

Ministère des affaires sociales et de la santé

Ministère délégué chargé de la famille

Médiation familiale et contrats de co-parentalité

**Rapport du groupe de travail «Médiation familiale et contrats de co-parentalité »
mis en place par Mme Dominique Bertinotti le 21 octobre 2013**

Marc Juston, président

Stéphanie Gargoullaud, rapporteure

2014

Remerciements

Madame la ministre déléguée chargée de la famille, Dominique Bertinotti, a eu l'idée de nous réunir et de nous accorder sa confiance en nous offrant un espace de liberté susceptible de favoriser la réflexion et les échanges : c'est à elle, sans qui ce rapport n'existerait pas, que vont nos premiers remerciements.

Qu'il nous soit permis de citer, à titre liminaire, ses propos :

« Aujourd'hui, ce n'est plus le couple mais l'enfant qui fait la famille. Il faut donc définir les nouvelles protections, les nouvelles sécurités mais également les nouveaux droits dont il doit pouvoir bénéficier.

La loi « famille » traduira ainsi une évolution majeure : d'objet de droit, l'enfant doit également être reconnu comme sujet de droit. Ce changement s'inscrit dans un contexte marqué par la diversité des modèles familiaux créés par nos concitoyens. La société doit tenir compte de ces nouvelles réalités. Si nous avons besoin d'une loi « famille », ou plutôt d'une loi « familles », ce n'est pas pour être dans la défense la famille, mais pour garantir la promotion de toutes les familles, grâce à des mesures concrètes qui concernent le quotidien des parents et des enfants ».

L'implication des membres du groupe de travail dans l'effort de conceptualisation et de partage ayant conduit à l'élaboration des propositions synthétiques qui vous sont présentées n'aurait pas été possible sans la collaboration efficace et discrète des membres du cabinet de Mme Bertinotti, en particulier celle de M. Sylvain Lemoine.

Merci également au secrétariat qui a coordonné nos réunions de travail et permis la diffusion des très nombreuses contributions enrichissant, jour après jour, les débats. Grâce, notamment, au travail de Mme Stéphanie Smaniotto, chacun des membres a pu s'exprimer et entendre les opinions des autres dans le délai contraint qui nous était imposé.

Sont cités en annexe les experts qui ont donné de leur temps pour être entendus par notre groupe de travail, souvent au prix d'aménagements de dernière minute de leur emploi-du-temps. Qu'ils soient tous remerciés pour leur générosité.

Marc Juston et Stéphanie Gargoullaud

SOMMAIRE

<u>I - Les mesures facilitant l'accès aux services de médiation familiale et la rendant plus incitative - Etude de l'opportunité d'un recours systématique à ces services en amont de la procédure judiciaire</u> (Propositions n° 1 à 10)	page 4
<u>II - La force exécutoire des accords parentaux - l'homologation des accords parentaux :</u> (Propositions n° 11 et 12)	page 12
<u>III - Le coût de la médiation familiale:</u> (Propositions n°13 et 14)	page 14
<u>IV - Les sujets traités dans le cadre de la médiation (extension du champ de la médiation familiale aux questions patrimoniales)</u> <u>Réflexion sur le profil et la formation des médiateurs familiaux</u> (Propositions n° 15 et 16)	page 15
<u>V - Les modalités d'élaboration, d'actualisation et le statut des contrats de co- parentalité</u> (Propositions n° 17 à 21)	page 17
<u>VI - L'articulation entre les services d'accompagnement des parents pendant et après la séparation d'une part, et les services offerts aux parents pendant leur vie de couple, d'autre part</u> (Propositions n° 22 à 24)	page 20
<u>VII - Le développement de la médiation entre les parents et les institutions qui prennent en charge leurs enfants (école - hôpital - ASE – police, etc.)</u> (Proposition n° 25)	page 22
<u>VIII- La résidence alternée - le droit de visite et d'hébergement</u> (Propositions n° 26 à 29)	page 23
<u>Conclusion</u> (Proposition n° 30 et 31)	page 27

Propositions à Madame la Ministre déléguée à la famille

du groupe de travail

“Médiation familiale et contrats de co-parentalité”

Conformément aux termes du cahier des charges, le groupe de travail « médiation familiale et contrats de co-parentalité » a consacré ses travaux :

“ aux mesures favorisant le développement du recours à la médiation dès lors que cette dernière est susceptible de protéger l'enfant des conflits familiaux, quelle qu'en soit la nature et quels que soient les membres de la famille impliqués (parents, grands parents, tiers).

Le champ des travaux du groupe dépasse largement ainsi celui des situations de séparation des parents, même s'il doit y porter une attention particulière afin de favoriser l'exercice partagé de l'autorité parentale entre les deux parents après la séparation : développement de la médiation familiale dans les procédures, élaboration et actualisation des contrats de co-parentalité”.

Dans cette perspective, en application des thèmes soumis à son étude, le groupe de travail formule les 31 propositions suivantes.

I - Les mesures facilitant l'accès aux services de médiation familiale et la rendant plus incitative - Etude de l'opportunité d'un recours systématique à ces services en amont de la procédure judiciaire

Le constat :

La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant passe impérativement par une déconflictualisation des séparations. Sur ce point, il existe un consensus que la pratique confirme : ce ne sont pas tant les modalités d'organisation de la famille qui sont en cause (résidence habituelle chez un parent ou résidence alternée) que le conflit qui s'installe et perdure entre les parents au-delà de la séparation.

Beaucoup de couples parviennent par eux mêmes à des accords, seuls, avec leurs conseils ou avec l'aide d'intermédiaires qu'ils consultent.

Encore trop rarement, les parents confrontés à un conflit au sein de leur famille ont recours spontanément à la médiation familiale qui, pourtant, permet, dans la majorité des cas, l'apaisement du conflit, voire la mise en place d'un accord : ces médiations spontanées ou conventionnelles représentent 65 % des mesures de médiation familiale.

Parmi les facteurs qui font obstacle à la médiation familiale, une enquête récente a mis en exergue l'insuffisante connaissance de cette médiation liée d'une part à une mauvaise

information ou à une mauvaise orientation des personnes et, d'autre part, à des amalgames récurrents entre la médiation familiale et la thérapie de couple.

Dans nombre de situations, les familles saisissent le juge aux affaires familiales et lui demandent de décider à leur place des mesures les plus appropriées à l'intérêt de leur enfant.

La nature des besoins au moment de la séparation oriente fortement le choix du mode de résolution des conflits liés à la séparation : les besoins de légalité, d'autorité et de rapidité conduisent les personnes vers le système judiciaire, alors que les besoins d'échanges et de dialogue renvoient davantage à la médiation familiale.

La place dévolue aux enfants et le degré de cohésion conjugale apparaissent comme des facteurs déterminants qui influencent le choix du mode de résolution du conflit.

Quels que soient les motifs de ce choix, tous les professionnels de la famille savent que dire le droit sera insuffisant. En effet, la décision judiciaire qui, par essence, se contente de trancher les différends, n'a pas pour objet premier d'apaiser le conflit qui sous-tend la procédure.

Ce constat induit un bouleversement de l'office même du juge.

Le juge aux affaires familiales est saisi par des familles au sein desquelles règne souvent une confusion des places et des rôles : l'enfant est sommé de donner son avis comme s'il avait à décider, et les parents brandissent leur souffrance en oubliant qu'ils doivent protéger les enfants de leurs propres souffrances.

Aussi est-il important que le juge aux affaires familiales lui-même ne participe pas à cette confusion des rôles.

Le juge aux affaires familiales dit le droit. Mais en même temps, avant de dire le droit, il écoute et entend. C'est à cette occasion que se révèle l'enjeu de la procédure, à savoir le conflit qui parasite l'ensemble des relations au sein de la famille, qui provoque la souffrance des enfants et même des adultes.

Le problème majeur est donc bien le conflit ; pas seulement les désaccords ponctuels qui opposent les parents et qu'ils demandent au juge de trancher à leur place.

Or, la médiation familiale insérée dans le code civil, dans le cadre de la loi sur l'autorité parentale du 4 mars 2002 et de la loi sur le divorce du 26 mai 2004 permet aux parents de réinvestir leur rôle, d'apaiser le conflit en restaurant, même à minima, le dialogue et de trouver le cas échéant des accords.

La médiation familiale repose sur la participation active des parents, ainsi que sur la reconnaissance et la valorisation de leurs compétences. Elle vise à restaurer la communication et à préserver les liens entre les personnes, plus particulièrement les membres de la famille.

Dans le contexte actuel, la médiation familiale ne saurait toutefois suffire au traitement du fait social de la séparation dans son ampleur et sa diversité.

Le préalable:

Le nécessaire changement de culture et la formation à la médiation des professionnels de la Justice familiale:

L'Institut des Hautes Etudes sur la Justice (IHEJ) a remis en Mai 2013 un rapport sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention.

Dans ce rapport, il est démontré que:

“Les juges doivent inventer une nouvelle autorité, une autorité qui se conçoit comme une sorte de proposition faite aux parties. C'est une dimension nouvelle que les juges doivent construire.

Le juge doit être au cœur de la cité, mais entouré d'une cité plus ouverte et plus active, de citoyens plus responsables qui ont pris en charge leurs propres conflits plus qu'ils ne le font aujourd'hui. Le juge du XXIème siècle est indissociable d'une société française qui soit plus en interaction avec sa Justice”.

Pour ce faire, la fonction de juge aux affaires familiales et celle de l'avocat doivent évoluer en se formant à la médiation et en utilisant la médiation familiale.

Face à la multiplication des divorces et des séparations, le juge aux affaires familiales ne peut plus se contenter de prendre des décisions, sans préalablement faire le maximum, de concert avec les avocats, pour que les couples qui se séparent dans le conflit, reprennent le dialogue, dans l'intérêt des enfants.

Le juge aux affaires familiales doit être le chef d'orchestre de ce changement de culture.

Le juge aux affaires familiales, au même titre que l'avocat, doit avoir un rôle pédagogique et d'incitation à la médiation familiale.

Pour ce faire, de manière à orienter et accompagner les personnes, la formation des juristes à la médiation, notamment la médiation familiale est une impérieuse nécessité.

A la Faculté de droit, la médiation devrait être enseignée comme une matière de droit à part entière, alors qu'en général, selon les professeurs de droit entendus par le groupe, elle est abordée cinq minutes en première année sur un cours de droit de la famille de 40 heures.

La médiation devrait constituer un des fondamentaux du métier de juge, et notamment du juge aux affaires familiales et d'avocat.

La formation initiale des magistrats pour la fonction de juge aux affaires familiales, englobée dans celle de la fonction siège, sans qu'aucun enseignement spécifique ne soit proposé et qu'aucune formation à la médiation ne soit abordée, n'est plus adaptée aux enjeux de l'office du juge. Il conviendrait que les juges aux affaires familiales soient des magistrats spécialisés au même titre que les juges des enfants.

La médiation familiale devrait surtout figurer dans la pédagogie initiale de l'Ecole Nationale de la Magistrature, des Ecoles d'avocats et de notaires. Des enseignements en commun, toutes professions confondues, devraient être mis en place.

Proposition n° 1 : Le groupe de travail propose que la médiation soit enseignée dans le cadre du Master de droit et constitue une matière essentielle dans les formations initiales du magistrat et de l'avocat.

Les pratiques et retours d'expérience doivent faire l'objet de sessions de formation continue aux magistrats, aux avocats, aux notaires, mais aussi aux médiateurs familiaux et aux autres médiateurs.

Par ailleurs, la médiation familiale doit se développer en amont de la phase judiciaire des difficultés familiales. Le recours à la médiation doit être favorisé le plus en amont possible des séparations et dans toutes les situations conflictuelles qui touchent les familles.

En effet, le champ d'intervention de la médiation familiale va au-delà des ruptures conjugales et a pour objet l'ensemble des ruptures familiales. Le contentieux familial met souvent en cause les grands-parents ou des tiers dans leurs relations avec l'enfant et la médiation familiale doit être conçue comme intégrant tous ces paramètres.

S'agissant des parents, il est essentiel de créer un environnement favorable qui les incite à se mettre d'accord sur les modalités de leur séparation.

Le rôle des caisses d'allocations familiales (Caf), pour accompagner les situations de séparation en amont d'un recours au juge et structurer des dispositifs, est, à ce titre, essentiel.

L'offre de service des Caf vise en effet à accompagner la séparation dans ses aspects matériels (aide au logement, partage des allocations familiales, versement d'une allocation de soutien familial non recouvrable –ASFNR), dans ses aspects relationnels de réorganisation de la vie familiale (orientation vers la médiation familiale ou vers d'autres offres de soutien à la parentalité dans le cadre des réseaux d'écoute, d'appui et des d'accompagnement des parents – REAAP- en particulier).

Par ailleurs, la médiation familiale doit gagner en visibilité auprès du grand public.

Proposition n° 2 : Pour mieux faire connaître la médiation familiale au grand public, le groupe de travail propose l'organisation d'une campagne nationale d'information et de promotion de la médiation familiale.

Il propose une plus grande diffusion de brochures accessibles au grand public et diffusées largement (crèches, écoles, PMI, ...) sur la médiation familiale. Il propose également de réaliser un scénario et de rechercher un réalisateur pour mettre en scène la médiation familiale dans un feuilleton télévisé, tel que " Boulevard du Palais".

La définition de la médiation familiale:

Le législateur a intégré la médiation familiale dans le code civil:

- d'une part, dans le cadre de la réforme sur l'autorité parentale, à l'article 373-2-10 du code civil :

“En cas de désaccord, le juge s’efforce de concilier les parties.

A l’effet de faciliter la recherche par les parents d’un exercice consensuel de l’autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder.

Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l’objet et le déroulement de cette mesure”

- d'autre part, dans le cadre de la réforme du divorce, à l'article 255 du code civil :

“Le juge peut notamment :

1° proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder,

2° enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l’objet et le déroulement de la médiation.”

La médiation familiale permet d’apaiser le conflit tout en réglant le litige, donnant ainsi plus de force aux décisions prises à l’occasion de la séparation.

Elle favorise l’exercice en commun de l’autorité parentale et l’affirmation d’une responsabilité durable des parents. Elle permet aux parents de se réappropriier un espace de propositions parentales communes qu’ils pourront soumettre pour homologation au juge aux affaires familiales.

La médiation familiale doit consister en un travail sur et par les personnes, un travail sur la reprise du dialogue et de la communication, un travail sur le conflit et le litige. Elle ne doit pas se limiter à un travail sur la recherche des accords.

Le code civil ne définit pas la médiation familiale.

Proposition n° 3 : Le groupe de travail propose d’insérer dans le code civil une définition de la médiation familiale.

Le groupe de travail propose de reprendre la définition retenue par la Directive européenne, tout en clarifiant la mission et les objectifs de la médiation familiale.

Il serait opportun de bien distinguer le litige du conflit.

La médiation n’est pas un mode de règlement d’un litige, mais une mesure d’aide au règlement d’un conflit (on peut parler aussi d’un différend) que le litige, quand le recours à la médiation familiale a lieu dans un cadre judiciaire, a mis en lumière.

Il s'agit de faire en sorte que la définition de la médiation familiale, intégrée dans le code civil, inclue aussi dans son champ la médiation familiale spontanée et la médiation familiale judiciaire.

Le nouveau livre cinquième du code de procédure civile est au demeurant consacré à "la résolution amiable des différends", il régit la médiation, la conciliation conventionnelles, et la procédure participative. La distinction est claire entre, d'une part, le différend qui oppose les parties et sur lequel elles vont chercher à se concilier et, d'autre part, le litige qui sera soumis au juge en cas d'absence de solution.

Proposition n° 4 : La définition proposée est la suivante:

"La médiation familiale, qui a pour finalité d'apaiser le conflit et de préserver les relations au sein de la famille, est un processus structuré et confidentiel de résolution amiable des différends familiaux qui s'appuie sur une démarche volontaire. Avec l'aide du médiateur familial, tiers qualifié, impartial et indépendant, les personnes tentent de parvenir à une solution mutuellement acceptable, tenant compte de l'intérêt de chacun et qui peut prendre la forme d'accords susceptibles d'être homologués par le juge."

Cette définition pourrait être intégrée dans le code civil. L'article correspondant pourrait être ajouté à la liste des textes lus lors de la célébration du mariage et inscrit dans le livret de famille.

De plus, une clause de recours à la médiation familiale, préalable à toute instance contentieuse, sous peine d'irrecevabilité de celle-ci, pourrait être intégrée dans tout contrat de mariage ou pacte civil de solidarité.

Proposition n° 5 : Le groupe de travail propose d'insérer dans les contrats de mariage et les pactes civils de solidarité une clause de recours à la médiation familiale.

Proposition n° 6 : Dans le dispositif de toutes les décisions judiciaires familiales, devrait être insérée la mention suivante:

"Sauf meilleur accord conclu entre les parties ou élaboré dans le cadre d'une médiation familiale"

L'injonction à rencontrer un médiateur familial pour une séance d'information :

Depuis plusieurs années, des tribunaux de grande instance ont mis en place avec succès, l'injonction à rencontrer un médiateur familial pour une séance d'information, permettant d'engager un processus de médiation familiale, et ce en partenariat avec les avocats, les médiateurs familiaux et les caisses d'allocations familiales.

Proposition n° 7 : Le groupe de travail propose que soient recensées ces bonnes pratiques de manière à permettre la mise en forme d'un guide méthodologique commun de la médiation familiale en amont du judiciaire et dans le cadre judiciaire à l'intention des professionnels de la famille.

La double convocation :

Le décret du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale prévoit, dans les tribunaux de grande instance de Bordeaux et d'Arras désignés à titre expérimental par arrêté du 16 mai 2013, une pratique de "la double convocation" permettant au juge aux affaires familiales d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur familial avant même l'audience. C'est une modalité de l'injonction à rencontrer un médiateur familial pour une séance d'information.

Cette modalité a été mise en place dans d'autres juridictions.

Des résultats divers sont constatés selon les juridictions. Le bilan a mis en évidence une faible efficacité de ce dispositif en termes d'engagements des personnes en médiation familiale.

Proposition n° 8 : Avant de généraliser ce système dans tous les tribunaux de grande instance et toutes les cours d'appel, ce qui aurait un coût important, le groupe de travail propose que soit effectué un audit sur les diverses pratiques.

La tentative de médiation familiale obligatoire:

L'article 15 de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et l'allègement de certaines procédures juridictionnelles dispose que:

"Les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant ainsi que les dispositions contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.

Toutefois, à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale, sauf :

1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil,

2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime,

3° Si cette tentative de médiation préalable risque, compte tenu des délais dans lesquels elle est susceptible d'intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable."

Par arrêté du 16 mai 2013, les tribunaux de Bordeaux et d'Arras ont été désignés pour appliquer ces dispositions, à titre expérimental.

Le groupe de travail propose de rendre applicable, le plus rapidement possible et sur tout le territoire national, cette disposition.

Le groupe de travail insiste sur le fait qu'il ne s'agit pas de rendre la médiation familiale obligatoire, mais seulement de rendre obligatoire, sous peine d'irrecevabilité, une rencontre de médiation dans les conflits d'exercice de l'autorité parentale.

Il ne s'agit pas d'une atteinte à la liberté des personnes. Quand l'Etat oblige les conducteurs et les passagers de véhicules à porter des ceintures de sécurité, l'objectif est de protéger des vies. Dans le domaine familial, l'Etat a aussi un devoir d'ingérence pour inciter les parents à déposer les armes et protéger leurs enfants de conflits meurtriers.

Proposition n° 9 : Le groupe de travail propose de modifier l'appellation de cette modalité

Au lieu de « tentative de médiation obligatoire », le groupe propose les termes de « rencontre préalable à la médiation familiale » ou encore « entretien préalable à la médiation familiale ».

Cette rencontre ou entretien préalable, en présence des deux parties, doit convaincre et favoriser l'adhésion des parents au processus de médiation familiale qui s'appuie conformément à sa définition, à un processus volontaire.

La première séance gratuite ne peut pas se limiter à de l'information, elle est déjà intégrée au processus de médiation familiale.

Certains membres du groupe proposent que la forme de cet entretien s'inspire de la pratique mise en place au Québec, d'ateliers de co-parentalité, remplaçant l'information préalable à la médiation, dès lors qu'est déposée une requête relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale. Dans cette formule, un médiateur familial et un juriste informent les personnes sur les conséquences de la séparation, notamment par rapport aux enfants, et sur toutes les possibilités offertes, dont le recours à la médiation familiale.

Proposition n° 10 : Le groupe de travail propose que le dispositif, rencontre ou entretien préalable à la médiation familiale, soit applicable à toutes les instances relatives à l'exercice de l'autorité devant tous les tribunaux de grande instance, mais aussi à toutes les cours d'appel.

La question s'est posée de savoir si les avocats peuvent assister leur client tout au long du processus de la médiation familiale, ce qui est une revendication des avocats.

La majorité des membres du groupe de travail n'est pas favorable à cette assistance des avocats, estimant toutefois opportune la présence de l'avocat lors de la première séance d'information et souhaitable à la fin du processus pour la signature des accords.

En outre, au stade judiciaire, certains membres du groupe proposent d'insérer dans le code de procédure civile une disposition instituant l'obligation pour le juge aux affaires familiales de vérifier que les parties ont réellement été informées sur la médiation familiale.

L'avocat, dans le cadre de son devoir de conseil, devrait aussi avoir l'obligation

d'informer son client sur la médiation familiale, comme cela existe dans les textes de nombreux pays, tels que le Québec et l'Italie.

II - La force exécutoire des accords parentaux - l'homologation des accords parentaux :

Les textes:

Aux termes de l'article 268 du code civil : *“Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce.*

Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés homologue les conventions ou prononce le divorce”.

L'article 373-2-7 du code civil prévoit que : *“Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant.*

Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement”.

Il existe actuellement des accords parentaux - souvent appelés pactes de famille - qui sont des créations *sui generis*- susceptibles d'être mises en oeuvre par les parties elles-mêmes sans formalisme particulier.

Pour leur donner force exécutoire, il est nécessaire de les faire homologuer par le juge.

Quelle est la valeur juridique d'un accord sous seing privé non homologué par le juge ?

Il s'agit d'un engagement moral entre les parents constituant un mode de preuve ultérieur devant le juge aux affaires familiales. En effet, le juge doit prendre en compte les accords pris par les parents, conformément à l'article 373-2-7 précité du code civil. Mais, le juge n'est pas soumis à l'obligation de les appliquer.

En tout état de cause, le juge ne peut pas appliquer ces accords s'ils contreviennent aux dispositions d'ordre public, dont font partie l'intérêt de l'enfant, l'obligation d'entretien, le droit de maintenir des relations personnelles avec l'enfant ou encore de respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

Ces accords parentaux, soumis à homologation, peuvent également avoir été signés dans le cadre d'une procédure participative avec avocats (articles 2062 à 2067 du code civil, et articles 1544 à 1568 du code de procédure civile) qui vise la résolution d'un différend avant toute saisine d'un juge et rend irrecevable tout recours au juge le temps de l'exécution de la convention.

Ils peuvent encore être réalisés dans le cadre d'un processus de droit collaboratif effectué par les avocats.

L'article 2067 du code civil permet la conclusion d'une convention de procédure participative en matière de divorce et de séparation de corps.

Proposition n° 11: Le groupe de travail propose d'élargir le domaine de ce texte et de l'étendre au droit collaboratif, en visant explicitement les différends relatifs à l'autorité parentale sous la réserve posée à l'article 2064 du code civil (droits dont une personne à la libre disposition) afin d'attirer l'attention des couples non mariés sur ce processus.

En outre,

L'article 131-12 du code de procédure civile prévoit que :

“Le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent.

L'homologation relève de la matière gracieuse.

(Ajout décret du 20 janvier 2012) Les dispositions des deux alinéas précédents s'appliquent à l'accord issu d'une médiation conventionnelle intervenue alors qu'une instance judiciaire est en cours”.

L'article 25 du code de procédure civile précise:

“Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence du litige, il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle.”

L'alinéa 1^{er} de l'article 812 du code de procédure civile énonce:

“Le président du tribunal est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi”

Proposition n° 12 : Au vu de ces textes, le groupe de travail propose que les règles propres à la matière gracieuse (articles 25 susvisé et suivants du code de procédure civile) s'appliquent aux accords parentaux conclus soit dans le cadre d'une mesure de médiation familiale, soit par l'intermédiaire d'un avocat, le juge statuant sur requête en l'absence des parties (articles 812 susvisé et suivants du code de procédure civile) et donnant force exécutoire aux accords parentaux.

Le postulat de départ de cette proposition est de dire que :

"La médiation permet de transformer le contentieux en gracieux".

Les accords écrits parentaux peuvent être assimilés à la matière gracieuse prévue par le Chapitre II du code de procédure civile "les règles propres à la matière gracieuse".

Dans cette perspective, il est proposé de soumettre les accords parentaux obtenus, soit dans le cadre d'un processus de médiation familiale par un médiateur familial, soit dans le cadre d'un processus de négociation avec un ou deux avocats, au président du Tribunal de Grande

Instance, qui pourrait déléguer sa compétence à un juge aux affaires familiales, aux fins d'homologation, sans audience, sans comparution des parties, le magistrat ayant toutefois la possibilité de renvoyer à l'audience, s'il estime que la comparution personnelle des parties est nécessaire.

De telles procédures d'accord sont susceptibles de représenter approximativement un tiers des dossiers des juges aux affaires familiales.

La même proposition peut être formulée pour les divorces par consentement mutuel.

Alors que le rapport sur la Justice du XXIème siècle propose le prononcé de ce type de divorce par un greffier, ce qui soulève un certain nombre de questions, la proposition du groupe de travail permettrait d'économiser du temps d'audience et de désengorger la justice familiale, tout en permettant au juge aux affaires familiales de conserver sa compétence de juge exclusif du divorce.

III - Le coût de la médiation familiale:

La médiation familiale est pratiquée soit par des médiateurs familiaux libéraux, soit par des médiateurs familiaux travaillant dans des services de médiation conventionnés.

Ces derniers sont subventionnés par:

- la prestation de service versée par les caisses d'allocations familiales et les caisses de mutualité sociale agricole : 57 %,
- subventions attribuées par les directions départementales de la cohésion sociale : 8 %,
- subventions du ministère de la Justice via les cours d'appel : 4 %,
- les collectivités territoriales : 13 %,
- les subventions complémentaires accordées par les caisses d'allocations familiales sur leurs dotations d'action sociale : 7 %,
- les participations familiales : 5 %,
- les autres sources de financement : 5 %,
- l'aide juridictionnelle : 1 %.

La séance d'information à la médiation doit demeurer gratuite.

La médiation familiale judiciaire doit être prise en charge :

- par l'aide juridictionnelle quand les parties en bénéficient - sur la base d'un barème national par séance et par partie,

- par les parties, en l'absence d'aide juridictionnelle, selon le barème national de la CNAF,

- par les parties, en fonction des honoraires des médiateurs familiaux exerçant en libéral, les personnes doivent être informées du montant de ces honoraires préalablement à leur engagement dans la médiation familiale.

La consignation familiale, prévue par l'art. 131-6 code de procédure civile, retarde et bloque souvent le démarrage de la médiation familiale. Elle doit être écartée au profit d'un versement directement par chaque partie au médiateur familial, après chaque séance, en application de l'art 256 code de procédure civile (consultation).

La circulaire du 12 janvier 2005 relative à l'aide juridique fixe un coefficient de majoration de la rétribution due à l'avocat (2 unités de valeur). Il serait opportun de majorer ces unités de valeur.

Il convient de relever que les frais d'enquête sociale sont avancés par l'Etat en application du décret du 4 novembre 1976 que les personnes bénéficient ou non de l'aide juridictionnelle.

Proposition n°13: Le groupe de travail propose que la médiation familiale bénéficie du même régime que celui de l'enquête sociale ou à défaut que l'enquête sociale bénéficie du même régime que la médiation familiale, les frais d'enquête sociale n'étant plus avancés par l'Etat.

Le coût de la médiation familiale pose en outre la question du financement de la médiation familiale:

Proposition n° 14 : Le groupe de travail propose de:

- pérenniser les financements de la médiation familiale.
- renforcer la prestation de service versée par les caisses d'allocations familiales pour les services de médiation familiale conventionnés.
- mobiliser tous les financeurs impliqués dans les comités de financement,
- fixer un tarif national du coût par séance et par partie dans le cadre de l'aide juridictionnelle.

IV - Les sujets traités dans le cadre de la médiation (extension du champ de la médiation familiale aux questions patrimoniales)

Réflexion sur le profil et la formation des médiateurs familiaux

La médiation familiale est un accompagnement global, dans lequel se mêlent les aspects conjugaux et parentaux des difficultés rencontrées par un groupe familial. L'aspect matériel et

financier est un élément non négligeable dans les interactions conflictuelles.

Faire appel à des professionnels spécialistes du droit en cours de médiation familiale (consultation par les médiateurs d'un avocat, d'un notaire...) ou éventuellement organiser une séance axée sur un point précis en leur présence, n'est pas tronquer le processus global de médiation familiale.

Quand sont en cause des biens immobiliers ou un patrimoine, le notaire et l'avocat ont un rôle décisif pour pacifier une procédure.

Dans le cadre des liquidations de communauté et des successions, il appartient au médiateur familial de collaborer avec le notaire et l'avocat.

Proposition n° 15: Le groupe de travail propose que pour les liquidations de communauté et les successions, soient mises en place des co-médiations associant le médiateur familial et un professionnel du droit.

Certains membres du groupe ont proposé aussi que les services de médiation familiale soient incités à s'adjoindre les conseils d'un avocat et d'un notaire de manière permanente.

La profession de médiateur familial a été réglementée et un diplôme d'Etat de médiateur familial a été créé (décret du 2 décembre 2003 - arrêtés des 12 février 2004 et 19 mars 2012).

Le médiateur familial doit développer des compétences à la hauteur des objectifs qui lui sont assignés, pour créer un espace de médiation porteur de droits. Il doit être solidement formé dans les différents domaines touchant à la famille : sociologique, psychologique et juridique. Il doit pouvoir développer les techniques de médiation adaptées au contexte familial. Il doit pouvoir tenir sa posture de tiers impartial, confidentiel et indépendant dans le conflit familial dont les racines plongent fortement dans l'histoire de chacun et font résonances avec la sienne. Il doit pouvoir mettre à distance ses propres émotions pour mieux accueillir celle des « médiés », accueillir, pour les mettre au travail, la violence, le désespoir, la rancune et les frustrations.

Le médiateur familial doit pouvoir repérer les dysfonctionnements et les pathologies, les limites et contre-indications, savoir à quel moment arrêter la médiation. Il doit, de la même manière, pouvoir repérer les enjeux juridiques, orienter, alerter.

Il n'est jamais expert, sous peine de perdre sa posture de médiateur, son travail se limitant à permettre aux personnes de travailler sur leurs besoins, demandes et options possibles.

Il doit cependant avoir un bagage suffisant pour orienter les personnes et les inviter à vérifier la faisabilité de leurs choix auprès des avocats, des notaires ou des experts sociaux et psychologiques compétents.

La formation longue du diplôme d'Etat est indispensable, même si elle peut s'inscrire dans une spécialisation à la suite d'une formation commune à tous les champs de la médiation.

Il en va de l'intérêt supérieur des familles et des enfants.

Pour ces raisons,

Proposition n° 16 : Le groupe de travail propose que la formation du médiateur familial soit intégrée à l'Université et sorte du champ social.

A noter qu'actuellement, le ministère certificateur est le ministère des affaires sociales et que les opérateurs mettant en place le diplôme d'Etat de médiateur familial peuvent être des Universités.

V - Les modalités d'élaboration, d'actualisation et le statut des contrats de co-parentalité

L'article 5 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE), dite Convention de New York, du 26 janvier 1990, exige des Etats parties un devoir de non ingérence dans l'exercice des droits parentaux.

Il appartient aux parents, en priorité et à égalité, de guider l'enfant en le protégeant et l'éduquant.

Conformément aux articles 9-1, 9-3 et 18 de la CIDE, le concept de co-parentalité ("le droit de l'enfant à avoir des relations avec chacun de ses parents") est placé, en droit français, au coeur de l'ensemble du dispositif relatif à l'autorité parentale (article 373-2 du code civil).

De ce principe découle l'obligation pour tout parent d'agir dans le respect dû à la personne de l'enfant (article 371-1 code civil) quelles que soient ses convictions personnelles.

A cette fin, le juge aux affaires familiales doit vérifier la manière dont chaque parent respecte les droits de l'autre (article 371-11-3° du code civil).

Dans la pratique, il est constaté une confusion entre autorité parentale et résidence de l'enfant au domicile d'un parent. Cette confusion entretient la notion d'un parent principal qui prend toutes les décisions et celle d'un parent secondaire qui n'y est pas associé.

Le contenu de l'autorité parentale: "ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant", n'est toutefois pas défini dans le code civil.

Proposition n° 17 : Le groupe de travail propose que soient rappelées dans les accords parentaux et les décisions des juges aux affaires familiales les dispositions suivantes:

« La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale consacre la co-parentalité et dispose que les responsabilités des parents leur imposent de se respecter mutuellement, d'accomplir les efforts nécessaires pour traduire leurs responsabilités de manière positive dans la vie de leur enfant, notamment en respectant la place de l'autre parent. »

L'autorité parentale consiste non seulement à protéger la sécurité, la santé, la moralité de l'enfant, mais encore à assurer son éducation et permettre son développement dans le respect dû à sa personne.

Les parents doivent comprendre que l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs fondés sur l'intérêt de l'enfant. En effet, s'il existe diverses formes familiales, il n'y a qu'un droit de l'autorité parentale fondée sur l'idée que l'enfant a besoin de deux parents et que ceux ci, qu'ils le veuillent ou non, sont parents pour la vie ».

Proposition n° 18 : Le groupe de travail propose que soit intégrée dans le code civil une définition de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Le groupe de travail propose d'insérer la définition suivante après le premier alinéa de l'article 372 du code civil (les derniers alinéas sans changement):

« Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale.

Les parents prennent donc ensemble les décisions concernant l'enfant, notamment les décisions importantes relatives à sa santé, sa scolarité, son éducation religieuse et culturelle et son changement de résidence,

Ils s'informent réciproquement, dans le souci d'une indispensable communication entre parents sur l'organisation de la vie de l'enfant. »

Proposition n° 19 : Le groupe de travail propose également que l'enfant bénéficie d'une double domiciliation, quel que soit le mode de résidence, et que soient inscrites sur sa carte d'identité les adresses de ses deux parents.

En effet, un enfant de parents séparés a deux "chez soi", un "chez soi" au domicile de chacun de ses deux parents. Sa réalité, dès la séparation de ses parents, est l'alternance entre ces deux lieux. Ne pas reconnaître cette double domiciliation introduit un sentiment d'exclusion et de relégation d'un des parents, source de conflit. L'inscrire est aussi un symbole de la coparentalité et un outil pour la faire prendre en compte par les institutions lors des inscriptions à l'école ou dans des activités extra-scolaires.

Le groupe de travail a pris connaissance de la définition de la parentalité qui a été adoptée par les membres du comité national de soutien à la parentalité lors de sa séance du 20 novembre 2011:

"La parentalité désigne l'ensemble des façons d'être et de vivre le fait d'être parent. C'est un processus qui conjugue les différentes dimensions de la fonction parentale, matérielle, psychologique, morale, culturelle, sociale. Elle qualifie le lien entre un adulte et un enfant, quelle que soit la structure familiale dans laquelle il s'inscrit, dans le but d'assurer le soin, le développement et l'éducation de l'enfant. Cette relation adulte/enfant suppose un ensemble de fonctions, de droits et d'obligations (morales, matérielles, juridiques, éducatives, culturelles) exercés dans l'intérêt supérieur de l'enfant en vertu d'un lien prévu par le droit (autorité parentale). Elle s'inscrit dans l'environnement géographique, social et éducatif où vivent la famille et l'enfant".

Cette définition étant plus large qu'une approche juridique, le groupe de travail propose d'insérer dans le code civil une définition de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Proposition n° 20 : Le groupe propose qu'un livret de parentalité, tel que celui élaboré par la caisse nationale des allocations familiales soit adressé aux futurs parents déclarant une première grossesse.

Ce livret serait destiné à valoriser les différentes dimensions qui accompagnent la naissance (parentalité, recherche d'un mode d'accueil...) et à donner des informations sur la parentalité, l'exercice de l'autorité parentale, ainsi que sur les différents acteurs ou dispositifs susceptibles d'accompagner les parents dans l'exercice de leur rôle éducatif, notamment en insistant sur la médiation familiale.

Le groupe de travail a réfléchi à l'opportunité de mettre en place un engagement de parentalité lors de la déclaration de naissance de l'enfant.

Actuellement, lors de la célébration du mariage, l'officier d'état civil attire solennellement l'attention des époux sur leurs devoirs respectifs et notamment sur leur responsabilité à l'égard des enfants et leurs droits et devoirs en application de l'article 75 du code civil.

Rien n'est prévu lorsque le couple n'est pas marié.

Or, les dispositions réglementant l'autorité parentale s'appliquent indifféremment que le couple de parents soit marié ou non.

Toutefois, lors de l'établissement de l'acte de reconnaissance d'un enfant, l'article 62 alinéa 6 du code civil dispose :

“Qu'il est fait lecture à son auteur des articles 371-1 et 371-2 du code civil”.

Depuis la réforme du droit de la filiation opérée par l'ordonnance du 4 juillet 2005, la mère non mariée n'a plus besoin de reconnaître son enfant pour établir le lien de filiation. En effet, conformément à l'article 311-25 du code civil :

“La filiation est établie à l'égard de la mère par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant”.

Ainsi, seul le père (ou éventuellement la mère, si elle effectue une reconnaissance postérieurement à une déclaration de naissance sous X) entendra la lecture de deux articles relatifs à sa qualité de parent : *l'un qui donne la définition de l'autorité parentale (art 371-1 code civil), l'autre qui expose le devoir de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (art 371-2 code civil).*

Proposition n° 21 : Le groupe de travail propose d'améliorer la connaissance par les parents non mariés de leurs droits et devoirs, à l'égard de l'enfant, et à l'égard l'un de l'autre :

- par un ajout à l'article 62 alinéa 6 du code civil de la lecture des articles 372, 373-2, 373-2-1 et 373-2-2 du code civil qui sont relatifs à l'exercice de l'autorité parentale,

- par une présentation renforcée des dispositions du droit de la famille relatives aux droits et devoirs des parents dans le livret de famille et par adjonction d'un paragraphe sur la médiation familiale,

- par la remise solennelle par la mairie du livret de famille lors de l'établissement de la déclaration de naissance avec lecture des articles clés, notamment ceux relatifs aux droits et devoirs de chacun des parents et à la médiation familiale, comme lors de la célébration du mariage, ce qui permettrait d'en donner lecture à la mère non mariée.

VI - L'articulation entre les services d'accompagnement des parents pendant et après la séparation d'une part,

et les services offerts aux parents pendant leur vie de couple, d'autre part
(service de conseil conjugal et familial notamment)

Des dispositifs d'accompagnement des parents existent pour les aider à surmonter les difficultés rencontrées dans leur parentalité et pendant leur vie de couple.

Dans le cadre de la politique de soutien à la parentalité initiée par le ministère en charge de la famille, différents types de réponse sont proposés tels que le conseil conjugal ou familial, les réseaux d'écoute d'accueil et d'appui à la parentalité (REAAP).

Ces réponses ont pour point commun de viser le maintien et/ou la restauration du dialogue et des liens au sein des familles.

Les conseillers conjugaux interviennent notamment dans les centres de planification ou d'éducation familiale (CPEF), des établissements d'information de conseil conjugal et familial (EICCF) et dans les cabinets libéraux.

Les conseillers conjugaux exercent des activités d'information, de prévention et d'éducation concernant la vie relationnelle, affective, sexuelle et familiale.

Le domaine de compétence des conseillers conjugaux s'étend à l'ensemble des questions et problèmes liés aux relations conjugales, familiales, parentales et à leurs dysfonctionnements. Ils interviennent individuellement ou pour l'animation de groupes de réflexion. Ils aident les personnes à exprimer leurs difficultés et les accompagnent dans leurs recherches de solutions. Ils agissent en cela, le plus souvent en amont de la médiation familiale.

Force est de reconnaître que le juge aux affaires familiales ne dispose d'aucun outil juridique lui permettant d'assurer l'exécution effective de ses décisions, qui peuvent se trouver

privées d'effet.

Au-delà même des médiations familiales ordonnées en cours de procédure et dans l'esprit de l'exercice en commun de l'autorité parentale,

Proposition n° 22 : le groupe de travail propose que le juge aux affaires familiales puisse avoir recours à la médiation comme mesure d'accompagnement de l'exercice en commun de l'autorité parentale et non seulement comme mesure avant dire droit.

Lors de procédures dans lesquelles le juge aux affaires familiales constate que, sans être en conflit ouvert, la communication parentale n'est pas très bonne et que la perspective d'une nouvelle saisine à court terme est probable, le juge doit pouvoir ordonner, à titre de mesure d'accompagnement de l'exercice en commun de l'autorité parentale, une médiation familiale ou une mesure d'injonction afin de préserver l'avenir. Cette mesure devrait permettre de consolider l'accord ou le "semblant" d'accord que les avocats ont souvent réussi à arracher en dernière minute devant la salle d'audience.

De plus, dans nombre de situations conflictuelles, se produit une distanciation des liens entre l'enfant et l'un des parents, la plupart du temps le père:

En effet, 42 % des enfants ne voit plus ou presque le parent chez lequel il ne réside pas (chiffres INSEE 2012).

Proposition n° 23 : Le groupe de travail propose de donner la possibilité au juge aux affaires familiales d'assurer le suivi de certaines de ses décisions, en cas de difficultés aigües et graves, par l'instauration d'une mesure d'accompagnement à la décision et à la restauration de liens.

Cette mesure doit avoir pour objectif d'assurer l'exercice ou le rétablissement des droits de chacun des parents et le maintien effectif des liens parents-enfants.

Pour ce faire, il conviendrait d'introduire, après le premier alinéa de l'article 373-2-12 du code civil relatif à l'enquête sociale, les dispositions suivantes :

"Le juge aux affaires familiales peut également lui donner pour mission d'accompagner l'exécution des décisions ordonnées à titre provisoire et d'oeuvrer à la préservation ou à la restauration des liens familiaux".

L'accompagnement des parents, dans le cadre du soutien à la parentalité, se développe de plus en plus sur le territoire national, sous des formes diverses.

Des ateliers à la parentalité ont été mis en place.

Certains sont animés par des médiateurs familiaux, avec les valeurs, les outils et les techniques de la médiation familiale. D'autres le sont par des psychologues, par des travailleurs sociaux, par des conseillers conjugaux et familiaux ou par des personnels spécialisés des espaces

rencontre-dans le cadre de leurs missions- ou par des non professionnels de la famille.

L'idée est intéressante et complémentaire à la médiation familiale.

Toutefois, il serait sans doute opportun de clarifier le rôle de chacun et de favoriser le développement réglementé des ateliers à la parentalité qui pourraient être utilisés par les instances judiciaires en amont, pendant et après une procédure.

Proposition n° 24 : Le groupe de travail propose de réglementer les ateliers de la coparentalité

VII - Le développement de la médiation entre les parents et les institutions qui prennent en charge leurs enfants (école - hôpital - ASE – police, etc.)

La médiation sociale a un rôle à jouer dans le rapprochement entre les institutions et les familles, en amont ou en aval de toute procédure.

Elle traduit la volonté de l'exigence de présence sociale et de régulations sociales. Elle se caractérise par une double finalité:

- facteur de lien social et d'intégration, elle aide à restaurer une communication entre les personnes, les groupes de personnes et les institutions,
- facteur de paix sociale, elle participe à la régulation des tensions, à la prévention et à la gestion des conflits et des incivilités.

Elle se définit comme:

“ un processus de création et de réparation du lien social et de règlements des conflits de la vie quotidienne, dans lequel un tiers impartial et indépendant tente à travers l'organisation d'échanges entre les personnes ou les institutions de les aider à améliorer une relation ou de régler un conflit qui les oppose”.

Une charte de référence de la médiation sociale a été adoptée en 2001 par le comité interministériel des villes. Elle précise les objectifs, les missions, un cadre déontologique et les conditions d'un bon exercice de la médiation sociale.

La médiation sociale est un élément essentiel des personnes en créant des liens notamment avec les institutions.

Proposition n° 25 : Le groupe de travail propose la mise en place d'un groupe de travail pour la reconnaissance et le développement de la médiation sociale, en s'attachant à la formation (création d'un diplôme d'Etat de médiation sociale) et à la professionnalisation du métier

En cas de conflit intergénérationnel, les relations entre les grands parents et les petits enfants peuvent être mises en difficulté. Le refus de créer ou de maintenir des relations intergénérationnelles est d'autant plus fort que le conflit est ancien et résulte de la structure même des relations entre les grands parents et les parents.

La médiation intergénérationnelle doit devenir aussi une priorité. Elle élargit l'intervention de la médiation familiale à la globalité de la famille, prenant en compte les relations entre plusieurs générations.

Elle concerne notamment les droits des grands parents à l'égard de leurs petits enfants et les ruptures de liens entre grands parents et parents générant une absence de contacts entre grands parents et petits enfants.

Il convient d'envisager la médiation intergénérationnelle dans le cadre général de la médiation familiale.

Encourager la démarche de médiation parentale permettra d'inscrire dans les esprits la médiation familiale dans toutes ses formes, y compris intergénérationnelle.

VIII- La résidence alternée - le droit de visite et d'hébergement

Rappel des textes du code civil:

Article 373-2-6 :

“Le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents”,

Article 373-2-9 :

“La résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée.

Au terme de celle ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux”.

Article 373-2-10:

“En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder.

Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la mesure.”

Article 373-2-11:

“Lorsqu’il se prononce sur les modalités d’exercice de l’autorité parentale, le juge prend notamment en considération:

- 1. La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu’ils avaient pu antérieurement conclure,*
- 2. Les sentiments exprimés par l’enfant mineur dans les conditions prévues à l’article 388-1 du code civil,*
- 3. L’aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l’autre,*
- 4. Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l’âge de l’enfant,*
- 5. Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre enquêtes sociales prévues à l’article 373-2-12 du code civil”*

Par un arrêt du 25 avril 2007, la première chambre Civile de la Cour de cassation précise que la résidence alternée n’impose pas que le temps passé par l’enfant en alternance auprès de son père et de sa mère soit de même durée (1^{re} Civ., 25 avril 2007, pourvoi n° 06-16.886 : L’article 373-2-9 du code civil n’impose pas, pour que la résidence d’un enfant soit fixée en alternance au domicile de chacun des parents, que le temps passé par l’enfant auprès de son père et de sa mère soit de même durée. Le juge peut, si l’intérêt de l’enfant le commande, compte tenu des circonstances de la cause, décider d’une alternance aboutissant à un partage inégal du temps de présence de l’enfant auprès de chacun de ses parents.)

L’application de la résidence alternée - le constat:

Des statistiques communiquées par le ministère de la justice en novembre 2013, il ressort après une exploitation de 6042 décisions rendues par les juges aux affaires familiales sur une période de 15 jours, sur tout le territoire français que:

- dans 80 % des situations, les parents sont d’accord sur le mode de résidence de l’enfant. Celle ci est fixée à 70 % au domicile de la mère, 10 % au domicile du père et 19 % en résidence alternée.

- dans les 10 % où les parents sont en désaccord (dans les 10 % autres, les parents ne se prononcent pas):

Le juge aux affaires familiales fixe deux fois plus de résidences au domicile du père que dans les situations d’accord (24 % de résidence au domicile du père au lieu de 10 % en cas d’accord et 24,6 % de résidence en alternance au lieu de 19 % en cas d’accords).

Lorsque chaque parent sollicite la résidence à son domicile, le juge aux affaires familiales accorde la résidence au domicile de la mère dans 62 % des situations et 36 % au domicile du père.

En cas de désaccord des parents sur la résidence alternée, celle ci est rejetée à 75 %

quand c'est le père qui la demande et à 60 % quand c'est la mère qui la sollicite.

Réflexion:

Dans l'intérêt de l'enfant, la résidence alternée binaire ne doit pas devenir un dogme, mais elle doit être réfléchie par les parents. Elle ne saurait devenir un droit des parents. Elle doit être subordonnée au seul intérêt de l'enfant. Il est nécessaire de faire du "sur mesure", le rythme et l'intérêt de l'enfant devant être respectés.

Certes, idéalement, l'intérêt de l'enfant est d'avoir ses deux parents présents dans sa vie, pour sa structuration et son équilibre.

Dans les pays qui ont favorisé la résidence alternée et l'ont rendu prioritaire, comme en Belgique, en Australie et en Californie (qui est, d'ailleurs, revenu ensuite sur cette loi), la résidence alternée plafonne à moins de 20 % selon une étude du centre d'analyse stratégique, institution placée auprès du Premier Ministre.

Il y a lieu de favoriser la résidence alternée, lorsque ses conditions sont réunies:

- les conditions objectives (proximité, conditions d'accueil, investissement éducatif des parents dans la prise en charge de l'enfant antérieurement à la séparation, disponibilité de chacun des parents),

- mais aussi les conditions subjectives (sentiments et besoins des enfants, capacité d'adaptation, capacité des parents à communiquer, coopérer et respecter la place de l'autre).

Toutes les études démontrent que la résidence n'est concevable et viable que lorsqu'existe un minimum d'entente et de communication parentales dans l'intérêt de l'enfant.

De plus, dans de nombreuses situations, une résidence alternée selon un rythme inégalitaire, avec un partage du temps, par exemple 40 % pour un parent et 60 % pour l'autre parent, peut mieux correspondre au besoin de stabilité et de sécurité d'un certain nombre d'enfants et au besoin essentiel de présence de chacun des parents.

Proposition n° 26 : Le groupe de travail propose d'insérer dans le code civil une disposition selon laquelle, d'une part la résidence alternée ne correspond pas à un mode paritaire de partage du temps de l'enfant et, d'autre part toute décision de résidence alternée, paritaire ou non, notamment celle imposée par le juge aux affaires familiales, peut être accompagnée d'une mesure de médiation familiale, de manière à ce que les parents vérifient par eux-mêmes l'adéquation de ce type de résidence à la personnalité de l'enfant, celui-ci pouvant participer au débat le concernant, en fin de processus.

A toutes fins, de manière à mieux traduire la symbolique de l'égalité des droits des parents, certains membres du groupe de travail propose de faire évoluer la résidence alternée par la formule suivante :

Proposition n° 27 (la proposition n'a pas recueilli la majorité des suffrages) : “La résidence de l'enfant est fixée au domicile de chacun des parents selon les modalités d'accueil déterminées par eux ou, à défaut par un juge”.

L'alternance des résidences serait ainsi la règle posée par la loi, avec une flexibilité du temps d'accueil de chaque parent adaptée aux besoins spécifiques des parents.

Proposition n° 28 : Le groupe de travail propose aussi que les conditions de mise en place d'une résidence alternée soient définies par le code civil.

L'article 373-2-6 pourrait être rédigé de la manière suivante:

“Le juge prend les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents”.

Et l'article 373-2-9 pourrait être modifié en ces termes:

“La résidence de l'enfant est fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

Pour fixer la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents, le juge prend notamment en considération:

- 1° L'accord des parents de participer à une mesure de médiation familiale,
- 2° Le projet éducatif de chacun des parents indiquant les moyens effectifs mis en place pour permettre la mise en place effective de la résidence alternée incluant la disponibilité professionnelle, la proximité des domiciles ; l'investissement parental dans l'éducation et le suivi scolaire, médical, extra scolaire de l'enfant, l'engagement de respecter les droits de l'autre parent et de le tenir informé du suivi de l'enfant pendant sa période de résidence,
- 3° La pratique antérieure et l'investissement parental dans l'éducation de l'enfant,
- 4° L'âge de l'enfant”

En outre, dans l'esprit de la loi de 2002 sur l'autorité parentale, de manière à placer chaque parent sur un plan d'égalité, il serait opportun de supprimer la notion de droit de visite et d'hébergement.

En effet, pour respecter la coparentalité, les termes employés ont toute leur signification et ont une réelle portée.

Comment un juge aux affaires familiales peut-il mettre en place la coparentalité, comment peut-il amener les parents à se placer à égalité, comment peut-il conduire les parents à engager un processus de médiation familiale, si l'un des parents est considéré comme inférieur à l'autre et ne bénéficie que d' "un droit de visite et d'hébergement" ?

La formule qui permet à un parent de "visiter et d'héberger" un enfant est violente voire humiliante, et n'est de nature ni à favoriser la coparentalité en cas de séparation, ni à engager un processus de médiation familiale de la part du parent, chez qui est fixée la résidence de l'enfant,.

Proposition n° 29: Le groupe de travail propose de supprimer la notion de droit de visite et d'hébergement et de la remplacer par la formule de "temps d'accueil", "temps de résidence" ou de "période de résidence".

Conclusion

Le groupe de travail propose:

Proposition n° 30 : Que les pouvoirs publics prennent davantage en compte la mesure des conséquences des conflits familiaux mal réglés et donnent les moyens d'action permettant d'éviter les incidences désastreuses sur les enfants des implosions familiales.

Les coûts des conflits familiaux sont très importants:

- coûts judiciaires: fonctionnement de la justice familiale, des juges des enfants, des tribunaux correctionnels et de l'aide juridictionnelle,

- coûts non visibles et difficilement chiffrables des conflits familiaux en termes économiques et sociaux: arrêts de travail pour maladie et dépression, pertes d'emplois, désocialisation, délinquance (une majorité de personnes en rupture familiale est dénombrée devant les tribunaux correctionnels),

- coûts pour les enfants (échec scolaire, maladies, dépression, délinquance).

Au regard de cette situation, et portés par la croyance très forte que les familles ont les capacités de prendre leur vie et leur séparation en mains, il est temps que les pouvoirs publics investissent dans la prévention, par la voie de la pédagogie et de la médiation familiale, dans la perspective d'importantes économies en termes de coûts humains, judiciaires, économiques et sociaux.

Avec le concours des médiateurs familiaux, dans le cadre d'un partenariat respectueux de la place de chacun, les professionnels de la justice familiale doivent promouvoir une nouvelle culture judiciaire, celle de l'apaisement et de la pacification des séparations, celle du dialogue parental, du respect mutuel et de l'échange, celle de l'autorité parentale reconnue et respectée par les parents, celle des droits de l'enfant reconnus et respectés par les parents et celle de l'équilibre des pouvoirs au sein des familles.

Proposition n° 31 : le groupe de travail propose l'institutionnalisation d'une plateforme partenariale, dans chaque ressort judiciaire, sur la justice familiale, présidée par le président du tribunal de grande instance.

Fait le 23 décembre 2013,

Marc JUSTON

Président

Stéphanie GARGOULLAUD

Rapporteure

Annexe 1 : membres du groupe de réflexion « Médiation familiale et contrats de co-parentalité »

Président : Marc JUSTON, Président du tribunal de grande instance de Tarascon
(marc.juston@justice.fr)

Rapporteuse : Stéphanie GARGOULLAUD, conseiller référendaire à la cour de cassation
(stephanie.gargoullaud@justice.fr)

Magistrats

Fabienne ALLARD, Juge aux affaires familiales au tribunal de grande instance de Tarascon
(fabienne.allard@justice.fr)

Catherine COLCOMBET, retraitée, ancienne présidente de chambre à la cour d'appel de Paris
(mondane.colcombet@laposte.net)

Danièle GANANCIA, magistrat réserviste, ancienne vice-présidente du tribunal de grande instance de Paris
(daniele.ganancia@justice.fr)

Avocats

Virginie CALTEAU - PERONNET avocate au barreau de Paris, médiatrice familiale
(virginie.calteau@vcp-mediation.com)

Maître Agnès DALBIN avocate à la Cour d'Appel de Metz, médiatrice familiale
(agnes.dalbin@orange.fr)

Michèle JAUDEL, avocate à la cour, déléguée du bâtonnier à la médiation au barreau de Paris
(michele.jaudel@jaudelpartners.com)

Médiateurs et espaces de médiation

Catherine GASSEAU, médiatrice familiale
(cgasseau-resonances@orange.fr)

Laurent GIRAUD, directeur de France Médiations, réseau d'acteurs de la médiation sociale
(laurent.giraud@francemediation.fr)

Audrey RINGOT, présidente de l'Association pour la médiation familiale (APMF)
(audreyringot@gmail.com)

Sophie LASSALLE, président de la fédération nationale de la médiation et des espaces familiaux (FENAMEF)
(sl@fenamef.asso.fr)

Agnès VAN KOTE, médiatrice familiale et formatrice, directrice d'APME MEDIATION
(vankote.agnes@apme-mediation.com)

Universitaires

Benoit BASTARD, directeur de recherches au CNRS
(benoitbastard1@gmail.com)

Madame Anne LEBORGNE, Professeure de droit privé à la Faculté d'Aix en Provence
(anneleborgne@wanadoo.fr)

Administration d'Etat et Sécurité Sociale

Clément BECK, chef du bureau familles et parentalité, direction générale de la cohésion sociale
(clement.beck@social.gouv.fr)

Véronique DELANAY-GUIVARCH, caisse nationale des allocations familiales
(veronique.delaunay-guivarch@cnaf.fr)

Frédéric TURBLIN, caisse nationale des allocations familiales
(frederic.turblin@cnaf.fr)

Annexe 2 : Liste des personnes entendues

Guillemette Leneuve, Directrice générale de l'UNAF

David Pioli, pôle droit, psychologie, sociologie à l'UNAF

Jeanne-Marie Trantoul, chargée de mission à l'UNAF

Bénédicte Maufrais Vice présidente de l'association nationale des conseillers conjugaux et parentaux (ANCCP)

Mme Morange, responsable de l'UDAF 62 à Arras, lieu d'expérimentation

Caroline Kruze : vice-présidente FFER <http://www.espaces-rencontre-enfants-parents.org>
membre du bureau de l'ANCCEF <http://www.anccef.fr/>

Mme Wagenaar : magistrate, présidente de la chambre de la famille TGI de Bayonne

Françoise Thieullent : avocate, médiatrice familiale, association Loi 1901 AMARE Bayonne

Catherine Lesterpt, sous-directrice adjointe de l'enfance et de la famille à la Direction Générale de la Cohésion Sociale

Sophie Vigneaud, magistrate coordonnateur de formation à l'ENM, précédemment juge aux affaires familiales à Bordeaux

Maître Couzigout, notaire à Paris

Magali Chaumont, secrétaire générale du centre de médiation de la Chambre des notaires de Paris