



Paris, octobre 2003

---

## **Avis de la Défenseure des enfants relatif au projet de réforme du divorce**

---

Le projet de loi relatif à la réforme du divorce présenté le 9 juillet 2003 en Conseil des ministres par M. Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, sera soumis au Parlement avant la fin de l'année.

La Défenseure des enfants se félicite de la volonté du gouvernement d'adapter le droit du divorce aux évolutions sociologiques importantes qu'a connues la famille aux cours des trois dernières décennies. L'augmentation considérable du nombre de divorces ( 55000 en 1975, 120000 en 2000) dont les deux tiers impliquent des enfants, et la part importante dans ces procédures du divorce pour faute (42% en moyenne) conduisent, en effet, à s'interroger, presque trente ans après la grande loi du 11 juillet 1975 qui a instauré les modalités actuelles du divorce, sur la pertinence de ce cadre juridique.

Le développement de l'union libre incite également à repenser le droit du divorce au regard du risque d'inégalité entre les enfants au moment de la séparation de leurs parents, selon que ceux-ci sont ou non mariés. L'enjeu est d'autant plus important que plus de 40% des enfants naissent chaque année hors mariage. Aussi, la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale visait notamment à abolir toute distinction entre enfants naturels et enfants légitimes en créant un seul régime d'autorité parentale, quelle que soit la situation des parents. Quant aux enfants dont les parents ont optés pour le PACS, ils ont bien évidemment le même statut que ceux dont les parents vivent en union libre.

La Défenseure des enfants a pu constater, au travers de nombreux dossiers dont elle a été saisie, les conséquences dramatiques de certaines séparations sur les enfants, tout particulièrement lorsque les procédures judiciaires deviennent le lieu des affrontements parentaux.

Une réforme qui vise à limiter l'exacerbation des conflits lors du divorce

Il n'appartient pas à la Défenseure des enfants de se prononcer sur l'ensemble des dispositions du projet de loi réformant le divorce mais sur celles qui sont de nature à avoir des conséquences directes sur la situation des enfants dont les parents divorcent.

Le projet de loi instaure un tronc commun pour toutes les procédures autres que le divorce par consentement mutuel et n'exige plus que la requête initiale comporte l'indication des motifs de la séparation. Il préserve ainsi jusqu'à l'audience de conciliation les possibilités de rapprochement des époux sur le principe de la rupture et sur ses conséquences. Le choix d'un divorce pour faute ne pourra se faire qu'à l'issue de la tentative de conciliation, ce qui devrait provoquer une baisse sensible du nombre de divorces pour faute.

Dans le même sens, le projet incite, en cours de procédure, à la recherche d'accords en favorisant le passage à des formes moins conflictuelles de divorce et le recours à des conventions entre les futurs divorcés soumises à l'homologation du juge. Le projet de loi s'efforce de distinguer la question de la preuve de la faute et les conséquences financières du divorce. Ces dispositions devraient décourager certains conjoints de rechercher l'existence d'une faute à l'encontre de l'autre conjoint pour des raisons strictement financières.

Le projet de loi propose également de remplacer l'actuel divorce pour rupture de la vie commune, qui ne peut intervenir que si les époux sont séparés de fait depuis plus de six ans, par le divorce pour altération définitive du lien conjugal qui pourra être prononcé lorsque la communauté de vie des époux, tant affective que matérielle, aura cessé durant les deux années précédant la requête initiale en divorce ou durant une période de deux années entre le prononcé de l'ordonnance de non conciliation et l'introduction de l'instance. Le divorce pourra également être prononcé, à la demande de l'époux, lorsque son conjoint aura introduit l'instance en invoquant une faute sans justifier de celle-ci.

Enfin, le projet prévoit la mise en place d'une nouvelle procédure en cas de violences conjugales mettant gravement en danger le conjoint, un ou plusieurs enfants. Le juge aux affaires familiales peut alors statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal. Sauf circonstances particulières, la jouissance du logement conjugal devra être attribuée au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences. Le juge peut aussi se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Ces mesures deviennent caduques si, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de leur prononcé, aucune requête en divorce ou en séparation de corps n'a été déposée.

Diminuer la virulence des conflits parentaux lors des séparations pour sauvegarder la co-parentalité

Il convient d'abord de remarquer que si le divorce est souvent un événement douloureux pour les époux, il l'est autant, sinon davantage, pour leurs enfants, même lorsqu'il ne donne pas lieu à d'intenses conflits parentaux. A cet égard, la proportion importante de divorce par consentement mutuel (40%) démontre que les époux parviennent souvent à trouver un accord tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences.

Pour autant, le divorce pour faute reste, en la matière, la procédure la plus utilisée. A cet égard, la Défenseur des enfants approuve la volonté du gouvernement de limiter le recours à cette forme de divorce qui tend à exacerber les tensions entre les époux en les incitant à s'accuser réciproquement de tous les maux pour établir les griefs

nécessaires à la procédure. Si les juges s'efforcent de freiner cette tendance aux anathèmes réciproques, notamment par le prononcé de divorce aux torts partagés, il n'en reste pas moins que le droit actuel du divorce favorise l'exacerbation des conflits.

### Limiter le recours au divorce pour faute

La Défenseure des enfants regrette néanmoins que le projet de réforme n'aille pas jusqu'au bout de sa logique en supprimant totalement le divorce pour faute. Pourquoi, en effet, maintenir cette forme de divorce si l'on convient de la nécessité de ne plus lier les conséquences financières du divorce à la preuve de la faute, sauf dans quelques situations exceptionnelles ? Il conviendrait de rompre définitivement avec la notion de divorce-sanction.

L'argument selon lequel cette phase judiciaire est indispensable pour permettre aux époux de faire le deuil de leur rupture peut être discuté. Les nombreuses situations dont la Défenseur des enfants a été saisie démontrent que les procédures de divorce pour faute donnent lieu à un abondant contentieux après-divorce dont les enfants sont souvent les principales victimes.

La question des raisons de l'échec d'une relation conjugale doit, à un moment ou un autre, être abordée mais il n'est pas sûr que l'enceinte judiciaire soit le lieu le plus adéquat pour le faire. Le recours à la médiation familiale, largement encouragé par le projet de loi, apparaît, en l'espèce, bien plus pertinent. C'est d'ailleurs souvent parce que la procédure judiciaire ne permet pas - et n'a pas à permettre - un retour sur le processus qui a conduit à l'échec conjugal, que la relation se poursuit sur le mode de l'affrontement judiciaire.

A cet égard, la structuration du métier de médiateur familial, sous l'impulsion du Conseil consultatif de la médiation familiale, doit permettre un développement significatif de la médiation familiale tant judiciaire qu'extra judiciaire. D'autres pistes, telle que celle de la thérapie familiale, doivent également être explorées. Le droit, et *a fortiori* la justice, n'ont pas vocation à être l'unique réponse possible à la régulation des conflits parentaux.

La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a fait de l'exercice conjoint de l'autorité parentale un principe essentiel du droit de la famille. Mais la traduction dans les faits de ce principe suppose que cette coparentalité survive à la dislocation du couple conjugal. Le maintien d'une procédure de divorce qui repose sur l'accumulation des griefs entre époux ne peut que compromettre l'existence d'un minimum de dialogue nécessaire à l'exercice conjoint des responsabilités parentales.

### Vers un divorce-constat

L'instauration d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal constitue une avancée indéniable permettant de réduire sensiblement le nombre de procédures qui s'enveniment dans la recherche de fautes, des années après l'ordonnance de non conciliation.

Mais pourquoi ne pas supprimer la condition de délai de deux ans afin de permettre au juge de prononcer le divorce lorsqu'il constate la dissolution irrémédiable du lien conjugal ? Il ne s'agirait en rien d'une forme déguisée de répudiation car il appartiendrait au juge, lorsqu'il le prononcerait, de s'assurer que les droits de chacun des époux sont respectés.

### *Les violences conjugales relèvent d'un traitement pénal*

Ce divorce-constat ne devrait évidemment pas faire obstacle à l'octroi de dommages-intérêts en réparation des conséquences graves qu'un époux peut subir du fait de la dissolution du mariage. Quant aux violences conjugales, leur gravité suppose que l'on ne les réduise pas à une simple faute conjugale mais qu'elles soient traitées dans le cadre d'une procédure indépendante, pénale le cas échéant.

Permettre à l'enfant d'être entendu lors du divorce de ses parents

L'article 12 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant reconnaît à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

Déclinant ce principe dans le cadre judiciaire, le même article poursuit en ces termes : " à cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ".

Ces dernières années, la législation interne a pris en compte cette exigence.

C'est ainsi qu'en droit civil, une avancée importante a été concrétisée par la loi du 8 janvier 1993 incluant au code civil un article 388-1 qui dispose (alinéa 1) : " dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée à cet effet "

Plus récemment, la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale définit celle-ci comme un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant et précise que " les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité " (article 371-1 alinéa 3 du code civil).

Avec le même souci, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades a reconnu au mineur le droit de recevoir lui-même une information sur son état de santé et de participer à la prise de décision le concernant d'une manière adaptée à son degré de maturité. Pour la pratique d'un acte médical ou d'un traitement, son consentement doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision.

Qu'en est-il lorsque le juge aux affaires familiales statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et l'organisation de la vie familiale, mesures qui ont d'importantes conséquences pour l'enfant?

L'article 373-2-11 du code civil prévoit que le juge doit prendre notamment en considération les sentiments exprimés par l'enfant. Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée.

Le projet de loi fait de l'audience de conciliation, encore plus qu'elle ne l'est à ce jour, un moment capital où seront réglées les principales conséquences du divorce, notamment pour les enfants. L'exposé des motifs l'indique clairement : "...l'audience de conciliation, qui constitue le temps fort de la procédure, ne devrait plus être le lieu de conflits exacerbés pour se recentrer sur l'organisation de la vie de la famille et les véritables enjeux de la séparation".

Si les textes récents ont posé en principe que l'enfant devait participer aux décisions qui le concernent, les parents eux-mêmes devant l'y associer selon son âge et son degré de maturité, son application ne peut être assurée que par une meilleure prise en compte de la parole de l'enfant, donc par l'exercice effectif de son droit à être entendu dans les procédures qui le concernent.

Le projet de loi reste silencieux sur cette question alors qu'il pourrait constituer une excellente occasion de faire progresser la législation en la matière.

#### Assurer l'effectivité de l'audition de l'enfant

Il convient d'abord de rappeler que l'enfant n'est pas partie à la procédure qui oppose ses parents -et n'a pas à l'être- et qu'en aucun cas il ne doit assumer une responsabilité dans l'organisation des relations familiales postérieure au divorce. Pour autant, il est légitime qu'il puisse exprimer ses sentiments auprès du juge afin que celui-ci dispose de tous les éléments lui permettant de prendre pleinement en compte l'intérêt de l'enfant.

Lorsqu'en 1993 le législateur a supprimé le seuil d'âge de 13 ans au-delà duquel le juge avait l'obligation d'entendre le mineur, sauf décision spécialement motivée, au profit de la notion de discernement a priori plus souple, il est apparu qu'en réalité cette modification constituait sinon un frein à l'audition de l'enfant par le juge, en tout cas engendrait des pratiques totalement hétérogènes, relevant du pouvoir discrétionnaire du juge, d'autant plus que sa décision d'entendre ou non l'enfant n'est susceptible d'aucun recours.

De nombreuses saisines de la Défenseure des enfants mettent en évidence l'incompréhension des mineurs devant les décisions des juges de refuser leur audition directe, alors que ces enfants l'avaient souhaitée ardemment et que rien ne semblait matériellement pouvoir s'y opposer. Ce refus d'audition fait, d'ailleurs, souvent obstacle à la compréhension et à l'acceptation de la décision judiciaire.

L'un des objectifs du projet de loi est de rendre les procédures plus efficaces et moins conflictuelles. L'intérêt de l'enfant ne peut qu'y trouver avantage, à la condition que, parallèlement, une meilleure prise en compte des sentiments qu'il exprime soit favorisée.

L'obligation faite au juge des enfants de procéder à l'audition du mineur en matière d'assistance éducative est justifiée par le fait que celle-ci lui permet de mieux apprécier la situation de l'enfant et d'obtenir dans la mesure du possible son adhésion aux mesures envisagées. Pourquoi cet argument retenu au bénéfice du mineur concerné par une procédure d'assistance éducative ne le serait-il pas au bénéfice d'un mineur concerné par un conflit parental qui nuit parfois gravement à ses conditions de vie, à sa santé, à son épanouissement ? Certes, dans l'une des procédures l'enfant est partie, dans l'autre il ne l'est pas, mais son intérêt à être entendu est souvent aussi important dans l'une comme dans l'autre procédure.

Aussi, afin notamment d'éviter le recours aux auditions indirectes, par exemple par le biais de l'expertise psychologique ou de l'enquête sociale, le principe devrait être rappelé que l'enfant capable de discernement devrait a priori être entendu par le juge, sauf pour ce dernier à motiver, par décision susceptible d'appel, que le jeune âge (absence de discernement) ou l'intérêt de l'enfant s'y opposent.

D'autre part, pour mieux garantir à l'adolescent l'exercice effectif de son droit d'être entendu personnellement par le juge dans toute procédure qui le concerne, donc en particulier dans le cadre d'une instance en divorce ou séparation de corps, la demande d'audition du mineur de plus de treize ans ne devrait pas pouvoir être rejetée.

Enfin, s'agissant du divorce sur demande conjointe, le juge devrait pouvoir s'assurer, lorsqu'il homologue la convention proposée par les époux et prononce le divorce ou la séparation de corps, que les parents ont associé, selon son âge et son degré de maturité, l'enfant aux décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

Les dispositions du projet concernant la jouissance du logement familial en cas de violences conjugales répondent au légitime souci de préserver l'intérêt du conjoint victime et de ses enfants.

Mais si la procédure de divorce ou de séparation de corps est réellement introduite postérieurement à la saisine du juge aux affaires familiales sur ce nouveau fondement juridique, les mesures prises à ce stade risquent, en réalité, d'anticiper les mesures provisoires qui seront prises dans l'ordonnance de non-conciliation, sans que la procédure ait présenté toutes les garanties du contradictoire. Il n'est pas certain dans ces conditions que l'intérêt des enfants sera préservé. La Défenseure des enfants appelle ici l'attention du législateur sur les nécessaires garanties de procédure qui devront accompagner ces nouvelles dispositions passant notamment par le droit de l'enfant d'être entendu dans le cadre de cette procédure et par la prise en compte de ses sentiments.

### *Encadrer le recours à la résidence alternée*

A l'occasion de cette réforme du divorce, la Défenseure des enfants souhaite attirer l'attention du Garde des Sceaux et de l'autorité judiciaire sur les conditions d'application des dispositions concernant la résidence alternée telle que définie par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Le juge peut, en effet, ordonner la résidence en alternance des enfants, quel que soit l'âge de l'enfant et même en cas de désaccord des parents.

La Défenseure des enfants a ainsi été saisie de situations de très jeunes enfants contraints à de nombreux allers-retours entre les deux parents à un âge où, selon de nombreux experts, la construction du lien parental et le développement psycho-affectif du bébé supposent une certaine stabilité. La mise en place d'un système de résidence alternée dans un contexte conflictuel exacerbé, en multipliant les occasions d'affrontement entre les parents, sources de stress chez l'enfant, apparaît souvent peu conforme à l'intérêt de ce dernier.

*Mieux articuler l'intervention des juges dans le domaine de la famille*

Enfin, la Défenseure des enfants tient à rappeler la proposition qu'elle a formulée dans son rapport de l'année 2001 concernant la création d'une cellule enfance et famille au sein des juridictions qui permettrait de mieux articuler les interventions des magistrats intervenant dans le champ de la famille, notamment celles des juges des enfants et des juges aux affaires familiales.

La Défenseure des Enfants,

Claire BRISSET