre le divorce qui demeure une institution en forme de procès et oblige les époux à « entrer » dans une des quatre causes de divorce de l'article 229 du Code civil, la séparation d'un couple pacsé ou en concubinage peut comporter également un volet judiciaire. D'une part, l'examen de la loi sur le PACS par le conseil constitutionnel lui a offert l'occasion de rappeler la dimension constitutionnelle de l'article 1382 du Code civil. D'autre part, les couples de concubins se font et se défont, comme les autres. Il existe à cet égard un contentieux nourri concernant la rupture du concubinage qui n'a plus rien

de surprenant de nos jours, car il n'est pas rare que la vie à deux, même de fait, se solde par une rupture juridiquement mouvementée. Non point que rompre un concubinage soit constitutif d'une faute, ce qui serait absurde s'agissant d'une union de fait dominée par la liberté. Mais, comme en toutes choses, il y a l'art et la manière. Le contexte de la rupture peut révéler une faute d'un concubin génératrice d'un préjudice subi par l'autre lui ouvrant droit à des dommages-intérêts. Et la Cour de cassation veille sur ce point à ce que les juges du fond motivent correctement leurs décisions. La rupture du concubinage, c'est aussi, matériellement, l'heure des règlements de comptes. On a pu qualifier la jurisprudence d'« imprévisible » ; du moins au regard de l'action *de in rem verso* fondée sur l'enrichissement sans cause souvent sollicitée à cette occasion. Entre la cause résultant de la contribution aux charges de la vie commune et la cause résultant de l'intention libérale, on finit par se demander si les relations entre concubins ne sont pas frappées d'une curieuse présomption d'exécution d'obligations quasi légales dont, par ailleurs, on affirme qu'elles n'existent pas. Il n'est toutefois pas exclu que cette jurisprudence ne se durcisse pas encore car on pourra toujours opposer aux concubins qu'ils ont désormais le Pacs. Ainsi, après avoir déplacé le contentieux du divorce vers le déconcubinage, on va le réorienter vers le dépacage...

B- Le juge et l'enfant

A l'égard de l'enfant, le juge est à la fois un garant de l'ordre public au stade de l'établissement contentieux du lien de filiation (1) et un arbitre des rapports avec l'enfant une fois ce lien établi (2).

1- Le juge, garant de l'ordre public lors de l'établissement du lien de filiation

Le juge est le garant de l'ordre public en matière de filiation. D'un point de vue anthropologique, il en va de l'inscription juridique des identités. Cela dit, le Parquet n'est recevable à contester une reconnaissance que si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée ou que la reconnaissance a été faite en fraude des règles de l'adoption. C'est dans cet esprit de garantie de l'ordre public que la première Chambre civile de la Cour de cassation a, par un important arrêt du 6 janvier 2004, rappelé dans son visa que l'article 334-10 interdit d'établir la double filiation de l'enfant naturel lorsqu'il existe entre ses père et mère un des empêchements à mariage pour cause de parenté ; la Haute juridiction pose, en l'espèce, que la requête en adoption présentée par le père de l'enfant « *contrevient aux dispositions d'ordre public édictées par l'article 334-10 du code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu* ».

De la même manière, le juge doit apprécier les moyens de preuve invoqués. La preuve scientifique du lien de filiation connaît en effet un succès important auprès des tribunaux et cela malgré les restrictions que la loi a, en France, prétendu apporter à son usage. L'utilité de ces preuves n'est pas à démontrer ; mais elles s'inscrivent dans un contexte procédural et substantiel qui tend à conférer à la vérité biologique un poids exorbitant si l'on veut bien admettre que cette vérité n'est, pour l'enfant du moins, que le moyen de révéler une autre vérité, à savoir le lien qui a uni sa mère à son père et que la filiation, en fait comme en droit, ne s'épuise pas dans le lien du sang. Rappelons ainsi que le droit à la preuve biologique affirmé en 2000 (Civile 1^{ère} 28 mars 2000) comporte une restriction, qui renvoie au « motif légitime » de la refuser, motif qui sera apprécié par le juge.

2- Le juge, arbitre des rapports avec l'enfant

S'agissant de l'autorité parentale et des rapports de l'enfant avec ses grands-parents, l'importance du rôle du juge n'est pas à démontrer. Cela dit, certains contentieux donnent à cette intervention un relief singulier. Dans une affaire fortement médiatisée (TGI Angers, ord. réf., 8 oct. 2009), tout en décidant d'accoucher sous X, la

mère de naissance avait permis à ses propres parents de voir le nouveau-né. Dans cette situation atypique, ces derniers contestèrent dans le délai légal l'arrêté d'admission comme pupille de l'Etat. Ils réclamèrent en référé une expertise biologique aux fins de justifier de leur lien avec lui et de tenter d'établir la recevabilité de leur action au regard des exigences de l'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles. Le juge ordonna la mesure d'instruction, retenant l'existence d'un motif légitime d'établir la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution du litige au sens de l'article 145 du code de procédure civile. Enfin, comme le relève à juste titre la décision, « *l'attitude ambiguë de la mère... ne doit pas être occultée* ». En effet, il y avait bien un trouble sur sa volonté réelle : en révélant à ses père et mère la naissance de l'enfant, en le leur présentant, n'avait-elle pas ainsi renoncé tacitement au secret ? Il n'en demeure pas moins que sur le fond, les grands-parents ont été jugés irrecevables à contester l'admission du nouveau-né comme pupille de l'Etat, le seul lien biologique caractérisé par les résultats de l'expertise ne pouvant suffire à leur conférer la qualité pour agir à cette fin (TGI Angers, 26 avr. 2010).

On le voit, l'intervention du juge en matière familiale est fondamentale et s'inscrit souvent dans un cadre factuel complexe, aux implications humaines considérables. Pourtant, certaines mutations contemporaines témoignent d'une certaine volonté de déjudiciarisation.

II- Les mutations du rôle du juge à l'égard de la famille

Les mutations du rôle du juge à l'égard de la famille tiennent à la fois à la circonscription de son intervention (A) et à sa simplification (B), ce qui, par-delà l'impératif général de simplification du droit, procède parfois d'une politique hasardeuse d'économie de juges.

A- La circonscription de l'intervention judiciaire

La circonscription de l'intervention judiciaire tient de façon générale au phénomène de contractualisation du droit de la famille qui réduit le rôle du juge à une homologation (1) mais aussi, de plus en plus souvent, à une volonté spécifique d'allègement du rôle du juge (2).

1- Le phénomène de contractualisation et l'homologation judiciaire

Quelle que soit la branche du droit de la famille envisagée, le phénomène de contractualisation est patent. Ainsi, le divorce par consentement mutuel constitue une forme de désunion quelque peu idéalisée, qui semble exclure *ipso facto* toute idée de recours. Le divorce par consentement mutuel repose sur un accord de volontés des époux, lequel porte tout à la fois sur le principe du divorce et sur l'ensemble des conséquences de celui-ci (C. civ., art. 230). La jurisprudence en déduit classiquement que la convention homologuée et le prononcé du divorce forment un tout indissociable, de sorte que la remise en cause de l'une affecte nécessairement l'autre. Cette indivisibilité implique juridiquement que, le jugement absorbant la convention, l'ensemble ne puisse être attaqué que par les voies de recours, en même temps qu'elle justifie, pratiquement, l'impossibilité d'agir en annulation, puisqu'une telle possibilité entraînerait la remise en cause du prononcé du divorce lui-même ; ce qui serait source d'une grande insécurité juridique quant à l'état des personnes ainsi divorcées, et quant aux biens dont elles s'estiment propriétaires. L'indivisibilité affirmée entre le jugement et la convention consacre la prévalence de sa nature judiciaire (C. civ., art. 279). Ainsi, l'ensemble soudé que constituent l'un et l'autre est avant tout une décision de justice et lui emprunte ses caractères. Il s'ensuit que l'époux qui souhaite remettre en cause la convention de divorce ne peut user pour ce faire que des voies de recours propres. L'appel étant inconcevable faute d'intérêt puisque, par hypothèse, l'homologation a donné satisfaction aux requérants, ce recours ne peut être que le pourvoi en cassation et

ne peut donc s'appuyer que sur des motifs de droit. Il doit être exercé dans un délai de quinze jours à compter du prononcé de la décision qui homologue la convention et prononce le divorce (C. pr. civ., art. 1103). Ajoutons que, par dérogation au droit commun, mais comme pour tous les divorces, le pourvoi en cassation est suspensif, sauf dans les stipulations relatives aux enfants ou à la pension alimentaire (C. pr. civ., art. 1087). Cela étant, les recueils de jurisprudence témoignent, par leur silence, du caractère théorique de ce recours.

2- La tendance à la déjudiciarisation

Certaines réformes ou tentatives de réforme témoignent d'un mouvement incontestable d'allègement du rôle du juge, aux confins de la déjudiciarisation.

D'une part, la loi du 23 juin 2006 a modifié les règles du changement de régime matrimonial. Sans remettre en cause le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1396 C. civ.), cette loi a assoupli les conditions dans lesquelles les époux peuvent changer ou modifier leur régime matrimonial. Le nouvel article 1397 du code civil met en place un système reposant davantage que le précédent sur la convention, sans toutefois être totalement déjudiciarisé. Les époux peuvent convenir, après deux années d'application du régime matrimonial, et dans l'intérêt de la famille, de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié ; lequel doit comporter, à peine de nullité, la liquidation du régime matrimonial modifié. Le texte prévoit une information des personnes qui avaient été parties dans le contrat modifié ainsi que des enfants majeurs de chaque époux. Un droit de s'opposer à cette modification leur est accordé dans un délai de trois mois. Les créanciers des époux doivent également être informés de la modification envisagée par la publication d'un avis dans un journal d'annonces légales dans l'arrondissement ou le département du domicile des époux. Chacun d'eux peut également s'opposer à la modification dans les trois mois de cette publication. En cas d'opposition, l'acte notarié est soumis à l'homologation du tribunal de grande instance du domicile des époux. Il en va de même lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs. Le changement prend effet entre les parties à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit et, à l'égard des tiers, trois mois après que mention en a été portée en marge de l'acte de mariage.

D'autre part, la Commission présidée par Irène Théry en 1999 s'était prononcée en faveur d'un divorce notarial lorsque « les époux divorçant n'ont aucun conflit ni sur le principe du divorce, ni sur ses effets », qu'ils se sont organisés par eux-mêmes et ne ressentent pas le besoin de faire homologuer par le juge une convention réglant les conséquences de leur séparation (*Couple, filiation, parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*). Le groupe de travail animé par le professeur Dekeuwer-Défossez jugea plus sage de remettre la question à plus tard, pour des raisons techniques et, surtout, pour des raisons de principe (*Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La documentation française, 1999, p. 120 s.) : il est vrai qu'à l'époque le PACS n'avait pas encore vu le jour, que le divorce n'avait pas été réformé et que le mariage restait le fondement de la filiation légitime. L'idée d'un divorce notarial fut relancée en 2006 dans un contexte différent, sans véritable réflexion sur la « déjudiciarisation » du divorce. Le gouvernement s'est contenté d'affirmer que, dans certains cas, le divorce pourrait se faire par devant notaire. Face aux réserves de nombreux juristes, le projet a finalement été abandonné, mais il est révélateur d'une volonté d'éviction du juge dans certains contentieux familiaux, pour lesquels une simplification est aussi recherchée.

B- La simplification de l'intervention judiciaire

La simplification de l'intervention judiciaire est tantôt organique (1), c'est-à-dire soucieuse de préciser les blocs de compétence respectifs des juges afin d'éviter les chevauchements, tantôt substantielle (2), c'est-à-dire caractérisée par une volonté d'allègement de la procédure.

1- La simplification organique

Conformément aux préconisations de la commission Guinchard, le législateur a, par la loi du 12 mai 2009 dite « de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures », transféré au juge aux affaires familiales (JAF) la tutelle des mineurs et l'émancipation, qui relevaient jusqu'à présent de la compétence du juge d'instance. Il en est de même de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux après divorce, des autres procédures attachées au régime matrimonial et du contentieux relatif au fonctionnement et au partage des indivisions entre concubins ou entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité, attributions anciennement dévolues au tribunal de grande instance. Ces dispositions sont applicables au 1 janvier 2010 sans décret d'application. La logique affichée de cette réforme est à la fois horizontale et verticale. Horizontale en ce qu'elle vise à agréger les procédures familiales autour d'un même pôle au sein des tribunaux de grande instance. C'est ainsi que le bloc « protection des personnes vulnérables » confié au juge des tutelles est démantelé au profit d'un bloc « famille - autorité parentale » dans sa composante tant patrimoniale qu'extrapatrimoniale. Verticale en ce qu'elle permet au JAF de connaître de la suite naturelle de la procédure de divorce qu'est la liquidation du régime matrimonial. Par effet d'aimantation, et prenant en compte l'évolution des structures familiales, la liquidation des indivisions des concubins et couples « pacsés » a rejoint le giron de la justice familiale.

S'il est encore difficile de mesurer l'impact concret de cette réforme sur le fonctionnement des juridictions, certaines perspectives peuvent d'ores et déjà se dégager. Ainsi que le laisse entendre le rapport *Guinchard*, cette réforme pourrait être une première étape vers la constitution de véritables chambres de la famille au sein des TGI.

2- La simplification substantielle

Le garde des Sceaux a déposé au Sénat le 3 mars 2010 un projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. A cette occasion, il est une nouvelle fois question d'aménager les règles régissant la procédure en matière familiale. Le ministre précise que « *la procédure de divorce par consentement mutuel est allégée pour les couples qui n'ont pas d'enfant mineur en commun, en les dispensant de comparaître personnellement et systématiquement devant le juge aux affaires familiales* ». Ainsi, à peine close la discussion sur la possibilité d'un divorce par consentement mutuel sans contrôle judiciaire, éventuellement confié aux notaires, ce divorce amiable est une nouvelle fois dans la ligne de mire du législateur. Il ne s'agit plus d'alléger le travail des juges aux affaires familiales en faisant échapper à leur contrôle le divorce par consentement mutuel, mais en leur permettant de ne plus auditionner les époux en l'absence d'enfant mineur commun. On se souvient que la loi du 26 mai 2004 relative au divorce avait instauré une comparution unique devant le juge aux affaires familiales, en supprimant l'une des deux anciennes comparutions personnelles obligatoires des époux, dans le souci d'accélérer et, déjà, de simplifier le règlement de ce divorce. Il s'agit maintenant de supprimer toute comparution devant ce même juge. Certes, la suppression n'est pas totale car le projet précise que le juge peut ordonner la comparution des époux « *s'il l'estime nécessaire* » ; qu'elle est « *de droit à la demande de l'un ou l'autre des époux* » ; et que « *le refus d'homologation ne peut intervenir qu'après comparution des époux* ». L'absence d'audition des époux n'est pourtant pas anodine. En effet, l'article 232 du code civil dispose que le juge doit vérifier que « *la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé* ». A ce sujet, le projet de loi annonce qu' « *un décret d'application viendra préciser les pièces nécessaires permettant au juge, dans le cas où les parties ne comparaissent pas, de vérifier que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé* ». Ceci étant, si, après la loi du 26 mai 2004, on pouvait déjà avoir des craintes sur la réalité du contrôle judiciaire de ce consentement au

terme d'une seule audition, celles-ci sont encore plus prégnantes en cas de non-comparution personnelle des époux.

Conclusion : Le rôle du juge en matière familiale apparaît contrasté. Malgré le renforcement des pouvoirs du juge aux affaires familiales, l'unification souhaitée par certains de la matière familiale n'est pas encore la réalité. Ses blocs de compétence ont été précisés mais des zones frontières parfois conflictuelles avec les autres juges demeurent. Surtout, notre droit est tiraillé par un mouvement simultané d'accroissement et d'allègement du rôle du juge. Dès lors que l'intervention judiciaire n'est pas idéologiquement contestée dans son principe même, comme cela peut être le cas en droit des contrats par exemple –que l'on songe à la « réfaction du contrat- il serait bon que les interventions judiciaires soient déterminées par les seuls impératifs d'une bonne justice et non, comme on l'observe dans certains projets, par une pure logique de restriction budgétaire, c'est-à-dire par des économies de juges...