

ENM

ÉCOLE
NATIONALE
DE LA
MAGISTRATURE

Octobre 2023

REVUE JUSTICE ACTUALITÉS #28

Justice civile amiable, justice
pénale négociée... vers une
justice consensuelle ?

**LA JUSTICE AMIABLE POUR LES PERSONNES ET LES FAMILLES
POUR UN QUATUOR BIEN ACCORDÉ
AVOCAT – MÉDIATEUR – AUDITEUR D'ENFANTS – JUGE**

Par

Anne Marion de CAYEUX

*Avocat au Barreau de PARIS, médiateur familial, auditeur d'enfants,
Vice-présidente de l'Institut du Droit de la Famille et du Patrimoine, Présidente de l'Association Internationale des Auditeurs
d'Enfants CLIA*

Le contentieux devant le Juge aux affaires familiales diminue peu malgré la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel et la promotion des Modes Amiables de Résolution des Différends (MARD).

Comment cela se fait-il ?

Tous les outils sont là pour permettre aux futurs-ex-époux, partenaires ou concubins, parents, grands-parents, adolescents, enfants, etc., de régler à l'amiable l'écheveau de décisions à prendre en cas de séparation ou crise familiale :

* depuis 2004 (il y a presque 20 ans !), de réformes en réformes, l'incitation à divorcer d'un commun accord sans faire usage de griefs et pour un autre motif que la faute, permettant de défaire le lien en douceur pour accompagner le besoin de transformation du cadre familial ;

* l'envoi en médiation familiale (médiation suggérée, enjointe ou ordonnée par le juge) pour apaiser les tensions et restaurer un dialogue permettant aux personnes de panser leurs blessures, lever les malentendus et organiser une parentalité apaisée, libérée des conflits sous-jacents qui retomberaient fatalement sur la tête des enfants puisque les disputes résurgentes réémergent à l'occasion de l'exercice de la parentalité ;

* la possibilité pour les avocats d'exercer la mission de médiateur comme activité connexe et accessoire à leur activité, et le déploiement de processus et procédures à leur disposition (processus collaboratif, procédure participative, confidentialité des négociations) ;

* l'audience de césure et l'audience de règlement amiable visant à « injecter » de l'amiable dans la procédure judiciaire, qui vont offrir une voie complémentaire, en confiant au juge le soin de faciliter le règlement amiable en tranchant une partie du litige, voire en étant directement en charge dudit règlement.

La liste pourrait être plus longue encore. Un constat toutefois me saute aux yeux, ou plutôt trois constats.

D'une part, le parcours amiable devient complexe, et demeure globalement inconnu du justiciable ou mal compris (où l'on entend qu'on divorce devant un notaire et qu'un « avocat-médiateur » est un médiateur qui dit le droit).

D'autre part, les avocats demeurent attachés à l'exercice de la résolution judiciaire des litiges et renâclent à exercer la voie amiable. Le peu d'empressement des avocats à sortir du tout judiciaire vient de leur culture, et du modèle économique des cabinets. À l'Université et au sein des Écoles de

formation, les avocats apprennent le droit et la procédure. Ensuite, il faut prendre du temps personnel à la sortie de l'École, et dépenser des sommes importantes pour se former sérieusement aux MARD (il faut 80 à 150 heures de formation pour acquérir l'ensemble des compétences théoriques et pratiques pour être un bon agent de la voie amiable). Dans ces conditions, un dossier contentieux, c'est un avocat intervenant : le collaborateur. Un dossier amiable, c'est deux avocats : l'associé, et son collaborateur. C'est moins rentable pour les cabinets, qui ne sont pas si riches que l'on croit, surtout en matière familiale.

Troisième constat : l'audience de règlement amiable est le signe que le changement de paradigme attendu au XXI^{ème} siècle, celui de l'avènement de l'autonomie et de la responsabilité des parties, n'a pas encore vu le jour. Il faut encore en passer par le juge en lui demandant de siffler la fin de la dispute conjugale ou parentale. La France reste attachée au recours à l'autorité.

Alors, on saisit le juge. Cela a l'air simple, comme cela. Mais quand on s'arrête un instant, cela pose de nombreuses difficultés.

Prenons un exemple. Une demande de modification de pension alimentaire à titre de contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. Cela semble banal (c'est le contentieux post divorce le plus important). Pourtant, c'est à mon sens :

- **Faire endurer aux parents** du stress, un surmenage physique (rassembler les pièces après le boulot et le coucher des enfants...) et émotionnel (la résurgence de la séparation), de la violence ou, à tout le moins, de la virulence (dureté des écritures judiciaires, incivilités entre les parties pour se ménager des preuves, excessive franchise dans les échanges, vision binaire des choses qui empêche le sentiment de reconnaissance) et, bien sûr, des dépenses en honoraires parfois non compensées par la baisse ou la hausse de la pension obtenue.
- **Exposer les enfants** à des disputes, des pressions, à de la culpabilité et de la souffrance, car si les pensions ne les regardent soi-disant pas (bien qu'elles soient ce qui conditionnera leur vie matérielle, le choix de leur école et de leurs activités...), les conflits autour de l'argent ont bien lieu « à cause d'eux ». On le sait, les enfants dont les parents s'opposent dans une procédure contentieuse souffrent profondément.
- **S'exposer à une décision générale** qui ne pourra pas entrer dans les détails de l'exécution, laissant les parties en proie à des conflits à répétition car le juge ne peut tout simplement pas tout prévoir et, au demeurant, cela lui est rarement demandé... Les chiffres ne révèlent pas le nombre de parents (statistiquement souvent les mères) qui renâclent à demander une indexation ou une révision des pensions par peur du conflit, supportant tant bien que mal d'être la variable d'ajustement pour avoir la paix.
- **Abuser de la gratuité de la justice** en faisant peser sur le système le règlement de décisions simples (qui pourraient être réglées par des outils bien pensés comme au Québec¹), ou à tout le moins par un travail de deux heures à partir d'un tableur Excel bien conçu suivi d'une réunion collaborative bien menée. La pension alimentaire, au fond, c'est de la comptabilité ménagère !

Alors, comment procéder pour réussir cette justice amiable que nous appelons tous de nos vœux ?

En s'appuyant résolument et effectivement les uns sur les autres, dans nos sphères de compétences et champs d'interventions. En reconnaissant que nous avons besoin les uns des autres pour permettre que la justice rejoigne la justesse, l'humanité et l'efficacité.

¹ Justice Québec, [Outils de calcul des pensions alimentaires pour enfants](#).

* **L'avocat** est celui qui est consulté en premier.

Il est le seul qui puisse agir lorsqu'une personne se trouve aux prises avec un conflit. En effet, ni le psy, ni le notaire, ni l'expert-comptable... ne peuvent agir. Une personne, qui se trouve dans une impasse et qui veut pouvoir imposer son point de vue et sa solution à quelqu'un d'autre, ne peut se tourner que vers un avocat. Seul l'avocat peut créer un pont entre cette personne et l'autre partie, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un autre avocat et/ou d'un juge, à qui il va pouvoir s'adresser pour porter une réclamation.

L'avocat est aussi celui qui donne des repères en donnant son analyse juridique de la situation donnée, en élaborant une stratégie grâce à son expérience et ses connaissances des procédures et processus. Il est le seul à pouvoir rédiger des actes juridiques (hormis le notaire), actes juridiques que les médiateurs doivent s'abstenir de rédiger, même s'ils sont par ailleurs avocat, eu égard à leur devoir de neutralité et d'impartialité.

Ces deux prérogatives de l'avocat sont liées à ses missions d'assistance et de représentation, et à son devoir de conseil.

Au XXI^{ème} siècle, l'avocat se doit aussi de déployer une posture de coach², spécialement en matière familiale. Consulté pour être accompagnateur d'un changement, agent d'aide à la résolution de crises, sollicité par des personnes en souffrance, l'avocat se doit d'être à l'écoute de ses clients, plus largement que sous le seul spectre juridique et judiciaire, en témoignant d'une juste empathie avec la volonté d'aider la situation familiale dans son ensemble. **C'est cela, être un auxiliaire de justice en droit de la famille et des personnes.**

Écouter son client et écouter l'autre partie, se préoccuper de l'intérêt des enfants, conseiller, travailler avec son contradicteur, organiser des rendez-vous généraux de dialogue et de négociation pour rencontrer réellement l'autre partie, faire appel à des experts et techniciens, proposer des options, bâtir des solutions concrètes et sur-mesure, réalistes et équilibrées, rédiger les actes juridiques, assurer et accompagner l'exécution des accords et/ou des décisions : voilà l'office de l'avocat.

La seule manière aujourd'hui d'œuvrer pour une véritable justice familiale, c'est d'asseoir les personnes autour d'une table. Que la parole circule. Selon un cadre bien posé. En sécurité, juridique notamment, et en humanité.

La justice amiable avec les avocats, c'est la possibilité pour les justiciables **d'être accompagnés** tout au long du litige, en vue de la résolution durable du conflit, en ayant **un consentement libre et éclairé sur les décisions prises**. C'est éviter aux personnes d'accepter une proposition, par exemple en médiation, sous l'effet de la fatigue ou le désir d'en terminer, sans prendre soin d'abord d'échanger avec leur conseil pour peser tous les tenants et aboutissants.

L'avocat connaît l'ensemble des intervenants en justice familiale et peut (et devrait) orchestrer leurs interventions.

* **Le médiateur** est celui qui accueille l'espace du conflit comme un espace tiers où la parole peut circuler et où chacun est respecté dans son point de vue. Idéalement, lorsqu'un avocat est consulté par une personne, il pourrait proposer de travailler en équipe avec un médiateur.

² Julie MACFARLANE, *The New Lawyer*, University of British Columbia Press, août 2017.

La clé de la réussite d'une médiation est précisément cette collaboration avocats-médiateur³.

Le médiateur est neutre : il ne donne ni avis, ni conseils, et il ne rédige pas les accords même s'il est avocat par ailleurs. Donner des informations juridiques ou rédiger les accords, c'est comme poser le doigt, même légèrement, sur la balance de la justice. L'une des parties serait nécessairement avantagée par l'information ou le conseil donné. Rédiger un accord, c'est devenir partie à la négociation, car le rédacteur endosse une responsabilité sur son acte : il devient partie prenante. Au surplus, comment le médiateur peut-il rester neutre si, ayant proposé une rédaction, les parties la contestent et s'opposent à lui et entre eux sur les termes de l'acte ? Donner un conseil juridique, rédiger c'est prendre le risque que la médiation soit perdue.

Le médiateur est impartial. Son devoir, c'est de considérer que tout le monde a raison, que tout le monde est formidable, dans sa singularité, que chaque point de vue a sa raison d'être et mérite d'être écouté avec curiosité. Le médiateur est celui qui permet aux parties de se déplacer de leur centre pour aller véritablement à la rencontre et dans la compréhension de l'autre. Par son impartialité, le médiateur donne l'exemple de ce que les personnes auront à se donner l'une à l'autre : de la considération.

La médiation est désormais le lieu de l'oralité, puisque les temps d'audience sont restreints, et que les parties sont très rarement entendues directement.

La médiation est le lieu de la créativité, grâce au non-jugement sur les croyances, valeurs, besoins, sentiments et intérêts que chacun pourra exprimer. Pouvoir dire sans être contredit, permet à la pensée de s'élaborer et cela ouvre le champ des possibles.

L'idéal serait donc que l'avocat consulté propose systématiquement que son intervention soit accompagnée d'une médiation : soit en parallèle et l'avocat demeurera un coach « en coulisse », travaillant avec son client et son confrère à la résolution de l'affaire, soit en un processus commun dans lequel les avocats pourront participer aux séances.

Désigné par le juge ou la Cour, le médiateur peut commencer par contacter les conseils de parties. Il organise une visio-conférence avec eux pour un premier échange sur l'affaire, entendre leurs attentes sur la médiation, vérifier les urgences et organiser le processus avec eux. Il pose le cadre de la médiation. Il peut proposer une convention de médiation co-signée par les parties, le/les médiateurs et les avocats⁴, très détaillée et qui se veut pédagogique. Il reçoit chaque partie individuellement puis en séances plénières avec ou sans les avocats, au choix des parties. Les négociations entre avocats avancent en parallèle avec l'échange des pièces et des propositions. Le médiateur fait des points avec les avocats une ou deux fois, par visio-conférence, pour vérifier l'avancement de la médiation et aviser de la suite. Généralement au bout d'un moment, les avocats peuvent terminer seuls la négociation et la rédaction des actes. Le conflit et le litige sont traités.

Le médiateur peut recevoir les adolescents comme parties à la médiation, en cas de rupture de liens, ce que l'avocat ne peut pas faire eu égard au conflit d'intérêt. Il peut entendre les enfants, soit directement, soit dans le cadre d'une audition amiable qui sera alors confiée à un auditeur distinct du médiateur.

³ Anne Marion DE CAYEUX et Catherine EMMANUEL, [Avocats et médiation : 10 points clés](#) », Irène & Codecivelle, juin 2020, 38 p.

⁴ Pour un modèle de convention de médiation avec avocats voir Dossier « [Médiation avec avocats !](#) », *AJ Famille*, 21 novembre 2017, p. 573.

* L'auditeur d'enfants est celui qui procède à l'audition des enfants.

L'audition peut bien sûr être menée par le juge lui-même : c'est aujourd'hui le cas dans la grande partie des affaires dans lesquelles les enfants demandent à être entendus.

L'audition peut également être effectuée par un professionnel tiers : un auditeur d'enfants. Ce dernier peut auditionner l'enfant sur délégation du juge, comme le prévoit l'article 338-9 du Code de procédure civile⁵. Dans ce cas, l'auditeur rédigera un compte-rendu de l'audition « *dans le respect de l'intérêt de l'enfant* » qui sera transmis au juge⁶.

L'on sait peu de choses sur la formation de cet auditeur, mais généralement cette mission est confiée à des médiateurs de centres de médiations familiales qui devraient avoir reçu une formation *ad hoc* de 14 heures (mais ce n'est pas une obligation). Ce flou explique sans doute pourquoi les juges aux affaires familiales délèguent si peu leurs auditions malgré leur charge de travail. Il existe également, depuis 2020, un Diplôme Universitaire (DU) d'Auditeurs d'enfants couronnant un parcours de formation théorique et pratique sur l'audition des enfants et adolescents de 105 heures⁷ mis en place par l'Institut du Droit de la Famille et du Patrimoine (IDFP) et la Faculté Libre de Droit de Lille (FLD).

Le compte-rendu d'audition judiciaire (ou sur délégation judiciaire) est soumis au principe du contradictoire, hélas. La parole de l'enfant devient un instrument du procès.

Pour une complète justice amiable familiale, il est indispensable d'aller plus loin et de mettre en place de nouveaux dispositifs en amiable pour permettre aux enfants et adolescents d'exercer leurs droits garantis par la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) : droit de recevoir de l'information, droit d'être écoutés, droit de participer aux décisions qui les concernent, droit à ce que leur intérêt supérieur préside aux décisions – intérêt supérieur qui, selon le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, ne peut être connu que si l'enfant est entendu⁸.

Cette possibilité d'être entendu en amiable est d'ailleurs une obligation à l'aune des dispositions du Règlement Bruxelles II ter en vue de la circulation des accords parentaux⁹.

Il existe depuis 2019 un dispositif d'auditeur amiable ou conventionnel des enfants et adolescents¹⁰. Cette audition en ville, commanditée par les responsables légaux de l'enfant, est confiée à un professionnel formé, qui intervient en neutralité et en impartialité, pour :

- Recueillir en neutralité les principales informations à communiquer aux enfants sur les décisions qui les concernent ;
- Transmettre en neutralité à l'enfant ces informations ;
- Recueillir ses sentiments, besoins, opinions sur la situation qu'il traverse et les décisions envisagées ;
- Transmettre la parole de l'enfant si possible en sa présence, sur ce que l'enfant voudra transmettre (et rien de plus) aux responsables.

En amiable, la parole de l'enfant ne fait pas l'objet d'un compte-rendu écrit : l'oralité est garante de la non-instrumentalisation de la parole de l'enfant.

⁵ C. pr. civ., art. 338-9.

⁶ C. pr. civ., art 338-12.

⁷ [Diplôme universitaire Auditeur d'enfants](#).

⁸ Observations n° 12 et 14 du Comité des droits de l'enfant de l'ONU.

⁹ Règlement UE 2019/1111, art. 21 et 68.

¹⁰ Pour en savoir plus : Institut du droit de la famille & du patrimoine, [L'audition amiable des enfants](#).

Tout avocat mandaté, tout médiateur missionné, en vue d'un conflit ou litige concernant un enfant devrait systématiquement proposer que le ou les enfants soient auditionnés par un auditeur neutre, si l'enfant le demande.

L'écoute des enfants est une grande source d'informations pour les parents.

« J'aime beaucoup être avec mamie le mercredi », « je ne veux pas prendre le bus on m'embête », « j'ai besoin de voir mon chien », « le déménagement c'était cool, surtout quand on a porté le poisson rouge », « une semaine chacun c'est bien parce que quand je dis au revoir à maman je sais que je la revois dans une semaine et que personne n'est triste », « je ne vois plus jamais papa/maman seul sans son nouveau copain/sa nouvelle copine », « le fils/la fille de mon beau-père m'embête », « comme la pension n'est pas payée, je ne peux pas choisir les études que je veux faire », « ce que je voudrais vraiment ? Que papa et maman arrêtent de se disputer, surtout devant moi », etc.

Une mine d'informations vivantes au soutien des parents confrontés aux choix à faire entre les options possibles. Un éclairage sur la vie de famille qui aide à abaisser les tensions et donc, les litiges.

Un processus sécurisé par la formation de l'auditeur, et le cadre du dispositif d'audition retracé par la Charte de déontologie des auditeurs d'enfants¹¹ élaborée par l'IDFP et la FLD.

Recevoir et écouter l'enfant dans des conditions adaptées, c'est remettre l'église au milieu du village... Un maillon central pour la justice amiable.

L'intérêt supérieur de l'enfant ? C'est que ses parents ne se fassent pas de procès !

*** Le juge, c'est celui qui prend les décisions lorsque l'amiable ne peut aboutir, totalement ou partiellement. Il est le garant de l'équilibre et de la sécurité des accords, dès lors que l'intervention des avocats et/ou médiateur seuls ne suffit pas.**

Le juge éclaire les parties en donnant la règle lorsque la confrontation des points de vue ne s'épuise pas en une décision commune.

Il fixe le cadre lorsque la solution demeure difficile à cerner ou à accepter pour l'une ou l'autre des parties.

Il protège les enfants en les écoutant, ou en les faisant écouter.

Il cherche la vérité, la justesse et la justice et s'efforce de les rendre dans ses décisions.

Il libère les personnes de leur dispute en y mettant un terme grâce à son autorité. Cela leur permet de reprendre leur route, sur un socle qu'ils n'auront pas choisi, mais qui représentera l'état du droit.

Surtout, il incite et, bientôt, procède aux rapprochements. Par cette audience de règlement amiable, le juge retrouvera son office de conciliateur. Il retrouvera de la proximité avec les justiciables.

Souhaitons que ce nouvel espace amiable puisse voir se jouer de beaux accords, menés par un quatuor harmonieux et solidaire.

¹¹ Pour recevoir une copie de la Charte, écrire à institut@institut-dfp.com.