

CHOIX DE LA RESIDENCE DES ENFANTS :

QUELLES ATTENTIONS AUX PERES DANS LES DECISIONS DE JUSTICE ?

Introduction :

Un rapport du Sénat en date du 26 février 2014 rédigé par Madame Catherine Tasca et Monsieur Michel Mercier « Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges » établit que :

« Loin d'être une justice sinistrée, la justice aux affaires familiales est une justice qui parvient à faire face à l'important contentieux qui lui incombe. A l'exception des divorces contentieux, qui concentrent, par définition les affaires les plus difficiles, les délais de traitement sont acceptables. Toutefois, de manière générale, cette justice ne semble donner une entière satisfaction ni à ceux qui la saisissent, ni à ceux qui la mettent en œuvre. A la fois trop lente ou trop expéditive pour les uns, épuisante et dévalorisée pour les autres, elle ne répond qu'imparfaitement aux attentes élevées qu'elle suscite.

Parallèlement à l'évolution de l'office du juge aux affaires familiales, l'organisation de « la jagerie » doit être améliorée, dans le sens d'une meilleure coordination et de la constitution d'une culture commune, qui réduisent, pour le justiciable, l'inégalité des décisions selon la juridiction ou le juge chargé de statuer. La justice aux affaires familiales gagnerait aussi à ce que la fonction de JAF soit mieux identifiée et revalorisée aux yeux des magistrats ... ».

Force est de constater que les mouvements de défense des droits des pères n'ont pas la même analyse :

« La façon dont sont traitées les affaires familiales dans notre beau pays des droits de l'homme et du citoyen est loin de respecter notre devise « Liberté, Egalité, Fraternité.

Lorsqu'ils se séparent, les parents ne sont pas égaux dans les faits puisque dans 85 % des cas, la garde est confiée à la mère, même si le père revendique un équilibre des temps de présence des enfants aux domiciles des deux parents.

Dans la majorité des tribunaux de grande instance, les décisions en matière civile sont rendues à la va-vite (18 minutes en moyenne par dossier). Elles sont souvent arbitraires, partiales (variables d'un Tribunal à l'autre), inapplicables ou sujettes à contestations (nombreux recours à répétitions en appel).

Face à ces situations, un grand nombre de parents se ruinent en procédures interminables et/ou à répétition pour un résultat souvent décevant. A bout de souffle et/ou à court d'argent, on ne compte plus les parents qui capitulent et finissent par perdre tout lien avec leurs enfants (un enfant sur cinq est concerné). C'est ainsi que désespérés, certains commettent des violences ou des drames (crimes, suicides) ».

Devant ces réflexions contradictoires, il est intéressant de faire savoir la manière dont fonctionne exactement la Justice familiale par rapport aux pères et l'intérêt que les juges aux affaires familiales manifestent à leur égard.

Ce travail est le fruit de mon expérience professionnelle de magistrat, très motivé et très intéressé par l'exercice de ses fonctions, notamment celles de juge des enfants, de juge civiliste, de juge pénaliste et de juge aux affaires familiales au cours desquelles j'ai eu le souci permanent d'écouter les personnes, d'appliquer avec humanité les textes et l'esprit des lois concernant la famille, de respecter la coparentalité, dans l'intérêt supérieur de l'enfant,

afin de permettre à chacun des parents de trouver sa place, tout en respectant la position de l'autre parent.

Un enfant a besoin de ses deux parents pour se construire, se structurer, grandir et pour devenir un adulte, c'est ce qu'affirment tous les spécialistes de l'enfance et de l'adolescence.

I – Le Contexte - Les professionnels de la Justice familiale – Les dispositions légales et les Outils du Juge aux affaires familiales

A - Le Juge aux affaires familiales : une fonction non spécialisée difficile et complexe

Le juge aux affaires familiales est un juge non spécialisé, contrairement au juge des enfants, juge d'instruction, juge d'instance, juge d'application des peines. Il est délégué dans ses fonctions par le président du tribunal dans lequel il est affecté.

Il est notamment compétent pour connaître des affaires relatives aux procédures de divorce et de séparations de corps, de leurs conséquences et à la détermination des titulaires de l'autorité parentale et des conditions de son exercice, aux modalités d'exercice des relations entre un enfant et ses grands - parents.

La formation initiale des magistrats pour la fonction de juge aux affaires familiales ne paraît pas adaptée à l'enjeu de la profession.

Cette formation est englobée dans la fonction "Siège". Aucune réelle formation spécifique n'est proposée, si ce n'est trois ou quatre jours sur toute la scolarité d'auditeur de justice !

A l'opposé, la formation continue des juges aux affaires familiales est très bien organisée, mais seuls les magistrats intéressés par la fonction assistent à ces modules.

La fonction de juge aux affaires familiales n'est toujours pas reconnue à sa juste valeur dans le monde judiciaire, elle est toujours non attractive.

Et, dans l'immense majorité des juridictions, le dernier magistrat arrivé est appelé à exercer cette fonction, et celui - ci attend un autre arrivant pour pouvoir en être déchargé.

Le "turn over" est ainsi très important dans les juridictions.

Environ deux tiers des juges aux affaires familiales n'accomplissent cette fonction que pour une période de deux ans, si bien que dans l'immense majorité des tribunaux de grande instance, la stabilité n'existe pas.

La non spécialisation des juges aux affaires familiales a pour conséquence d'entraîner une gestion du stock, une administration des flux, plus qu'une réflexion collective et partenariale sur la fonction et ses difficultés.

La plupart des juges aux affaires familiales sont confrontés à des stocks à gérer, "le nez dans le guidon", "les mains dans le cambouis", et n'ont pas d'autres solutions que de tenter de faire face.

La conséquence est que nombre de Jafs font du "pilotage automatique". Ils exercent leur métier, certes avec compétence, autorité et disponibilité, mais sans prendre conscience ou sans prendre le temps de s'arrêter sur la fonction partenariale et sociale qui est la leur.

Il est vrai que la fonction de juge aux affaires familiales est très difficile et complexe. Ce magistrat est confronté à la souffrance humaine, à l'échec des couples et au conflit parental. De plus, il doit s'adapter au nombre de couples qu'il rencontre lors d'une audience (souvent 20 à 25 couples, avec en plus les avocats en 4 heures !!!). 11 minute par affaire selon une étude !!

C'est très souvent une mission impossible.

Et ce, d'autant plus que contrairement aux autres fonctions, le juge aux affaires familiales ne connaît pratiquement rien des personnes qui vont être entendues et pour lesquelles il va être obligé de prendre une décision.

De plus, la fonction n'est pas gratifiante pour nombre de juges aux affaires familiales. Elle est en effet plus axée sur l'aspect humain et psychologique que sur la procédure et le droit.

B – La non-spécialisation de nombre d'avocats en droit de la famille

La non spécialisation du juge aux affaires familiales s'accompagne, la plupart du temps, d'une non spécialisation des avocats en droit de la famille.

Cette matière est le parent pauvre de la formation des avocats.

Pour nombre d'avocats, le droit de la famille n'est pas un droit noble. Les cabinets d'avocats importants "envoient" leurs jeunes collaborateurs à l'audience, si bien que contrairement aux autres contentieux, les avocats d'expérience interviennent peu, même s'il en existe un certain nombre.

L'on a l'impression que pour les affaires familiales, tous les avocats estiment savoir-faire, alors qu'il faut être réaliste, les dégâts provoqués sur les familles et les enfants peuvent provenir de la manière dont l'avocat, trop combattant, aborde un dossier.

La non spécialisation de nombre d'avocats en droit de la famille a des conséquences importantes sur l'approche du contentieux familial, or une affaire familiale ne doit pas se traiter de la même manière qu'un dossier relatif au contentieux général civil ou qu'une affaire pénale.

Nombre d'avocats aussi, dans le cadre de la négociation, déresponsabilisent souvent leurs clients, en proposant à leur place des solutions que les justiciables auront du mal ensuite à mettre en place.

La solution négociée à laquelle aboutissent nombre d'avocats pour leurs clients est trop souvent la réponse des avocats aux questions posées qui aura du mal ensuite à être mise en application par les parents, le conflit qui « reste tapi dans l'ombre » n'ayant pas été réglé. Un grand nombre de divorces par consentement mutuel reviennent en après divorce très conflictuel, faute d'un véritable travail effectué par les parties sur leur séparation et ses conséquences.

Cette posture de l'avocat, malgré quelques avancées, se démontre à travers le désintérêt de la majorité des avocats par rapport à la médiation familiale dont l'objectif principal est de responsabiliser les justiciables. A noter qu'au niveau national, même si des progrès sont en cours, 8 % des avocats seulement ont été sensibilisés à ce jour à la médiation !!

C – Un rappel des lois principales qui gouvernent le droit de la famille et notamment : la règle de la coparentalité – l'exercice en commun de l'autorité parentale : un défi pour les familles

La loi du 4 Mars 2002 sur l'autorité parentale, qui est une loi visionnaire, met sur un plan d'égalité chacun des parents, c'est la coparentalité. Elle garantit le maintien des liens entre les deux parents et leurs enfants après la séparation.

Elle légalise la résidence alternée.

Cette loi centre la définition de l'autorité parentale sur l'intérêt de l'enfant. L'enfant a un droit à la coparentalité, et de plus la loi impose que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité » (article 371-1 al 3 du code civil).

Le juge aux affaires familiales doit rappeler aux parents, avec force et gravité, à l'audience et dans la motivation de la décision, ce qu'est l'exercice de la coparentalité.

La loi pose comme principe que les parents exercent ensemble l'autorité parentale à l'égard de leur enfant et ajoute que la séparation est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

Par conséquent, entre les parents, même séparés, le lien familial est formalisé en droit, par l'autorité parentale qui appartient aux deux parents.

De plus, la loi dit que « chacun des parents doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent ».

La séparation ne doit avoir aucun impact sur le principe même des relations de l'enfant avec chacun de ses parents.

Autrement dit, la loi présume, par une sorte de raisonnement a contrario que **l'intérêt de l'enfant est de maintenir des relations personnelles avec chacun de ses parents.**

Autant dire que toute décision qui va à l'encontre de ce principe doit être motivée.

Dans la société actuelle, en dépit du fait qu'il est constamment rappelé que les parents ont les mêmes droits et les mêmes devoirs, il est, à tort, et préjudiciable à l'enfant, trop souvent considéré qu'il existe un parent principal et un parent secondaire, doté de droits moins étendus, parce qu'il n'est pas celui chez qui la résidence habituelle de l'enfant est fixée.

La formule utilisée fréquemment par les juges aux affaires familiales pour définir les droits et devoirs de chacun des parents dans le cadre de l'autorité parentale exercée en commun est la suivante,

« 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 (ou des) l'enfant(s) (vie scolaire, sportive et culturelle, traitements médicaux, loisirs, vacances, etc...) ;
- permettre les échanges de (ou des) l'enfant(s) avec l'autre parent dans le respect du cadre de vie de chacun ».

De plus, la loi du 26 Mai 2004 relative au divorce tend à apaiser les procédures et à favoriser un règlement amiable et plus responsable des conséquences de la rupture. Le législateur a pris conscience des effets qui se révèlent particulièrement négatifs pour les liens familiaux et les enfants.

Ces deux lois demandent désormais aux praticiens, juges aux affaires familiales, juges des enfants, avocats, notaires, de travailler dans un autre état d'esprit que par le passé, plus consensuel, et de moins en moins conflictuel, de manière à protéger l'enfant des conflits destructeurs et permettre la mise en place de la coparentalité.

L'enfant, la protection de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant sont à l'évidence le fil rouge de ces deux lois.

La loi du 5 Mars 2007 sur la protection de l'enfance, en outre, introduit clairement le critère de l'intérêt de l'enfant comme étant le fil conducteur de la matière de la protection de l'enfance.

Elle modifie l'article 388.1 du code civil sur l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales. Cet article dispose notamment que désormais tout mineur doué de discernement doit être informé de son droit à être entendu. Tout enfant est légalement reconnu comme sujet de droit et peut demander au juge à être entendu, dans toute procédure le concernant :

Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être Il est important toutefois de prendre avec l'enfant des précautions, afin certes de le reconnaître comme quelqu'un qui a le droit de penser et "qu'il faut ainsi sortir du désespoir de la solitude", comme le recommande Françoise Dolto, mais sans le laisser devenir un accusateur ou/et un décideur.

Et l'ambiguïté réside dans la nécessité de lui permettre de s'exprimer, mais en le mettant à l'abri de la procédure et donc des pressions parentales, et sans lui laisser la responsabilité des choix.

D- Les outils du Juge aux affaires familiales lui permettant de statuer sur les modalités de l'exercice en commun de l'autorité parentale et notamment la résidence des enfants

De manière à s'engager dans la prévention, les professionnels de la justice familiale ont pour obligation de s'occuper de la manière dont l'enfant est traité dans le cadre d'une séparation ou d'un divorce, sachant que pour se structurer, l'enfant a besoin de ses deux parents, qui doivent être capables de se respecter et de dialoguer ensemble de ses problèmes, en bonne intelligence, en, parents responsables.

Pour lui permettre de prendre ses décisions et respecter la coparentalité, les droits et devoirs de chacun des parents ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge aux affaires familiales dispose de divers outils.

1- Les mesures d'investigations et expertales :

L'outil principal du juge aux affaires familiales est l'enquête sociale, accompagnée parfois d'une expertise psychologique ou psychiatrique d'un des parents, des deux parents, de l'enfant seul ou de toute la famille. Dans la pratique, les avocats sollicitent souvent une telle mesure, et le juge l'ordonne.

Mais l'expérience démontre que l'enquête sociale, même si elle est bien faite, ce qui est le cas la plupart du temps, ne déconflictualise pas la situation, ne responsabilise pas les parents et ne rétablit pas la communication parentale.

De plus, les conclusions de l'enquête sociale font trop souvent la décision du juge, alors qu'elles sont censées être des mesures d'aide à la décision. Le juge a tendance à déléguer à l'enquêteur social ou à l'expert le poids de la décision.

Enfin, l'enquête sociale ou/et l'expertise peuvent créer du conflit supplémentaire, les conseils juridiques de chaque parent utilisant et plaidant sur les points négatifs concernant la situation de l'autre parent, qui ainsi stigmatisés, viennent figer et renforcer les prises de position de chacun dans un combat déloyal.

2 - Les pièces produites par les parents et leurs avocats :

Le juge aux affaires familiales préfère souvent « trancher » le litige, notamment sur la résidence de l'enfant et les contributions financières, au vu des pièces communiquées, des dires des parents et des conclusions de leurs avocats.

L'expérience démontre toutefois que de tels éléments sont susceptibles de créer du conflit supplémentaire, voire d'amplifier le conflit préexistant. Le conflit initial est très souvent aggravé par la procédure, par les pièces et attestations produites au dossier, par les paroles prononcées à l'audience, parfois par les conclusions et les plaidoiries des avocats, voire par le comportement du juge lui-même à l'audience.

Le conflit se cristallise alors et la décision du juge, qu'elle soit bien réfléchie, bien pensée, bien motivée, même si elle permet de donner un cadre, fige la situation conflictuelle entre les parents et paralyse toute évolution, notamment par rapport à l'enfant.

La décision judiciaire ne fait trop souvent que des vaincus, et beaucoup de victimes parmi les enfants, quelles que soient les qualités des avocats et du juge. La décision judiciaire permet certes d'apporter une réponse au litige et de donner un cadre à la séparation, mais elle ne traite que « la surface des choses », ne solutionnant pas le conflit existant entre les parents.

3 - l'audition de l'enfant :

Nombre de parents et d'acteurs judiciaires pensent que le recueil de la parole de l'enfant représente une réponse aux séparations conflictuelles, et permet d'établir une égalité parentale.

Certes, la possibilité d'entendre un enfant dans le conflit qui oppose ses parents représente une avancée importante dans la reconnaissance des droits pour l'enfant considéré comme un individu à part entière.

Toutefois, l'audition de l'enfant, dans un contexte de conflit familial présente des risques, qu'il convient de prendre en compte, et auxquels, au vu des textes de loi, il appartient au juge aux affaires familiales de réfléchir. Le juge se doit de proposer des réponses adaptées à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le droit à la parole de l'enfant n'est pas sans poser question, en présence d'un conflit parental, et les praticiens sont toujours en recherche de réponses, tant l'équilibre est difficile à atteindre entre la considération de l'enfant comme un sujet de droit à part entière et la nécessaire protection dont il doit faire l'objet.

C'est « la balance » de l'intérêt de l'enfant, avec sur chacun des plateaux, la protection de l'enfant d'un côté et le droit à la parole de l'enfant de l'autre côté.

Sur le terrain des audiences des affaires familiales, l'audition de l'enfant est comparable à la langue d'Esopé. Le recueil de sa parole peut être, selon les cas, la pire ou la meilleure des solutions, et il existe souvent un décalage entre les bonnes intentions du législateur et la réalité du terrain.

Certes, le divorce et la séparation des parents non mariés sont aussi l'affaire des enfants. Mais, la systématisation, constatée actuellement, de l'audition de l'enfant ne paraît pas être, dans de nombreuses situations, la meilleure des réponses pour lui.

La vraie question est à l'évidence de savoir si le recueil de la parole de l'enfant est aidant pour l'enfant.

Il est certain que la justice familiale, en s'enfermant dans le recours systématique de la parole de l'enfant, même si ce dernier sait qu'il ne peut pas décider et qu'il ne donne qu'un avis, peut représenter un piège qui se referme sur lui.

L'expérience démontre que dans de nombreux cas, la parole de l'enfant peut créer pour lui plus de conflit que de paix. Et ce droit donné à l'enfant, au lieu de le structurer, de l'aider et de le protéger, très souvent le fragilise et l'affaiblit.

Il existe plusieurs dangers, et le principe de précaution doit être la règle.

Le premier danger réside dans l'instrumentalisation et l'intoxication de l'enfant par l'un de ses parents, voire les deux. C'est le risque de l'enfant otage du divorce de ses parents, l'enfant pouvant être utilisé comme une arme entre les mains de l'un contre l'autre de ses parents.

Dans une société où en réaction à la fragilisation du lien conjugal, se renforce le lien filial, où la dissolution, de plus en plus courante, du premier favorise la sacralisation de l'indissolubilité du second face à la peur de perdre son enfant, chaque parent peut être tenté, notamment dans les moments conflictuels, de susciter une relation exclusive avec l'enfant, l'objectif étant avant

tout de plaire et de se faire aimer. Tout acteur judiciaire se doit de réfléchir au conflit de loyauté et à l'aliénation parentale alimentés par le recueil de la parole de l'enfant.

Le second risque réside dans le fait de ne pas recueillir la parole vraie de l'enfant :

« Personne ne garde un secret comme un enfant » dit dans *Les Misérables*, Victor HUGO, en parlant de Gavroche.

Il est nécessaire d'être très prudent dans les conflits entre père et mère. Comment être sûr qu'un enfant dit vrai quand il se trouve en détresse affective et en difficultés, quand on sait que ne pas dire la vérité n'est pas forcément mentir, et que mentir peut être une façon de se protéger.

Les enfants peuvent mentir aux adultes quelque soient les précautions que le juge peut prendre.

De plus, il est nécessaire de ne pas oublier que dans la plupart des cas, l'enfant va continuer à avoir des relations avec l'un et l'autre de ses parents, et il peut préférer ne pas tout dire pour ne pas se compliquer la vie, voire tout simplement pour avoir la paix

Le principal danger enfin est de faire de l'enfant, un enfant décideur.

Dans le contexte d'un conflit parental et d'une impasse décisionnelle entre ses parents, l'enfant, qui ne donne qu'un avis, est devenu dans nombre de procédures « le décideur », celui qui « tranche » les débats et prend indirectement la décision.

Jocelyne Dahan, médiatrice familiale, dit très justement: « Il ne faut pas laisser un enfant en capacité de choisir, si sa parole fait loi est - il encore à sa place d'enfant ? ».

Tout enfant a un droit à l'enfance.

Au moment de la séparation de ses parents, le juge, en demandant à un enfant s'il préfère habiter avec son père ou sa mère, donne à l'enfant un pouvoir que, dans la plupart des cas il ne peut pas assumer, parce qu'il n'est, malgré tout, qu'un enfant, même s'il est une personne. Il est demandé à l'enfant une maturité qu'il n'a pas.

L'enfant doit pouvoir passer d'objet de droit à sujet de droit, tout en restant à sa place d'enfant. C'est ainsi que dans de nombreuses situations, l'enfant n'est plus seulement l'enjeu, il est l'objet transitionnel entre ses deux parents.

Le couple, dans l'incapacité de décider, en se rapportant à la parole de l'enfant, fait de lui l'arbitre.

Pour illustrer une telle situation d'enfant victime enjeu et victime arbitre, un exemple d'un enfant auditionné, Paulin âgé de 11 ans, en classe de 6ème.

Ses parents sont dans le conflit depuis qu'il a 4 ans. Ils sont dans l'incapacité d'établir un minimum de dialogue entre eux. L'enfant réside chez sa mère, et le père demande la résidence, au motif qu'un enfant veut vivre avec lui. Paulin décrit la situation avec ses parents de la manière suivante:

« C'est une mini guerre mondiale, d'un côté la France, mon père, de l'autre côté, l'Allemagne, ma mère. J'ai toujours vu mes parents comme ça. Ma mère me dit que je suis sa raison de vivre, qu'elle se suicidera si je devais aller vivre chez mon père. Mon père m'écoute, me parle, il s'occupe de moi. J'aimerais vivre avec lui ».

Le couple, dans l'impossibilité de décider, s'en rapporte à la parole de l'enfant et tente de faire de lui l'arbitre. L'enfant est tellement au coeur qu'il en devient acteur.

Les conséquences de ce type de situation, plus courante que ce que l'on peut imaginer, se manifestent par le risque de déresponsabilisation, de démission et d'abdication des parents.

A travers certaines procédures, les parents en souffrance attendent de leurs enfants que ceux-ci les sécurisent. Les enfants sont devenus la béquille de leurs parents.

Le juge constate souvent une inversion des rôles, les parents craignent de se mettre à dos les enfants, et ce sont les parents qui ont peur d'être rejetés et de ne plus être aimés de leurs enfants. L'autorité parentale est mise à mal.

Si l'excès d'autorité de certains parents est nuisible, l'absence d'autorité parentale n'est certainement pas épanouissante pour les enfants.

Ce constat est inquiétant. De telles situations ne donnent pas à nombre d'enfants un cadre parental satisfaisant, dans une situation difficile pour l'enfant qu'est la séparation conflictuelle de ses parents.

Il est certain que le recueil de la parole de l'enfant constitue un travail sur lequel le juge doit réfléchir, de concert avec tous les acteurs judiciaires. Il est primordial d'insister sur la qualité de la formation du juge mais aussi de l'avocat, qui peut assister le mineur, sur la possibilité de délégation de l'audition à un professionnel de l'enfant ayant reçu une formation ou d'envisager une co audition - juge et professionnel de l'écoute - de manière à protéger l'enfant et tenter de recueillir sa parole vraie.

II – Les décisions du Juges aux affaires familiales

A - Les critères des décision du Juge aux affaires familiales :

En connaissance des textes de loi, des outils dont il dispose et au vu de chaque situation familiale, le Juge aux affaires familiales, quand un parent sollicite la résidence et que l'autre parent la demande aussi, et qu'une résidence alternée est également envisagée, dans le cas où il se trouve manifestement en présence « d'un bon père, d'une bonne mère », doit les entendre séparément afin de connaître :

- la manière dont étaient élevés les enfants pendant la vie commune,
- qui s'en occupait,
- qui les accompagnait à l'école ou pour les activités sportives ou ludiques,
- qui les aidait dans le travail scolaire,
- les horaires de travail de chacun et la manière dont chaque parent envisage la résidence à l'un des parents ou la résidence alternée par rapport à l'enfant. L'audition de chaque partie de manière séparée est primordiale. Elle permet de faire des recoupements et d'avoir une idée utile sur la vie des enfants et de chacun des parents, mais aussi de la conception que chacun d'eux peut avoir de la résidence à l'un ou/et de la résidence en alternance paritaire ou non.

Pour sa prise de décision, le juge aux affaires familiales doit partir du principe qu'il n'est pas normal qu'un père qui a créé une relation positive avec ses enfants, en soit privé, alors qu'il est prêt à s'en occuper, et ce parce qu'il ne s'entend plus avec la mère.

Il n'est pas normal, surtout, d'en priver l'enfant.

Sauf s'il y a contre - indication manifeste pour l'enfant, le juge aux affaires familiales a la possibilité d'ordonner une résidence alternée pour une période provisoire. Et parallèlement, il est opportun, soit d'ordonner une mesure de médiation familiale si les parties sont d'accord, soit d'enjoindre les parents à rencontrer un médiateur familial pour engager un processus de médiation familiale.

Un certain nombre de mères qui se voient imposer une résidence alternée, vivent ce type de décision très difficilement.

Mais cette souffrance passée, les mères, très souvent conseillées par leur avocat, acceptent la plupart du temps d' « entrer » dans le processus de médiation. Et l'expérience démontre que la résidence alternée, que l'on peut appeler au « forceps », accompagnée d'une mesure de médiation familiale, est celle qui, en règle générale, va se dérouler le mieux. Les parties en médiation familiale sont obligées de se questionner. A la limite, les parents qui travaillent en médiation, se posent très souvent plus de questions que des parents qui vivent ensemble. Et les parents, après avoir évacué et vidé l'abcès du conjugal, sont capables, pour la plupart d'entre eux, d'aborder en bonne intelligence le parental et de ne réfléchir qu'à l'intérêt de l'enfant.

Après la médiation familiale, soit les parents sont en capacité de trouver un accord sur les modalités d'organisation de la vie de l'enfant, qui peut, bien entendu, être un autre mode de fonctionnement que la résidence alternée; soit ils ne sont pas d'accord entre eux. Et il appartient au juge aux affaires familiales de dire, si dans l'intérêt de l'enfant, il est opportun de maintenir la résidence alternée ou de rechercher un autre mode de résidence.

B – Etude des décisions rendues par les Juges aux affaires familiales :

Selon une étude du Ministère de la Justice parue dans Infostat Justice, le Bulletin d'information statistique de Janvier 2015 n° 132, les décisions concernant la résidence des enfants mineurs ont évolué avec l'essor de la résidence alternée qui est deux fois plus prononcée qu'en 2003.

Ce mode de résidence, présent dans 17 % des décisions, est néanmoins moins utilisé chez les jeunes enfants (13 %) et chez les parents non mariés (11 %).

En cas de résidence principale fixée chez l'un des parents, le plus souvent chez la mère, le juge prévoit la plupart du temps un droit de visite et d'hébergement dit « classique », une fin de semaine sur deux et la moitié des vacances scolaires (57 %).

« La résidence fixée chez la mère est, toutes procédures confondues, la plus fréquente (73 %). La résidence chez la mère est privilégiée chez les enfants les plus jeunes, le plus souvent en accord entre les parents (82 % pour les moins de 6 ans) et tend à diminuer quand l'âge de l'enfant augmente (69 % pour les 15 – 17). A l'inverse, la résidence en alternance est rare avant deux ans et devient plus fréquente quand l'enfant grandit (moins de 5 % avant 2 ans et 21 % entre 6 et 10 ans).

La résidence principale chez le père concerne souvent les enfants les plus âgés : elle passe de 5 % pour les enfants de moins de 6 ans à 16 % pour ceux de 15 ans et plus.

Quelle que soit la procédure, la part de la résidence principale chez le père augmente avec l'âge, mais elle est toujours beaucoup plus élevée dans le cas de parents non mariés qu'en cas de divorce par consentement mutuel. Elle atteint 20 % pour les enfants de 15 ans et plus de parents non mariés, contre 10 % quand les parents ont divorcé par consentement mutuel ».

« La résidence en alternance est très rare avant 2 ans (moins de 5 % des enfants) puis elle devient nettement plus fréquente quand l'enfant grandit, avec une part qui dépasse 10 % dès deux ans et atteint son maximum pour les enfants qui ont entre 6 et 10 ans (21 %). Elle diminue légèrement à partir de 11 ans et n'est plus que de 15 % pour les 15-17 ans. Elle représente 21 % des décisions rendues dans le cadre de divorces et 11 % pour des parents non mariés ».

73 % des mères ont la résidence de l'enfant, en cas de séparation.

Le plus souvent parce que les pères ne la demandent pas. Ces derniers sont 12 % à obtenir la résidence de leurs enfants.

La résidence alternée (paritaire ou non, les statistiques ne le disent pas) est choisie dans 17 % des cas.

Dans le cas des divorces pour faute, quand le juge fixe la résidence, elle est donnée à 84% à la mère, 11% au père et 4,4% aux deux parents en alternance (difficile d'alterner la résidence s'il y a conflit).

C- Quelques Réflexions sur ces statistiques :

1 – Le Juge aux affaires familiales homologue la décision des parents dans la majorité des situations

Selon le rapport susvisé du Ministère de la Justice, dans le cadre des divorces par consentement mutuel – soit 80 % des 6000 cas analysés dans l'étude – les parents choisissent la résidence au domicile de la mère dans 71 % des cas, la résidence alternée dans 19 % des cas, et la résidence au domicile du père dans seulement 10 % des situations.

Les supposées réticences du juge aux affaires familiales n'entrent en conséquence pas en compte puisque ce dernier ne fait qu'homologuer des accords parentaux.

2 – De plus les pères ne demandent en majorité, ni la résidence des enfants, ni la résidence alternée

D'expérience, il est possible d'affirmer qu'à l'audience plus de 75 % des pères ne réclament ni la résidence de leur enfant, ni la résidence alternée.

Certes, comme le dit un père : « Travailleurs sociaux, avocats, enseignants, médiateurs et même juges, si vous évoquez l'idée d'aller au conflit pour récupérer la garde de vos enfants ou même seulement avoir une résidence alternée, ils vous expliquent que c'est possible en théorie mais que vous partez avec un handicap énorme ! Un peu comme vouloir courir un marathon à cloche pieds... rien ne vous en empêche et vous pouvez même y arriver mais ce sera long et douloureux »

Ce point de vue est respectable, mais l'erreur est de penser qu'il faut rentrer « en conflit » avec la mère et qu'il faut « guerroyer » pour obtenir la résidence ou la résidence alternée de l'enfant, Quand les parents se disputent la résidence, pour statuer les juges aux affaires familiales posent des questions précises à chacun des parents et notamment celle de savoir par exemple ce qu'ils feraient si leur enfant était malade et qu'ils devaient impérativement aller travailler.

Le plus souvent, la mère a spontanément deux ou trois solutions possibles. Le père reste la plupart du temps « sec » ou dit: "J'appelle ma mère... ». Le juge aux affaires familiales doit statuer en fonction de l'intérêt de l'enfant et ce type de réponse peut faire la différence. Il arrive toutefois que le père soit plus convaincant, mais force est de reconnaître que c'est rare.

3 – La résidence des enfants dans les situations conflictuelles :

Force est de reconnaître que c'est dans le cas de désaccords entre les parents qui constituent 10 % des divorces analysés dans l'étude du Ministère de la Justice que les pères apparaissent désavantagés.

Dans 63 % des situations, la résidence est accordée à la mère contre 19 % au père.

Quelles en sont les raisons :

a - Les décisions des juges aux affaires familiales sont le reflet du rôle de chacun des parents dans la famille unie :

Le rapport « Désunion et paternité » n° 294 (octobre 2012) du Centre d'Analyse Stratégique précise que :

« La participation des pères n'a progressé que de 5 minutes en moyenne entre 1999 et 2010, même au sein des couples bi-actifs.

Globalement, les femmes continuent de porter la charge des ajustements entre vie familiale et emploi. Une naissance implique une transition professionnelle, voire un déclassement, pour une part significative de femmes (sortie du marché du travail, passage à temps partiel, changement de poste), les ajustements pour les hommes étant moindres et pas de même nature.

Moins d'un cinquième des hommes déclarent un changement professionnel après une naissance contre la moitié des femmes. L'examen des couples bi-actifs montre que la tendance à une spécialisation « traditionnelle » des femmes dans la sphère privée – familiale se renforce après la naissance de chaque enfant.

Les différences dans le travail parental entre hommes et femmes sont aussi qualitatives. Les mères dédient le temps consacré aux enfants aux soins, au suivi des devoirs ou au travail domestique, tandis que les pères l'affectent plutôt aux loisirs et aux transports.

Les mères restent beaucoup plus présentes que les pères auprès des enfants le mercredi et s'arrangent pour les garder en cas d'imprévu (maladies, grèves, etc.), même quand les pères occupent des emplois leur permettant de moduler davantage leurs horaires ».

b – L'importance de l'entretien du Juge aux affaires familiales avec chacun des parents

Compte tenu du nombre de situations examinées à chaque audience, le faible temps consacré par le juge aux affaires familiales, pour s'entretenir avec chacun des parents, n'est la plupart du temps pas acceptable.

Toutefois, en dehors des pièces du dossier, quand les parents se disputent la résidence, pour statuer, les juges aux affaires familiales posent souvent des questions précises à chacun des parents et notamment par exemples:

-« Quelle est la date de naissance de votre enfant, en quelle classe est-il, quand le couple vivait ensemble, qui accompagnait l'enfant à l'école et à ses activités sportives, qui se rendait aux réunions de professeurs ? »

-« Il est évident et naturel que votre enfant soit très attaché à vous, mais à part vous, de qui, de quoi pensez-vous que votre enfant a besoin pour s'épanouir ?

-« comment s'est déroulée la place de chacun des parents lors de la grossesse et de l'accouchement et comment fonctionnait le couple parental lors de la vie commune?

-« Qu'entendez-vous par la notion de coparentalité, comment envisagez-vous la collaboration parentale dans le cadre de votre séparation ?»,

- « à quoi sert un père, une mère dans la vie de l'enfant ?».

Ces questions ne prennent pas beaucoup de temps, mais elles permettent au juge aux affaires familiales de se faire une idée sur la nature des relations parentales, sur le rôle de chacun des parents quand ils vivaient ensemble et sur l'évolution dans le cadre de la séparation.

c-Le Juge aux affaires familiales n'est pas un ordinateur, c'est un Etre humain soumis à l'aléa, la Justice n'est pas une science exacte :

En matière familiale, plus que dans d'autres contentieux, en raison même de la source du conflit qui procède de dissensions dans la sphère familiale et affective, et concerne plus que tout autre l'humain, l'aléa est une donnée très importante.

Prenons l'exemple de la résidence alternée :

Dans la société, le principe même de la résidence alternée est très controversé, bien que désormais prévu par le législateur.

Des avis divergents de spécialistes de l'enfance, psychologues, pédiatres, pédo - psychiatres alimentent le contentieux.

Confrontés aux arguments divers et souvent opposés dont s'emparent les parents dans le cadre des conflits relatifs à la résidence des enfants, les juges aux affaires familiales adoptent plusieurs jurisprudences qui reflètent les divergences du corps social : certains sont favorables à la résidence alternée, d'autres y sont très opposés, d'autres enfin tentent d'adapter la résidence alternée au cas par cas, de faire du "sur mesure".

L'impact de l'aléa judiciaire est ici d'autant plus préoccupant qu'il concerne la vie et le quotidien des enfants..

Il faut bien avoir conscience que l'aléa, source d'insécurité juridique, fait de l'enfant la première victime d'un dispositif censé le protéger.

Dans le cadre de formations, pour bien faire comprendre aux stagiaires, la difficulté de juger et la problématique de l'aléa, je les fais travailler sur un dossier conflictuel parental concernant des parents qui se séparent avec deux enfants de 5 (une fille) et 8 ans (un garçon). Les deniers décisions rendues par dix stagiaires : 5 « résidence à la mère », 2 « résidence au père », et 3 « résidence alternée paritaire »!

Autre exemple : l'intérêt de l'enfant

Le concept de l'intérêt de l'enfant demeure flou aussi bien en droit interne que dans les droits supranationaux, or toute décision doit être prise « dans l'intérêt de l'enfant ».

Dans toute séparation, les parents et le juge aux affaires familiales doivent partir d'un postulat: « L'intérêt supérieur de l'enfant », qui ne correspond pas forcément à l'intérêt des deux parents.

Dans la pratique, trop souvent, lors des audiences du juge aux affaires familiales, au lieu de partir de l'enfant, les adultes partent de leur propre souffrance (et elle est respectable), des intérêts financiers de chacun des parents (et ils sont respectables), si bien que l'objectif conscient ou inconscient de chacun des parents est de « gagner » par rapport à l'autre, de faire tomber, trébucher l'autre, sans se rendre compte que vouloir « gagner », vouloir faire mal à l'autre, c'est très souvent faire souffrir l'enfant, faire « perdre » à l'enfant son père ou/et sa mère, et cela n'est ni respectable, ni admissible.

Nombre de parents ne prennent pas conscience que leur règlement de comptes entre adultes fait certes des dégâts à leur niveau, mais surtout des victimes : les enfants, qui sont placés au milieu du conflit, en situation d'otages, arbitres, voire de décideurs malgré eux, et qui finissent par « éliminer » très souvent l'un des deux parents pour avoir la paix.

Or, un divorce, une séparation, ce n'est pas la guerre, et un enfant n'est ni la propriété, ni le jouet de l'un de ses parents ou de ses parents.

Laissons la parole aux enfants :

-Une petite fille de 4 ans entendue dans le cadre d'une expertise, les parents se séparant dans « un haut » conflit :

« Les petits, c'est pas nous, c'est eux les petits, et nous, on est les grands. Ils se disputent tout le temps comme s'ils avaient perdu leur doudou. Mais, moi, je suis pas un doudou, je suis un enfant ».

-Une enfant de 11 ans décrit la situation de ses parents de la manière suivante :

« C'est une mini guerre mondiale, d'un côté la France, mon père, de l'autre côté l'Allemagne, ma mère. J'ai toujours vu mes parents comme ça. Ma mère me dit que je suis sa raison de vivre, qu'elle se suicidera si je devais aller vivre chez mon père. Mon père m'écoute, il s'occupe de moi. J'aimerais vivre avec lui ».

La problématique pour le juge aux affaires familiales dans sa prise de décision est que le législateur n'a pas défini la notion de « l'intérêt de l'enfant ».

III – Tentatives de propositions de réponse pour soutenir l'égalité parentale dans l'intérêt des enfants

Les mentalités évoluent et il est nécessaire d'entendre les revendications des pères.

Notre société ne peut pas vouloir à la fois l'égalité des femmes et des hommes et « en même temps » ne pas entendre les revendications des pères qui entendent assumer à parts égales leurs responsabilités de parents.

A – L'importance de la loi sur l'égalité parentale dans l'intérêt des enfants

Le débat est aujourd'hui relancé avec une nouvelle proposition de loi du Modem qui vise à instaurer de manière prioritaire la résidence alternée de l'enfant.

Mais le texte de loi porté par le Député Philippe Latombe adopté en commission et qui devait être examiné par l'Assemblée Nationale le 30 novembre 2017 a été reporté en mai 2018. Faute de temps, les députés ont décidé de suspendre l'examen de la proposition de loi du fait que seuls 10 amendements ont été débattus sur 42.

Le gouvernement, par la voie de Marlène Schiappa, Secrétaire d'Etat à l'égalité hommes-femmes, s'est dit favorable à ce que la résidence alternée soit appliquée comme « principe général » en cas de séparation des parents : « Notre position collective au gouvernement, c'est qu'on est plutôt favorables à la résidence alternée pour faire en sorte qu'il y ait une égalité

parentale, avec des conditions, le cas général serait la résidence alternée. Mais, ensuite, il appartient à chaque juge aux affaires familiales de trancher ... il y a des appréciations au cas par cas, selon l'éloignement des domiciles des parents, selon le seuil de conflit entre les parents ».

Au vu de l'expérience et de l'examen de nombre de situations de séparations de couples, il serait préférable et opportun, dans l'intérêt des enfants et des parents qui se séparent, que le législateur adopte, plutôt qu'une généralisation de la résidence alternée, la notion de « double résidence » disposition adoptée en première lecture par l'Assemblée Nationale le 27 juin 2014, dans le cadre de la proposition de loi sur la famille dite loi APIE « Autorité parentale et intérêt de l'enfant », défendue par Madame Laurence Rossignol, Ministre des Familles, de l'Enfance et des Droits des femmes.

Proposé par le groupe de travail « médiation familiale et contrat de coparentalité » mis en place par Madame Dominique Bertinotti, ancien Ministre déléguée à la Famille, elle a pour objectif premier de revaloriser la place du père, en instituant le principe de « la double résidence ».

Plutôt que le choix binaire entre la résidence alternée ou la résidence au domicile d'un des parents qui a pour effet de cristalliser trop souvent leur opposition et constitue une source de conflits, le principe retenu par la loi APIE est de fixer la résidence de l'enfant au domicile de chacun des parents, sauf circonstances exceptionnelles.

Les parents seront ainsi réellement à égalité, et toute leur attention se concentrera sur la mise en place de l'aménagement pratique des différents temps d'accueil au domicile de chacun des parents, avec comme unique exigence, l'intérêt objectif de l'enfant.

B - La médiation familiale dans le cadre d'une politique judiciaire familiale

L'expérience démontre que sauf situations rares et exceptionnelles, lorsque la médiation familiale a été mise en place, avec ou sans forte pression des acteurs judiciaires (les juges aux affaires familiales et les avocats), les parents sont en capacité de respecter l'égalité parentale, la coparentalité et de parler de leurs enfants en parents responsables, à la condition que le médiateur soit un vrai professionnel et réellement formé et diplômé d'Etat.

« La médiation est un temps de réunion dans un temps de désunion. La démarche de médiation permet à chacun de déposer les armes pour mieux s'emparer des mêmes outils utiles à la tâche commune » :Caroline Moinet.

Il est certain néanmoins que pour étrange que cela puisse paraître, dans le souci du respect de la coparentalité et de l'intérêt supérieur de l'enfant, le travail du juge aux affaires familiales, de l'avocat et du médiateur familial induit une notion de politique judiciaire familiale, et la médiation familiale ne peut fonctionner efficacement dans un ressort judiciaire que si une politique judiciaire familiale a été réfléchi et pensée avec tous les partenaires.

Il est primordial, à cet effet, de travailler en étroite collaboration avec la Caisse Nationale des allocations familiales et les Caisses d'allocations familiales départementales qui ont mis en place des dispositifs partenariaux très performants de soutien à la coparentalité avec l'information « Etre parents », les séances collectives gratuites « Rester parents après la séparation », et l'outil pédagogique en ligne, avec des parcours ouverts à tous, pour tout savoir en 3 étapes sur la séparation – le Mooc « Parents après la séparation » - conçu à l'initiative de Monsieur Frédéric Turblin, Directeur de la Caf du Gard (mooc-parents-separation.caf30.fr) et repris par l'ensemble des Caisses d'allocations familiales.

La médiation familiale doit s'insérer dans le cadre d'une politique judiciaire familiale. En effet, au - delà des décisions que le Juge aux affaires familiales rend et qui constitue sa première mission, se pose la question d'une forme de politique judiciaire familiale. C'est une notion, en général, qui n'inspire pas trop les juges du siège, parce que certains y voient une forme d'atteinte à l'indépendance du juge du Siège. Mais il s'agit en réalité d'un faux problème. En effet au -delà de l'application individualisée des règles de droit, un état d'esprit bien identifiable doit marquer l'action du Juge. Ce n'est pas, parce que l'on parle de politique familiale (comme on parle d'une politique pénale), que le Juge perd pour autant son indépendance juridictionnelle. Cette question renvoie au sens de la fonction de Juger. Pour quoi et Pour qui le Juge aux affaires familiales Juge-t-il ? Le Juge aux affaires familiales juge autant pour résoudre des situations familiales individuelles de crise, que pour assurer une forme de paix familiale et de paix sociale. Et pour ce faire, l'action du Juge aux affaires familiales doit être empreinte d'une certaine visibilité, d'une vraie lisibilité et d'une réelle cohérence, dans le souci permanent de l'égalité parentale. C'est parce que l'action menée par les Jafs dans un ressort est cohérente, visible et entendue que cela modifie la façon dont les familles appréhendent les relations familiales, c'est-à-dire en prenant en considération le point de vue de l'autre et celui de l'enfant. Le juge aux affaires familiales doit avoir une réflexion pluridisciplinaire qui allie le social, le psychologique, le psychiatrique et le droit.

Conclusion

« Le JAF le cauchemar des papas » « Les papas maltraités par la Justice » a pu écrire une association de défense des droits des pères dont les objectifs sont de :
« Regagnez notre combat pour la résidence alternée, pour la coparentalité, contre les discriminations, contre la non-représentation d'enfants, contre l'ignorance dont les pères sont victimes ».
« Malheureusement, certains professionnels de la justice, juges, avocats sont tellement intoxiqués par leur corporatisme qu'ils en viennent à contester les évidences. La Justice n'a jamais tort, fait toujours bien et est rendu par des gens d'une exceptionnelle qualité. La Justice est sexiste et discrimine les pères, c'est une réalité incontestable. N'en déplaise aux amoureux de la Justice française ».

Ces déclarations qui sont le reflet de souffrances incontestables doivent être respectées, et les juges aux affaires familiales qui statuent au nom du Peuple Français doivent en permanence les avoir à l'esprit en entendant, avec la plus grande tolérance, les parents, les enfants le cas échéant, avant de prendre leurs décisions, qui ne peuvent être prononcées qu'après avoir, conformément à la loi et à son esprit, enjoint les parents à travailler leur séparation et ses conséquences, notamment pour l'enfant, et à poursuivre une communication parentale nécessaire à l'équilibre et à l'éducation de l'enfant..

Ecouter les parents séparément, puis ensemble, entendre éventuellement l'avis des enfants, prendre connaissance avec attention, étudier, analyser et apprécier les pièces produites au dossier de chacun des parents, réfléchir, « peser » le pour et le contre, douter, toujours douter, penser à la meilleure décision, ne faire ni du « pilotage automatique » ni du « prêt à porter » mais du « sur-mesure » -chaque famille, chaque parent et chaque enfant étant unique - et

décider dans le respect de la coparentalité, de l'égalité parentale et dans l'intérêt supérieur des enfants, en réfléchissant toujours aux conséquences sur les enfants et sur chacun des parents, constituent les principales étapes d'une prise de décision, pour le juge aux affaires familiales.

L'institution Justice, comme toute institution et entreprise, est, à tout le moins, parfois critiquable, mais il est nécessaire que chaque parent, en difficulté pour faire constater et dire ses droits et devoirs relativement à ses enfants, ait pleinement conscience de la difficulté de la mission du juge aux affaires familiales et intègre que la Justice est rendue au nom du Peuple Français par des hommes et des femmes d'origines certes assez peu diversifiées, qui sont avant tout des juristes, formés à dire le droit et qui n'ont pas toujours, ni une culture psychologique et/ou thérapeutique, ni une approche de professionnels du monde de l'enfance et de l'adolescence, ni une connaissance thérapeutique de la séparation des couples si complexe et si diverse.

Et, il est nécessaire, comme le demande le législateur, notamment dans le cadre de la loi du 5 mars 2002 sur l'exercice en commun de l'autorité parentale, plutôt que d'avoir un a priori sur le fonctionnement de la justice familiale, à chacun des parents de procéder à « un nettoyage de soi », de ne pas se victimiser, de faire en sorte de ne pas se mettre sous la tutelle de la Justice, de se responsabiliser, de prendre en mains de manière partenariale la situation de ses enfants, de réfléchir, non pas au choix de la résidence des enfants, même si cela est important, mais à la qualité des relations père – enfants, mère – enfants et parents entre eux, d'écarter la notion de combat de manière à aboutir à une égalité parentale complémentaire dans l'apaisement et de ne pas attendre tout du juge aux affaires familiales.

Le 31 mars 2018

Marc Juston
Magistrat honoraire - Formateur
Ancien Juge aux affaires familiales