

Thèse de Doctorat

Nicolas Rafin

*Mémoire présenté en vue de l'obtention
du grade de Docteur de l'Université de Nantes
Sous le label de l'Université Nantes Angers Le Mans*

Discipline : SOCIOLOGIE
Laboratoire : Centre Nantais de Sociologie (CENS)

Soutenue le 16 Novembre 2012

École doctorale : DROIT, ECONOMIE-GESTION, SOCIÉTÉS, TERRITOIRES
(ED 501)

Quand la séparation tourne à l'affrontement judiciaire ...

De l'émergence du modèle du « bon » divorce au traitement judiciaire
des séparations conflictuelles

JURY

Rapporteurs : **M. Benoît BASTARD**, Directeur de recherche au CNRS.
M. Claude MARTIN, Directeur de recherche au CNRS.

Directeur de Thèse : **M. Stéphane BEAUD**, Professeur de sociologie, Ecole Normale Supérieure (Ulm).

Examineurs : **Mme Céline BESSIERE**, Maître de Conférences en sociologie, Paris-Dauphine.
M. Jean-Noël RETIERE, Professeur de sociologie, Université de Nantes.

Remerciements

Cette thèse n'aurait certainement pu aboutir sans l'aide, le soutien ou l'accord de nombreuses personnes et institutions. Je tiens ici à les remercier et à leur exprimer toute ma reconnaissance.

Mes premiers remerciements vont à Stéphane Beaud qui a accepté de diriger ma thèse alors que les contours de celle-ci n'étaient que très partiellement définis. Ses conseils pour investir ce terrain de recherche bien particulier et m'y positionner en observation participante m'ont été précieux. Durant ces années, j'ai pu apprécier sa confiance, et ses différents commentaires que ce soit au moment de l'enquête ou dans le travail de rédaction de la thèse.

Je tiens ici exprimer toute ma gratitude à Jean-Noël Retière, sans qui, cette thèse n'aurait certainement pu arriver à son terme. Ses nombreux conseils et encouragements ont été décisifs. Je le remercie pour ses propositions d'orientation ou de réorientation méthodologique et théorique. Il a été pour moi un véritable guide toujours disponible et rigoureux.

Je remercie les membres du Centre nantais de Sociologie (CENS) – chercheurs et doctorants – pour leurs conseils et commentaires lors de séminaires et manifestations organisés par le laboratoire et lors d'échanges plus informels. Je remercie tout particulièrement Estelle d'Halluin et Gérald Houdeville pour leur disponibilité, leurs commentaires avisés, leurs relectures et plus généralement, leurs encouragements et leur soutien amical. Pareillement, je dois beaucoup à Pascale Moulévrier, Christophe Lamoureux, Frédéric Mollé, Fabienne Laurieux, Marie Charvet et Christian Vogels pour leurs divers et précieux conseils et surtout pour leur soutien indéfectible. J'aimerais également remercier Philippe Masson et Gilles Lazuech pour leur relecture et leurs critiques constructives. Un sincère merci à Annie Collovald qui a été attentive à ce que je puisse achever cette thèse dans de bonnes conditions.

Si je ne peux tous les citer ici, je souhaite adresser mes remerciements à l'ensemble de l'équipe pédagogique et aux différents personnels administratifs de l'UFR de sociologie pour leur disponibilité et leurs conseils notamment sur le plan pédagogique. Je remercie très chaleureusement Claudine Fourier, Jacqueline Guilbaudeau, Isabelle Samson, Sylvie

Guionnet, Johanne Palomba, Sandrine Pafadnam et Richard Juin qui ont directement contribué à mon intégration et à ma socialisation professionnelles.

Cette thèse doit également aux échanges et collaborations avec les doctorants et jeunes docteurs du *Cens*. Pour nos discussions approfondies et leurs marques d'amitié, je tiens à remercier sincèrement Jean-Philippe Tonneau, Virginie Grandhomme et Claire Lemêtre.

Cette enquête en milieu judiciaire n'aurait pas été possible sans l'accord de Maître Durand¹, d'utiliser l'entrée par son Etude d'avoué à la Cour pour m'immerger dans ce monde judiciaire si particulier qu'est une Cour d'appel. Qui plus est, il a facilité mon travail d'investigation en me « mettant en relation » avec les acteurs clefs de la régulation judiciaire d'appel et en « m'intronisant » dans des espaces professionnels et judiciaires a priori peu accessibles. Mes remerciements vont également à Monsieur Dulac, Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel et aux différents greffiers de la Chambre qui ont bien voulu accepter ma présence, me donner les moyens matériels de mener l'enquête dans leurs bureaux et de répondre à mes multiples questions. Pour avoir accepté d'ouvrir les portes de leurs audiences ou de leurs cabinets à l'observation sociologique, j'adresse des remerciements à Cécile Loyau et Claire Poisson, juges aux affaires familiales ainsi qu'à Maîtres Giraud et Gandon, avocates. Plus généralement, je remercie tous les acteurs judiciaires et extrajudiciaires (magistrats, avocats, avoués, collaboratrices d'avoués, experts judiciaires, enquêteurs sociaux, médiateurs familiaux) qui ont participé à l'enquête en m'accordant un entretien ou de consulter leurs archives.

Dans cette suite de remerciements, je ne peux oublier mes « collègues » de travail à l'Etude (secrétaires et collaboratrices d'avoué), notamment Nicole et Anne-Laure, qui non seulement m'ont donné les « ficelles » du métier d'« employé aux écritures » mais m'ont également fourni de précieuses clefs de lecture, chacune de leur point de vue, des rouages judiciaires des procès en appel.

Je ne peux pas terminer ces remerciements sans exprimer ma gratitude à toutes les femmes et tous les hommes sortant d'une épreuve judiciaire et pour certains, encore engagés dans un combat judiciaire, qui ont accepté de me présenter leurs trajectoires conjugale et judiciaire dans le cadre d'entretiens ou d'échanges plus informels.

Enfin, je remercie tout particulièrement mes proches et notamment : mes parents qui ont toujours su trouver les mots pour m'accompagner et me soutenir dans ce parcours de

¹ Ayant choisi de rendre anonyme tous les enquêtés et tous les acteurs de l'enquête, je ne peux les remercier avec leur véritable nom.

recherche, Amandine pour son soutien linguistique et littéraire, et, Laure, pour sa confiance, son écoute, sa patience, son soutien de tous les instants, ses relectures systématiques de mes différents travaux et surtout, pour tout ce que nous partageons.

Table des matières

Remerciements	5
Tables des matières	9
Tables des illustrations	17
Lexique	19
Introduction :	21
1. Saisir les désordres conjugaux et parentaux échappant au modèle du « bon divorce »	25
1.1. <i>Les différentes formes de la désunion et l'émergence d'un modèle civilisé de dissociation conjugale</i>	26
1.2. <i>Le traitement des séparations et de leurs conséquences par une Cour d'appel</i>	28
1.3. <i>L'affrontement judiciaire au sein d'un territoire caractérisé par des comportements conjugaux et familiaux traditionnels</i>	32
2. Enquêter sur des conflits judiciaires d'ordre privé	35
2.1. <i>Devenir assistant juridique pour enquêter sur les contentieux conjugaux : le sociologue entre secret de l'instruction et impératifs scientifiques</i>	36
2.1.1. <i>Participer aux pratiques observées : entre engagement et distanciation</i>	37
2.1.2. <i>Enquêter en situation de crise</i>	39
2.1.3. <i>Les vicissitudes de la négociation de l'enquête</i>	39
2.1.4. <i>La production des matériaux de recherche</i>	40
2.2. <i>La construction d'un dispositif d'enquête dans un triple jeu de contraintes</i>	45
2.2.1. <i>Les limites imposées par les règles des professions judiciaires</i>	45
2.2.2. <i>Le sociologue et la vie privée des personnes enquêtées</i>	47
2.2.3. <i>Les ressorts des personnes sollicitées face à la situation d'entretien</i>	48
2.3. <i>Les stratégies de recherche pour mener l'enquête</i>	52
2.3.1. <i>L'empathie comme mode relationnel</i>	53
2.3.2. <i>Articuler les temps de l'enquête avec les temps judiciaires</i>	53
2.3.3. <i>Contrôles et usages de l'information</i>	54
PREMIERE PARTIE. Du divorce stigmatisé au modèle de séparation consensuelle	59
Chapitre 1. La production du droit des contentieux conjugaux : enjeux sociaux, juridiques et politiques	65
1. L'Ancien Régime : l'Eglise et l'Etat monarchique face aux conflits conjugaux	66
1.1. <i>L'Eglise et L'Etat face au traitement de l'indissolubilité du mariage</i>	66
1.2. <i>Maintenir l'ordre familial et l'ordre social</i>	68
1.3. <i>Le rôle croissant de l'Etat dans la gestion des contentieux conjugaux</i>	70

2. Le droit révolutionnaire ou l'entrée dans la modernité conjugale	71
2.1. La régénération des règles juridiques en matière familiale	72
2.2. Les divorces pendant la Révolution Française	74
3. Vers la restauration de l'indissolubilité du mariage	77
3.1. Le Code Civil au service du retour à l'autorité patriarcale	77
3.2. Oublier le droit révolutionnaire	79
4. Un siècle de mariage indissoluble : les luttes politiques des divorciaires au XIXe siècle	80
4.1. Les séparations de corps comme seul recours	80
4.2. Les conditions sociales et politiques de la réintroduction du divorce en 1884	81
4.3. Le long parcours et les compromis d'Alfred Naquet pour réintroduire le divorce	84
4.4. La production de la loi du 27 Juillet 1984 : entre attentes sociales et compromis politique	86
4.5. Un divorce calqué sur le modèle de 1804	89
5. 1884-1975, la libéralisation du droit du divorce en question	90
5.1. L'introduction du divorce par palier	91
5.2. L'assouplissement progressif des conditions juridiques	93
5.3. Les juristes face à la question du divorce par consentement mutuel	95
5.4. Le débat opposant les leplaysiens et les durkheimiens sur le divorce	97
6. La production du droit contemporain en matière de dissociations conjugales	101
6.1. Evolution des mœurs conjugales à l'orée de la refonte du droit de la famille	101
6.1.1. Un contexte social favorable à la libéralisation du divorce	102
6.1.2. Les pratiques du divorce selon les catégories socioprofessionnelles	104
6.1.3. La terre et la religion : deux remparts à la diffusion du divorce	106
6.1.4. Les pratiques du divorce du point de vue des acteurs judiciaires	107
6.2. L'introduction du pluralisme juridique	111
6.3. La figure de Jean Carbonnier dans la production du nouveau droit de la famille	117
6.4. Les divorces et la pratique des tribunaux suite à la réforme de 1975	119
6.4.1. Les attributions du nouvel « homme orchestre » du divorce, le juge aux affaires matrimoniales	120
6.4.2. Vers un changement de modèle : du divorce pour faute au divorce par consentement mutuel	122
Chapitre 2. « Se séparer en bonne intelligence, en parents responsables », l'édification d'un modèle de séparation conjugale consensuelle	129
1. Les transformations de la régulation judiciaire face aux mutations des dissociations conjugales	130
1.1. Le recours aux experts pour codifier les nouvelles configurations conjugales et familiales	133
1.2. Les modifications juridiques en matière de dissociations conjugales ou la privatisation du divorce	137
1.3. La construction du modèle de la « bonne séparation »	143
1.4. Le développement de la conciliation et de la médiation comme modes alternatifs de régulation judiciaire	147
1.4.1. L'institutionnalisation de la conciliation et de la médiation parmi les pratiques judiciaires	147
1.4.2. La difficile diffusion de la médiation familiale	152

2. Les acteurs judiciaires au service du modèle de la « bonne séparation »	156
2.1. <i>Les magistrats face à la redéfinition de leurs rôle et fonction</i>	156
2.1.1. La promotion de la conciliation par les juges aux affaires familiales	157
2.1.2. La formation des magistrats à la conciliation	163
2.1.3. L'engagement sous conditions des magistrats pour la déjudiciarisation des contentieux conjugaux	167
2.2. <i>Les avocats, au croisement de multiples intérêts</i>	171
2.2.1. Les « jaffettes » face au modèle de la séparation consensuelle et autorégulée	172
2.2.2. L'évolution du rôle de l'avocat dans le processus de conciliation et de médiation conjugale	178
2.2.3. Les contours d'un nouveau marché à défendre	183
Chapitre 3. Les justiciables face aux injonctions à l'autorégulation conjugale	187
1. Déjudiciarisation des contentieux conjugaux et judiciarisation des contentieux parentaux	188
1.1. <i>Pluralisme juridique et hiérarchie sociale des types de divorce dans les années 2000</i>	188
1.2. <i>La protection de l'intérêt de l'enfant comme limite à la déjudiciarisation des contentieux conjugaux</i>	199
1.3. <i>Les enjeux contemporains de la régulation judiciaire des contentieux conjugaux</i>	204
2. La difficile traduction judiciaire de certains conflits conjugaux et parentaux	208
2.1. <i>Distinguer le litige du conflit : configurer la séparation en procès</i>	209
2.1.1. Les structures du procès devant le juge aux affaires familiales au service de la paix familiale ?	210
2.1.2. Les limites du procès pour réguler le conflit conjugal	213
2.2. <i>La difficulté pour traduire juridiquement les modalités de la séparation</i>	220
2.2.1. L'enjeu du premier entretien avec l'avocat	220
2.2.2. Le poids de l'histoire conjugale et familiale dans la construction de la requête en justice	222
2.3. <i>Des couples engagés dans un combat judiciaire toujours attachés à l'autorégulation conjugale</i>	228
2.4. <i>Les procédures d'appel ou l'échec de l'autorégulation conjugale ?</i>	232
DEUXIEME PARTIE. Le passage devant la Cour d'appel : De la mise à distance des justiciables à la structuration de l'affrontement judiciaire	237
Chapitre 4. Les modalités et les enjeux de l'entrée dans un procès en appel	243
1. Les logiques sociales et judiciaires au fondement de la décision de « faire appel »	244
1.1. <i>Les « origines » judiciaires des couples engagés dans un procès en appel</i>	246
1.1.1. La matérialité des décisions dont appel	246
1.1.2. La diversité des origines procédurales des justiciables	248
1.1.3. Les effets de la transformation de la régulation judiciaire du divorce sur les contours du contentieux en appel	251
1.2. <i>La décision d'interjeter appel : l'avocat comme initiateur et comme filtre</i>	254
1.2.1. Des avocats aux pratiques limitatives en matière d'appel, au nom de la paix familiale	256
1.2.2. Des avocats donnant à leur client les clefs de la décision	258
1.2.3. Des avocats instigateurs des procédures d'appel	260

1.3. <i>Le transfert de l'affaire à l'avoué près la Cour</i>	261
1.3.1. Les enjeux de la codification de l'engagement dans une procédure d'appel	262
1.3.2. Le mandat indirect donné aux avoués par les avocats	267
1.3.3. Le mandat direct donné aux avoués par les justiciables	269
2. Les enjeux socialement différenciés des procès en appel	274
2.1. <i>Les différents objets du conflit judiciaire devant la Cour d'appel</i>	274
2.2. <i>Les combats judiciaires autour de la prise en charge des enfants</i>	276
2.2.1. Les « prix » de l'enfant dans les milieux populaires	277
2.2.2. Les classes moyennes et l'investissement éducatif des pères	279
2.2.3. Les effets de la recomposition et les nouveaux besoins des enfants	282
2.3. <i>Les enjeux financiers et d'honneur des procès opposant des couples sans enfant en charge</i>	285
2.3.1. La conflictualité des séparations des agriculteurs et des « petits » indépendants intervenant en fin de carrière parentale	285
2.3.2. Les couples hétérogames arrivant à la retraite	288
2.4. <i>Des procès en appel aux enjeux entremêlés</i>	291
2.4.1. Le combat judiciaire des femmes victimes de violences conjugales	291
2.4.2. L'affrontement judiciaire total	294
Chapitre 5. L'avoué près la Cour comme pivot du procès en appel	297
1. Organisation, statut et rôles de la profession d'avoué près les Cours d'Appel	298
1.1. <i>L'histoire de la profession des avoués : entre Etat et Marché</i>	299
1.2. <i>Les caractéristiques du mandat des avoués près les Cours d'appel</i>	302
1.3. <i>Morphologie sociale d'une compagnie d'avoués près d'une Cour d'appel</i>	303
2. La position de l'avoué dans le procès en appel ou la double mise à distance des justiciables ?	309
2.1. <i>L'avocat comme interlocuteur privilégié de l'avoué</i>	310
2.1.1. Une division du travail sur la base de compétences orales et écrites	311
2.1.2. Les avocats : le « véritable » interlocuteur du justiciable	315
2.1.3. Une relation sous tension : la division du travail de conseil remise en cause	320
2.2. <i>Le seul conseil vers lequel se tournent les magistrats</i>	324
2.2.1. Une collaboration étroite et exclusive au service d'une « bonne » instruction des procès en appel	324
2.2.2. L'ambivalence du rôle de l'avoué : entre collaborateur du juge et représentant du justiciable	330
2.2.3. L'ajustement des pratiques professionnelles des avoués aux caractéristiques socioprofessionnelles des magistrats	332
2.3. <i>L'avoué et son client : une relation difficile à construire</i>	336
2.3.1. La double mise à distance des justiciables en appel	337
2.3.2. Les qualités et ressources des justiciables pour accéder à l'avoué et participer à la construction de leur affaire	346
Chapitre 6. Le caractère imposé de la régulation judiciaire en appel	353
1. L'écrit au centre de la régulation judiciaire en appel	355
1.1. <i>Le papier au centre des échanges entre les acteurs du procès</i>	356
1.2. <i>La fabrique des conclusions d'appel</i>	362
1.3. <i>Le mode écrit de l'intervention des magistrats en appel</i>	370
2. La relégation au second plan des phases orales de la procédure d'appel	374
2.1. <i>Le maintien d'une audience en cabinet</i>	374
2.2. <i>Une audience aux enjeux limités pour tous les justiciables ?</i>	377
2.2.1. Les caractéristiques des dossiers « déposés » à l'audience	378
2.2.2. La distribution des rôles à l'audience de la Cour	380

2.3. <i>Sélection et intérêt(s) à la sélection des justiciables « méritant » d'assister aux audiences</i>	382
3. Une procédure qui dure. La structuration des temps judiciaires pour désamorcer le conflit	387
3.1. <i>Temporalités judiciaires et temporalités ordinaires</i>	388
3.2. <i>Les enjeux de maîtrise du temps judiciaire : l'exemple de la Conférence de mise en état</i>	392
3.3. <i>Accélération et décélération du temps judiciaire</i>	395
4. En appel, la cristallisation des positions des parties au procès	399
4.1. <i>La quasi-disparition des pratiques de médiation familiale en appel</i>	400
4.2. <i>L'inflation des mesures d'instruction devant la Cour d'appel</i>	402
TROISIEME PARTIE. La régulation judiciaire des séparations conflictuelles	407
Chapitre 7. Le traitement des comptes de la séparation	411
1. Les « questions d'argent » au centre de l'affrontement judiciaire	412
1.1. <i>Les différents aspects de « l'argent du divorce »</i>	414
1.1.1. Les moyens présentés par les divorçants devant la Cour d'appel	415
1.1.2. L'âge et le niveau de revenu des justiciables comme facteurs décisifs	416
1.2. <i>La cristallisation du conflit financier des concubins autour du montant de la pension alimentaire</i>	420
1.2.1. Les enfants au centre du procès en appel des concubins	420
1.2.2. Une population de concubins plus jeune et plus homogène socialement	421
1.3. <i>La rupture avec l'idéal d'un argent neutre</i>	425
2. Les stratégies des justiciables et de leurs conseils pour dresser les comptes de la séparation	430
2.1. <i>L'affrontement judiciaire autour de la pension alimentaire : « budget de l'enfant » versus « coût de l'enfant »</i>	432
2.1.1. Les parents non gardien et le « budget de l'enfant »	433
2.1.2. Les parents gardiens et le « coût de l'enfant »	435
2.2. <i>La fixation de la prestation compensatoire : mesure l'investissement dans la sphère domestique des deux ex-conjoints</i>	437
2.2.1. L'articulation d'une demande de prestation compensatoire avec les comportements fautifs des conjoints	438
2.2.2. Les stratégies argumentatives des débiteurs de prestation compensatoire	440
2.2.3. La défense des créditrices : mesurer l'impact de l'investissement domestique sur une potentielle carrière professionnelle	441
2.3. <i>Les autres dimensions de l'argent de la séparation</i>	443
2.3.1. Les demandes de dommages et intérêts présentés par les « divorçants pour faute »	444
2.3.2. L'enjeu de la prise en charge des frais de justice	454
3. Les fondements de la régulation judiciaire pour solder les comptes de la séparation	459
3.1. <i>La fixation des pensions alimentaires : assurer la contribution du père ... maintenir un niveau de vie</i>	459
3.1.1. Les taux de réponse aux demandes de contribution alimentaire pour les enfants	460
3.1.2. L'hétérogénéité des montants des pensions alimentaires fixées par la Cour	464
3.1.3. Le marquage socialement différencié des pensions alimentaires opéré par les juges	465

3.2. <i>La fixation des prestations compensatoires : le coût du mariage en question</i>	469
3.2.1. Les réponses chiffrées aux demandes de prestation compensatoire	469
3.2.2. Des décisions des juges d'appel renforçant les inégalités entre les créditrices des prestations compensatoires	471
3.2.3. Nivelier les niveaux de vie des ex-conjoints au détriment de l'investissement domestique de l'épouse	476
3.3. <i>Les dommages et intérêts et les frais de justice : les dimensions morales de l'argent de la séparation</i>	479
3.3.1. Le maintien d'une politique judiciaire restrictive en matière de dommages et intérêts	479
3.3.2. La prise en charge du coût du procès : « fortune et infortune de la femme séparée »	481
Chapitre 8. Les acteurs judiciaires des procès en appel face aux désordres parentaux	487
1. <i>L'enfant comme objet de l'affrontement judiciaire de ses parents</i>	489
1.1. <i>Les prises en charge matérielle et relationnelle de l'enfant</i>	490
1.2. <i>La différenciation sociale des affrontements judiciaires chez les parents mariés et concubins</i>	493
1.2.1. Type de lien conjugal et type de conflit parental	493
1.2.2. Un conflit judiciaire intervenant plus tôt dans la carrière parentale des concubins	495
1.2.3. La précarité des situations socioéconomiques des concubins	498
1.3. <i>Les traductions judiciaires déployées pour qualifier les relations parents-enfants</i>	502
1.3.1. La recomposition des relations parents-enfants au cœur du débat judiciaire	503
1.3.2. La mise en perspective des « compétences » et « carences » parentales dans les écritures d'appel	504
1.3.3. Le « lissage » du conflit parental opposant les couples à fortes ressources culturelles et économiques	506
1.3.4. La présentation d'un conflit parental cristallisé en milieu populaire	510
2. <i>Les juges d'appel garants de l'intérêt de l'enfant et des normes de « bonne parentalité »</i>	527
2.1. <i>Les conceptions de l'intérêt de l'enfant et de la parentalité portées par les juges d'appel</i>	528
2.1.1. La norme de coparentalité comme principale dimension de l'intérêt de l'enfant	528
2.1.2. Proposer un environnement stable à l'enfant	530
2.1.3. Protéger l'enfant en « danger »	533
2.2. <i>Une nouvelle pratique judiciaire en question : auditionner les enfants quand les parents se séparent</i>	534
2.2.1. L'audition de l'enfant : un nouvel exercice pour les magistrats ?	535
2.2.2. Les juges face à la parole de l'enfant et à l'affrontement judiciaire des parents	538
2.3. <i>Les différentes formes de régulation des juges d'appel pour remettre en ordre les relations parentales</i>	546
2.3.1. D'un rappel à la norme de coparentalité aux parents des classes supérieures et des classes moyennes ...	547
2.3.2. ... A une codification scrupuleuse de la (co-)parentalité pour les couples de milieu populaire	555
Conclusion.	571
1. <i>Les exigences et les enjeux du modèle de la séparation autorégulée</i>	573
2. <i>La régulation judiciaire en appel : de la mise à distance des justiciables à l'imposition de la décision</i>	575
3. <i>L'inégalité des ressources des justiciables face à l'épreuve judiciaire</i>	577

4. L'étape ultime d'un conditionnement socio-judiciaire visant à la production d'un « ethos familial civilisé »	580
Bibliographie	583
Annexes	597
<i>Tables des annexes</i>	599
<i>Annexe 1. Eléments méthodologiques</i>	601
<i>Annexe 2. Bref historique des dispositifs juridiques fondamentaux en matière de désunion</i>	614
<i>Annexe 3. Le cadre juridique du divorce sous le Code Civil de 1804</i>	616
<i>Annexe 4. La procédure de divorce issue de la loi du 27 Juillet 1884</i>	619
<i>Annexe 5. Les différentes procédures de divorce entérinées par la Loi du 11 Juillet 1975</i>	620
<i>Annexe 6. Nouvelles saisines par année des juridictions civiles pour des contentieux ayant trait à l'autorité parentale (2004 à 2008)</i>	625
<i>Annexe 7. Exemples de décisions judiciaires ayant fait l'objet d'une procédure d'appel selon le statut du couple (mariés, concubins, divorcés ou séparés)</i>	626
<i>Annexe 8. Carte judiciaire des Cours d'Appel en France métropolitaine</i>	629
<i>Annexe 9. Tableau synoptique des Etudes d'avoué et fiches biographiques des avoués affiliés à la Compagnie de la Cour d'appel</i>	630
<i>Annexe 10. Exemples de traitement judiciaire d'affaires ayant pour objet la fixation d'une contribution alimentaire pour l'entretien et l'éducation des enfants</i>	631

Table des illustrations

Table des tableaux

Tableau 1 :	Divorces directs, séparations de corps et conversions de séparations en divorces	92
Tableau 2 :	Evolution du nombre des divorces par type de procédure : 1976-2001	123
Tableau 3 :	Les modalités de clôture des procédures liées à une séparation devant la Cour d'appel	232
Tableau 4 :	Répartition des types de décision faisant l'objet d'une révision devant la Chambre familiale de la Cour d'appel	250
Tableau 5 :	Répartition des décisions dont appel devant la chambre familiale de la Cour d'appel avant et après la réforme du divorce	251
Tableau 6 :	Répartition des affaires en appel selon le type de procédure de divorce	253
Tableau 7 :	Représentation des parties par un avocat devant la Cour d'appel selon le type d'union des parties	255
Tableau 8 :	Représentation par un avocat devant la Cour d'appel des justiciables selon qu'ils sont bénéficiaires ou non de l'aide juridictionnelle	270
Tableau 9 :	Représentation par un avocat devant la Cour d'appel selon le sexe du justiciable	271
Tableau 10 :	Représentation par un avocat devant la Cour d'appel selon le groupe socioprofessionnel du justiciable	272
Tableau 11 :	Part des différents moyens soulevés devant la Cour d'appel	275
Tableau 12 :	Composition en effectif des compagnies d'avoués	304
Tableau 13 :	La révision des décisions de première instance devant la Cour d'appel	326
Tableau 14 :	Répartition géographique de la clientèle de l'Etude de Maître Durand	340
Tableau 15 :	Composition sociale et sexuée des Etudes d'avoués de la Compagnie	341
Tableau 16 :	Nombre moyen de pièces versées aux débats devant la Cour d'appel par les femmes selon leur PCS	360
Tableau 17 :	Les moyens d'appel présentés par les divorçants devant la Cour d'appel	415
Tableau 18 :	Les moyens soulevés en appel par les parties selon la catégorie d'âge du conjoint	416
Tableau 19 :	Les moyens soulevés en appel selon le niveau de revenu du conjoint	417
Tableau 20 :	La procédure de divorce initialement engagée par les divorçants selon le niveau de revenu déclaré du conjoint	419
Tableau 21 :	Les moyens d'appel présentés par les (ex-)concubins devant la Cour d'appel	421
Tableau 22 :	Structure des populations « divorçante » et « concubine » devant la Cour d'appel selon la catégorie socioprofessionnelle de l'homme	422
Tableau 23 :	Structure des populations « divorçante » et « concubine » devant la Cour d'appel selon la catégorie socioprofessionnelle de la femme	423
Tableau 24 :	Taux de réponse des juridictions d'appel et de 1 ^{ère} instance à une demande de contribution alimentaire selon la PCS du parent non gardien	461
Tableau 25 :	« Revenu mensuel moyen » et « disponible mensuel moyen » selon la PCS du père débiteur d'une pension alimentaire	463
Tableau 26 :	Contribution alimentaire moyenne par enfant fixée en première instance et devant la Cour d'appel selon la PCS du père débiteur	465
Tableau 27 :	Résultat du procès d'appel concernant une demande de réformation de la prestation compensatoire selon le membre du couple à l'origine du procès en appel	471
Tableau 28 :	Age moyen des justiciables pour lesquels une demande de prestation compensatoire fait l'objet du procès d'appel selon leur PCS	473
Tableau 29 :	Montant moyen des prestations compensatoires (en argent) fixé par la Cour d'appel selon la PCS de la créditrice ou du débiteur	475

Tableau 30 :	Résultat du procès d'appel concernant une demande de réformation de la prestation compensatoire selon le niveau de revenu de la créditrice	476
Tableau 31 :	Les décisions de la Cour d'appel concernant la prise en charge des dépens selon la PCS du conjoint	482
Tableau 32 :	Les montants des condamnations des juges d'appel au titre de l'article 700 du C.P.C. selon la PCS de l'homme condamné	484
Tableau 33 :	Les moyens d'appel présentés devant la Cour d'appel dans les procès ayant pour objet la prise en charge des enfants	491
Tableau 34 :	L'objet de l'affrontement judiciaire en appel des parents initialement mariés ou concubins	494
Tableau 35 :	L'âge du plus jeune enfant des couples mariés et concubins s'affrontant devant la Cour d'appel	496
Tableau 36 :	Le nombre d'enfants des couples mariés et concubins s'affrontant devant la Cour d'appel	497
Tableau 37 :	Catégorie socioprofessionnelle des ex-concubins et des divorçants engagés dans un procès devant la Cour d'appel	499
Tableau 38 :	Niveau de revenu des ex-concubins et des divorçants engagés dans un procès devant la Cour d'appel	500
Tableau 39 :	Les moyens soulevés dans les procès en appel ayant pour objet la prise en charge des enfants selon le niveau de revenu du père	501
Tableau 40 :	Le traitement des demandes de modification de la résidence des enfants par les juges d'appel	532
Tableau 41 :	La fixation du lieu de résidence de l'enfant par les juges de première instance et par les juges d'appel selon la classe sociale du père	553
Tableau 42 :	Les mesures d'instruction entérinées par les juges de première instance ou les juges d'appel selon la classe sociale du père	554

Table des figures :

Figure 1 :	Taux de divortialité (‰) dans les départements en 2006-2008	34
Figure 2 :	Nombre de mariages, de divorces et de remariage de divorcés. France 1966-1979	102
Figure 3 :	Les procédures de divorce en France suite à la Loi du 11 Juillet 1975	116
Figure 4 :	Les procédures de divorce en France suite à la Loi du 26 Mai 2004	140
Figure 5 :	Les principales nouveautés entérinées par la réforme du divorce de 2004	141
Figure 6 :	Représentation des femmes au sein des promotions de l'ENM depuis 1984	158
Figure 7 :	Les treize capacités fondamentales du magistrat à acquérir	164
Figure 8 :	Pole de formation « communication judiciaire »	165
Figure 9 :	Evolution des divorces par type de 1996 à 2007	190
Figure 10 :	Répartition par année des types de divorce entre 1996 et 2007	191
Figure 11 :	Evolution de la durée moyenne des divorces par type entre 1996 et 2007	192
Figure 12 :	Part des divorces avec aide juridictionnelle selon le type de divorce en 2007	198
Figure 13 :	Les voies de recours devant la Chambre familiale de la Cour d'appel	250
Figure 14 :	La configuration relationnelle judiciaire du procès en appel	351
Figure 15 :	Le découpage temporel du procès d'appel	390
Figure 16 :	Document de travail visant à codifier le budget des justiciables d'une collaboratrice d'avoué à la Cour, spécialiste des affaires familiales.	431

Lexique

Cigle	Définition
A.E.M.O.	Action Educative en Milieu Ouvert
A.J.	Aide Juridictionnelle
A.J.A.	Association nationale des Jeunes Avoués près les Cours d'Appel
A.N.P.A.N.S.	Association Nationale des Personnels d'Avoués Non Syndiqués
A.P.M.F.	Association pour la Promotion de la Médiation Française
A.S.F.	Allocation de Soutien Familial
B.A.J.	Bureau d'Aide Juridictionnelle
C.A.	Cour d'Appel
C.A.F.	Caisse d'Allocations Familiales
C.C.	Code Civil
C.I.D.E.	Convention Internationale des Droits de l'Enfant
C.P.C.	Code Procédure Civile
E.N.M.	Ecole Nationale de la Magistrature
I.O.E.	Investigations et Orientations Educatives
J.A.F.	Juge aux Affaires Familiales
J.A.M.	Juge aux Affaires Matrimoniales
N.C.P.C.	Nouveau Code de Procédure Civile
O.N.C.	Ordonnance de Non Conciliation
P.A.C.S	PActe Civil de Solidarité
S.A.F.	Syndicat des Avocats de France
S.M.	Syndicat de la Magistrature
T.G.I.	Tribunal de Grande Instance
U.F.M.	Union Fédérale de la Magistrature
U.S.M.	Union Syndicale de la Magistrature

Introduction

Lors de notre première rencontre en mai 2009, Laurent, 37 ans, métreur, fils d'un plâtrier et d'une mère ayant consacré une partie de sa vie à l'éducation de ses huit enfants, se trouve engagé dans un procès devant la Chambre Familiale d'une Cour d'appel face à Claire, son ex-compagne. Claire est également issue de milieu populaire (père soudeur, mère au foyer) et d'une famille nombreuse (fratrie composée de trois frères et deux sœurs). Agée de 33 ans, elle exerce depuis une dizaine d'années la profession de secrétaire comptable. Les deux ex-concubins s'opposent quant à la fixation de la garde de leurs deux filles, Camille et Justine, âgées de 6 et 10 ans. Au moment de la séparation en septembre 2006, le couple avait convenu une forme d'accord : la cohabitation sans la conjugalité (autrement dit la pratique du *Living together apart* décrite notamment par Claude Martin pour le cas français²) jusqu'à la fin d'année scolaire des deux filles et ensuite, avec le départ de Laurent du domicile conjugal, la mise en place d'une garde alternée. Laurent explique qu'il a accepté cette cohabitation afin de permettre à Claire « d'avoir le temps de se retourner économiquement » et ressentant « une culpabilité » vis-à-vis des deux filles. Après quelques mois, ne supportant plus la cohabitation, Laurent décide finalement de laisser l'argent de la vente de la maison à Claire et de quitter le domicile conjugal le jour qui suit leur passage devant le notaire. Il réside pendant un mois chez sa sœur et s'installe à quelques kilomètres du domicile de Claire et des deux filles. Le couple pratique la résidence alternée pendant deux mois jusqu'à ce que Claire saisisse le juge aux affaires familiales pour voir ce dernier fixer la résidence des enfants à son domicile. Le juge aux affaires familiales fait droit aux demandes de Claire et fixe, pour Laurent, un droit de visite et d'hébergement classique et élargi à un mercredi sur deux. Aussitôt, le prononcé du jugement, Laurent fait appel de cette décision. Lors de cette rencontre avec Laurent à son domicile, il me soumet un document qu'il vient de rédiger pour justifier de son opposition à la décision du JAF et qu'il entend présenter dans le procès en appel. En voici, quelques extraits retranscrits en l'état :

« Si mon combat aujourd'hui est d'obtenir la résidence alternée de mes filles c'est parce que je suis d'accord sur un point avec Claire que l'important pour nos filles est de préserver un équilibre pour leur stabilité mentale entre autre.

² Martin Claude et al, « Living together apart: vivre ensemble séparés: Une comparaison France Etats-Unis », *Population*, Vol. 66, n°3-4, 2011, p647-669.

Effectivement une séparation est toujours douloureuse mais c'était la seule solution pour notre couple qui se dégradait et je comprends que Claire puisse éprouver de la haine envers moi. Ce que je déplore en revanche c'est qu'elle manipule et utilise nos deux filles pour arriver à ses fins. Quand j'entends Justine me reprocher de ne pas payer la pension alimentaire, je pense que c'est un discours que je ne devrai pas entendre de sa bouche d'autant que je l'ai toujours payée en heure et en temps (excepté celle de septembre que j'ai échelonné sur 6 mois car je ne pouvais pas payer 600 euros le même mois). D'autant que j'ai du laisser ma part sur la vente de la maison car j'ai pensé à mes filles qui avaient autant besoin de moi que de leur maman, donc je pense que je me suis fait aussi manipuler.

Je suis aussi d'accord que pour qu'une résidence alternée fonctionne il faut une relation saine et que l'on puisse gérer ensemble l'éducation des enfants au mieux. Cela suppose un dialogue entre nous. Or depuis le mois de juin 2007, la communication est très difficile puisqu'à partir du moment où je ne dis pas ou ne fais pas comme Claire le souhaite, elle stoppe la conversation [...].

Le peu de temps qui m'est accordé avec mes enfants, je le consacre entièrement avec elles en organisant des sorties telles que : week-end à la mer, piscine, restaurant, cinéma, promenades à vélo ... Et quand on est à la maison on s'occupe en faisant des jeux collectifs comme le UNO, du badminton, et bien d'autres occupations (dessin, jeux de perles, ...). Il y a également des temps calmes où l'on regarde des dessins animés, et j'apprécie également quand les filles me témoignent des marques d'affections. Et c'est peut être parce que Justine ne partage pas assez de temps avec moi qu'elle se sent rejetée. C'est vrai que le moment du repas est difficile avec Justine et qu'il n'est pas rare que je doive insister voir me fâcher pour qu'elle mange et, là, on me reproche d'être trop strict avec elle. Aussi, quand elle insulte sa sœur, je ne peux rester indifférent. Mais, je pense tout simplement éduquer mes filles. Je ne suis pas surpris que la partie adverse utilise ses événements (sans préciser dans quel contexte ça se passe) contre moi. Quand je me rappelle que leur maman me reprochait d'être trop laxiste avec les filles, je ne peux pas la laisser me juger sur la façon de m'occuper de mes enfants, alors que j'essaie simplement de les élever avec des valeurs éducatives telle que la politesse, le respect, etc.

Conscient de travailler tous les deux à temps plein, cela entraîne des journées de garde par nos entourages respectifs. Dois-je comprendre qu'elle a le droit de faire garder nos enfants comme elle le souhaite (sœur, frère, grands-parents, amis), et que moi, je ne puisse pas faire appel à ma mère ou à mes sœurs ? Alors que je fais volontairement attention à ne pas multiplier les modes de garde pour ne pas les perturber. De plus, je bénéficie de 17 jours de RTT par an, et je privilégie toujours un mercredi par mois pour partager du temps avec mes filles, faire les devoirs avec Camille (à l'exception de 2 fois depuis septembre 2007, que l'on me reproche encore, je ne pense pas que ce soit abuser). Comment peut-on remettre en cause ma disponibilité et vouloir me retirer les mercredis avec mes filles, d'autant que je me suis dégagé les mercredis comme le stipule mon employeur (attestation). »

Sans écarter de l'analyse la spécificité de cette configuration familiale (couple de jeunes concubins issus de milieux populaires avec deux enfants âgées de 6 et 10 ans) et les motifs particuliers de l'affrontement judiciaire opposant Laurent et Claire (demande de résidence alternée du père), le texte rédigé par ce justiciable permet de saisir en filigrane les caractéristiques contemporaines de la régulation socio-judiciaire des séparations. Il fait transparaître, d'une part, les contours d'un modèle normalisé des dissociations conjugales, et d'autre part, des représentations de ce que doit être le rôle d'un père ou d'une mère après une séparation. Les propos de Laurent - « *une séparation est toujours douloureuse mais c'était la seule solution pour notre couple qui se dégradait* » - s'inscrivent pleinement dans le contexte

contemporain des relations conjugales dissolubles³ où la séparation s'avère une solution perçue comme préférable notamment pour les enfants lorsque le couple rencontre de profondes difficultés. Ils révèlent également une forme d'attachement de la part de Laurent au modèle de l'individualisme conjugal valorisant le respect de l'autonomie individuelle au détriment de la pérennité du couple⁴. D'ailleurs, si le couple n'a pu s'engager que quelques mois dans la pratique du *Living Together Apart*, c'est certainement par le souhait commun de Claire et Laurent de « réussir leur divorce » en « rendant sa liberté à chacun » (sic). Le cas de ce couple donne en quelque sorte raison à l'analyse de Claude Martin expliquant que le fait de rester ensemble sans amour semble incompatible avec l'idéal du bon divorce⁵. Mais, l'idéal du divorce ou de la séparation réussi ne se limite pas au respect de l'autonomie individuelle au sein du couple se séparant. Il suppose, par ailleurs, que le couple s'accorde non seulement sur le principe de la séparation mais également sur les modalités de celle-ci en limitant l'ingérence des agents et des instances socio-judiciaires chargés de la régulation des dissociations conjugales. Il suppose encore que l'accord entériné par le couple soit praticable. De ce point de vue, l'affrontement judiciaire opposant Claire et Laurent est exemplaire en ce qu'il illustre les difficultés pratiques pour s'ajuster à cette conception d'une « bonne séparation ». Ces difficultés se concentrent le plus souvent autour de deux dimensions : le maintien des relations des deux parents avec les enfants⁶ et l'indépendance économique de la femme notamment dans les classes populaires et chez les indépendants⁷. Malgré une certaine amertume de la part de Laurent, le couple a pu résoudre l'équation du redéploiement des économies domestiques dans cette nouvelle configuration familiale (à travers notamment la vente du domicile conjugal) en amont de leur passage devant les instances judiciaires. Finalement, l'affrontement judiciaire opposant le couple se concentre autour de la prise en charge des enfants par les deux parents. Sans chercher à interpréter et à pondérer les différentes causes à l'origine de ce conflit particulier, il convient surtout de relever la manière dont Laurent justifie son engagement dans un « combat » judiciaire révélant de sa part une forme de sens juridique qui n'est pas sans rappeler l'esquisse d'un portrait de justiciable

³ Bastard Benoît, *Les démarieurs, enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, Paris, La découverte, Coll. Alternatives sociales, 2002.

⁴ Singly François de, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, Coll. 128, 1993.

⁵ Martin Claude et al, op. cit.

⁶ Cadolle Sylvie, « La transformation des enjeux du divorce. La coparentalité à l'épreuve des faits », *Informations Sociales*, 2005/2, N°122, p136-147.

⁷ Bessière Céline, Gollac Sybille (et alii), *Au tribunal des couples. Situations professionnelles des conjoints et procédures judiciaires de séparation conjugale*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, 2010.

réalisé par François Buton⁸. Le travail d'écriture de Laurent dévoile ainsi des ressources cognitives quant aux usages judiciaires de la référence à l'intérêt de l'enfant (notion au cœur de la régulation socio-judiciaire des séparations parentales) et aux critères retenus par les juges pour entériner une résidence alternée. En effet, pour justifier son engagement dans un procès en appel afin d'« obtenir la résidence alternée de ses filles », Laurent invoque dans ses écrits, de manière sous-jacente, des significations de l'intérêt de l'enfant utilisées amplement par les agents (conseils juridiques et magistrats) de la régulation judiciaire. La coparentalité (« mes filles avaient autant besoin de moi que de leur maman »), le besoin de stabilité des enfants (« l'important pour nos filles est de préserver un équilibre pour leur stabilité »), et les gages d'une « bonne moralité parentale » (« j'essaie simplement de les élever avec des valeurs éducatives telle que la politesse, le respect, etc. ») sont ainsi autant de dimensions de l'intérêt de l'enfant retenues par les conseils des justiciables et les magistrats. Les dimensions de stabilité et de moralité parentale attachées à la notion de l'intérêt de l'enfant par les acteurs judiciaires avaient d'ailleurs déjà été pointées par Irène Théry dans sa thèse en 1983⁹. Pareillement, pour voir accepter sa demande de résidence alternée devant la Cour d'appel, Laurent fait valoir des arguments dont il sait qu'ils trouveront un accueil favorable auprès des juges : le respect de la norme de coparentalité (« pour qu'une résidence alternée fonctionne il faut une relation saine et que l'on puisse gérer ensemble l'éducation des enfants au mieux » ; l'idée de maintien d'un « dialogue » parental), la stabilité scolaire des enfants permise par la proximité géographique des deux foyers parentaux, ou encore sa disponibilité auprès des enfants (« je bénéficie de 17 jours de RTT par an, et je privilégie toujours un mercredi par mois pour partager du temps avec mes filles »). A travers ce travail argumentatif s'esquisse une sorte de modèle du « bon parent » (ici, du « bon père ») de l'après-divorce ou de l'après-séparation : ce parent est stable et sécurisant, organisé et ponctuel, disponible à l'enfant et totalement autonome : c'est le parent qui n'a besoin de rien, écrit à ce propos Irène Théry¹⁰. Il est préférable d'ailleurs qu'il ne précise pas solliciter les grands-parents (« je ne peux pas faire appel à ma mère ou à mes sœurs ») alors que l'on sait l'importance du réseau familial comme

⁸ Buton François, « Le droit comme véhicule. Portrait sociologique d'un justiciable », in Israël Liora, Sacriste Guillaume, Vauchez Antoine et Willemez Laurent (dir), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, PUF, Coll. CURAPP, 2005, p.127-144.

⁹ Théry Irène, *La référence à l'intérêt de l'Enfant dans la modification du droit de garde après le divorce*, Thèse de 3^e cycle en Démographie (Sous la Direction de Louis Roussel), Université Paris V-René Descartes, 1983.

¹⁰ Théry Irène, « La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés », in Bourguignon Odile, Rallu Jean-Louis et Théry Irène, *Du divorce et des enfants*, Travaux et documents de l'Ined, Cahier n°111, Paris, PUF, 1985.

source d'entraide et de soutien¹¹. Surtout, il n'instrumentalise pas les enfants dans le conflit qui l'oppose à l'autre parent. Preuve du respect de la coparentalité, le « bon parent non gardien » ne rechigne pas à payer la pension alimentaire et « verse en temps et en heure » cette contribution à l'entretien et l'éducation des enfants malgré la fragilité de certaines économies domestiques.

Finalement, si ce type de demande (résidence alternée) et ce mode d'implication ou d'engagement dans un combat judiciaire ne sont pas spécifiquement représentatifs des affrontements judiciaires observés notamment en milieux populaires, le document rédigé par ce justiciable a pour intérêt de pointer les aspects saillants des débats judiciaires opposant les couples s'écartant de l'idéal de la bonne séparation. Le conflit opposant ici Laurent et Claire doit ainsi conduire à nous interroger sur l'envers du modèle de séparation autorégulée. Cette nouvelle norme d'individu autonome autorégulé est aussi porteuse de frustrations et de tensions du fait de l'inégal¹² accès à ce modèle lequel est, en effet, loin d'être valable pour tous les couples contemporains. Il est, dès lors, nécessaire de réintroduire dans l'analyse les différents types de contraintes (sociales, économiques, professionnelles, matérielles, juridiques, etc.) pesant sur les situations des justiciables amenés à s'engager dans un « combat » judiciaire.

1. Saisir les désordres conjugaux et parentaux échappant au modèle du « bon divorce »

Le travail d'investigation que j'ai engagé en 2005 vise à rendre compte du traitement judiciaire des dissociations conjugales s'écartant du modèle autorégulé et déchargé des contraintes institutionnelles. Cette recherche porte plus spécifiquement sur le travail et l'encadrement judiciaires opérés par différents professionnels du droit (avocats, avoués à la Cour, magistrats, experts judiciaires) pour traiter des affrontements judiciaires opposant des couples engagés initialement dans un mariage, dans une union libre ou dans une union civile (Pacs). Elle prend ainsi pour objet le traitement judiciaire des modalités de reconfigurations des structures familiales tant au moment de la rupture que plusieurs années après que la séparation est intervenue.

¹¹ Martin Claude, *L'après divorce, Lien familial et vulnérabilité*, Rennes, PUR, 1997.

¹² Martin Claude, « La question familiale face à la montée des incertitudes », in Castel Robert et Martin Claude, *Changements et pensées du changement. Echanges avec Robert Castel*, Paris, La Découverte, 2012, p.246-260.

1.1. *Les différentes formes de la désunion et l'émergence d'un modèle civilisé de dissociation conjugale*

En France, la famille est construite par l'Etat comme un mode de protection élémentaire des personnes et des biens. L'instabilité conjugale et par là-même l'instabilité familiale est conçue « *comme une menace, que ce soit pour les personnes ou pour la collectivité publique, ses normes, ses valeurs et ses deniers* »¹³ écrit Claude Martin. Les désunions ne sont pas réductibles aux cas de divorce puisque les familles se fondent de plus en plus souvent hors du mariage et se défont donc hors du divorce. Toutefois, c'est principalement autour de celui-ci que se dessine l'essentiel des représentations sociales. La réponse étatique et, par extension, la réponse juridique¹⁴ donnée à la séparation des couples s'est limitée, pendant une très longue période, au divorce. Mais, face à l'augmentation des contentieux opposant des couples concubins ou pacsés autour de la question de la prise en charge relationnelle et matérielle des enfants communs, notre réflexion sur le traitement judiciaire des séparations prendra pour objet tant les dissociations conjugales s'inscrivant dans l'institution du mariage que celles issues d'unions libres ou civiles. Pour reprendre les analyses d'Irène Théry sur les transformations du lien conjugal¹⁵, les couples amenés à présenter leur séparation devant les instances judiciaires s'inscrivent dans le processus contemporain de démariage. Un premier écueil à éviter est de restreindre le processus de démariage à celui du divorce. En effet, le démariage ne se définit pas uniquement à travers la rupture juridique du lien matrimonial, le démariage est une transformation sociale de l'alliance. Il caractérise la redéfinition sociale et juridique de l'institution matrimoniale. Le démariage, « *le mot, par son préfixe, résonne comme désintérêt, désinvestissement, désarroi, et sa forme invite à l'investir d'une signification nouvelle, non plus juridique, mais sociologique.* »¹⁶ L'union ne se renferme plus dans la seule institution matrimoniale. Le mariage est une des façons de vivre en couple mais non la seule – notamment avec l'explosion ces quatre dernières décennies des unions libres et plus récemment civiles – il n'est plus la référence commune et obligée par laquelle « *la société fonde un couple, une famille, des liens de parenté* »¹⁷. Aussi, face à ces différentes

¹³ Martin Claude, *L'après divorce, Lien familial et vulnérabilité*, op. cit., p.13.

¹⁴ L'expression « réponse juridique » ou « régulation juridique » signifie, dans le cadre de cette recherche, que la famille est agie par un mode particulier de contrôle social qui s'incarne dans le droit. La régulation juridique imprime et exprime certaines formes de pratiques familiales. Elle participe de la relation du « public » (L'Etat, le pouvoir politique) par rapport au « privé » (le domestique, la famille) ;

¹⁵ Théry Irène, *Le Démariage, Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993.

¹⁶ *Ibid*, p.15.

¹⁷ *Ibid*, p.16.

manières de faire couple, le droit français traite des séparations selon le statut juridique des conjoints en proposant différentes réponses juridiques (par exemple, la prestation compensatoire n'est propre qu'aux procédures de divorce) et surtout différents cadres procéduraux. Mais, au-delà de ces réponses juridiques différenciées, les couples quel que soit le statut juridique auquel ils se rattachent sont soumis au même modèle de régulation socio-judiciaire des dissociations conjugales. Ce modèle s'inscrit dans le processus civilisateur global¹⁸ esquissé par Norbert Elias et appliqué ici aux mœurs conjugales et familiales. Ce modèle civilisé vise à pacifier les conflits conjugaux et favorise l'autorégulation conjugale sur la prise en charge institutionnelle de la séparation. Reprenant les nombreux travaux d'historiens de la famille et du droit en la matière (Bart, Burguière, Haléprin, Ronsin, Rouet, Walch, etc.), la première partie de cette thèse sera ainsi consacrée à la présentation du processus ayant conduit à l'émergence de ce modèle à partir de l'analyse de la transformation du traitement socio-juridique et politique de la désunion. Il sera l'occasion d'exposer les progressions, les attermoissements et les reculs de ce processus civilisateur s'étalant sur plusieurs siècles. Pour éclairer le modèle contemporain de la désunion, les trois premiers chapitres de la thèse chercheront ainsi à retranscrire la transformation des enjeux sociaux et politiques des différentes législations sur le divorce lesquelles s'inscrivent dans des configurations historiques différentes. Pour rendre compte du mouvement de normalisation des dissociations conjugales vers une séparation réglée au sein de la sphère privée et affranchie de différentes contraintes institutionnelles extérieures à la famille, le premier chapitre de cette première partie de la thèse s'appuiera notamment sur des ressources statistiques produites par différents organismes publics (Ministère de la Justice, INSEE, INED), et sur une littérature juridique et politique spécialisée (Recueil Dalloz, Légifrance, Gazette du Palais). Aussi, dans la mesure des données macrosociologiques disponibles en la matière, nous tenterons de mettre à l'épreuve les paradigmes diffusionnistes en observant si le modèle de séparation civilisée s'est notamment répandu des catégories sociales supérieures et urbaines vers les catégories sociales populaires et rurales. Pour cela, nous nous appuierons notamment sur les grandes enquêtes¹⁹ sur le divorce des années 1970.

¹⁸ Elias Norbert, *Au-delà de Freud. Sociologie, psychologie, psychanalyse*, Paris, La découverte, 2010.

¹⁹ Boigeol Anne et Commaille Jacques, « Divorce, milieu social et situation de la femme », *Economie et Statistique*, 1974, Vol. 53, n°53, p.3-21.

Boigeol Anne, Jacques Commaille, Marie-Laurence Lamy, Alain Monnier et Louis Roussel, *Le Divorce et les Français I ; enquête d'opinion*, INED, Cahier n°69, PUF, Paris, 1974.

Boigeol Anne, Commaille Jacques, Munoz-Pérez Brigitte, « Le divorce », *Données Sociales*, 1984, p.428-446.

Commaille Jacques, *Le divorce en France. De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce*, Notes et études documentaires, 1978, 2^{ème} édition, 1980.

A partir de l'analyse de documents produits par différents syndicats et associations professionnelles et de revues professionnelles spécialisées et de l'exploitation d'entretiens réalisés avec des justiciables, des magistrats, des conseillers juridiques et des médiateurs familiaux, le second chapitre de cette première partie sera consacré à la compréhension des différents positionnements des acteurs du traitement judiciaire des dissociations conjugales vis-à-vis de ce modèle civilisé.

Enfin, un troisième chapitre engagera la thèse sur la question de l'envers du modèle autorégulé. Il s'agira, dans un premier temps, d'observer les effets de la réforme du divorce de 2004 sur les pratiques judiciaires des divorçants et de voir si un modèle diffusionniste est opérant pour saisir les pratiques du « divorce contemporain ». Si pour la période précédente, nous disposons d'importants travaux macrosociologiques en la matière, pour la période récente, nous devons faire face à un mouvement général qui touche le système statistique français, à savoir la perte de la place centrale de la variable de la catégorie sociale²⁰. L'absence de cette variable dans la dernière grande enquête sur le divorce produite en 2009²¹ par les services du Ministère de la Justice est un parfait exemple de ce mouvement. Un deuxième temps de ce chapitre tentera de faire apparaître les principaux enjeux autour desquels se cristallisent les séparations échappant au modèle autorégulé et notamment de montrer qu'un des principaux freins à la déjudiciarisation des contentieux conjugaux est la place centrale de l'intérêt de l'enfant donnée notamment par les magistrats dans le traitement des affaires familiales.

1.2. *Le traitement des séparations et de leurs conséquences par une Cour d'appel*

Pour appréhender les séparations qui s'écartent de l'idéal de la séparation réussie, nous avons choisi de prendre pour objet d'étude les procédures d'appel, c'est-à-dire les demandes d'infirmité (globale ou partielle) des décisions prises en première instance par les juges aux affaires familiales de trois départements de l'Ouest de la France composant ainsi le territoire

Roussel Louis, « Les divorces et les séparations de corps en France (1936-1967) », *Population*, N°2, 1970, p.275-302.

Roussel Louis, Jacques Commaille, Anne Boigeol et Marie-France Valetas, *Le divorce et les français, II. – L'expérience des divorcés*, Travaux et Documents, Cahier N°72, INED, Paris, Presses Universitaires de France, 1975.

²⁰ Pierru Emmanuel et Spire Alexis, « Le crépuscule des catégories socioprofessionnelles », in *Revue Française de Science Politique*, N°58, 2008, p.457-481.

²¹ Chaussebourg Laure, Carrasco Valérie, Lermenier Aurélie, *Le divorce*, Rapport de la sous-direction de la Statistique et des Etudes, Ministère de la Justice, Juin 2009.

judiciaire d'une Cour d'appel. « Faire appel » d'une décision de justice concrétise non seulement un désaccord du couple mais également une remise en cause de la décision prise par le juge aux affaires familiales (ou par un autre type de magistrat selon le type de procédure et d'appel) et par là même, une remise en cause de la régulation judiciaire.

En s'intéressant aux procédures de dissociations conjugales instruites auprès d'une Cour d'appel, il s'agit de saisir les types de procédures et donc les types de parcours judiciaire des couples ayant recours au deuxième niveau de juridiction. Le traitement judiciaire d'une séparation est fait, du moins dans le cadre d'une procédure de divorce, de plusieurs décisions judiciaires lesquelles sont quasiment toutes susceptibles d'appel. Ainsi, les couples peuvent-ils s'engager dans une procédure d'appel lors de différentes phases de leur trajectoire judiciaire. Le contentieux qui conduit les couples à se retrouver devant une Cour d'appel peut prendre la forme d'un seul litige (par exemple sur la question de la résidence des enfants ou encore sur la question du montant d'une contribution alimentaire ou d'une prestation compensatoire, etc.) ou, à l'opposé, d'un conflit ouvert où le passage devant les instances judiciaires s'avère le temps d'un véritable règlement de compte entre les deux conjoints où tous les motifs juridiques deviennent objet de litiges.

L'étude de trajectoires judiciaires de couples amenés à s'engager dans des procédures devant une Cour d'appel se justifie par l'intérêt heuristique de ces trajectoires judiciaires prises dans un double processus : une dissociation conjugale conduisant les couples à se présenter devant les instances judiciaires pour réguler les modalités de leur séparation sur lesquelles ils n'ont pas pu s'accorder en amont dans la sphère privée, et une résistance, un rejet ou un désaccord de la part d'au moins un des conjoints avec les solutions proposées et/ou imposées par l'institution judiciaire et ses différents acteurs. Ce double rapport aux instances judiciaires chargées de la régulation des dissociations conjugales permettent ainsi de cibler une population qui échappe au processus historique décrit dans la première partie de la thèse. Le fait de prendre pour objet cette population de justiciables a été étroitement lié à la position de recherche tenue sur le terrain d'enquête. En s'engageant pendant plus de cinq ans en tant qu'assistant juriste dans une étude d'avoué d'une Cour d'appel, le travail d'investigation empirique entrepris s'est ainsi construit à partir de cette configuration professionnelle et des ressources présentes en son sein. Nous entendons par ressources tant les matériaux pouvant faire l'objet d'un traitement sociologique (dossier judiciaire, logiciel informatique professionnel, revues juridiques, etc.) que les individus composant cette configuration professionnelle et s'avérant de véritables agents informateurs et socialisateurs du chercheur

quant aux différentes pratiques sociales (professionnelles, judiciaires, etc.) spécifiques à l'activité et à l'organisation judiciaires d'une Cour d'appel.

Ainsi, la seconde partie de la thèse sera consacrée à présenter tant les rôles et caractéristiques des différents acteurs des procès devant une chambre familiale d'une Cour d'appel que les spécificités de la régulation judiciaire propre au second degré de juridiction en matière civile en France. En effet, tant les formes de l'intervention que les manières de juger des magistrats de la Cour d'appel se distinguent de celles des juges aux affaires familiales. Pour preuve, près de 60% des décisions présentées devant la Cour d'appel se sont vu faire l'objet d'une réformation. Il est à noter que peu de travaux sociologiques ont traité directement du deuxième degré de juridiction. Qui plus est, il doit être précisé que l'enquête s'est déroulée alors même que la procédure d'appel faisait l'objet d'une réforme et que la profession d'avoué vivait « ses dernières heures ». Ce contexte n'a pas été sans effet sur la manière notamment dont les différents acteurs judiciaires endossaient leur rôle.

Aussi, avant de présenter les contours de la régulation judiciaire en appel, il s'agira d'identifier les différents types de parcours judiciaires préalables au passage devant la Cour d'appel (chapitre 4) en s'arrêtant notamment sur les caractéristiques sociodémographiques (âge, milieu social d'origine, type de lien conjugal, configuration familiale) des couples engagés dans un tel procès et sur les enjeux socialement différenciés de leur affrontement judiciaire (enjeux économiques, parentaux, etc.). De manière générale, ce chapitre appréhendera les modalités et les formes de l'engagement dans un procès en appel. Le chapitre 5 aura pour ambition de montrer en quoi la chaîne relationnelle propre à la configuration sociale formée par les différents acteurs du procès en appel participe à inscrire les couples dans une logique d'affrontement judiciaire. L'entrée en scène d'un nouvel acteur judiciaire, l'avoué à la Cour, véritable pivot du procès en appel, conduit à ce que les justiciables perdent de plus en plus une vue d'ensemble et une forme de direction sur le jeu judiciaire. Ainsi, pour paraphraser Norbert Elias, cette nouvelle configuration du jeu judiciaire et l'image que s'en font les justiciables évoluent ensemble dans un sens spécifique, en une interdépendance fonctionnelle²², à savoir vers une cristallisation des positions parties au procès et par là même de l'affrontement judiciaire. Aussi, la transformation de la configuration du procès en appel ne se limite pas à l'entrée de nouveaux acteurs. Ce sont également les règles du jeu judiciaire qui se trouvent modifiées devant la Cour d'appel (chapitre 6). A une justice davantage négociée proposée par les juges aux affaires familiales

²² Elias Norbert, *Qu'est-ce que la sociologie ?*, La Tour d'Aigues, Editions de l'Aube, 1991 [1970], p.98.

en première instance s'oppose une régulation judiciaire en appel au caractère imposé. La tentative de conciliation et la recherche de consensus ne sont plus au fondement du traitement judiciaire opéré par les juges d'appel. La primauté des phases écrites sur les phases orales et la structuration spécifique des temps judiciaires de la procédure d'appel, ou encore la quasi-disparition des recours aux modes alternatifs de résolution des conflits (médiation familiale) et, au contraire, l'inflation des mesures d'instruction (enquête sociale, expertise psychologique et psychiatrique) devant la Cour d'appel participent à figer les positions et les demandes des parties au procès. Cette deuxième partie tentera de montrer comment le débat judiciaire qui s'ouvre devant la Cour d'appel se différencie de celui joué en première instance à travers une autre lecture du « dossier » proposée par les différents acteurs judiciaires composant cette nouvelle configuration judiciaire. D'une manière générale, il s'agira d'éprouver l'hypothèse selon laquelle l'engagement dans un procès en appel entérine une rupture décisive avec le modèle autorégulé des dissociations conjugales.

La troisième et dernière partie de la thèse examine les contentieux conjugaux et parentaux autour de deux objets principaux : le traitement financier de la séparation et la prise en charge relationnelle des enfants. Elle cherche à vérifier, d'une part, qu'hommes et femmes ne sont soumis ni aux mêmes risques ni aux mêmes traitements dans l'épreuve judiciaire et, d'autre part, qu'en fonction des milieux sociaux d'affiliation et les situations professionnelles des justiciables, les objets du débat judiciaire, les registres argumentatifs utilisés à l'appui de leurs demandes et l'accueil qui en est fait par les juges se différencient clairement. Elle tentera d'observer si, comme dans de précédentes configurations historiques, les milieux populaires sont davantage l'objet d'une « mission civilisatrice » de la part des agents de la régulation judiciaire. Dans cette perspective, le chapitre 7 traite spécifiquement de l'argent de la séparation autrement dit de l'argent du couple (répartition des biens, prestation compensatoire ou pension alimentaire au titre du devoir de secours), de l'argent pour les enfants (contribution alimentaire à leur entretien et à leur éducation) et d'une dimension plus morale de cet argent (les dommages et intérêts et le coût du procès) ; cette dernière devant être tout autant prise en compte dans l'analyse des tensions qui se jouent entre les deux parties au procès. Enfin, le chapitre 8 propose de reconstituer la manière dont les principaux acteurs judiciaires (avoués à la Cour et juges d'appel) se saisissent des désordres parentaux qui leur sont présentés pour les réguler. Après avoir rendu compte des différents motifs d'affrontement judiciaire sur la question de la prise en charge matérielle et relationnelle des enfants, la première phase de cette reconstitution s'attèlera à analyser les registres argumentatifs utilisés

par les avoués à la Cour pour traduire les visions de l'affaire présentées par leur client(e). Ensuite, il s'agira, dans la lignée du travail de thèse d'Irène Théry, de revenir empiriquement sur les significations données « en situation »²³ par les juges d'appel à la référence à l'intérêt de l'enfant et aux normes de « bonne parentalité ». A la façon dont Coline Cardi a traité de différents dispositifs de l'action sociale en direction des familles, nous verrons finalement si ces lectures des désordres parentaux par les deux principaux acteurs judiciaires en appel se retrouvent autour d'une vision traditionnelle des rôles paternels et maternels et nourrissent ainsi une forme d'ordre familial pensée en lien avec un « ordre des genres »²⁴. En filigrane, ces deux derniers chapitres visent à réinterroger le concept d'individualisme négatif²⁵ forgé par Robert Castel en rendant compte du coût économique et social différencié du processus d'autonomisation des individus par rapport aux rôles familiaux traditionnels pour les couples engagés dans un combat judiciaire.

En définitive, cette thèse entend dévoiler – sous une autre perspective – l'envers du modèle civilisé des dissociations conjugales et rappeler dans la continuité des travaux fondateurs en la matière de Jacques Commaille²⁶, d'Irène Théry²⁷, de Claude Martin²⁸ et de Benoît Bastard²⁹, du coût socialement différencié de l'instabilité conjugale. Plus précisément, la question est de savoir si la manière dont les acteurs judiciaires du procès d'appel encadrent les couples de milieux populaires donne, pourrait-on dire, un nouveau visage à la police des familles³⁰.

1.3. *L'affrontement judiciaire au sein d'un territoire caractérisé par des comportements conjugaux et familiaux traditionnels*

Si ce sont initialement des circonstances professionnelles³¹ qui m'ont amenées à enquêter sur le traitement judiciaire de séparations conflictuelles dans l'Ouest de la France, il se trouve que le territoire de la Cour d'appel se caractérise par des comportements conjugaux et familiaux relativement traditionnels. Aussi, paraissait-il d'autant plus intéressant d'étudier

²³ Théry Irène, « La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés », op. cit., p35.

²⁴ Cardi Coline, « La construction sexuée des risques familiaux », *Politiques sociales et familiales*, n°101, 2010, p35-45.

²⁵ Castel Robert, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995.

²⁶ Commaille Jacques, *Le divorce en France. De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce*, op. cit.

²⁷ Théry Irène, *Le Démariage, Justice et vie privée*, op. cit.

²⁸ Martin Claude, *L'après divorce, Lien familial et vulnérabilité*, op. cit.

²⁹ Bastard Benoît, *Les démarieurs, enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, op. cit.

³⁰ Donzelot Jacques, *La police des familles*, Paris, Editions de minuit, 1977.

³¹ Dès 2004, pour financer mes études universitaires, je m'étais engagé en tant qu'employé aux écritures pour quelques heures par semaine au sein d'une Etude d'avoué près la Cour.

les séparations dans ces terres plutôt réfractaires au divorce, que nous cherchions à enquêter sur l'envers du modèle de séparation autorégulé. Nous faisons ainsi l'hypothèse que les séparations au sein de ce territoire pouvaient être d'autant plus conflictuelles ou litigieuses qu'elles s'inscrivaient dans un espace où les pratiques de dissociations conjugales restent relativement marginales au regard de la majorité des comportements conjugaux et familiaux. Cette hypothèse s'inspire de l'essai de Georg Simmel sur le conflit³² lequel explique que les conflits les plus intenses sont ceux qui opposent les personnes les plus proches, les plus liées.

En se rapportant au nombre moyen de divorces prononcés en 2006, 2007 et 2008 dans les différents départements par rapport aux personnes susceptibles de divorcer (hommes et femmes âgés de 15 à 69 ans se déclarant mariés au moment du recensement de 2006) dans les mêmes départements, France Prioux et Magali Mazuy montrent que les trois départements composant le territoire judiciaire de la Cour d'appel étudiée sont ceux où l'on retrouve les taux de divortialité les plus faibles de France (Mayenne : 8,3³³, Maine et Loire : 8,9 et Sarthe : 10,0) alors que ce taux est de 12,7 pour la France entière³⁴ (voir Figure 11 ci-après). Ainsi, si l'on reprend la carte judiciaire et le découpage des territoires par Cour d'appel, la Cour étudiée est celle où l'on observe le taux de divortialité le plus faible de France, devant les Cours d'appel situées au Sud du Massif Central. A l'opposé, on retrouve les taux de divortialité les plus forts au sein des Cours d'appel du Sud-Est de la France, d'Ile de France, et du Nord de la France.

Ce faible taux de divortialité au sein des départements composant la juridiction étudiée est à mettre en lien avec le faible degré d'urbanisation de ces trois départements et le fort attachement à la religion catholique. Si le degré d'urbanisation semble moins susceptible aujourd'hui d'influencer les attitudes vis-à-vis du divorce par rapport notamment aux années 1970 où de nombreuses données ont été produites sur les caractéristiques des territoires français en matière de divortialité montrant cette forte corrélation entre urbanisation des départements et divortialité, « *le degré d'attachement à la religion continue à influencer les comportements familiaux en France* »³⁵. L'analyse de France Prioux et de Magali Mazuy montrent ainsi comment la carte du taux de divortialité se superpose avec celle de l'enseignement privé. Ainsi, les trois départements composant le territoire de la Cour d'appel

³² Simmel Georg, *Le conflit*, Saulxures, Editions Circé, 1992.

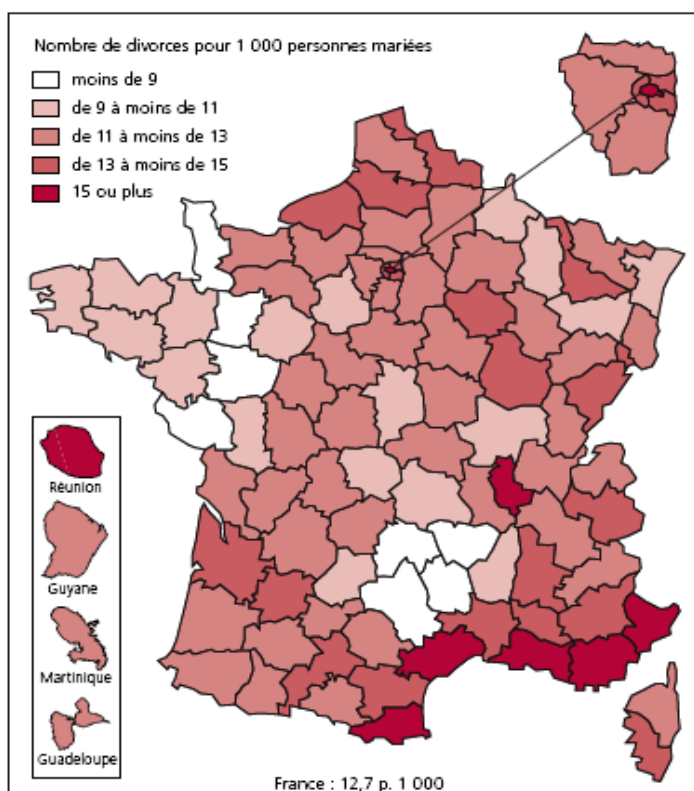
³³ Nombre de nouveaux divorcés pour 1000 personnes mariées en 2006 âgées de moins de 70 ans (moyenne 2006-2008).

³⁴ Prioux France et Mazuy Magali, « L'évolution démographique récente en France : dix ans pour le PACS, plus d'un million de contractants », *op. cit.*

³⁵ *Ibid*, p.466.

étudié appartient à une région qui compte le plus d'établissements scolaires privés catholiques. Cette tendance s'explique notamment par l'importance du nombre d'établissements agricoles privés au sein de ces trois départements. Pour exemple, dans le secondaire, en 2009, 41,1% des élèves scolarisés en région Pays de la Loire l'étaient dans un établissement privé alors que pour la France entière ce taux n'est seulement que de 20,8% (Source INSEE Pays de la Loire – L'Année économique et Sociale – Mai 2010).

Figure 1 : Taux de divortialité (%) dans les départements en 2006-2008



Source : Carte réalisée par France Prioux et Magali Mazuy à partir des données de l'INSEE et du Ministère de la Justice³⁶

Qui plus est, il est important de relever que le territoire sur lequel ont été recueillies les données de cette recherche est le lieu de comportements particulièrement familialistes. En premier lieu, ces comportements s'observent par un taux de fécondité dans les différents départements étudiés nettement plus élevé que la moyenne nationale. Ainsi, le nombre moyen d'enfants par femme pour la Mayenne, le Maine-et-Loire et la Sarthe s'élevaient respectivement sur les deux années 2006 et 2007 (Source INSEE) à 2,25, 2,08 et 2,07 contre 1,91 pour la France entière. La nuptialité que ce soit par le mariage ou par des modèles

³⁶ *Ibid*, p.467.

alternatifs (PACS et unions libres) est le principal facteur d'explication de ce taux élevé de fécondité. Les Pays de la Loire, région administrative dans laquelle s'insèrent les trois départements composant le territoire de la Cour d'appel, est la région où la proportion de personnes vivant en couple (mariés ou non) est la plus élevée de France. Selon une étude de l'INSEE de 2009, 76% des habitants des Pays de la Loire de 25 à 60 ans vivent en couple ce qui place cette région en tête des régions métropolitaines.

Les Pays de la Loire ont également des caractéristiques singulières en matière de comportements conjugaux et familiaux au regard des autres régions. Une enquête de l'INSEE révèle que le remariage est peu pratiqué dans la région puisque la nuptialité des Pays de la Loire est avant tout le fait de couples qui s'unissent pour la première fois. Cette deuxième caractéristique est en partie un corollaire du faible niveau de divorce dans la région. Par ailleurs, d'autres particularités caractérisent les comportements conjugaux et familiaux des habitants des Pays de la Loire par rapport aux autres régions métropolitaines : la part des familles monoparentales y est la plus faible et la proportion des familles nombreuses est parmi les plus élevée.

2. Enquêter sur des conflits judiciaires d'ordre privé³⁷

L'opportunité de s'immerger dans le milieu judiciaire, autrement dit le choix de ce terrain particulier, a été décisive³⁸ dans la construction de cette réflexion. Il est donc nécessaire de revenir sur les modalités pratiques de mon engagement ethnographique et sur le jeu de contraintes dans lequel il s'est opéré pour comprendre comment ont été produits les matériaux sur lesquels s'appuie cette thèse. Si la question de la responsabilité du sociologue vis-à-vis des enquêtés se pose à toutes pratiques de recherches sociologiques, enquêter en milieu judiciaire contraint sans doute le sociologue à prendre d'autant plus de précautions que ce terrain est travaillé directement par le droit. Pensons, par exemple, aux travaux réalisés dans le secret des délibérations du Conseil d'Etat par Bruno Latour³⁹, au sein d'un Tribunal

³⁷ Nous reprenons ici de manière partielle et retravaillée une contribution à un ouvrage collectif sur les pratiques d'enquête des sociologues : Rafin Nicolas, « Enquêter sur les conflits judiciaires d'ordre privé, ou comment concilier les déontologies du juriste et du sociologue » in Laurens Sylvain et Neyrat Frédéric (ss. la dir.), *Enquêter : de quel droit ? Menaces sur l'enquête en sciences sociales* », Bellecombe-en Bauges, Editions du Croquant, 2010.

³⁸ Beaud Stéphane et Weber Florence, *Guide de l'enquête de terrain*, Paris, La découverte, 2003, p.49.

³⁹ Latour Bruno, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, Paris, 2004.

pour enfants par Patricia Benec'h-Le Roux⁴⁰ ou encore dans le quotidien de l'exercice professionnel d'agents policiers par Michaël Meyer⁴¹. Ces sociologues ont dû jouer des contraintes juridiques imposées par leur terrain et construire des dispositifs d'enquête particuliers pour collecter et exploiter leurs matériaux de recherche. Bruno Latour a ainsi seulement conservé des échanges qu'il a observés dans les travées du Conseil d'Etat les logiques à l'œuvre dans *la fabrique du droit* mais « *en les reconstituant de telle sorte qu'ils puissent apparaître comme des fictions vraisemblables* »⁴² afin de protéger l'anonymat tant des juges que des justiciables. Patricia Benec'h-Le Roux a, de son côté, créé des situations fictives à partir des histoires des enquêtés afin de respecter le droit au secret de l'instruction judiciaire tandis que Michaël Meyer a instauré une procédure écrite pour exploiter les photographies effectuées lors d'interventions policières et ainsi respecter le droit à l'image des différents protagonistes. Surtout, il est une autre précaution que le chercheur en sciences humaines doit prendre lorsqu'il s'agit de se saisir d' « affaires judiciaires », celui de risquer d'endosser lui-même le rôle de juge⁴³.

Aussi, nous voudrions rendre compte des contraintes et des difficultés qui se sont posées dans notre enquête en milieu judiciaire, entre notamment objectifs de scientificité, contraintes juridiques imposées par le terrain et ses acteurs, et « droit à la vie privée » des enquêtés. Nous présenterons donc plus spécifiquement les « compromis » méthodologiques institués avec les différents acteurs de l'enquête.

2.1. Devenir assistant juridique pour enquêter sur les contentieux conjugaux : le sociologue entre secret de l'instruction et impératifs scientifiques

En s'engageant en tant qu'assistant juriste dans une Etude d'avoué d'une Cour d'appel, notre recherche empirique s'est nécessairement construite en fonction d'un double jeu de contraintes et de règles déontologiques (celles imposées au sociologue et celles imposées au juriste). Ayant négocié la possibilité d'investir une Etude d'avoué comme terrain d'enquête, d'exploiter et d'explorer les écrits produits et réceptionnés (actes juridiques, pièces

⁴⁰ Benec'h-Le Roux Patricia, *Au tribunal pour enfants, L'avocat, le juge, le procureur et l'éducateur*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2008.

⁴¹ Meyer Michaël, *Pour une sociologie visuelle du monde policier : regards, visibilité et médiatisation de la police lausannoise*, Thèse de doctorat de l'Université de Nantes et de l'Université de Lausanne (sous la dir. de Sylvain Maresca et Gianni Haver, 2011.

⁴² Latour Bruno, *op. cit.*, p.9.

⁴³ Ginzburg Carlo, *Le juge et l'historien. Considérations en marge du procès Sofri*, Lagrasse, Editions Verdier, 1991.

judiciaires, correspondances entre avoués, avocats et clients, etc.), il était important dans un premier temps de penser une position de recherche dans les coulisses de l'instruction judiciaire permettant à la fois d'effectuer un travail d'investigation dans des conditions de scientificité satisfaisantes (c'est-à-dire disposer de suffisamment de matériaux empiriques pour construire une interprétation sociologique) et ce, sans trahir, les secrets de l'instruction et le « droit à la vie privée » des justiciables. Cette position de recherche avait pour objectif de répondre aux trois conditions nécessaires pour la conduite d'une enquête ethnographique : « *que le milieu enquêté se caractérise par un degré élevé d'interconnaissance ; que l'enquêteur se donne les moyens d'une analyse réflexive de son propre travail d'enquête, d'observation et d'analyse ; que l'enquête elle-même soit de longue durée pour que s'établissent et se maintiennent des relations personnelles* »⁴⁴.

2.1.1. Participer aux pratiques observées : entre engagement et distanciation

Une recherche au sein d'une Etude d'avoué pose différentes questions préalables notamment celles liées aux contraintes juridiques pouvant directement peser sur l'enquête. En premier lieu, elle implique une présence dans une configuration professionnelle où une des règles fondamentales est celle du *secret professionnel* qui est une pierre angulaire dans la relation entre l'avoué et son client. Par ailleurs, en choisissant comme objet d'étude les contentieux judiciaires familiaux c'est-à-dire des affaires soumises à des règles strictes de confidentialité, la fermeture *a priori* du terrain de recherche semble mettre hors de portée une investigation empirique. Pour contourner cette fermeture aux observations, la solution était dès lors la participation au terrain, en exerçant une activité d'assistant juriste au sein d'une Etude d'avoué. Cette « technique » a pu déjà être mise à profit par d'autres chercheurs et on pourrait, ici, par exemple faire référence au travail de Chowra Makaremi dans son entreprise de recherche auprès des étrangers détenus aux frontières qui a choisi de travailler pour une association de défense juridique. Elle explique que pour observer un univers social (ici carcéral) saturé par un enjeu de contrôle « *il s'agit de prendre part et d'occuper une fonction déterminée dans ce qui est l'objet de l'observation* »⁴⁵. Une telle approche donne un accès

⁴⁴ Beaud Stéphane et Weber Florence, *op. cit.*, Paris, La découverte, 2003, p.294-295.

⁴⁵ Makaremi Chowra, *Participer en observant, Etudier et assister les étrangers aux frontières*, in Fassin Didier et Bensa Alban, *Les politiques de l'enquête, épreuves ethnographiques*, La Découverte, coll. « Recherches, 2008, p.165-183.

direct aux pratiques judiciaires mais pose bien sûr en contrepartie la question des effets de l'engagement du chercheur sur son terrain d'enquête. L'engagement au sein de ce terrain de recherche s'inscrit avant tout dans une stratégie de recherche pour accéder à un terrain d'enquête difficile d'accès.

En intégrant l'Etude d'avoué en novembre 2004 en tant qu'assistant juridique, il s'agissait tant d'inscrire le travail d'enquête dans une démarche de recherche ethnographique à partir d'un point de vue d'observation situé au sein de cette configuration professionnelle que d'utiliser cette position de recherche pour accéder aux différents espaces et temps judiciaires (cabinets d'avocats, audiences, conférences de mise en état, etc.). Par ailleurs, l'intérêt de mener une enquête au sein de cette profession se justifiait également par l'absence d'enquêtes sociologiques portant directement sur elle. N'ayant pas suivi de cursus universitaire en droit et n'étant pas familier du milieu judiciaire, notre position au sein de cette Etude s'est légitimée progressivement par notre adaptation sur un temps long (entre novembre 2004 et Août 2010) permettant de nous aguerrir aux rudiments des logiques et pratiques judiciaires. Cette présence quasi quotidienne a aussi et surtout permis de suivre plus de 400 procédures de dissociations conjugales, de l'engagement des conjoints dans un procès en appel jusqu'à l'arrêt prononcé par la Cour. M'inspirant de la position tenue par Vincent Dubois pour décrire les relations administratives entre les usagers et les guichetiers de Caisses d'Allocations Familiales⁴⁶, j'ai pu négocier une relation professionnelle privilégiée avec les employés de l'Etude (collaboratrices et secrétaires) traitant spécifiquement des affaires familiales et ainsi voir au plus près les relations se jouant entre les justiciables et ces professionnels du droit. Par ailleurs, en contact avec différents avocats et différents auxiliaires de justice et magistrats (juges, greffiers, experts, etc.), un rapprochement a pu s'établir avec ces acteurs judiciaires pour appréhender leurs logiques d'action dans les procès en appel.

Pour autant, l'enquête s'étant déroulée dans un contexte de réforme visant à la suppression de la profession d'avoué, l'utilisation de mon affiliation à une Etude d'avoué pouvait me fermer la porte de certains cabinets d'avocats peu favorables au maintien du monopole de la représentation dans le cadre de procès civils en appel ; on pense, ici, notamment aux grands cabinets d'affaires pour qui l'accès à la postulation pour les procès civils d'appel signifiait l'ouverture à un marché important.

⁴⁶ Dubois Vincent, *La vie au guichet. Relation administrative et traitement de la misère*, Paris, Economica, 2003.

2.1.2. Enquêter en situation de crise

En enquêtant sur les pratiques judiciaires de dissociations conjugales les plus conflictuelles, il s'agissait de récolter des matériaux de recherche dans un climat de tensions parfois extrêmes puisque ce travail s'effectuait lors de procès soit en cours, soit en phase terminale. Les justiciables interrogés en période de procès où vont se définir notamment le prononcé du divorce, le lieu de la résidence de leurs enfants, les droits de visite et d'hébergement, le montant des pensions alimentaires, ou encore le partage des biens de la communauté étaient particulièrement engagés dans « leur » affaire, et exprimaient très souvent leur révolte contre l'attitude ou la défense de leur ex-conjoint et leur inquiétude quant au dénouement judiciaire. Une des difficultés lors des entretiens auprès des justiciables était de recueillir suffisamment de données objectives (notamment biographiques) afin d'éclairer et de contrôler les nombreux points de vue subjectifs énoncés. Pour résoudre ce problème, nous étions en mesure de disposer, soit au sein de l'Etude d'avoué, soit auprès du Greffe de la Cour d'appel, des dossiers judiciaires de ces justiciables composés des actes civils des conjoints, de l'ensemble des actes juridiques de la procédure antérieure de première instance et de la procédure d'appel (requêtes, décisions judiciaires, conclusions prises par les conseils des différentes parties, etc.), des pièces versées aux débats par les parties (même parfois celles qui n'ont pas été communiquées à la partie adverse car considérées par les conseils juridiques comme contreproductives pour leur défense) et pour certaines affaires, des rapports d'enquête sociale et d'expertise psychologique ou psychiatrique.

2.1.3. Les vicissitudes de la négociation de l'enquête

Décrire les conditions de négociation de l'enquête est nécessaire pour appréhender les contraintes – notamment juridiques – qui ont pesé sur le travail d'investigation. Le premier temps de cette négociation consistait à faire accepter à l'avoué nous employant un travail d'enquête sur des données de « clients ». Il est important de souligner que ce dernier se représentait la discipline sociologique d'une manière positive et familière ; sa fille ayant suivi un cursus de sociologie. La condition principale à son acceptation d'un travail de recherche en sciences sociales au sein de son Etude était un strict respect du secret professionnel auquel il est tenu (qui plus est largement codifié et fortement contrôlé au sein des professions judiciaires) et de l'anonymat de ses clients qui en découle. N'ayant pas de compétences

juridiques à faire valoir, j'ai pu me faire embaucher en acceptant une moindre rétribution salariale et une souplesse dans les horaires de travail. Par ailleurs, alors qu'un projet de loi était discuté à l'Assemblée Nationale ayant pour objet la suppression de la profession d'avoué à la Cour, la réalisation d'une recherche sur les pratiques judiciaires en appel pouvait être perçue par les avoués locaux comme une opportunité pour établir l'intérêt de maintenir cette profession. De mon côté, tout en veillant à ce que cette recherche ne soit pas l'objet d'une instrumentalisation, il était nécessaire de résoudre les questions matérielles liées à la réalisation de l'enquête, autrement dit, trouver une source de financement régulière et sur le long terme et être présent de façon régulière sur le terrain d'enquête notamment pour tisser un réseau de relations avec les différents acteurs des procès et s'approprier sociologiquement les matériaux judiciaires présents à l'Etude. La négociation de l'enquête s'est concrétisée en s'engageant dans un contrat de travail en tant qu'employé aux écritures et en acceptant les conditions liées à la déontologie professionnelle de l'avoué. Sous un aspect général dans les « dispositions diverses » du contrat de travail signé par les deux parties, chercheur-salarié et avoué, il est stipulé ainsi que, notamment, le salarié « *est tenu à la plus grande discrétion vis-à-vis des tiers* ». Ce court extrait contractuel fait directement référence aux contraintes juridiques (respect de la vie privée, respect de l'anonymat des justiciables, respect de la confidentialité des échanges écrits et oraux tenus au cours de la procédure judiciaire) pesant sur le chercheur et renvoyant donc à sa responsabilité vis-à-vis des différents acteurs de l'enquête.

Par ailleurs, une fois obtenue l'autorisation d'enquêter, la négociation s'est poursuivie tout au long du processus de recherche, dans différents temps judiciaires (conférences de mise en état, rendez-vous entre avocats et clients, audiences, etc.) et dans différentes configurations relationnelles (procédure spécifique pour solliciter des entretiens aux enquêtés, négociation de l'enregistrement de l'entretien, négociation du lieu et de la durée de l'entretien, etc.).

La négociation de cette enquête en milieu judiciaire doit, ici, être pensée, non pas comme un instant « t » où serait réglée une fois pour toute la réalisation de la recherche mais comme un processus s'inscrivant sur le temps global de l'enquête dans différentes configurations sociales et marqué par des refus, des contraintes imposées par certains acteurs judiciaires ou encore, des accords sans autre condition que celle d'obtenir l'acquiescement du client, ou des parties à la présence du chercheur. Par exemple, les magistrats de la Cour d'Appel nous autorisaient à assister à différentes scènes judiciaires mais, pour une raison de conflits d'intérêts, n'acceptaient pas notre présence aux audiences d'appel lorsqu'une partie

était représentée par l'Etude à laquelle nous étions affilié. Par contre, devant les juridictions de première instance, notre affiliation à une Etude d'avoué n'étant pas une contrainte, les quelques juges aux affaires familiales rencontrés nous proposaient d'assister à leur audience sans aucune difficulté.

2.1.4. La production des matériaux de recherche

D'un point de vue méthodologique, notre recherche s'est construite à partir d'un recueil de données fondé à la fois sur une enquête quantitative à partir de la construction d'une base de données statistiques traitant des dossiers judiciaires de dissociations conjugales (divorces et ruptures d'unions libres ou civiles) instruits au sein de l'Etude, et sur une enquête qualitative reposant sur des entretiens auprès des différents acteurs des procès en matière familiale (justiciables, avocats, avoués, magistrats, enquêteurs sociaux, médiateurs familiaux). Nous avons également recueilli des pièces judiciaires (intégrant notamment celles qui n'ont pas été considérées comme opportunes par les conseils juridiques de verser au débat judiciaire) et différentes correspondances entre les conseils juridiques et les justiciables. Ces différents matériaux ont pour objectif de saisir les configurations relationnelles essentielles (entre les avocats et leurs clients, entre les avoués et les magistrats, entre les avocats et les avoués, etc.) à chaque phase du processus procédural.

L'organisation d'une méthodologie de recherche en milieu judiciaire nécessite tout particulièrement de prendre en considération les contraintes proprement juridiques. Pour constituer la base de données statistiques, les contraintes qui ont pesé sont liées aux délais de dessaisissement des pièces judiciaires et des actes de procédures des avoués limités précisément par les règles juridiques en matière de délais de prescription. Si la règle en vigueur est de 5 ans (cf. article 2225 et ancien article 2276 du Code Civil⁴⁷), bien souvent, les avoués ou avocats conservent en archives leurs dossiers sur plus d'une dizaine d'années. Ces délais légaux ont ainsi imposé la temporalité du recueil statistique. Au sein de l'Etude, les dossiers judiciaires étaient détruits après dix ans d'archivage, ce qui a limité la période « disponible » à l'investigation. J'ai donc traité de dossiers archivés pour lesquels la décision

⁴⁷Article 2225 du Code Civil (Créé, L. n°2008-561, 17 Juin 2008(1)). – L'action en responsabilité dirigée contre les personnes ayant représenté ou assisté les parties en justice, y compris à raison de la perte ou de la destruction des pièces qui leur été confiées, se prescrit par cinq ans à compter de la fin de leur mission ; Ancien Article 2276 du Code Civil (L. n°71-538 du 7 juill. 1971) : Les juges ainsi que les personnes qui ont représenté ou assisté les parties sont déchargées des pièces cinq ans après le jugement où la cessation de leur concours [...].

de la Cour d'appel a été prononcée entre le 1^{er} Janvier 1999 et le 31 Décembre 1999. Pour chaque année, nous avons saisi une quarantaine de dossiers sur les deux cents dossiers de séparations traités en moyenne à l'Etude. Finalement, la base est constituée de 412 dossiers tirés de manière aléatoire dans le logiciel professionnel de l'avoué. Se posait aussi la question de savoir si les affaires suivies au sein de l'Etude étaient représentatives de l'ensemble des affaires traitées par la Cour d'appel. Au sein de cette Cour, cinq Etudes se partagent le marché des procédures d'appel. La répartition du marché des affaires d'appel en matière familiale se fait le plus souvent à partir du réseau relationnel et professionnel tissé par les avoués avec l'ensemble des avocats, ce qui pouvait laisser supposer que chaque Etude représentait des publics particuliers. Or, en consultant les minutes du Greffe sur une année judiciaire pour le contentieux étudié (550 dossiers pour l'année 2006), nous avons pu vérifier que les cinq Etudes représentaient dans les mêmes proportions hommes et femmes et avaient sensiblement la même part de clients à l'aide juridictionnelle. Par de là ces contraintes, la constitution de cette base statistique répondait à deux principaux objectifs : disposer de données sur les caractéristiques socioprofessionnelles des justiciables pour pallier à la rareté d'enquêtes statistiques récentes sur le traitement judiciaire⁴⁸ des séparations prenant en compte la variable catégorie sociale et produire des données sur le traitement judiciaire en appel face à l'absence d'enquêtes sociologiques sur les Cours d'appel. Pour saisir la variable de la catégorie sociale, nous nous sommes appuyé sur différents indicateurs (métier exercé, niveau de revenu, bénéfice ou non de l'aide juridictionnelle). Les variables du genre, de l'origine géographique, de l'âge, de la configuration familiale (type de lien conjugal, nombre d'enfants du couple, nombre d'enfants à charge, etc.) ont également été retenues dans notre base. Je voulais ainsi mesurer le poids de ces différentes variables sur toute une autre série liées aux contenus des procédures et trajectoires judiciaires (115 variables : tableau A, Annexe 1). Par là, il s'agissait de voir, en fonction du genre, du milieu social, des générations, des formes familiales, comment les procès en appel pouvaient recouvrir des enjeux différenciés et comment l'épreuve judiciaire revêtait des formes distinctes selon les justiciables. L'intérêt d'étudier les dossiers archivés par un avoué plutôt que ceux archivés au Greffe de la Cour est lié au contenu même des dossiers. Les premiers sont beaucoup plus riches que les seconds. Alors que les dossiers du Greffe de la Cour sont seulement composés de la décision de première instance objet de l'appel, des dernières conclusions d'appel

⁴⁸ L'important travail de l'équipe de recherche constituée autour de Céline Bessière et Sybille Gollac sur le traitement judiciaire des séparations devant plusieurs Tribunaux de Grande Instance doit devenir très prochainement combler ce manque.

échangées par les parties et de la décision de la Cour d'appel, les dossiers archivés à l'Etude sont plus volumineux et composés de nombreux documents :

- les différentes décisions judiciaires prises depuis l'engagement judiciaire des parties
- les écritures prises en première instance par les parties
- les différentes conclusions d'appel des parties
- tous les autres actes juridiques produits pendant l'instruction judiciaire en appel (déclaration d'appel, constitution, sommation de communiquer, assignation, etc.)
- les rapports d'experts ou d'enquêteurs sociaux
- l'ensemble des pièces invoquées par les parties en appel
- les éventuelles pièces du client qui n'ont pas été communiquées à la partie adverse
- l'ensemble des correspondances de l'avoué avec les différents acteurs du procès en appel (client, avocat correspondant, avoué de la partie adverse, Greffe de la Cour, magistrats, expert)

Il convient de préciser que ce travail a été « gourmand » en temps puisque la saisie d'un seul dossier pouvait prendre entre 15 minutes pour les dossiers les moins volumineux et les plus simples à près de trois quart d'heure pour les affaires les plus complexes. Par ailleurs, nous avons également utilisé cette base pour sélectionner une cinquantaine d'affaires (selon les enjeux particuliers de l'affaire) afin d'opérer une analyse de contenu des écritures d'appel (conclusions des avoués et arrêts de la Cour) et ainsi étudier les registres argumentatifs utilisés par les avoués et les motivations à l'appui des décisions des magistrats.

Les obstacles et contraintes à la réalisation des entretiens sont du même ordre : le temps. Afin que les entretiens avec les justiciables ne viennent pas perturber le suivi des dossiers, la passation de la majorité des entretiens n'a pu être réalisée qu'une fois la décision judiciaire rendue et les frais engagés pour le procès réglés. En effet, la crainte de l'avoué était que l'épreuve de l'entretien vienne troubler les parties impliquées en ce qu'elle peut d'une certaine manière déconstruire certaines croyances et logiques au fondement de l'« ordre judiciaire ». Je reviendrai spécifiquement ensuite sur les autres contraintes et les modalités de la réalisation des entretiens auprès des justiciables. Le traitement statistique des dossiers judiciaires a ainsi été complété par quarante-et-un entretiens auprès de justiciables (voir tableau B, en Annexe 1). Ces entretiens de type semi-directif portaient sur six grandes thématiques : leur trajectoire sociale et professionnelle, leur trajectoire conjugale, parentale et familiale, leur trajectoire judiciaire, leurs relations et/ou rencontres avec les différents acteurs

judiciaires, les différentes conséquences de la séparation (notamment les modalités de la recomposition familiale) et leurs représentations de la famille, du mariage, du divorce, etc.

Si l'approche ethnographique s'est principalement déployée au sein de l'Etude d'un avoué, nous avons pu réaliser des observations dans d'autres espaces où se joue le traitement judiciaire des séparations conflictuelles. En amont du passage devant la Cour d'appel, j'ai assisté en 2007 à une dizaine de demi-journées d'audience de deux juges aux affaires familiales attachées à deux TGI de la Cour d'appel. Les deux juges me présentaient aux justiciables comme stagiaire et demandaient systématiquement leur accord pour que j'assiste à leur audience. Le fait d'assister à ces audiences m'ont permis d'observer les modalités spécifiques et différenciées du traitement des séparations en première instance et d'éprouver les cadences auxquelles étaient soumises ces juges. Chaque journée d'observation s'achevait par une discussion informelle avec la juge et son (ou sa) greffière sur les différentes affaires du jour ce qui permettait d'aborder les décisions qu'elle comptait prendre.

Alors que les avoués ne reçoivent que très rarement leur client à leur Etude (nous reviendrons sur les causes de l'absence de relation de visu avec leur client au cours de la thèse), deux avocates avec qui j'étais régulièrement en contact dans mon travail quotidien m'ont proposé d'assister aux rendez-vous avec leurs clients engagés dans un procès en appel. Au cours du printemps 2009, j'ai pu ainsi assister à huit rendez-vous intervenant à différents moments de la procédure d'appel (décision d'engager un procès en appel, réception des conclusions d'appel adverse, projet d'écriture des conclusions d'appel et explication de la décision de la Cour d'appel). D'un point de vue pratique, les deux avocates avaient répertorié les différentes affaires en appel qu'elles suivaient et m'adressaient un mail une fois le rendez-vous fixé avec leurs clients.

Enfin, durant les six années de ma présence à l'Etude, étant notamment chargé de la distribution du courrier et du dépôt des dossiers, j'ai pu fréquenter quasi quotidiennement les locaux de la Cour d'appel et être en contact régulier avec les magistrats et greffiers ainsi qu'avec les autres avoués de la Cour. J'ai ainsi mené des observations participantes dans différents espaces de la Cour : la salle d'audience lors du dépôt des dossiers, le bureau du Président de la Chambre lors des conférences de mise en état et des réunions entre magistrats et avoués, les bureaux des greffiers pendant mes consultations des « minutes », la salle réservée à la Chambre des avoués où différentes réunions se sont tenues pour défendre la profession, les « cases » du Palais (autrement dit la salle des boîtes lettres des avocats et des avoués) où j'ai pu assister à de nombreux échanges informels entre conseils juridiques sur le

suivi d'affaires. Toutes ces observations ont été complétées par des entretiens semi-directifs avec les différents acteurs judiciaires et extrajudiciaires. J'ai ainsi interrogé treize conseillers juridiques (avocats, avoués et collaboratrices d'avoué), sept magistrats (président de chambre, conseillers à la cour d'appel, juges aux affaires familiales), la greffière attachée à la chambre familiale de la Cour d'appel, deux experts psychiatre et psychologue, une médiatrice familiale et deux enquêtrices sociales (voir tableaux C, D et E, en Annexe 1). Ces entretiens portaient sur les mêmes grandes thématiques : leur trajectoire professionnelle, leur rôle dans la régulation des séparations, leurs pratiques professionnelles, leur position personnelle par rapport au contentieux familial, et leurs relations avec les autres acteurs judiciaires.

2.2. *La construction d'un dispositif d'enquête dans un triple jeu de contraintes*

Pour enquêter en milieu judiciaire, il était nécessaire de tenir compte des positions et des marges de manœuvre différenciées de chacun des acteurs des procès d'appel. Notamment, les membres des professions judiciaires disposent d'un niveau important de ressources juridiques et de la légitimité à exercer leurs activités leur permettant de maintenir une distance et un lien fort de dépendance avec les justiciables, pour la plupart profanes du droit⁴⁹. Cet aspect est au cœur de la réflexion sociologique menée dans le cadre de cette recherche, puisqu'il s'agit en particulier de comprendre comment s'opère la traduction juridique effectuée par les différents agents judiciaires des récits de vie conjugale et familiale énoncés par les justiciables.

2.2.1. Les limites imposées par les règles des professions judiciaires

Les règles liées au secret professionnel des professions judiciaires n'ont pas été directement et systématiquement une contrainte à la réalisation de l'enquête dans l'usage des matériaux judiciaires (actes et pièces juridiques, enquêtes sociales, correspondances, etc.). En effet, les règles déontologiques des professions judiciaires en termes d'anonymat et de confidentialité sont, d'une certaine manière, proches de celles que s'imposent les chercheurs en sciences sociales. Pour le juriste, il s'agira de s'appuyer sur des configurations de procès

⁴⁹ Bourdieu Pierre, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, septembre 1986, p.3-19.

semblables en rendant anonymes les protagonistes, permettant ainsi de déduire des « principes de droit ». Similairement, le sociologue en s'appuyant sur des caractéristiques essentielles d'une population étudiée et en rendant anonyme les personnes enquêtées cherchera, pour produire des idéaux types, à construire un modèle homogène et abstrait.

Par contre, pour protéger les enfants d'une éventuelle instrumentalisation de ses paroles par ses parents, les magistrats tenaient à la confidentialité des propos tenus lors des auditions lesquels n'étaient pas toujours retranscrits intégralement dans le procès verbal (voir chapitre 8). Ce contrôle par les magistrats ne m'a pas permis d'assister aux auditions d'enfants réservées principalement aux procédures ayant trait à la fixation de leur résidence. Une autre raison invoquée par les magistrats pour justifier la fermeture à l'observation sociologique des auditions, est la difficulté pour faire « émerger la parole » des enfants ; la présence d'un tiers risquant de renforcer cette difficulté.

Par ailleurs, les règles déontologiques des avocats et des avoués revêtent une autre fonction que celle liée aux responsabilités professionnelles. Il s'agit, ainsi, à travers les règles de déontologie, aussi bien entre confrères que vis-à-vis de leurs clients, de canaliser les affrontements. On pense, ici, aux échanges entre avoués et/ou avocats qu'il s'agisse d'une correspondance glissée dans les cases des confrères au Palais ou adressée par voie postale, d'une communication électronique ou encore d'un échange oral. La confidentialité des échanges constitue l'instrument indispensable au bon déroulement du procès en devenant un argument de négociation en vue d'un accord entre les parties. Ce deuxième aspect de la règle de confidentialité des juristes s'ajoutant aux contraintes liées au secret de l'instruction, m'a conduit à exploiter exclusivement les dossiers pour lesquels la décision judiciaire était rendue et l'ensemble de l'instruction du dossier terminé (règlements du litige, exécutions de la décision, etc.).

Aussi, la pratique de recherche a nécessité de dépasser, dans une certaine mesure, la règle du droit au secret du client à l'égard de son conseil juridique. En mandatant un avoué et/ou un avocat pour le représenter devant la Cour d'appel, le justiciable se confie à ses conseils (plus particulièrement à son avocat) en lui révélant des faits liés au contexte de la séparation, aux relations entretenues avec ses enfants, ou encore à des aspects financiers et patrimoniaux. « *La confession doit remplir son objet pragmatique et ne pas risquer de nuire* »⁵⁰ au client explique Raymond Martin. Le plus souvent, le client n'a aucune connaissance juridique et s'en remet à ses conseils juridiques pour la défense de ses intérêts.

⁵⁰ Martin Raymond, *Déontologie de l'avocat*, LexisNexis Litec, Paris, 2008, p220.

Le travail des conseils est, dès lors, d'établir des liens de confiance et de faire comprendre à leur client qu'il ne pourra être bien défendu que s'il porte à leur connaissance la totalité des éléments dont il dispose et surtout « les mauvais ». Parmi les éléments donnés par son client ou par la voie de son avocat, l'avoué va établir un tri entre ce qu'il est important de révéler, ce qui est nécessaire de taire, et les éléments inutiles pour qualifier juridiquement les faits. Pour le sociologue, l'analyse de ce traitement établi par les conseils juridiques est d'autant plus intéressante qu'elle permet de saisir au plus près les rapports qu'entretiennent les justiciables à leurs conseils et ainsi d'appréhender leur représentation de l'institution judiciaire et de ses acteurs. En assistant à des rendez-vous entre des avocats et leur client après que ce dernier eût donné son accord, la pratique de recherche se confrontait aux règles déontologiques des conseils juridiques. Le fait d'être salarié au sein d'une Etude d'avoué est certainement à l'origine de la proposition de deux avocates d'assister aux rendez-vous avec leurs clients. Ce positionnement d'enquête est typique des nouvelles postures pragmatiques des ethnographes « *de plus en plus amenés à développer « des activités hybrides »* », permettant de passer « *les frontières entre plusieurs domaines d'expérience et d'activité* »⁵¹.

2.2.2. Le sociologue et la vie privée des personnes enquêtées

La phase de négociation d'entretiens approfondis auprès des justiciables doit être saisie par un regard sociologique pour penser l'articulation entre le droit à la vie privée des enquêtés, la volonté d'enquêter (et non du « droit à l'enquête »⁵² puisqu'aucune forme juridique ne donne corps à cette formule) et les contraintes imposées par une recherche empirique en milieu judiciaire. Souhaitant m'entretenir avec les deux conjoints, les deux parties au procès, leur accord écrit a été sollicité par courrier postal⁵³ sans dévoiler mon

⁵¹ Cefaï Daniel (ss la dir.), *l'engagement ethnographique*, Editions EHESS, Paris, 2010, p467.

⁵² Laurens Sylvain et Neyrat Frédéric, *Enquêter : de quel droit ? Menaces sur l'enquête en sciences sociales*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du Croquant, 2010.

⁵³ Ce courrier se présentait de la manière suivante :

« Doctorant en sociologie, je mène actuellement une recherche sur les séparations conjugales (divorce, concubinage, etc.) et plus précisément, sur les personnes ayant été amenées à présenter une procédure devant une Cour d'Appel de Justice. Cette recherche a pour objectif de mieux comprendre la façon dont la séparation et ses conséquences sont vécues par les personnes tout au long de leur parcours au sein de l'institution judiciaire.

« Ainsi, je me permets de vous contacter pour solliciter votre témoignage sur votre parcours au sein de l'institution judiciaire. Le recueil de ce témoignage sera bien entendu anonyme et n'aura pour seul objectif qu'une visée universitaire et scientifique.

Aussi, vous trouverez ci-joint un bulletin que vous voudrez bien m'envoyer (quelque soit votre réponse) dans la lettre pré-timbrée jointe à la présente, afin que je puisse vous contacter pour s'accorder sur un rendez-vous si vous acceptez que nous nous entretenions

Vous remerciant à l'avance de votre collaboration. »

affiliation à une Etude d'avoué. Après différentes vagues d'envois, le taux de réponse positive était de près de 20% (43 personnes ont accepté le principe d'un entretien sur 220 personnes sollicitées), ce qui reste élevé étant donné l'objet de l'entretien et la forme de la sollicitation. Nous avons finalement réalisé quarante et un entretiens. Pour deux personnes, nous n'avons pas pu fixer d'entretien pour des raisons de distance géographique et de concordance de nos calendriers réciproques. Le fait d'avoir utilisé la voie écrite pour solliciter «le droit à l'enquête» a pu par ailleurs directement sélectionner des enquêtés disposés à parler, lesquels ont pu investir l'espace de l'entretien pour des motivations très différentes (aide à un étudiant, exutoire contre l'ex-conjoint ou contre l'institution judiciaire et ses agents, se justifier sur ou contre le résultat du procès obtenu, etc.). L'utilisation de la voie écrite pour solliciter les entretiens formalisait l'«accord à être enquêté». Cette forme de sollicitation d'entretiens sociologiques a pour effet, d'une certaine manière, de concrétiser et légitimer le droit à la vie privée des enquêtés et, ainsi, pour ces derniers, d'exercer un contrôle, plus ou moins important en fonction de leurs ressources culturelles et juridiques, sur le contenu et l'exploitation de l'entretien (refus de répondre à certaines questions, demande de ne pas «exploiter» certaines confidences, refus de l'enregistrement de l'entretien, etc.). Aussi, les entretiens se sont déroulés pour la plupart au domicile des personnes enquêtées, les autres étant réalisés dans des lieux publics (cafés, parcs). Le fait que les entretiens se déroulaient chez les enquêtés, dans leur intimité, a pu favoriser leur expression sur des périodes douloureuses et intimes de leur vie mais également renforcer leur contrôle sur le discours produit lors des entretiens.

2.2.3. Les ressorts des personnes sollicitées face à la situation d'entretien

Pour définir l'ensemble des jeux de contraintes pesant sur la situation d'enquête, en plus des règles déontologiques des professions judiciaires et celles que le sociologue s'impose, il est nécessaire également d'appréhender les ressorts des enquêtés notamment face à la situation d'entretien. Alors que nous pensions que la principale difficulté de cette recherche serait d'obtenir le témoignage des justiciables, nous avons finalement pu avoir l'accord d'une quarantaine de personnes. Le fait de témoigner n'est pas un acte anodin et il nous a fallu réfléchir aux conditions permettant l'acceptation de l'entretien avec un inconnu

sur une expérience si ce n'est extrême⁵⁴, du moins douloureuse. En ayant fait le choix de passer par une procédure écrite sans avoir recours à un « intermédiaire », j'ai eu affaire à des personnes « disposées à parler ». Alors que nous avons sollicité dans les mêmes proportions hommes et femmes, une majorité de femmes ont accepté l'entretien (33 femmes/10 hommes). Comme pour notre corpus de dossiers, les femmes de milieux populaires sont très nettement majoritaires. Il s'est avéré que la plupart d'entre elles ont pu accepter l'entretien pour, d'une certaine manière, montrer qu'elles étaient de « bonnes mères ». Le principal enjeu de leur procès en appel était souvent le maintien de la résidence des enfants à leur domicile ou la limitation du droit de visite et d'hébergement du père. Certaines m'ont d'ailleurs fait visiter les espaces réservés aux enfants, montrer leur matériel de puériculture ou encore présenter les jeux ou jouets mis à disposition dans leur foyer. Cette forme de démonstration rappelle les « attentes » d'une enquête sociale dont certaines ont fait l'expérience. Des femmes plus âgées, de milieu plus favorisé, ont également accepté de témoigner. Leur volonté de témoigner avait la même origine mais s'inscrivait dans deux logiques différentes. Il s'agit de femmes de cadres ou d'indépendants ayant mis entre parenthèse une éventuelle carrière professionnelle pour prendre en charge l'éducation des enfants et/ou pour aider leur époux dans la « bonne gestion » de son entreprise. Aussi, dans ces configurations familiales, la séparation très souvent à l'initiative de l'époux s'est avérée particulièrement couteuse pour ces femmes dépendantes d'un point de vue économique et parfois relationnel de l'activité professionnelle de leur conjoint. Ainsi, certaines d'entre elles m'ont reçu dans leur nouveau logement pour témoigner de l'appauvrissement et de l'isolement qu'elles ont subi avec la séparation. D'autres ont accepté l'entretien pour montrer au contraire qu'elles ont su pallier au risque d'appauvrissement économique et parfois relationnelle et « rebondir » en trouvant un emploi, en créant un nouveau tissu de relations amicales ou en reformant un couple.

Les hommes ayant accepté l'entretien sont de milieu plutôt favorisés au regard de notre échantillon de dossiers où les hommes de milieux populaires sont largement majoritaires. Deux principales raisons sont invoquées lorsqu'ils ont accepté l'entretien. Alors que l'enjeu de leur procès en appel est d'obtenir une résidence alternée, les hommes des classes moyennes (technicien, éducateur spécialisé) rencontrés disent avoir donné suite à ma demande d'entretien en ce que leur combat judiciaire serait, d'une certaine manière, représentatif d'une forme de « *condition paternelle contemporaine* » (sic J34). Nous avons également eu affaire en entretien à des hommes disposant d'importantes ressources culturelles

⁵⁴ Pollak Michael, *L'expérience concentrationnaire*, Paris, Métailié, 1990.

et/ou économiques (médecins, chef d'entreprise) dont le témoignage pouvait se présenter comme une façon de « réhabiliter » leur honneur. Ils étaient pour la plupart engagés dans un divorce pour faute (prononcé à leurs torts en première instance pour certains) et la séparation revêtait d'importants enjeux financiers (liquidation du patrimoine, prestation compensatoire ou pension alimentaire au titre du devoir de secours).

D'une manière générale, certains enquêtés peuvent aller très loin dans le dévoilement de leur vie privée. Ces derniers, ayant souvent perdu leur procès ou du moins se sentant lésés par les décisions judiciaires rendues, investissent la situation d'enquête comme un espace pour faire entendre et reconnaître une parole qui n'a pu être considérée, notamment par les magistrats. Ainsi, Madame A. (employée dans le domaine socio-judiciaire, J40), après un entretien à son domicile, délivre un manuscrit d'une trentaine de pages où elle retrace tout son parcours conjugal et familial. Elle l'a ainsi rédigé suite au dénouement judiciaire qu'elle juge inapproprié. De la même façon, un homme qui n'habite plus la région où se déroule l'enquête souhaite apporter, malgré la distance géographique, son témoignage ayant « *beaucoup de choses à dire sur la Justice* » et me propose d'échanger par courriers électroniques. Ainsi, à travers différents messages électroniques, il retrace sa vie familiale et conjugale avec la volonté de montrer le décalage avec les décisions judiciaires.

Enfin, une des volontés des enquêtés dans leur manière d'investir la situation d'entretien est de mettre en avant ce qui les « distingue du commun » et « ce qui fait de leur cas une exception ». Face à un entretien qui tente notamment de retracer une trajectoire judiciaire singulière, différents enquêtés, me considérant comme observateur privilégié, m'ont interrogé sur la manière dont d'autres justiciables ont vécu leur passage par la justice afin d'inscrire leur propre histoire dans des trajectoires judiciaires collectives et ainsi de se mesurer à une norme.

Pour les personnes déclinant l'entretien, il était demandé d'en justifier le refus. Sur les cent soixante-dix-sept personnes n'ayant pas donné leur accord pour un entretien, cinquante deux ont explicité leur refus par écrit. Je me suis donc attaché à étudier les modes de justification du refus de l'entretien. Aussi, disposant des dossiers judiciaires des personnes sollicitées pour un entretien, se posait la question de l'opportunité de leur consultation pour appréhender les modes de justification du refus de l'entretien par les justiciables. Ne pas analyser les modes de justifications de ses refus à l'enquête au regard du contenu des dossiers judiciaires, était une manière de se priver d'un matériau permettant de penser la relation du justiciable à l'institution judiciaire.

Une analyse en termes de registres d'épreuves semblait le plus approprié pour traiter des différents types de justifications rédigées par les justiciables. Cette notion d'épreuve fait ici référence à leur expérience de la séparation, à leur expérience judiciaire et à leur perception de l'exercice de l'entretien.

Ainsi, le premier type de justifications est le fait de personnes évoquant leur séparation comme une lourde épreuve émotionnelle et privée. Selon eux, l'enquête soulèverait directement des questions « douloureuses » touchant à leur intimité. Ainsi, Madame B., 34 ans, infirmière m'écrit que le conflit judiciaire est une « *affaire personnelle et ces moments ne sont pas agréables donc pourquoi ressasser le passé* ». Ou encore, Madame T., 42 ans, agent d'entretien, explique « *je ne souhaite pas apporter mon témoignage, mes enfants et moi-même, nous avons souffert, je ne veux plus entendre parler de cette blessure, je l'ai fermée. Merci* ». Face à ces modes de justification invoquant directement le respect de la vie privée pour refuser l'enquête, nous ne procédions pas à la consultation des dossiers judiciaires correspondant. Par ailleurs, on peut relater la négociation de l'entretien avec Madame C., 58 ans, sans emploi. Après la réception de la demande d'entretien, celle-ci répond par écrit ne pas être opposée à un entretien, toutefois, à condition de lui transmette auparavant une grille. En acceptant de la lui communiquer sans pouvoir la justifier de vive voix, nous nous privions de toute possibilité de gagner sa confiance [par exemple, en lui expliquant « l'esprit » (ou la logique) de certaines questions] ou du moins ne pas éveiller une forme de méfiance. C'est ainsi que quelques semaines plus tard, elle répondait par courrier : « *J'ai pris connaissance de votre questionnaire et ne suis pas en mesure d'y apporter des réponses que je juge trop personnelles, me renvoyant ainsi à une époque de ma vie que je préfère oublier. J'espère que vous trouverez une collaboration nécessaire à votre recherche* ».

Le deuxième type de justification pour refuser l'entretien fait référence à l'épreuve judiciaire entendue comme épreuve bureaucratique⁵⁵. Ainsi, la confrontation à l'arbitraire d'un déroulement et d'un dénouement judiciaires et une forme de rejet du monde judiciaire et de ses acteurs sont d'autres formes de justification pour refuser l'enquête. Madame V., aide à domicile à temps partiel, 43 ans, par jugement entérinant un divorce par consentement mutuel

⁵⁵ Voir à ce propos : Astier Isabelle, « Du récit privé au récit civil : la construction d'une nouvelle dignité ? », *Lien Social et Politiques-Riac*, n°34, Automne 1995, p.121-130. Dubois Vincent, *La vie au guichet. Relation administrative et traitement de la misère*, op. cit., 2003. D'Halluin Estelle, *Les épreuves de l'asile. De la politique du soupçon à la reconnaissance des réfugiés*, Thèse de doctorat, Paris, EHESS, 2008. Fassin Didier, « La supplique. Stratégies rhétoriques et constructions identitaires dans les demandes de secours », *Annales, Histories, sciences sociales*, n°5, 2000, p.953-981.

en 1996, a obtenu la résidence principale de ses deux filles à son domicile. En 2003, son ex-mari, l'a assignée et a obtenu le transfert de la résidence des deux filles à son domicile malgré les procédures en appel engagées par Madame V. pour revenir à l'état initial de la résidence des enfants. Ainsi, elle explique « *la Justice m'a coûté très cher, moralement et financièrement. Il s'agissait seulement de récupérer la garde de mes enfants qui vivaient à mon domicile et leur père en a demandé la garde sur un coup de tête qu'il a obtenu. Tout s'est passé sans l'accord préalable ni consultation de l'avis des enfants qui avaient 13 et 16 ans à l'époque. Pour moi, la Justice française n'existe pas !* ».

Enfin, on peut évoquer une troisième catégorie de justification invoquée par des justiciables n'ayant pas consenti à l'enquête qui se situe à un niveau moral. Le passage devant les instances judiciaires peut être perçu comme une épreuve morale à double titre : une décision judiciaire qui paraît injuste ou imméritée ou un parcours judiciaire, des événements conjugaux ou familiaux pensés comme « honteux » ou « peu avouables ». Dans cette seconde dimension, certains justiciables ont pu prétexter le risque d'atteindre à leur réputation. Monsieur R., 50 ans, agent d'assurances à son compte, explique qu'il « *ne souhaite pas apporter mon (son) témoignage par désir de conserver l'intimité d'une histoire personnelle encore très présente. Ce divorce a été un échec sur plusieurs plans, je (il) ne souhaite pas m'étaler sur ces événements peu glorieux* ». Aussi, Monsieur P., 55 ans, gérant d'une PME, après un jugement en première instance ayant prononcé un divorce pour faute aux torts partagés et le condamnant notamment à verser à son ex-épouse une prestation compensatoire sous forme d'un capital de 15.000 €, a été condamné devant la Cour d'Appel à payer à son épouse (à l'origine de l'appel du jugement de première instance) une prestation compensatoire de plus de 50.000 €. Il laisse ces quelques mots en retour de la demande d'entretien : « *Pas envie de raviver des souvenirs douloureux et un délibéré jugé injuste* ». On voit bien qu'à travers ces deux dernières réponses, épreuve émotionnelle, épreuve bureaucratique et épreuve morale sont trois registres de justification qui s'entremêlent dans les discours des justiciables ne consentant pas à s'engager dans l'enquête.

2.3. *Les stratégies de recherche pour mener l'enquête*

Trois stratégies de recherche ont été utilisées dans cette enquête en milieu judiciaire : l'établissement d'une relation empathique avec les justiciables, l'articulation des temporalités

judiciaires avec celle de l'enquête et enfin, l'instauration d'un positionnement spécifique avec chaque acteur du procès judiciaire.

2.3.1. L'empathie comme mode relationnel

Pour recueillir les points de vue des justiciables, une relation empathique a permis la production d'une forme de discours libéré d'une crainte de jugements et soulever dans certains cas, des aspects intimes de la vie conjugale des personnes interviewées.

Les personnes enquêtées sont, pour la plupart, éloignées du modèle de séparations organisées par les conjoints eux-mêmes et où les instances judiciaire jouent un rôle limité dans leur règlement. En étudiant les trajectoires judiciaires de ces justiciables, il s'agissait de créer une relation de confiance, en soutenant leur point de vue, en évitant de poser « de front » certaines questions parfois douloureuses (ex : les causes de la rupture, la perte de la garde des enfants, l'expérience d'une enquête sociale ou d'une expertise psychologique ou psychiatrique, etc.) préférant attendre que ces derniers abordent d'eux mêmes ces points. Le fait de préciser mon statut d'étudiant et de replacer l'enquête dans un cadre strictement universitaire a pu également favoriser l'instauration d'une relation de confiance. Une fois celle-ci établie, les enquêtés ont pu se livrer à différentes confidences, que ce soit à propos d'anecdotes de leur vie conjugale, d'échanges avec leurs conseils juridiques, ou encore sur le processus qui a abouti à la séparation.

2.3.2. Articuler les temps de l'enquête avec les temps judiciaires

La récolte des données et des observations s'est opérée à des moments clés de l'instruction. Au cours d'une affaire se juxtaposent des temporalités contradictoires développées par les différents acteurs judiciaires (avocats, avoués, magistrats, experts). Les stratégies judiciaires notamment des conseils juridiques se construisent dans ce jeu avec les différents temps de la procédure. « *Une même affaire mobilise une pluralité de logiques d'actions qui s'appuient chacune sur une temporalité spécifique* » écrit Marc Bessin à propos des pratiques professionnelles des magistrats⁵⁶. De fait, pour appréhender les logiques d'action des différents acteurs du procès, il s'agissait d'articuler les temps de l'enquête avec ceux de la procédure. Ainsi pour récolter et analyser les pièces judiciaires, deux temps de la

⁵⁶ Bessin Marc, « La temporalité de la pratique judiciaire : un point de vue sociologique », *Droit et Société*, N°39, 1998, p.331-343.

procédure permettaient ce recueil : lors de la réception du dossier de première instance (comprenant toutes les pièces invoquées par les parties en première instance) par l'avoué, et surtout lors du retour du dossier d'appel suite à l'arrêt rendu par les magistrats (avec toutes les pièces des deux parties invoquées devant la Cour d'Appel) permettant de mesurer la « plus value » de la procédure d'appel (nouveaux éléments, arguments ou pièces produits devant la Cour d'appel).

Un autre exemple, les observations lors de rendez-vous entre clients et avocats se sont effectuées à des moments précis de la procédure avec pour finalité d'appréhender les conditions sociales de l'action en Justice. En effet, les seuls actes de procédures et les seules pièces judiciaires permettent principalement d'avoir des éléments sur la qualification juridique des faits. Ainsi, se limiter à l'étude des seuls dossiers judiciaires tend à faire abstraction du contexte à l'origine de l'action en Justice⁵⁷. En assistant à des rendez-vous clients/avocats, lors de moments décisifs de la procédure judiciaire (l'enjeu du rendez-vous pouvant être la décision d'une action en justice contre le conjoint, le débriefing de la décision judiciaire de première instance, ou encore une discussion quant à la réponse apportée à l'action judiciaire du conjoint, etc.), il s'agit de resituer l'instruction judiciaire du conflit conjugal dans les conditions sociales à son origine. Prenons l'exemple du rendez-vous de Madame A. et de son avocate, Maître Giraud (A9), à quelques semaines de l'audience devant la Chambre familiale de la Cour d'Appel qui doit trancher sur la demande de son ex-concubin sollicitant un droit de visite et d'hébergement sur leurs enfants. Cet entretien a pour principal objectif de discuter les demandes à présenter à la Cour au nom de Madame Auverse. L'affrontement judiciaire qui s'est engagé depuis 1999, s'est inscrit dans de multiples procédures devant différentes juridictions (Tribunal Correctionnel, Juges des Enfants, Tribunal de Police, Juge aux Affaires familiales, Cour d'Appel). Le fait d'assister à cet entretien après que Madame Auverse nous y ait autorisé permet de saisir la retraduction juridique qui est faite par l'avocate de son histoire familiale et surtout les stratégies qui sont élaborées en vue du maintien de la suspension du droit de visite du père.

2.3.3. Contrôles et usages de l'information

Il est indéniable que notre intégration à une Etude d'avoué a facilité la pénétration du milieu judiciaire. Par contre cette double casquette, enquêteur et membre d'un corps

⁵⁷ Israël Liora et Mouralis Guillaume, « Le chercheur en sciences sociales comme acteur du procès ? », *Droit et Société*, N°44, 2000, p.159-175.

professionnel judiciaire, nous a amené à jouer de ces deux identités en usant différemment des informations dont nous disposions selon le statut de la personne interviewée (justiciable, conseil juridique, ou magistrat). Par exemple, nous nous présentions aux justiciables comme apprenti chercheur en sociologie, en dissimulant le fait d'être salarié au sein d'une Etude d'avoué. Détenant les minutes (c'est-à-dire les comptes rendus des procès) du Greffe de la Cour d'Appel, il était précisé aux justiciables que le Greffe de la Cour avait mis à disposition ces minutes contenant leurs coordonnées. La mise en avant de notre affiliation à l'Etude d'avoué aurait pu dissuader tous les justiciables que celle-ci ne représentait pas. Pour les entretiens avec les conseils juridiques (avoués et avocats), nous nous présentions tant comme sociologue que comme salarié d'une Etude d'avoué. Pour faciliter la prise de contact avec des avocats afin de négocier un entretien, était utilisé le réseau professionnel de l'avoué nous employant, excluant ainsi d'autres réseaux de conseils juridiques. Lors des entretiens avec les magistrats, le fait de se présenter tant comme assistant d'un avoué que comme chercheur en sociologie, nous a ainsi donné une relation de crédit pour aborder des aspects techniques de la profession. En effet, enquêter en milieu judiciaire, nécessite une connaissance minimum des règles de droit en vigueur sur le domaine étudié et du fonctionnement de l'institution judiciaire⁵⁸. Mais, notre affiliation à une Etude d'avoué représentante d'une partie au procès pouvait compromettre de la part des magistrats un discours sur les pratiques des conseils juridiques (avocats ou avoués).

Dans ce jeu de positions avec les différentes catégories d'enquêtés, nous étions amené à nous entretenir avec un justiciable, son avocat, son avoué et le magistrat qui a rendu la décision. Au cœur d'un réseau où circulent et sont contrôlées différentes informations (tant sur le procès en lui-même que sur les éléments ayant conduit à l'action en Justice), il était nécessaire d'user des différentes informations recueillies, pour récolter les points de vue des différents acteurs d'une même scène judiciaire. Se jouait alors le statut que l'on donnait à l'anonymat des personnes et à la confidentialité de leurs propos. Mais comme le suggèrent Mustapha El Miri et Philippe Masson dans leur réflexion sur la nécessité d'une charte de déontologie en sociologie, « *les conditions de l'anonymat ne dépendent pas uniquement de principes éthiques, mais aussi des aspects pratiques de la recherche et du mandat qu'on lui attribue* »⁵⁹. En effet, le principe fondamental qui a déterminé les conditions d'anonymat et de

⁵⁸ Christin Angèle, *Comparutions immédiates, enquête sur une pratique judiciaire*, Paris, La Découverte, 2008, p.13.

⁵⁹ El Miri Mustapha et Masson Philippe, « Une charte de déontologie est-elle utile en sociologie ? », *La vie des idées.fr*, 9 Avril 2009.

confidentialité dans les différentes situations d'enquête est le fait de ne pas causer tort aux personnes enquêtées, que ce soit les justiciables dans le cadre de leur procès et leur processus de reconstitution familiale, ou les différents agents de l'institution judiciaire dans le cadre de leurs pratiques professionnelles et notamment à partir du respect des règles déontologiques qui les sous-tendent.

* *
*
*
*

En pensant la situation d'enquête comme une configuration sociale spécifique, il s'agissait de donner des éléments de compréhension au jeu dans lequel s'inscrivent les différents acteurs (enquêteur et enquêtés) en fonction de leur mode d'engagement, de leurs ressources respectives et des règles spécifiques qui y ont cours. Pour mener cette enquête en milieu judiciaire sur des aspects de la vie privée de justiciables, il fut primordial de penser la conciliation des règles déontologiques du juriste avec celles du sociologue et des droits à la vie privée des enquêtés. En se positionnant, en observation participante, au centre des pratiques judiciaires, un respect des règles déontologiques des professions judiciaires était une condition essentielle à une immersion réussie du chercheur.

Enfin, pour penser le chercheur au prise avec le terrain qu'il a investi dans le cadre d'une observation participante, les propos de Pierre Bourdieu dans un discours prononcé en 2000 au *Royal Anthropological Institute* de Londres demeurent un modèle d'analyse pertinent : « *L'immersion dans une réalité sociale étrangère pour y observer des phénomènes tout en y participant soulève des difficultés liées au dédoublement de l'ethnologue, à la fois extérieur à l'objet qu'il regarde et sujet agissant sur son objet. Elle rend nécessaire une objectivation du sujet de l'objectivation qui ne se résume pas à un exposé de l'expérience vécue mais à une analyse des conditions sociales de possibilité de cette expérience.* »⁶⁰ Aussi, peut-on ajouter que parmi les conditions sociales permettant l'expérience d'enquête, on

⁶⁰ Bourdieu Pierre, « L'objectivation participante », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Volume 150, Numéro 1, 2003, p. 43-58.

retrouve celles liées à la posture éthique que s'impose le chercheur et qui s'impose à lui d'autant plus qu'il s'agit d'enquêter en milieu judiciaire sur des aspects de la vie privée et sur des conflits à forts enjeux pécuniaires, symboliques et affectifs.

PREMIERE PARTIE

Du divorce stigmatisé au modèle de la séparation consensuelle

Si divorcer paraît être aujourd'hui rentré dans les mœurs des français, le processus socio-juridique ayant abouti à cette situation est loin d'être le fruit d'une production historique sans attermolements. La situation contemporaine de la famille en France se présente sous la forme d'un paradoxe. Jacques Commaille et Claude Martin expliquent que « *d'un côté, l'évolution des modes de vie privée peut être lue comme une émancipation de l'individu à l'égard des contraintes que faisait peser sur lui la famille traditionnelle, avec l'enfermement dans des rôles prescrits, notamment en fonction du genre [...] Mais l'autre face de cette évolution renvoie au fait que cette évolution « détraditionnalisée » reste réservée à quelques uns : son accès est en effet tributaire des ressources (ou des supports⁶¹) permettant de s'inscrire dans cette logique d'autoproduction normative ; plus encore, cette autonomisation est porteuse de risques inégalement répartis selon la classe sociale, la classe d'âge ou le genre.* »⁶² Ainsi, le divorce, et plus généralement, les dissociations conjugales, prises dans un mouvement de normalisation vers une séparation réglée au sein de la sphère privée et affranchie de différentes contraintes institutionnelles extérieures à la famille, paraissent être un indicateur pertinent de ce paradoxe. L'étude des procédures de dissociations conjugales les plus longues et les plus conflictuelles vise à saisir les mécanismes sociaux à l'œuvre dans la production des règlements judiciaires de séparations qui s'écartent de l'image de la séparation autorégulée et parée des vertus d'une rupture consensuelle du contrat. En préalable, l'analyse du processus socio-historique ayant conduit à la normalisation des séparations s'impose pour comprendre ce qui constitue, au bout du compte l'envers du modèle autorégulé. Pour appréhender à la fois cet état contemporain des mœurs et des modes de régulation judiciaires des contentieux conjugaux et parentaux, il s'agit donc de mener une forme de sociohistoire de la production du droit de la famille et notamment du droit du divorce.

Le passage par l'institution judiciaire pour officialiser une séparation conjugale est une épreuve qui se situe à l'articulation des enjeux d'ordre social et de morale familiale. La transformation récente du droit de la famille pose la question de la manière dont, d'une part, les différents agents de l'institution judiciaire (juges, conseils juridiques, etc.) et, d'autre part, les membres du couple, s'approprient ces nouvelles catégories et règles juridiques. Dès lors, comment sont nées ou furent inventées ces catégories utilisées pour penser la famille et par là même la séparation conjugale ? Le travail⁶³ de Rémi Lenoir sur la façon dont la famille a été

⁶¹ Castel Robert et Haroche Claudine, *Propriété privée, propriété de soi, propriété sociale. Entretiens sur la construction de l'individu moderne*, Paris, Fayard, 2001.

⁶² Commaille Jacques et Martin Claude, *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, Bayard, 1998, p.39-40.

⁶³ Lenoir Rémi, *généalogie de la morale familiale*, Paris, Seuil, Collection Liber, Paris, 2003.

construite administrativement, juridiquement, économiquement, religieusement et scientifiquement en France du Moyen Âge à nos jours est très éclairant à ce propos. Il explique que l'analyse sociologique « *doit s'attacher à établir, pour chaque période et pour chaque lieu, l'état du système des agents et des institutions (famille, système d'enseignements, marché du travail, Etat) qui, avec des poids, des moyens et des instruments différents, a contribué au travail d'institutionnalisation et de perpétuation des modes de représentation de la famille, et du point de vue à partir duquel ils sont constitués, c'est-à-dire de l'Etat.* »⁶⁴

Dans la même perspective, il semble important de s'emparer de la famille comme catégorie de pensée et comme « catégorie réalisée »⁶⁵ pour reprendre le titre de l'article de Pierre Bourdieu. Dans cet article où il cherche à déconstruire la famille entendue comme catégorie de sens commun, il explique que l'Etat est la principale institution à l'œuvre dans ce travail de structuration des schèmes de pensée : « *dans les sociétés modernes, le responsable principal de la construction des catégories officielles selon lesquelles sont structurés et les populations et les esprits est l'Etat qui, à travers tout un travail de codification assorti d'effets économiques et sociaux bien réels, vise à favoriser une certaine forme d'organisation familiale et à renforcer ceux qui sont en mesure de se conformer à cette forme d'organisation.* »⁶⁶. Comment dès lors, l'Etat s'y prend-il ? Et surtout, de quelle manière se sont structurées les catégories pour penser la famille ? Enfin, comment les différents groupes sociaux se sont-ils appropriés les différentes règles juridiques issues de ces catégories de pensée et encadrant les dissociations conjugales ?

L'Etat, comme instance régulatrice, structure les familles par différents niveaux d'intervention. Sur le plan juridique, les lois sur l'interruption volontaire de grossesse, le divorce ou plus récemment le PACS⁶⁷ sont des exemples de décisions étatiques qui ont forgé les catégories pour penser la famille. Sur le plan économique, le système des allocations familiales, les retraites, les congés de paternité et de maternité sont des interventions étatiques qui ont contribué à distribuer ou redistribuer non seulement des ressources économiques mais également des rôles sociaux⁶⁸. Mais, c'est également par tous les actes administratifs ou d' « état civil » produits par l'Etat (livret de famille, déclaration de revenus du foyer, acte de mariage, jugement de divorce, etc.) que se fait et se défait l'institution familiale. Sous ces trois

⁶⁴ *Ibid*, p.88.

⁶⁵ Bourdieu Pierre, « A propos de la famille comme catégorie réalisée », *Actes de la Recherches en Sciences Sociales*, n°100, 1993, p.32-36.

⁶⁶ *Ibid*, p.36.

⁶⁷ Supiot Alain, « Les mésaventures de la solidarité civile. (Pacte civil de solidarité et système d'échanges locaux) », *Droit social*, n°1, Janvier 1999, p.64-73.

⁶⁸ Singly François de (ss la dir.), *La famille : l'Etat des savoirs*, Paris, La découverte, 1991, p.33.

angles d'intervention (juridique, économique et administratif), il s'agit de comprendre comment l'Etat a forgé les catégories sociales et juridiques pour penser les dissociations conjugales.

Dans un premier chapitre, sous forme d'une sociologie politique du droit⁶⁹, nous tenterons de décrire les différents enjeux sociaux, juridiques et politiques ayant conduit à la production du droit contemporain régulant les contentieux conjugaux. Ainsi, avant d'analyser plus précisément les affaires présentées devant une Cour d'Appel par différents couples qui en font l'expérience, il importe d'examiner les mécanismes de régulations publiques d'enjeux privées. Il s'agira d'observer comment certains acteurs religieux, juristes, politiques, etc. intéressés à produire une définition de la famille sont parvenus à imposer leur propre représentation de la famille et dans le même mouvement, de la séparation entre conjoint.

Le second chapitre vise à rendre compte au sein de l'institution judiciaire comment le modèle de la séparation consensuelle s'inscrit dans un processus global de redéfinition des modes de régulation judiciaire des affaires civiles, où notamment la conciliation et la médiation deviennent des recours privilégiés par les différents agents judiciaires pour résoudre les litiges entre justiciables.

Enfin, dans un troisième chapitre, nous nous intéresserons plus particulièrement aux couples ne trouvant de solutions par eux-mêmes pour résoudre les modalités de leur séparation et rejetant les décisions judiciaires (à travers les recours possibles que sont par exemple les procédures devant les chambres familiales des Cours d'Appel) qui leur sont imposées. La transformation récente du droit de la famille légitimant la séparation consensuelle et autorégulée comme modèle dominant doit nous amener à appréhender la manière dont ces couples se positionnent par rapport aux catégories et règles juridiques sur lesquelles se fondent la régulation judiciaire. En effet, la façon dont est vécue la résolution judiciaire du conflit conjugal est étroitement liée aux représentations que les justiciables se font de l'institution judiciaire et de ses agents. Ces représentations varient en fonction de leurs savoirs juridiques et de leurs modes d'appropriations des règles juridiques en matière de contentieux conjugaux et parentaux. Nous chercherons ainsi à présenter les logiques sociales et judiciaires dans lesquelles se trouvent pris ces couples qui n'ont pas accepté « les règles du

⁶⁹ Commaille Jacques, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection Droit Ethique Société, 1994.

jeu implicites qui définissent les solutions acceptables »⁷⁰ aux yeux des différents agents judiciaires.

⁷⁰ Cardia-Vonèche Laura et Bastard Benoît, « Vers un nouvel encadrement de la parentalité ? L'intervention sociale face aux ruptures familiales », *Informations sociales*, n°122, 2005, p110-121.

Chapitre 1. La production du droit des contentieux conjugaux : enjeux sociaux, juridiques et politiques

« Que d'époux s'irritent sans cesse l'un contre l'autre, déclarent la vie commune intolérable, et pourtant souffrent cruellement une fois que la mort, par exemple, les a séparés ! L'idée qu'ils se font de leurs relations est donc un bien mauvais critère pour juger de l'état vrai de ces relations. Comment donc attribuer une telle efficacité à la simple déclaration de leur volonté ? Seul, le juge est en mesure d'apprécier si une société conjugale ne peut plus s'acquitter de sa fonction. Il est naturel que les sentiments des époux, soient, pour lui, un utile élément d'information ; mais ce qui est inadmissible, c'est ce qui lie et suffise à rompre le lien matrimonial. »⁷¹

Emile Durkheim pointait, au début du XXe siècle, les risques que pouvait entraîner le fait de fonder l'unité conjugale sur les seuls sentiments que les époux éprouvaient l'un pour l'autre. Pour lui, la famille constitue un des fondements de la cohésion sociale et doit servir de ciment pour le maintien des institutions afin d'éviter une déstructuration du corps social. Son approche de l'institution matrimoniale se trouve être une parfaite illustration du modèle théorique qu'il a forgé dont une des règles fondamentales stipule que « *la cause déterminante d'un fait social doit être cherchée parmi les faits sociaux antécédents, et non parmi les états de la conscience individuelle* »⁷². En ce début de siècle, l'approche de Durkheim se distingue de celle des Leplaysiens. Si les deux conceptions ont contribué au maintien d'une législation stricte en matière de divorce, de leur côté, les Leplaysiens, dans la lignée des penseurs catholiques du XIXe siècle, attribuent la « décadence » familiale au Code Civil et à l'Etat, agent de la destruction d'une autorité paternelle érigée en dogme naturel⁷³. Quoi qu'il en soit, ces deux conceptions ont bien subi des accrocs tout au long du XXe siècle. Certes la fonction sociale de reproduction et d'éducation de la famille constituée autour de l'union conjugale n'a pas été remise en cause, mais la forme de cette union et les moyens d'y mettre fin ont connu des inflexions qui ressortissent à la libéralisation des mœurs et du droit en matière de dissociations conjugales. Plusieurs travaux d'historiens et de socio-historiens ont montré les liens étroits entre les contextes juridiques et judiciaires et les représentations du mariage et du

⁷¹ Durkheim Emile, « Un problème d'anomie : le divorce », in *Religion, Morale et Anomie*, Paris, Les Editions de Minuit, 1975, p.203.

⁷² Durkheim Emile, *Les règles de la méthode sociologique* (1895), Paris, PUF, Quadrige, 1981.

⁷³ Segalen Martine, *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Collin, 6^{ème} édition, 2006.

divorce⁷⁴. Notre approche socio-historique s'inscrit dans ce champ d'étude consacré aux modalités d'adaptation du droit à l'évolution des mœurs conjugales. Elle vise à rendre compte des transformations de l'encadrement moral et juridique des dissociations conjugales issues de différentes configurations historiques ; ces transformations ayant participé au repli progressif de la gestion des « affaires conjugales » dans l'espace privé.

1. L'Ancien Régime : l'Eglise et l'Etat monarchique face aux conflits conjugaux

Si les différentes législations de l'Antiquité ainsi que différents droits (islamique⁷⁵, droit coutumier germanique⁷⁶, etc.) ont autorisé le divorce, le plus souvent sous une forme de divorce-répudiation⁷⁷, il faudra attendre de nombreux siècles, sous l'Ancien Régime et sous l'égide du droit canonique, pour que le mariage devienne indissoluble conformément au dogme catholique. Dès le XIIe siècle, le mariage avait pris place parmi les sept sacrements et devint ainsi l'instrument essentiel du salut de l'individu ; l'Eglise acquérant par là-même compétence exclusive pour légiférer sur le mariage⁷⁸. Surtout l'Ancien Régime marque la place croissante de l'Etat moderne dans le traitement des dissociations conjugales. Il s'agit, dès lors, de revenir sur les fondements historiques des modes d'intervention étatique pour réguler les dissociations conjugales.

1.1. L'Eglise et l'Etat face au traitement de l'indissolubilité du mariage

Au XIVe siècle, la doctrine de l'indissolubilité du mariage est définitivement admise : la séparation de corps peut être prononcée uniquement devant les tribunaux ecclésiastiques (par exemple, un mariage conclu mais non « consommé » peut être dissout par un acte de juridiction ecclésiastique). En 1563, le Concile de Trente introduit et confirme le mariage comme l'un des sept sacrements de la loi de l'Evangile. Aussi, dans son histoire du divorce en

⁷⁴ Archambault Paul, *Le devenir des enfants de familles dissociées. Approche sociodémographique à partir des enquêtes sur la jeunesse en France*, Thèse de sociologie, Paris, Université Paris Descartes, 2001.

⁷⁵ Charnay Jean-Paul, *Esprit du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2008.

⁷⁶ Bart Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe s.*, Paris, Montchrestien, Coll. « Domat/ Droit privé », 1998.

⁷⁷ Il est à noter que si l'ancien droit romain admettait également le divorce-répudiation, à la fin de l'Empire, le divorce par consentement mutuel est instauré, le mariage étant considéré comme un contrat, et le recours à ce mode de divorce se banalise avec un recours très fréquent à cette forme de dissolution.

⁷⁸ Théry Irène, *op. cit.*, p.31.

France, Jacques Commaille précise-t-il que « *le Concile rappellera que l'Eglise a compétence exclusive en matière de causes matrimoniales : il ne peut exister d'union légale hormis celle consacrée au sein de l'Eglise catholique ; le pouvoir ecclésiastique est maître de cette législation de droit privé ...* »⁷⁹. Les tribunaux ecclésiastiques prononcent des jugements de séparation de corps seulement dans deux cas : l'adultère de la femme et le danger que pouvait entraîner le maintien de la cohabitation pour la vie d'un des époux⁸⁰. Dès la fin du XVI^e siècle, alors que l'édification de l'Etat moderne s'engage et s'achèvera lors du dernier siècle de l'Ancien Régime, la gestion des affaires matrimoniales passe peu à peu de l'Eglise à l'Etat : à l'Eglise : le sacrement, à l'Etat : le contrat. La lutte menée par le pouvoir royal contre le pouvoir religieux est principalement dirigée contre les privilèges des tribunaux ecclésiastiques. En matière de mariage, les juges royaux ont dorénavant en charge tous les aspects non sacramentels : dot, séparation de biens et de corps, etc⁸¹. La monarchie a, par ailleurs, joué un rôle central dans le renforcement de l'autorité paternelle, s'appuyant sur le principe selon lequel l'harmonie au sein des familles est le fondement de l'harmonie sociale. Ainsi, la monarchie fait du maintien de l'ordre familial un de ses devoirs fondamentaux⁸². Il est à noter que les élites protestantes, dans le siècle de la Réforme, initient des débats politiques et religieux sur la question du mariage comme contrat. Pour ces dernières, le divorce est admis, mais seulement dans des cas spécifiques, notamment lors d'un adultère de la femme. Agnès Walch, en retraçant l'histoire de l'adultère, pointe l'influence du protestantisme sur les idées les plus libérales en matière de divorce à partir du XVI^e siècle. Par contre, si la législation calviniste autorisait la pratique du divorce comme solution exceptionnelle en cas d'adultère, en France, Walch explique que « *l'influence de la pratique réformée ne s'est jamais fait sentir, et les protestants, qui, sous le régime de l'édit de Nantes, ne pouvaient divorcer s'en plaignirent à plusieurs reprises.* »⁸³.

⁷⁹ Commaille Jacques, *Le divorce en France. De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce*, Notes et études documentaires, 2^{ème} édition, 1980.

⁸⁰ Dans le cas d'une séparation de corps pour adultère de la femme (procédure plus courante que le deuxième type de séparation de corps), cette dernière était enfermée dans un monastère (ou dans une maison de force pour les femmes les plus pauvres). Le mari payait une pension à l'institution « pénitentiaire » et pouvait demander la reprise de la vie commune à tout moment. Le placement en couvent a été vivement critiqué au XVIII^e siècle notamment parce que le couvent mélangeait différentes populations, notamment les femmes y venaient pour une retraite religieuse.

⁸¹ Rouland Norbert, *L'Etat français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, Odile Jacob, 1995, p.170.

⁸² Burguière André, « L'Etat monarchique et la famille (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, 56^e année, N°2, 2001, pp 313-335.

⁸³ Walch Agnès, *Histoire de l'adultère, XVI^e – XIX^e siècle*, Paris, Perrin, 2009, p.268.

Finalement, la normalisation familiale et conjugale qui s'opère à cette époque, comme le précise André Burguière, « *a été obtenue par une collaboration ambiguë de l'Eglise et de l'Etat, qui était fondée sur des objectifs convergents mais aussi sur certains désaccords* »⁸⁴. Alors que l'Eglise fait du libre consentement des époux le fondement légal du mariage, l'Etat monarchique considère que l'autorité des parents doit primer sur le libre choix des conjoints afin notamment d'éviter les mésalliances et ainsi de faire vaciller l'ordre social. En effet, sous la monarchie absolue, le maintien du statut de noble face à la bourgeoisie montante est un enjeu de luttes pour le pouvoir et devient directement une affaire d'Etat. S'affrontent, dès lors, la légitimité de l'amour prônée par l'institution ecclésiastique et la légitimité d'autorité (notamment celle des parents des élites dominantes) portée par la royauté. Ainsi, paradoxalement, l'Eglise, en instaurant cette logique de l'amour, « *a donné corps au XVIIIe siècle à l'idée de l'amour comme seul fondement du mariage* »⁸⁵ et a pu initier ou du moins faciliter les fondements de sa propre critique pour légaliser le divorce, notamment de la part de certains philosophes des Lumières⁸⁶. Aussi, Burguière avance-t-il l'hypothèse que les contradictions entre la régulation familiale de l'Etat monarchique et celle de l'Eglise ont abouti au repli des relations conjugales « *dans un espace de discrétion voire de secret, confié à la responsabilité des époux* »⁸⁷.

1.2. Maintenir l'ordre familial et l'ordre social

La monarchie s'empare des mariages comme instrument au service de l'intérêt des lignages, et du maintien de l'ordre social. La centralisation politique qui s'opère à cette période, s'appuie sur l'émergence d'une élite juridique et politique. Cette nouvelle élite a cherché à constituer un nouveau modèle familial construit autour de l'autorité socio-économique du chef de famille. L'émergence de ce nouveau modèle familial se traduit par la mise en œuvre de différentes réglementations : la sanction des mésalliances, l'illégalité des mariages secrets, la publication des bans, la restriction de la possibilité de la séparation des couples, etc. Rémi Lenoir explique qu'« *ayant mobilisé des fonds familiaux importants pour acheter leurs charges, les parlementaires et les grands officiers, notamment, élaborèrent une*

⁸⁴ *Ibid*, p.314

⁸⁵ *Ibid*, p.315.

⁸⁶ Voir notamment Montesquieu, *De l'Esprit des lois I*, Paris, Garnier Frères, 1973, p.290-294.

⁸⁷ Burguière André, *op. cit.*, p.315.

*réglementation visant à maintenir ce nouveau type de patrimoine dans leur famille. »*⁸⁸ Les procès matrimoniaux ayant pour objet la séparation des couples sont au service du maintien de l'ordre familial et, plus généralement, de l'ordre social. Au Moyen Âge, l'adultère est considéré comme un crime et est donc jugé auprès des juridictions pénales. Ainsi, prenant appui sur l'axiome durkheimien selon lequel le crime éclaire la norme, l'entrée par le contentieux a ouvert aux historiens de fécondes perspectives pour notamment penser les fonctions des unions matrimoniales. En mobilisant une approche genrée pour se saisir du traitement judiciaire de conflits conjugaux opéré par des Tribunaux ecclésiastiques, Martine Charageat explique que *« le corps occupe une place déterminante sur le terrain des affaires de séparation »*⁸⁹. Aussi, nuance-t-elle notamment l'idée selon laquelle l'adultère ne serait qu'un crime féminin. Ainsi, l'adultère féminin se distingue de l'adultère masculin par le vocabulaire qui est employé au sein des tribunaux pour les qualifier : *« La femme commet l'adultère ou bien est adultère selon la permanence de l'état (...). L'expression être « mauvaise de son corps », n'affecte que les femmes. Jamais il n'est écrit que l'homme marié fait mauvais usage de son corps, même lorsqu'il vit avec une prostituée (...). Le seul moment où le corps de l'homme marié prend de l'importance et où sa parole cède le pas à cette prééminence inattendue du corps masculin, c'est lorsque ce dernier empêche directement la femme de faire bon usage du sien propre, parce que le conjoint ne peut accomplir l'acte charnel et féconder le corps de son épouse. La corporéité du masculin intervient quand l'enjeu transcendantal de la consommation du mariage ne peut être accompli. »*⁹⁰ Dans la même perspective, Agnès Walch, en analysant différents procès ayant pour objet l'adultère d'un des époux, trouvent certaines formes régulières de configurations de procès, le plus souvent sous forme de stéréotypes, contenues dans les documents judiciaires de l'époque : *« la femme est toujours la coupable, l'homme est sa victime, des sommes d'argent sont en jeu, la famille cherche à profiter de l'aventure, les juges s'affolent à l'idée qu'un laxisme de leur part puisse ébranler l'institution matrimoniale, tout en prononçant des verdicts encourageant la stabilité familiale »*⁹¹. Le mari est le seul à être considéré par le droit canonique comme victime dans des affaires d'adultère. Il peut donc intenter un procès contre son épouse afin que soit prononcée une séparation de corps. Mais dans la pratique, peu d'époux bafoués choisissent d'avoir recours à la justice, et du côté des agents judiciaires, *« les juges rechignent*

⁸⁸ Lenoir Rémi, *op. cit.*, p.118.

⁸⁹ Charageat Martine, « La confrontation des genres au tribunal au Moyen Âge (XIV^e-XVI^e siècles). Une relecture des relations de couples en conflit », *Genre & Histoire*, n°5, Automne 2009.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Walch Agnès, *op. cit.*, p.19.

à juger des cas d'adultère parce que les procès mettent chaque fois en évidence les lacunes, soit du droit, soit du mariage »⁹². L'analyse de ces procès s'avère ainsi essentielle puisqu'elle permet de saisir le modèle familial porté par les groupes sociaux dominants (bourgeois et nobles) et en même temps, indirectement, de dévoiler les inégalités de recours à la Justice. En effet, face à la non-gratuité des procès (les magistrats étant rémunérés par le justiciable pour rendre son jugement), les groupes sociaux les moins dotés économiquement, juridiquement et isolés géographiquement sont exclus des procès en matière conjugale et familiale. Les principaux acteurs de ces procès sont les justiciables appartenant au petit commerce, au monde de l'artisanat et à la noblesse d'office. Dans le modèle familial porté par les groupes sociaux privilégiés, l'époux est garant de l'autorité dans sa famille et « *il est censé surveiller et maîtriser le comportement de son épouse, il est le premier responsable de ses débordements. L'inconduite féminine relève de l'honneur privé* »⁹³. Ne souhaitant pas mettre sur la place publique les « débordements conjugaux », le recours à l'institution judiciaire par les maris s'observe principalement lorsque des intérêts financiers sont en jeu. Aussi, le divorce n'étant pas autorisé, il n'est pas possible pour les époux de se remarier, et la seule solution pour reformer un couple qui s'ouvre aux époux séparés de corps est le concubinage. Ainsi, un des points forts de la recherche menée par Agnès Walch sur l'histoire de l'adultère, est de montrer comment finalement les procès pour adultère jusqu'à la période révolutionnaire, ont participé à la remise en cause de l'institution matrimoniale, mettant en lumière les lacunes du droit, et par extension les limites des solutions judiciaires proposées à l'épouse ou à l'époux victime d'adultère contraint(e) de rester lié (e) à son (ou sa) conjoint(e).

1.3. Le rôle croissant de l'Etat dans la gestion des contentieux conjugaux

Ce repli des relations conjugales sur un espace intime et secret qui s'amorce à la fin de l'Ancien Régime s'accompagne d'un autre processus initié au cours du XVIIIe siècle qui tient au recours croissant à l'Etat monarchique pour régler les conflits familiaux. La banalisation des lettres de cachet au XVIIIe siècle pour un usage d'ordre familial illustre cette tendance à une plus grande dépendance des familles vis-à-vis de l'Etat. La lettre de cachet sert à notifier un ordre du roi notamment dans ses fonctions de police et de justice, et incarne l'expression de la volonté souveraine de ce dernier. Le principal usage des lettres de cachet est le fruit de la

⁹² Walch Agnès, *op. cit.*, p.35.

⁹³ *Ibid.*, p. 37.

demande de particuliers, notamment pour traiter de conflits familiaux⁹⁴. Jeanne-Marie Jandeaux observe : « *Parents contre leurs enfants, maris contre leurs épouses, tels sont les schémas conflictuels les plus courants dans les lettres de cachet pour affaires de famille au XVIIIe siècle, résultat logique de l'écrasante domination paternelle sur la cellule familiale. La lettre de cachet est en effet avant tout l'incarnation du père sur la famille, comme celle du roi sur ses sujets* »⁹⁵. Les lettres de cachet, et plus précisément celles traitant de contentieux conjugaux permettent aux familles d'éviter une condamnation devant les tribunaux et ainsi de préserver leur honneur. Les désunions de couple présentées au roi sont le plus souvent la conséquence d'un mariage convenu et de l'absence de sentiments. Les lettres de cachet sont une réplique apportée par les maris en réponse à leur épouse intentant un procès en séparation de corps. Si comme le remarque André Burguière, on peut difficilement « *démêler le vrai du faux dans ce maquis de mauvaises querelles et de stratégies inavouées, ou même de savoir si l'augmentation des demandes d'interventions royales correspond à un réel développement des tensions au sein des familles* »⁹⁶, la croissance constante du nombre des lettres de cachet tout au long du XVIIIe siècle permet par contre de révéler en parallèle du repli des relations conjugales sur un espace intime, le rôle croissant de l'Etat pour traiter de litiges conjugaux.

2. Le droit révolutionnaire ou l'entrée dans la modernité conjugale

La période révolutionnaire marque un tournant avec la promotion des droits individuels à travers une vision contractualiste du lien social. En avance sur l'état des mœurs, la codification juridique révolutionnaire du divorce introduit différents types de divorce – dont le divorce par consentement mutuel. La parenthèse révolutionnaire, en pensant le droit du divorce sous l'angle des droits des individus portés par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, sera refermée par le retour d'une vision autoritaire et familialiste avec l'Empire.

⁹⁴ Farge Arlette et Foucault Michel, *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, Paris, Gallimard-Julliard, 1982.

⁹⁵ Jandeaux Jeanne-Marie, *Les lettres de cachet pour affaires de famille en Franche-Comté au XVIIIe siècle*, Thèse de l'école des chartes, 2008.

⁹⁶ Burguière André, *op. cit.*, p.334.

2.1. *La régénération des règles juridiques en matière familiale*

A la fin de l'Ancien Régime et pendant la Révolution, vient l'heure de la « régénération », synonyme de fracture et de rupture, et qui participe de l'idée de progrès. Cette notion de « régénération » vient s'opposer à l'ère des « réformations » faisant référence à certaines ordonnances royales dont l'objectif était de ramener à un état antérieur des choses, aux premières règles et institutions⁹⁷. La régénération réside, en premier lieu, dans la loi, et l'intervention du législateur en est donc la condition. Ainsi, la loi sur la sécularisation du mariage était mise à l'ordre du jour dès le début de l'Assemblée Constituante. Le 3 septembre 1791 était finalement votée la loi proclamant la neutralité religieuse de l'Etat et faisant du mariage un simple contrat. A la différence de cette loi, celle sur le divorce rencontre une ferme résistance dans la droite catholique. Partisans et contempteurs du divorce s'opposaient bien avant la période révolutionnaire, tout au long du XVIII^e siècle. Penseurs, hommes de lettres et philosophes, notamment dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, pointaient les limites et les aberrations dont faisait l'objet l'institution matrimoniale. Ces derniers dont Voltaire, critiquaient l'incohérence de la loi notamment pour les cas où une séparation de corps était prononcée après un fait d'adultère, la loi interdisant au conjoint trompé de se remarier. Aussi, en s'appuyant sur une perspective historique, Montesquieu montra que le divorce était pratiqué bien avant l'avènement du christianisme. Il développa une vision moderne du divorce construit sur le principe d'un consentement mutuel tout en précisant les effets parfois défavorables pour les enfants. L'idéologie contractualiste portée notamment par Montesquieu ne s'applique pas exclusivement à la question des relations matrimoniales. Elle imprègne les différents domaines de la vie sociale et notamment les relations de travail, avec au bout du compte, en 1791, le prononcé du décret d'Allarde (2 et 17 Mars) et de la loi Le Chapelier (14 Juin). Pour ce qui est des questions matrimoniales, Montesquieu critique les inégalités juridiques et judiciaires auxquelles étaient soumises les femmes par le principe de la répudiation exclusivement masculine pratiquée sous l'Ancien Régime :

« Il y a cette différence entre le divorce et la répudiation, que le divorce se fait par un consentement mutuel à l'occasion d'une incompatibilité mutuelle ; au lieu que la répudiation se fait par la volonté et pour l'avantage d'une des deux parties, indépendamment de la volonté et de l'avantage de l'autre (...)

« C'est donc une règle générale que, dans tous les pays où la loi accorde aux hommes la faculté de répudier, elle doit aussi l'accorder aux femmes. Il y a plus : dans les climats où les

⁹⁷ Bart Jean, « Le Droit, La Loi, les Mœurs : L'enjeu de la codification », *Droit et Société*, N°14, 1990, p.45-52.

femmes vivent sous un esclavage domestique, il semble que la loi doive permettre aux femmes la répudiation, et aux maris seulement le divorce (...)

« Le divorce a ordinairement une grande utilité politique ; et quant à l'utilité civile, il est établi pour le mari et pour la femme, et n'est pas toujours favorable aux enfants. »⁹⁸

Si le divorce est pratiquement absent dans les revendications des cahiers de doléances⁹⁹, l'année 1789 est pourtant marquée par une importante campagne de pamphlets autour de la question du divorce. D'ailleurs, pointant l'interdiction abusive du divorce par l'institution religieuse, les partisans du divorce s'emparent de la déclaration des droits de l'Homme, qui selon eux, contient implicitement un droit au divorce. Francis Ronsin, en retraçant les affrontements politiques autour des conceptions du mariage et du divorce précise qu'avant la période révolutionnaire, « *les divorciaires*¹⁰⁰ *s'écriaient déjà qu'il était urgent de permettre que soient dissous les mariages déshonorants pour l'institution ; que le mariage devait pouvoir, au même titre que les autres contrats, être rompu lorsque l'un des contractants n'en avait pas respecté les clauses ou que les deux contractants le souhaitaient* »¹⁰¹. A l'opposé, les adversaires du divorce s'appuyèrent sur le caractère sacré du mariage, et invoquèrent ainsi en premier lieu le mariage-sacrement plutôt que le mariage-contrat. Pour ces derniers, le divorce était tout simplement contraire à la religion¹⁰². Se pose la question de savoir « *si la loi qui avait été votée le 20 septembre 1792 sans la moindre résistance, était-ce en raison d'un consensus de l'Assemblée sur des positions divorciaires ou plus simplement du climat de peur créé par les massacres de septembre (période de la Terreur) ?* »¹⁰³ Au bout du compte, le divorce en France sera instauré par la loi révolutionnaire du 20 septembre 1792 (loi de floréal an II)¹⁰⁴, veille du jour symbolique de la proclamation de la République. Aussi est-il intéressant de noter que la loi instaurée par

⁹⁸ Montesquieu, *De l'Esprit des lois I*, Paris, Garnier Frères, 1973, p.290-292.

⁹⁹ Burguière André, « La Révolution française et la famille », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 46^e année, N°1, 1991, p.151-168, p.159.

¹⁰⁰ Nom donné aux partisans du divorce à partir de la Révolution Française.

¹⁰¹ Ronsin Francis, *Les Divorciaires, Affrontements politiques et conceptions du mariage dans la France du XIX^e siècle*, Paris, Aubier, 1992.

¹⁰² Commaille Jacques, *op. cit.*, p.16.

¹⁰³ Burguière André, « La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil) », *Droit et Société*, n°14, 1990, p.25.

¹⁰⁴ Ainsi, la législation révolutionnaire en matière de divorce à dimension libérale permet de rompre le contrat du mariage par consentement mutuel des deux époux, par simple allégation par l'un d'eux, ou pour une incompatibilité d'humeur et de caractère, et pour sept motifs déterminés : la démence, la folie ou la fureur, la condamnation d'un des époux à une peine afflictive ou infamante, les sévices ou les mauvais traitements, le dérèglement notoire des mœurs, l'abandon depuis deux ans au moins ; l'absence d'un des époux, sans nouvelles, depuis cinq ans au moins, et l'émigration. Enfin, l'institution du divorce s'accompagne de la suppression de la séparation de corps.

l'Assemblée Nationale révolutionnaire fait figure de modèle précurseur au regard des autres législations étrangères.

2.2. Les divorces pendant la Révolution Française

Face au modèle familial patriarcal et au système juridique de l'Ancien Régime, la législation révolutionnaire en matière de divorce change la donne en matière d'égalité homme-femme face à la séparation en donnant, en principe, aux deux époux, de façon identique, le droit d'obtenir le divorce. Cette nouvelle législation a conduit à l'instauration de deux modes de régulation judiciaire pour traiter les divorces : les divorces par consentement mutuel et pour incompatibilité d'humeur et de caractère. Les divorçants par consentement mutuel étaient soumis à une « assemblée de famille », en principe une assemblée de parents, voisins ou amis des époux. Tandis que « *les demandes en divorce fondées sur un des motifs déterminés étaient jugées par un « tribunal de famille », dont les « arbitres » étaient, en principe, des parents ou amis des deux époux.* »¹⁰⁵ La Révolution Française en créant ces Assemblées et Tribunaux de famille dans le but de déléguer une forme de pouvoir judiciaire au sein des cercles de parenté instaurait une nouvelle forme de régulation des conflits conjugaux et familiaux. Mais, l'Etat monarchique, notamment par le système des lettres de cachet, avait instauré une forme de dépendance des justiciables vis-à-vis de l'Etat pour régler leurs conflits conjugaux et familiaux. Aussi, avec la création des Tribunaux de famille, assiste-t-on à une première forme de déjudiciarisation des contentieux matrimoniaux, la législation révolutionnaire donnant aux membres proches des couples la charge de régler le divorce et ses conséquences. Finalement, la période révolutionnaire lancée dans une vague de codification en matière de droit familial a mis en mots ce paradoxe, toujours contemporain, d'un besoin simultané d'Etat et d'autonomie des couples pour régler leur séparation.

La législation révolutionnaire a donc offert la possibilité de divorcer aux deux époux, quel que soit leur sexe, et a rendu le divorce accessible par la gratuité du recours à la Justice. Toutefois, les pratiques du divorce durant la période révolutionnaire — qui ont été décomptées et ont fait l'objet d'une analyse à partir de plusieurs critères (sociologiques, économiques, géographiques, etc.) — se caractérisent par deux traits principaux : les demandes en divorce ont été davantage le fait des femmes et le taux de divorce en ville est

¹⁰⁵ Phillips G. Roderick, « Le divorce en France à la fin du XVIIIe siècle », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, Vol. 34, N°2, 1979, p.385-398.

nettement plus élevé qu'à la campagne¹⁰⁶. Près des deux tiers des procédures de divorce étaient initiées par les femmes¹⁰⁷. La féminisation des demandes en divorce peut s'expliquer par une forme de fenêtre qu'ouvrait une régulation judiciaire plus égalitaire. Mais cette évolution de la loi en donnant plus de droits aux femmes ne s'accompagnait que partiellement d'une évolution des mentalités. Roderick Philips explique que la loi révolutionnaire sur le divorce a certes affaibli « *les bases de la puissance maritale dans ses aspects juridiques ; mais au niveau des mentalités, les attitudes envers la femme changeaient peu* »¹⁰⁸, notamment à travers les attitudes des juges de tribunal de police qui étaient largement réticents à entendre et à prendre en considération les plaintes pour sévices ou violences conjugales. Les sévices, l'adultère et l'absence (autrement dit l'abandon du domicile conjugal de l'époux) étaient les trois principaux motifs¹⁰⁹ invoqués par les femmes pour recourir au divorce.

Une autre caractéristique de la population divorçante de la période révolutionnaire est son caractère urbain. Ainsi, le taux de divortialité dans les villes est nettement supérieur à celui des campagnes¹¹⁰. Deux principaux arguments ont été avancés pour expliquer le phénomène urbain de la divortialité révolutionnaire : d'une part, l'agitation politique pendant la Révolution s'opérait principalement dans les villes, et d'autre part, les résistances catholiques à l'égard du divorce auraient été plus fortes à la campagne. Ce sont également les conditions matérielles de la vie familiale de cette fin du XVIIIe siècle qui permettent d'appréhender ce recours plus fréquent au divorce des populations urbaines. Roderick Phillips l'explique précisément : « *pour pouvoir divorcer, il fallait que les époux puissent vivre séparément, et chacun des époux avait deux besoins essentiels : le logement et le travail. En ce qui concerne le logement, la femme était la plus touchée par la séparation conjugale ; c'est elle qui dans la majorité des cas, avait besoin d'un nouveau domicile après son divorce (...). Il n'est donc guère surprenant que le divorce ait été plus aisé aux femmes de la ville, où existaient nombre d'auberges, de pensions, de chambres garnies.* »¹¹¹. Aussi, l'économie urbaine était moins contraignante (offres d'emploi plus nombreuses, possibilité de relogement plus aisé, etc.) que le contexte socio-économique rural (encore largement agricole) pour les femmes désireuses de se séparer de leur conjoint. Le divorce sous la Révolution est donc davantage le fait de la petite bourgeoisie, des artisans, commerçants, boutiquiers et de

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.388.

¹⁰⁷ Desan Suzanne, *op. cit.*

¹⁰⁸ Phillips G. Roderick, *op. cit.*, p.390.

¹⁰⁹ Motifs qui demeureront longtemps et demeurent encore aujourd'hui (pour les procédures de divorce pour faute), dans une certaine mesure, inchangés.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*, p.393.

quelques ouvriers (notamment les ouvrières du textile). Dans ces milieux socioprofessionnels, les femmes exercent souvent un métier et peuvent envisager un recours au divorce car elle dispose d'une certaine autonomie économique. Les grands bourgeois et les nobles ont peu recours au divorce restant attachés au respect des « convenances », aux valeurs et préceptes catholiques. Les enjeux pécuniaires d'une séparation et le risque de dispersion du patrimoine familial est aussi une explication à leur faible recours.

Approximativement, 30.000 divorces sont prononcés sur toute la période révolutionnaire (de 1792 à 1803) pour environ 300.000 mariages célébrés chaque année¹¹². Ainsi, cette législation très libérale n'a pas conduit à une profusion de dissociations conjugales. D'ailleurs, il est à noter que les trois premières années d'application de la loi sur le divorce sont celles où le nombre de divorces prononcés fut le plus élevé, les années suivantes étant marquées par l'épuisement d'une « réserve » de divorces bloqués par la législation de l'Ancien Régime¹¹³. Finalement, en tenant compte des caractéristiques de la divortialité révolutionnaire, on pourrait faire l'hypothèse que d'une certaine manière la législation révolutionnaire en matière de divorce devançait l'état des mœurs et des mentalités d'une société encore marquée par une forte inégalité entre hommes et femmes. Bien que le sort des enfants ne soit pas le centre des discussions des divorces révolutionnaires (au contraire des causes de la séparation), les décisions prononcées par les Tribunaux de famille en matière de garde des enfants paraissent de bons indicateurs du maintien de schèmes de pensée en matière de distribution des rôles et des identités sexuels. Jean Carbonnier pointe ainsi le fait que la garde des enfants du divorce révolutionnaire est systématiquement attribuée à la mère pour les filles et les garçons de moins de sept ans¹¹⁴. Les garçons, après leurs sept ans, sont le plus souvent à la charge des pères. Cette tendance révèle une conception et une répartition traditionnelle des tâches et des rôles éducatifs des parents. « *La femme suit la prime enfance, la transmission des savoirs domestiques et elle a la responsabilité de marier ses propres filles (...). L'homme socialise et virilise ses fils et les oriente dans l'apprentissage d'un métier (souvent celui du père)* »¹¹⁵ précise Paul Archambault.

La législation révolutionnaire dans sa volonté de transformer le droit d'Ancien Régime en un droit ayant pour fondement l'égalité et la liberté des individus, a moins visé directement la famille que les rapports des individus qui la composent afin de les émanciper de toute

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Carbonnier Jean, « Le statut de l'enfant en droit civil pendant la Révolution », in *L'enfant, la famille et la Révolution française*, actes du colloque du 30-31 janvier et 1^{er} février 1989, Paris-Sorbonne, 1990.

¹¹⁵ Archambault Paul, *op. cit.*, p.67.

forme d'autorité. « *L'individualisme qui caractérise la pensée juridique de la période révolutionnaire occulte la question de la famille qui n'est pas abordée en tant qu'objet mais, de manière plus souvent indirecte, sous le seul angle des individus qui se trouvent en être aussi des membres* »¹¹⁶ précisent Jennifer Heuer et Anne Verjus. Néanmoins, si d'une certaine manière, l'accès au divorce pendant la période révolutionnaire a pu libérer certaines femmes de l'autorité maritale, il n'en reste pas moins que s'est perpétuée une vision traditionnelle de la répartition des rôles de chacun des sexes notamment et précisément au sein de la sphère familiale.

3. Vers la restauration de l'indissolubilité du mariage

Les lois révolutionnaires les plus libérales notamment en matière familiale et sociale ont très rapidement été remises en cause. Les contre-révolutionnaires reprochent à la Révolution moins l'exécution du Roi et la destruction de la monarchie que le fait d'avoir détruit la famille pensée par ces derniers comme « *la clef de voûte de l'Ancien Régime, de l'équilibre social, mais surtout de l'ordre politique* »¹¹⁷. Les opposants au divorce s'appuient sur le fort taux de divortialité dans les grandes villes pour justifier leur argument principal, à savoir que le divorce aurait un impact direct sur l'ordre familial et par extension sur l'ordre social. Avec Bonaparte, on assiste à un rétablissement des relations d'ordre dans les institutions et, notamment, dans la famille. Il se traduit notamment par la restauration de l'autorité du père.

3.1. Le Code Civil au service du retour à l'autorité patriarcale

Le 12 août 1800, Bonaparte donne la responsabilité à quatre commissaires (Portalis, Maleville, Bigot de Préameneu et Tronchet), tous anciens avocats, de présenter un projet de Code Civil afin de codifier ce nouvel ordre politique et juridique. Cette codification emprunte largement aux règles et à la doctrine de l'ancien droit reprenant notamment pour ce qui

¹¹⁶ Heuer Jennifer et Verjus Anne, « L'invention de la sphère domestique au sortir de la révolution », in *Annales historiques de la Révolution française*, N° 327, janvier-mars 2002.

¹¹⁷ Burguière André, *op. cit.*, p.21.

concerne l'institution familiale, une partie des règles matrimoniales du droit canonique¹¹⁸. Une fois discutée par les tribunaux, le Conseil d'Etat et les Assemblées pendant près de quatre ans, le Code Civil est érigé en 1804. Conçu comme l'ensemble des lois réglant les rapports des citoyens entre eux, il forme un système autour de deux grands axes : la famille et la propriété¹¹⁹. Si la famille est absente du Code Civil d'un point de vue formel, les rédacteurs du Code pensent que l'individu ne peut être appréhendé isolément : l'état civil est avant tout un état de famille¹²⁰. Ils perçoivent ainsi la famille comme un facteur d'harmonie sociale et d'intégration sociale laquelle trouve ses fondements dans l'institution du mariage et dans l'autorité du mari et du père. Ainsi, le Code Civil de 1804, notamment dans le livre premier avec le titre IX intitulé « De la puissance paternelle » énumère différents articles révélant ce retour, dans le droit, à l'autorité patriarcale¹²¹. Dans sa volonté de renforcer l'ordre familial mais sans être totalement hostile au divorce (il y aura recours en 1809), Bonaparte souhaite le rendre plus difficile. La loi du 21 mars 1804 sur le divorce se substitue à la loi révolutionnaire de 1792 et instaure donc un divorce moins libéral envisagé comme un « remède extrême ». Cette réforme de la loi révolutionnaire sur le divorce traduit le passage d'un divorce envisagé comme une faillite conjugale à un divorce, en premier lieu, pensé comme une sanction¹²². Irène Théry note que le droit révolutionnaire mit fin par le Code Napoléon de 1804 a longtemps été considéré comme « *une parenthèse qu'on a sans doute oubliée d'autant plus volontiers qu'on l'a considérée comme la conséquence effrayante du dérèglement politique, d'une volonté jacobine de détruire la famille, voire comme la forme civile de la Terreur. Aussi, préférerait-on souligner les liens étroits entre le droit d'Ancien Régime et le Code Civil, tout en faisant commencer avec celui-ci l'histoire de la modernité juridique en matière civile.* »¹²³ Pourtant, il se trouve que les décisions sur la question de la Famille (précisément sur le thème du mariage et du divorce) les plus controversées de l'époque révolutionnaire, sont aujourd'hui celles les plus admises du Droit civil français.

¹¹⁸ Halpérin Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. « Droit fondamentale », 1996, p.19.

¹¹⁹ Halpérin Jean-Louis, *Le Code Civil*, Paris, Dalloz, 1996.

¹²⁰ *Ibid*, p.27.

¹²¹ Ainsi, l'article 373 précise que « *le père seul exerce cette autorité (sur les enfants) durant le mariage* », l'article 374 ajoute que « *l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour un enrôlement volontaire, après l'âge de 18 ans révolus* » et l'article 381 assoit la puissance paternelle, notamment à travers l'exemple des mères veuves, puisqu'il définit que « *la mère survivante et non remariée ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels* ».

¹²² Voir annexe

¹²³ Théry Irène, *op. cit.*, p. 45-46.

3.2. *Oublier le droit révolutionnaire*

Avant la promulgation de la loi sur le divorce de 1804, différents représentants parisiens de la bourgeoisie catholique (députés, membres des professions judiciaires, écrivains, etc.) critiquaient fermement le divorce révolutionnaire considéré comme une « loi de scandale » et sollicitaient un retour à l'ordre face à cette « anarchie conjugale et familiale ». La production d'un nouveau droit est un bon indicateur d'une nouvelle réalité sociale en matière de gestion politique des familles à l'entrée du XIXe siècle. Le Code Civil à travers la manière dont il définit juridiquement la famille reprend le modèle de la famille bourgeoise « *celle qui sert de modèle de vertu civique et ne subira presque aucun changement pendant près d'un siècle* »¹²⁴. Si le droit révolutionnaire, dans l'esprit de ses fondateurs, devait s'inscrire dans le respect des libertés individuelles et de l'égalité des différents citoyens, le Code Civil Napoléonien donne un autre rôle au droit, davantage disciplinaire. Si « *la liberté et l'égalité n'ont pas disparu du droit civil, elles ne régissent plus les rapports familiaux, soumis au principe d'autorité. Tous les citoyens ont des droits civils, mais ils ne sont plus communs aux femmes et aux hommes, puisque chacun des sexes et des âges est renvoyé au rôle et à la place que sa « nature » lui prescrit* »¹²⁵ écrit Irène Thèry.

Le 4 juin 1814 dans un contexte politique nébuleux (les royalistes ayant restauré la monarchie des Bourbons et Napoléon revenant d'Exil), Louis XVIII, dans La Charte visant à établir un régime libéral à l'anglaise, proclame le catholicisme religion d'Etat, préfigurant la future abolition du divorce. Sous la pression de la haute bourgeoisie et de la noblesse provinciales encadrant un monde rural imperméable aux pratiques du divorce, l'indissolubilité du mariage est réinstaurée par la loi Bonald du 8 Mai 1816. La séparation de corps qui avait été supprimée dans le cadre des lois révolutionnaires est rétablie dans le Code Civil et s'érige comme seule alternative au divorce. Bien qu'installé dans les arcanes du pouvoir depuis plusieurs décennies (il fut le maire de Millau avant la période révolutionnaire), c'est en 1815 sous la Restauration que le vicomte Louis de Bonald (1754-1840) amorce sa carrière politique et législative. Celle-ci commence par sa nomination en tant que rapporteur de la commission chargée du projet de loi ayant pour objet l'abolition du divorce. Défenseur du mariage catholique, Bonald est une figure de la pensée traditionaliste et conservatrice française du début du XIXe siècle. S'opposant à l'idéologie libérale des Lumières, nostalgique de l'Ancien

¹²⁴ Lenoir Rémi, *op. cit.*, p.149.

¹²⁵ Thèry Irène, *op. cit.*, p. 71.

Régime, il voit en la famille, une société à petite échelle où doit se perpétuer et être maintenu un ordre politique exemplaire. Attaché à une représentation naturelle de la famille, le mariage et par extension la cellule domestique, selon lui, ne doivent pas être dissouts. Dans la prolongation de la pensée fondatrice du Code Civil, « *le père de famille, investi, comme le roi, par la présence divine, est socle de la société et de l'Etat* »¹²⁶ écrit Julien Damon à propos de la pensée de Louis de Bonald dont on retrouve les trames dans son essai *Du divorce au XIXe siècle* publié en 1818. Il faudra, dès lors, attendre la fin du XIXe siècle pour que le député Républicain Alfred Naquet permette, non sans mal, le retour du divorce dans la législation française en 1884.

4. Un siècle de mariage indissoluble : les luttes politiques des divorciaires au XIXe siècle

Si de 1816 à 1884, seule la séparation de corps est autorisée pour permettre la dissociation conjugale, elle demeure une pratique marginale. L'adultère est la principale cause invoquée pour demander la séparation de corps. La demande et l'obtention d'une séparation de corps est très inégale selon le sexe. Pour le mari victime de l'adultère de son épouse, deux alternatives judiciaires sont possibles : la voie pénale ou la voie civile. Dans le premier cas, il dépose plainte devant le tribunal correctionnel contre son épouse et son amant, lesquels sont passibles d'une peine d'emprisonnement. La séparation de corps est dès lors admise pour le mari. L'autre option pour le mari est de demander directement la séparation de corps devant un tribunal civil lequel, si l'adultère commis par l'épouse est prouvé, peut également condamner cette dernière à une peine de prison. Au regard d'une législation très défavorable, l'épouse peut demander une séparation dans la seule mesure où l'adultère de son mari est perpétré au domicile conjugal¹²⁷.

4.1. Les procédures de séparation de corps comme seul recours

Bernard Schnapper, à partir des statistiques annuelles contenues dans le compte général de l'administration de la justice civile, a dressé un portrait des usages de la séparation

¹²⁶ Damon Julien, « La pensée de ... Louis de Bonald (1754-1840) », *Informations Sociales*, 2005/2, n°122.

¹²⁷ Walch Agnès, *op. cit.*, p.281.

de corps de 1837 (date de la création du compte général de l'administration de la justice civile) à 1914¹²⁸. Il montre que, d'une manière générale, la séparation de corps était rarement demandée : un peu plus de 1% des mariages dans sa période d'apogée, entre 1850 et 1880 (le début de cette période correspondant à l'instauration de la loi du 30 Janvier 1851 qui accorde le bénéfice de l'assistante judiciaire aux justiciables les plus démunis). Autour des années 1880, avant la réintroduction du droit au divorce, seulement environ 4400 séparations de corps étaient prononcées annuellement sur l'ensemble du territoire français. Bernard Schnapper met en évidence que dans 90% des cas, les épouses sont à l'origine de la demande en séparation de corps invoquant le plus souvent les motifs d'adultère ou de sévices graves. Les demandes en séparation de corps intervenaient dans plus de 50% des cas après dix ans de mariage et dans 60% des cas pour des couples ayant plusieurs enfants. Si les analyses de Schnapper ne permettent pas d'avoir de données fiables sur les origines sociales des couples en demande de séparation de corps, elles montrent néanmoins l'impact de la loi du 30 Janvier 1851 sur l'assistance judiciaire, permettant aux femmes citadines des milieux populaires d'avoir recours à la séparation de corps. « *La procédure qui, jusque-là, était d'usage bourgeois, se popularise nettement : 24% des usagers sont « ouvriers, domestiques, ménagères » en 1837-1847, et 48,8% en 1869-1883* »¹²⁹ note également Michelle Perrot. Comme pour le divorce en période révolutionnaire, le recours à la séparation de corps au cours du XIXe siècle est avant tout un phénomène urbain. Enfin, à l'échelle du territoire national, les demandes en séparation de corps sont inégalement réparties selon les régions. Ainsi, la région parisienne (La Seine) représente à elle seule 21% des demandes alors qu'à l'opposé, les séparations de corps sont très peu pratiquées dans les régions catholiques de l'Ouest et du Centre de la France.

4.2. Les conditions sociales et politiques de la réintroduction du divorce en 1884

La réintroduction du divorce a été un sujet de débats politiques tout au long du XIXe siècle. Le travail sociohistorique¹³⁰ de Francis Ronsin retraçant les affrontements sociaux et politiques autour de la question de la réintroduction du divorce entre 1816 et 1884 permet

¹²⁸ Schnapper Bernard, « La séparation de corps de 1837 à 1914. Essai de sociologie juridique », *Revue Historique*, avril-juin 1978, n°526, p 453-466.

¹²⁹ Perrot Michelle, « Drame et conflits familiaux », in Ariès Philippe et Duby Georges (ss la dir.), *Histoire de la vie privée, De la Révolution à la Grande Guerre* », Volume 4, Paris, Seuil, 1999.

¹³⁰ Ronsin Francis, *op. cit.*

d'appréhender les tensions sociales et politiques travaillant la société française au cours du XIXe siècle qui ont conduit à la promulgation de la loi Naquet en 1884. Ainsi, dès 1830 avec l'effondrement de la Restauration et ce jusqu'à la moitié du XIXe siècle, les divorciaires, autrement dit les libéraux anticléricaux, invoquent la défense et la régénération des mœurs pour justifier une loi réintroduisant le divorce alors que les antidivorciaires (conservateurs moraux et catholiques, monarchistes) présentent le retour du divorce comme un « attentat contre la moralité publique ». Un autre argument développé par les antidivorciaires, et qui s'appuie notamment sur le faible recours à la séparation de corps, est celui du peu d'intérêt des citoyens pour la question du divorce. Finalement, les antidivorciaires, hantés par le « désordre social » provoqué par les mouvements ouvriers des années 1830, et après avoir affaibli les ardeurs des divorciaires, consolident « l'ordre, la propriété et la famille » et empêchent la réintroduction du divorce¹³¹.

Début 1848, alors que la monarchie à bout de souffle est renversée et laisse place à la Deuxième République, un retour au divorce semble escompté. D'ailleurs, une des premières propositions du Gouvernement républicain sera de rétablir le divorce par décret. Mais tous les républicains ne sont pas de fervents divorciaires ... et le rétablissement du divorce va finalement avorter. Par la suite, l'arrivée au pouvoir de Napoléon III s'appuie sur un électorat à dominante aristocrate antidivorciaire qui attend du régime la défense de la propriété et le maintien de la domination masculine dans les « affaires familiales » ce à quoi s'opposent féministes et socialistes. C'est donc logiquement que le régime va ménager l'opinion catholique et s'appuyer sur la bourgeoisie industrielle et financière fidèle à l'indissolubilité de l'institution matrimoniale en annihilant toute controverse divorciaire pendant près de trente ans. Ronsin, pointe ainsi le fait que, de 1848 à 1876, aucune proposition de loi sur le divorce n'est discutée par les parlementaires.

Si sous le Second Empire, la fraction divorciaire (libéraux moraux) des républicains avait dénoncé le caractère réactionnaire du droit familial du Code Civil, sous la Troisième République, la plupart des chefs républicains au pouvoir restent intimement attachés à une vision traditionnelle de la famille fondée sur le mariage et la puissance maritale ou paternelle¹³². Par contre, dans les dernières années du Second Empire, la naissance d'un féminisme s'organise (par rapport aux mouvements féministes diffus de la moitié du XIXe siècle) et fait de la liberté de divorcer une de ses principales revendications. Parallèlement,

¹³¹ Rouet Gilles, *Justice et justiciables aux XIXe et XXe siècles*, Paris, Belin, 1999.

¹³² Halpérin Jean-Louis, *op. cit.*, p.207.

des peurs sociales se cristallisent autour des idées anarchiques, socialistes et communistes, et d'une forme d'émancipation féminine qui conduiraient à un « relâchement complet des mœurs ». Le mouvement féministe marqué par l'origine bourgeoise de ses membres et l'hétérogénéité des associations¹³³ qui le composent [entre féminisme modéré, féminisme radical et féminisme réactionnaire (cf. les ligues féministes)] ne se limite bien entendu pas à la question du couple et du divorce mais remet en cause, d'une manière générale, les différents rapports sociaux de sexe (condition de mère, condition de travailleuse, condition politique et civique, etc.) marqués par des inégalités profondes. Ainsi, les revendications divorciennes vont être assimilées aux mouvements féministe et anarchiste.

Par delà, les lignes de clivage politique qui laissent transparaître les controverses autour du rétablissement du divorce, quel a été le rôle joué par les juristes dans ces débats ? Que nous enseignent les pratiques jurisprudentielles ? Les députés divorciennes comptaient sur les jurisprudences des magistrats pour faciliter l'ouverture des débats sur le rétablissement du divorce. Les places de pouvoir au sein du corps judiciaire, précisément celles de la magistrature, ont été distribuées selon les différentes séquences politiques de ce XIXe siècle, en fonction des positionnements politiques des magistrats¹³⁴. Si les places dominantes (Garde des Sceaux, procureur, substitut, président de Tribunal) ont été principalement tenues par des juges royalistes ou bonapartistes au service de l'ordre social et moral, on peut noter néanmoins que bon nombre de magistrats, en acceptant le simple abandon ou le concubinage comme motifs justifiant une séparation de corps, n'ont pas durci une loi déjà autoritaire en matière de dissociations conjugales.

Après l'épisode des Communards, la IIIe République voit la lutte entre les monarchistes, encore majoritaires mais divisés (légitimistes et orléanistes), et les républicains en passe de prendre le pouvoir dans les deux assemblées du Parlement. Les années du régime d'« Ordre moral » du second Gouvernement de la IIIe République dirigé par Mac-Mahon s'achèvent avec la victoire des républicains aux élections législatives de mars 1876. Dès le 6 Juin 1876, Alfred Naquet déposera un projet de loi visant le rétablissement du divorce.

¹³³ Riot-Sarcey Michèle, *Histoire du féminisme*, Paris, La découverte, Coll. Repères, 2002, p.61.

¹³⁴ Voir Bernaudeau Vincent, *La justice en question, Histoire de la magistrature angevine au XIXe siècle*, Rennes, P.U.R., 2007 ou encore Krynen Jacques, *L'Etat de la justice, France, XIIIe – XXe siècle, Tome 1 : L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009.

4.3. *Le long parcours et les compromis d'Alfred Naquet pour réintroduire le divorce*

Dans un contexte de crise des relations entre l'Eglise et l'Etat, avec notamment l'accumulation d'échecs politiques pour les dirigeants catholiques au tournant du XIXe siècle (avec notamment le raté de la restauration monarchique en 1877) se pose comme enjeu le monopole de la juridiction morale¹³⁵. Alfred Naquet (docteur et professeur agrégé à la faculté de médecine, juif, franc-maçon), symbole de l'arrivée au pouvoir d'une bourgeoisie réformatrice, va être le grand instigateur du rétablissement du divorce par la loi de 1884 portant son nom. Alfred Naquet appartient aux capacités¹³⁶, cette nouvelle élite politique émergente succédant aux notables que décrit entre autre Yannick Le Marec¹³⁷. Jeune parlementaire (puisqu'il est né en 1834), Naquet rejoint très tôt les rangs républicains. Opposant à l'Empire, il sera à la fin des années 1860 condamné à quinze mois de prison et à la privation de ses droits civiques pour « une affaire de conspiration contre le régime et de société secrète ». Alors qu'il obtient de subir sa peine en clinique, il prend ce temps pour rédiger notamment *Religion, Propriété, Famille* qui lui vaudra une nouvelle condamnation à quatre mois de prison et à la privation définitive de ses droits civiques, pour outrage à la morale publique et attaques contre les droits de la famille¹³⁸. Le contenu de ses réflexions s'inscrit dans la tradition philosophique socialiste utopiste, voire féministe. Proche des idées libertaires, il appartient à la fraction des républicains favorables non seulement à une libéralisation politique mais également à une libéralisation des mœurs. Naquet entre dans la députation lors des législatives de 1871 où il se fait élire dans le département du Vaucluse, et se retrouve à siéger à l'extrême gauche. Dès lors, investi comme député, il revient sur sa position initiale vis-à-vis de l'institution matrimoniale. Plutôt que de s'enfermer dans la défense de l'amour libre et du matriarcat incompatibles avec l'état des mœurs de l'époque, il se rallie à la revendication du divorce¹³⁹. C'est dans ce contexte qu'Alfred Naquet dépose une proposition de loi rétablissant le divorce en 1876.

¹³⁵ Lenoir Rémi, *op. cit.*, p.215.

¹³⁶ Dans ce sens, il faut entendre par capacités, les groupes définis par la détention d'un pouvoir de nature politique, économique, social ou intellectuel et formant une nouvelle élite succédant aux notables de l'Ancien Régime à partir de 1815.

¹³⁷ Le Marec Yannick, *Le temps des capacités. Les diplômés nantais à la conquête du pouvoir dans la ville*, Paris, Belin, 2000.

¹³⁸ Ronsin Francis, *op. cit.*, p156.

¹³⁹ *Ibid*, p182.

Depuis 1848, aucune proposition de loi n'avait été déposée sur la question du rétablissement de divorce, et Naquet mettra plus de huit ans, après de nombreuses vicissitudes, à rétablir le divorce en France. Les travaux préparatoires font l'objet de vives passions que ce soit aussi bien dans les enceintes parlementaires qu'au sein de la société civile. Le premier projet de loi de Naquet en 1876 s'inspire du modèle du divorce de 1792 où l'on retrouve une proposition de rétablissement du divorce par consentement mutuel, pour incompatibilité d'humeur. La même année, il publie *Le Divorce*, véritable plaidoyer pour le rétablissement du divorce. Mais, Naquet fait face à de vives critiques de la part des républicains populationnistes, qui voit en cette proposition de loi une atteinte « à la paix et la cohésion des familles en un temps où la République doit s'assurer de l'adhésion sereine de la masse des citoyens »¹⁴⁰. Il retire de lui-même sa proposition de loi, mais la réitère dès 1878. Cette nouvelle proposition de loi est profondément remaniée et opère un revirement dans ses fondements idéologiques. Conscient de la difficulté de rétablir le divorce, il se distancie de l'héritage des Lumières et du droit révolutionnaire ainsi que de son engagement auprès des féministes, pour s'inspirer des principes de la loi autoritaire et patriarcale de 1804. Bien que ce deuxième projet de loi soit de nouveau retoqué en 1880, Naquet ne se décourage pas et entreprend une véritable « campagne » à travers les différentes villes de France afin de plaider pour le rétablissement du divorce. L'accueil qu'il reçoit lors de ces conférences montre un engouement du public quant à la question du rétablissement du divorce. Si l'engouement de la société civile pour la question d'une loi sur le divorce n'est pas remis en cause chez les divorciaires comme chez les antidivorciaires, par contre, l'interprétation de cet engouement diverge nettement entre les deux parties. Dans *La Gazette des Tribunaux* de 1884, où sont retraduits les principaux débats sur le divorce avant la promulgation de la loi du 27 Juillet 1884, on lit :

« L'opinion publique a été agitée sur cette question ; mais s'est elle prononcée dans un sens favorable au divorce ? Oui, disent les partisans de la proposition de M. Naquet, et la preuve, c'est qu'à la suite du rejet de cette proposition en 1880, les députés qui avaient voté pour son adoption furent réélus, tandis que ceux qui l'avaient rejetée furent blâmés dans leurs collèges électoraux (...) Cette affirmation n'est pas exacte, répondent les adversaires du divorce ; il est certain, au contraire qu'en dehors de Paris, les populations des villes de province et des campagnes ne réclament pas le divorce, et que, malgré les voyages et les conférences de M. Naquet, l'opinion publique ne s'est pas émue. »¹⁴¹

¹⁴⁰ *Ibid*, p190.

¹⁴¹ Dalloz, 8^e et 9^e cahiers – 4^e Partie, 1884, p.97.

Ainsi, les divorciaires font ainsi le parallèle entre les positions prises par les députés en défaveur d'une loi rétablissant le divorce et leur non réélection tandis que les antidivorciaires cherchent à relativiser les effets de la campagne réalisée par Alfred Naquet pour le rétablissement du divorce, auprès notamment de populations provinciales qui, selon eux, restent imperméables à cette question du divorce. Face à ces positions partisans toutes deux vraisemblables par ailleurs, ce sont finalement les pratiques judiciaires qui vont révéler d'une manière objective, une demande sociale de rétablissement du divorce.

4.4. La production de la loi du 27 Juillet 1884 : entre attentes sociale et compromis politiques

Entre 1869 et 1883, veille de la promulgation de la loi sur le divorce, la fréquence des séparations de corps a augmenté de 25% dans l'ensemble de la France¹⁴². Comme entre 1792 et 1803 lors de la période du divorce révolutionnaire, le phénomène est avant tout urbain et féminin. Aussi, cette fois-ci à la veille du rétablissement du divorce, les petites et moyennes villes de province sont touchées par cet accroissement du taux de séparation de corps (les départements du Calvados, de la Sarthe, de la Somme ou encore de la Dordogne sont exemplaires de cette tendance). Le rapport du *Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale* de 1883¹⁴³ expose que 84% des procès en séparation de corps sont initiés par l'épouse. Ce rapport met en évidence que la progression des séparations de corps est en partie liée à la promulgation de la loi sur l'assistance judiciaire. Cette progression est le fait des « ouvriers, domestiques, et travailleurs manuels » (48% de l'ensemble des demandes en séparation de corps), et également, dans des proportions moindres, des professions libérales et des artisans commerçants. Par contre, les séparations de corps sont peu fréquentes chez les agriculteurs et les cultivateurs.

Face à cette évolution des pratiques judiciaires en matière de séparations de corps et malgré son désir de voir rétablir le divorce par consentement mutuel de l'époque révolutionnaire, Naquet présente une troisième proposition de loi, qui cette fois-ci sera « la bonne » et se résout à amputer son projet de loi de la possibilité du divorce par consentement mutuel. Les derniers débats auraient certainement pu aboutir à l'échec de cette volonté de

¹⁴² Ronsin, *op. cit.*, p.338.

¹⁴³ Rapport du *Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale* 1883, 1885, par Henri Besson, Garde des Sceaux.

rétablir le divorce sans l'opiniâtreté d'Alfred Naquet et sans les compromis et revirements politiques qu'il a effectués. Plusieurs questions vont opposer divorciaires et antidivorciaires dans les derniers débats à la Chambre des députés et au Sénat : l'expérience (historique française) du divorce justifie-t-elle le rétablissement de cette institution ? Le divorce porte-t-il atteinte à la liberté de conscience ? Porte-t-il atteinte à l'institution du mariage ? à l'intérêt des enfants ? à l'intérêt des époux ? à l'intérêt social ?

Les divorciaires auront finalement le dernier mot. Ils répondent, en premier lieu, en renvoyant aux pratiques de leur propre Eglise, les catholiques anti-divorciaires qui invoquaient les effets de cette loi sur leur liberté de conscience :

« D'abord l'Eglise catholique n'a pas toujours proscrit d'une façon absolue le divorce. Lorsqu'elle est montée sur le trône des empereurs romains, elle a, il est vrai, immédiatement usé de son influence pour faire disparaître le divorce par consentement mutuel ; mais elle a toléré pendant des siècles le divorce pour cause déterminée, que nous trouvons dans tous les documents législatifs des empereurs chrétiens (...) » **Discours du Garde des Sceaux, M. Félix Martin-Feuillée (avocat, député républicain d'Ille et Villaine) en date du 19 Juin 1884**¹⁴⁴

Aux antidivorciaires craignant un nombre de demandes considérables en divorce en suite de la promulgation d'une telle loi, les divorciaires leur assuraient que :

« Loin de porter atteinte à l'institution du mariage, le divorce peut, au contraire, contribuer à le moraliser en en rendant la préparation plus sérieuse. (...) Il est permis d'espérer que lorsque les jeunes gens sauront que cette union qu'ils vont former, que cette famille qu'ils vont constituer, que tout cet avenir qu'ils ont rêvé peut être brisé, anéanti parce que le divorce existe, cette considération apportera dans la préparation des mariages un peu plus de sérieux, un peu plus de maturité, et qu'on y regardera à deux fois avant de se lancer dans une carrière qui peut être sitôt et si tristement interrompue »¹⁴⁵.

Par contre, les antidivorciaires ont tiré de la question des conséquences « morales » pour les enfants, un des arguments les plus forts¹⁴⁶ pour s'opposer au divorce. Les divorciaires y répliquèrent, notamment Emile de Marcère (magistrat et sénateur républicain de l'Orne), avec un discours à la fois emprunt d'une forme de « domino-centrisme » mais prenant acte

¹⁴⁴ Dalloz, 8^e et 9^e cahiers – 4^e Partie, 1884, p.97.

¹⁴⁵ Discours d'Alfred Naquet prononcé devant la Chambre des députés, séance du 15 Juin 1882.

¹⁴⁶ Anachroniquement, il est intéressant de relever que les mêmes arguments (la moralité et l'équilibre des enfants) sont retenus aujourd'hui par les opposants au mariage homosexuel (voir notamment la prière proposée par le Cardinal André Vingt Trois, président des évêques de France, pour les célébrations du 15 août 2012 (cf. Le journal *La Croix* du 13 août 2012).

des effets sociaux du maintien du lien matrimonial pour certaines configurations familiales de milieux populaires ruraux :

« Dans les classes riches, au milieu des grandes villes, ces irrégularités peuvent être plus facilement dissimulées et les apparences, sinon la morale, peuvent être souvent sauvegardées ; il en est autrement dans les petites villes et dans les campagnes pour les classes moins fortunées. Aussi est-ce surtout pour elles que la possibilité d'un second mariage doit être vue sans défaveur. Trop souvent une malheureuse mère de famille est abandonnée sans ressources par un mari ivrogne ou débauché. (...) Dans une hypothèse différente, supposons un ouvrier délaissé par sa femme. Restera-t-il seul dans la maison abandonnée ? Qu'il ait ou non des enfants, et surtout s'il a des enfants, la présence d'une femme n'est-elle pas nécessaire ? Qui veillera au soin du ménage ? Qui préparera la nourriture ? De qui le mari obtiendra le concours dont il a besoin ? (...) »¹⁴⁷.

Finalement, sous un autre angle, ces derniers débats dévoilent l'évolution de la pensée républicaine, depuis le premier projet de rétablissement du divorce de 1876, caractérisée par le passage « *d'un idéalisme que l'on pourrait qualifier de libertaire à une vision boutiquière de la gestion des affaires publiques où l'obsession du clientélisme commande une économie mesquine de liberté.* »¹⁴⁸

Quant aux conditions juridiques de recours au divorce, la loi de 1884 précise que le divorce n'est admis que pour les cas constituant une faute grave. La loi s'inspire largement du modèle du divorce de 1804, conformément au principe du divorce-sanction. Par contre, si, dès 1804, les rédacteurs du Code Civil avaient introduit le principe de responsabilité à travers une clause générale obligeant à réparer « *tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage autrui* » (article 1382 CC)¹⁴⁹, la notion de faute n'avait pas encore été directement codifiée. Ainsi, pour la première fois, en tous les cas en ce qui concerne le divorce, on trouve formalisée directement dans le droit la notion de faute. Sont alors considérées comme fautes graves, soit une cause péremptoire de divorce (adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante), soit une cause facultative de divorce (les excès, les sévices et les injures graves). Pour les causes péremptoires de divorce, la loi de 1884 revient sur l'article 230 du Code Civil de 1804 qui précisait : « *la femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune* ». La modification consiste en la suppression de la condition pour définir l'adultère masculin. Il est à noter que cette modification, était loin de faire l'unanimité au sein des Chambres

¹⁴⁷ Discours d'Emile de Marcère (1828-1918) prononcé devant la Chambre des députés, séance du 8 Mai 1882.

¹⁴⁸ Ronsin Francis, *op. cit.*, p353.

¹⁴⁹ Halpérin Jean-Louis, *op. cit.*, p.33.

Parlementaires ; les opposants antivorciaires invoquant « des positions sociales, spéciales et diverses des maris » ayant une influence considérable dans l'organisation de notre société ¹⁵⁰ qu'une telle loi pourrait déstabiliser. Elle risquerait ainsi d'attenter à une forme d'« honorabilité masculine ». Le Sénat repoussa, ainsi, dans un premier temps, cette modification de l'article 230 du Code Civil avant qu'elle ne fut votée lors d'une seconde délibération (seulement 87 voix pour, face à 82 voix contre). Cette réticence à offrir aux épouses les mêmes conditions de séparation qu'aux maris se retrouve spécialement dans la refonte du Code Pénal de telle sorte que les articles 336 à 339 du Code Pénal de 1810 prévoyant la prison pour la femme adultère et son complice et seulement une amende pour l'époux infidèle à condition que l'adultère ait été commis au sein du domicile conjugal, ne sont pas abrogés par la loi de 1884. Ainsi, une nouvelle fois, se trouve plus grande la répression de l'adultère féminin.

4.5. Un divorce calqué sur le modèle de 1804

Les divorciaires, déçus de la loi ainsi produite parce que nettement moins libérale qu'ils l'escomptaient, espéraient que la jurisprudence produite par les magistrats atténue les obstacles imposés par la législation. En reprenant les causes juridiques de divorce (notamment les causes facultatives de divorce), on se rend compte que malgré la marge d'appréciation laissée aux juges pour appréhender notamment les notions de « sévices ou d'injures graves », ces derniers l'utilisèrent de manière peu extensive. Francis Ronsin, en analysant les jugements de divorce et de séparation de corps rendus après la loi de 1884, pointe ainsi le fait que certains juges, par exemple, ne considèrent pas les abus du mari dans l'exercice de son autorité maritale comme des sévices. D'ailleurs, il relève que le terme de « sévices » est utilisé avec prudence et parcimonie par les juges.

Les contours de la procédure de divorce issue de la loi Naquet sont sensiblement les mêmes que ceux du divorce du Code Civil de 1804, les règles juridiques « étant au service » de l'autorité maritale : administration provisoire des enfants au mari (article 267 du Code Civil), le Tribunal indique la maison dans laquelle la femme est tenue de résider pendant la procédure (article 268 du Code Civil), etc.¹⁵¹

¹⁵⁰ Dalloz, Recueil de Jurisprudences, Quatrième partie, Lois, Décrets et actes législatifs, 1884, p.101.

¹⁵¹ Pour plus de précision sur la procédure de divorce issue de la loi de 1884, voir annexe 4.

Il faudra attendre presque un siècle pour que cette loi de 1884 qui se voulait garantir et préserver un modèle familial jugé conforme à la morale et à l'ordre social soit profondément transformée par le travail de réforme des années 1970. Mais déjà au cours de ce XIX^e siècle, à travers l'action de personnalités républicaines « sociales » comme Alfred Naquet soutenant la cause du divorce, se dessinent les contours d'un mouvement plus profond de remise en cause du conservatisme et du pouvoir clérical dont une des visées est le rétablissement du divorce par consentement mutuel.

5. 1884-1975, la libéralisation du droit du divorce en question : vers la réintroduction du divorce par consentement mutuel

Dès les premières années de sa réintroduction, l'institution du divorce connaît une forme d'engouement. A partir de 1884, trois formes de rupture juridique du contrat de mariage sont possibles : la séparation de corps (la forme la plus ancienne), le divorce et la conversion de séparation de corps en divorce (utilisée particulièrement par les séparés de corps d'avant 1884 après l'introduction de la loi Naquet). Ces trois types de décisions judiciaires font l'objet d'un enregistrement statistique par le ministère de la Justice. Et, lorsque le jugement de divorce est devenu définitif (non susceptible d'une révision par une procédure devant une Cour d'appel, par exemple), il est, depuis 1886¹⁵², transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré¹⁵³.

Jusqu'en 1970, deux types de sources [le Compte Général du ministère de la justice (devenu depuis 1980 : l'Annuaire statistique de la Justice)] et les actes de transcription issus du traitement de l'état civil) ont ainsi été utilisés par les instituts statistiques nationaux (INED et INSEE) pour se saisir, souvent de manière partielle, des phénomènes de dissociations conjugales et définir notamment, les taux de divortialité. D'ailleurs, la complexité et les carences de l'appareil statistique jusqu'en 1970 peuvent être considérées comme un élément d'explication à l'intérêt tardif des sociologues et des démographes aux phénomènes de divorces et plus largement de dissociations conjugales¹⁵⁴.

¹⁵² A noter que depuis 1958, la transcription a fait place à la mention en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance de chacun des anciens époux.

¹⁵³ Sardon Jean-Paul, « L'évolution du divorce en France », *Population*, 1996, Volume 51, N°3, p.717-750.

¹⁵⁴ Lambert Anne, « Des causes aux conséquences du divorce : histoire critique d'un champ d'analyse et principales orientations de recherche en France », *Population*, 2009, Volume 64, N°1, p 155-182.

5.1. *L'introduction du divorce par palier*

L'analyse des premières années d'application de la loi de 1884 (Tableau 1 ci-dessous) permet de pointer le fait que la majorité des divorces prononcés par les Tribunaux étaient des divorces par conversion, c'est-à-dire des divorces permis par la loi autorisant la conversion d'une séparation de corps en divorce pour une séparation de corps prononcée depuis plus de trois ans. Par la suite, on assiste, pourrait-on dire, à une forme de relâchement progressif du contrôle social. La simplification et une forme de libéralisation de la procédure de divorce (possibilité d'introduire une procédure en divorce devant un autre tribunal que celui du domicile conjugal, le juge peut dès l'introduction de la procédure autoriser les époux à suspendre la cohabitation) intervenant en 1886 marque le début de la progression du nombre de divorces prononcés. Dès lors, la fréquence de celui-ci n'a cessé de s'accroître. Parallèlement, à partir de 1888, le nombre de séparations de corps et de conversions de séparations de corps en divorces se stabilise et connaît une augmentation très légère et continue pendant près d'un siècle à l'exception des périodes des deux guerres mondiales.

Pendant quatre vingt ans jusqu'au début des années 1960, la régularité de la progression du nombre de divorces ne fut troublée que par les deux guerres mondiales (forte baisse du nombre de divorces prononcés pendant ces deux périodes) et leurs répercussions (forte hausse du nombre de divorces prononcés à la sortie des deux guerres). Hors de ces deux événements, la proportion annuelle de mariages rompus par divorce est relativement stable, celle-ci étant ainsi passée de 5% à 10% entre 1910 et 1960. On peut signaler, par ailleurs, une notable stabilité des chiffres dans la période d'entre-deux-guerres. On retrouve une relative stabilité du taux de croissance des divorces au cours des années 1960, avant l'explosion des divorces au tournant des années 1970 que la réforme du divorce de 1975 accompagnera.

L'appropriation de la nouvelle législation entérinée en 1884 montre que les demandes de rupture légale, comme auparavant, furent très majoritairement féminines. Toutefois, les premières années d'application de la loi Naquet voient un accroissement de la proportion de demandes masculines atteignant environ 30% de l'ensemble des demandes de rupture légale¹⁵⁵. On note aussi une différenciation des modes de séparations selon le sexe. Dans la continuité de la période avant le rétablissement du divorce, les femmes choisissent essentiellement la procédure de séparation de corps. Ces dernières vont pleinement s'approprier la procédure de divorce à la toute fin du XIXe siècle. A l'opposé, les hommes

¹⁵⁵ Ronsin Francis, *op. cit.*, p.330.

introduisant une procédure judiciaire choisissent majoritairement, dès 1884, le divorce comme mode de rupture légale.

Tableau 1. Divorces directs, séparations de corps et conversions de séparations en divorces

Année	Divorces directs	Séparations de corps	Conversions de séparations	Nouvelles désunions	Année	Divorces directs	Séparations de corps	Conversions de séparations	Nouvelles désunions
1884	108	2 821	1 549	2 929	1936	24 919	3 762	1 160	28 681
85	1 960	2 122	2 163	4 082	37	24 824	3 553	1 101	28 377
86	2 705	2 206	1 300	4 911	38	25 890	3 615	1 166	29 505
87	4 685	1 896	1 112	6 581	39				
88	4 548	1 694	934	6 242	1940	12 199	1 931	1 433	14 130
89	5 373	1 653	976	7 026	41	14 893	2 763	1 005	17 656
90	5 797	1 570	760	7 367	42	16 931	3 882	889	20 813
1891	5 752	1 536	679	7 288	43	19 577	4 164	863	23 741
92	6 435	1 597	600	8 032	44	20 726	4 047	818	24 773
93	6 480	1 620	457	8 100	45	36 015	4 806	1 703	40 821
94	7 448	1 810	445	9 258	46	61 363	5 237	2 701	66 600
95	7 279	1 823	421	9 102	47	54 272	5 052	2 020	59 324
96	7 537	1 957	342	9 494	48	44 415	4 559	1 488	48 974
97	7 629	1 982	370	9 611	49	38 841	4 186	1 404	43 027
98	7 670	2 164	430	9 834	1950	33 122	3 901	1 541	37 023
99	7 664	2 254	378	9 918	51	31 881	3 928	1 539	35 809
1900	7 437	2 253	383	9 690	52	31 312	4 087	1 701	35 399
01	8 456	2 260	385	10 716	53	29 292	4 087	1 704	33 379
02	8 968	2 281	463	11 249	54	28 591	3 995	1 627	32 586
03	9 698	2 320	488	12 018	55	29 469	4 097	1 799	33 566
04	10 293	2 290	557	12 583	56	29 458	4 285	1 796	33 743
05	10 323	2 238	537	12 567	57	28 931	3 909	1 747	32 840
06	11 003	2 316	585	13 319	58	29 636	3 924	1 664	33 560
07	11 957	2 249	618	14 206	59	28 259	4 002	1 665	32 261
08	12 549	2 165	752	14 714	1960	28 581	4 060	1 601	32 641
09	13 072	2 359	800	15 431	61	29 225	4 081	1 584	33 306
1910	13 466	2 400	795	15 866	62	28 966	3 971	1 604	32 937
11	14 532	2 464	729	16 996	63	28 581	4 281	1 717	32 862
12	15 907	2 705	816	18 612	64	31 349	4 675	1 901	36 024
13	15 604	2 466	731	18 070	65	32 981	4 771	1 896	37 752
14		1 696			66	34 878	4 705	1 854	39 583
15		405			67	35 208	4 766	1 986	39 974
16		611			68	34 174	4 112	1 889	38 286
17		825			69	35 514	4 174	1 971	39 688
18		924			1970	37 447	3 512	1 502	40 959
19	18 668	1 874	797	20 542	71	40 066	3 349	1 562	43 415
1920	33 270	3 300	809	36 570	72	43 362	3 433	1 376	46 795
21	29 830	3 254	660	33 084	73	46 047	3 304	1 272	49 351
22	24 507	3 404	652	27 911	74	51 845	3 300	1 266	55 145
23	22 263	3 335	777	25 598	75	54 306	3 530	1 306	57 836
24	21 213	3 333	941	24 546	76	59 190	3 399	1 300 *	62 589 *
25	21 160	3 354	1 016	24 514	77	70 019	2 955	1 300 *	72 974 *
26	21 455	3 257	987	24 712	78	72 903	2 964	1 280 *	75 867 *
27	20 588	3 108	1 004	23 696	79	77 207 *	3 141 *	1 364 *	80 348 *
28	20 926	3 196	970	24 122	1980	79 689 *	3 328 *	1 454 *	83 017 *
29	21 139	3 387	1 079	24 526	81	86 159	2 991	1 456	89 150
1930	22 372	3 539	1 062	25 911	82	92 348	3 920	1 544	96 268
31	23 533	3 754	1 054	27 287	83	97 070	3 694	1 660	100 764
32	22 706	3 975	1 027	26 681	84	102 432	4 005	1 580	106 437
33	22 740	3 729	971	26 469	85	105 962	4 429	1 543	110 391
34	23 020	3 737	1 011	26 757					
35	22 965	3 530	1 023	26 495					

1884-1913, 1919-1925, 1940-1941, 1944 : 87 départements; 1914-1918 : 77 départements; 1942-1943 : 86 départements.
 Les nouvelles désunions sont la somme des divorces directs et des séparations de corps.
 * Evaluation.
 Sources : 1884-1968, nombres repris du 7^e rapport sur la situation démographique de la France; 1969-1983, Annuaire statistique de la justice 1978 et 1984; 1984-1985, données communiquées par la Division de la statistique du Ministère de la Justice.
 Dans les emplacements laissés en blanc, l'information n'est pas disponible.

Sources : « Dix-neuvième rapport sur la situation démographique de la France », Conjoncture démographique, 1987.

S'agissant des positions sociales des divorçants, Francis Ronsin remarque que les ouvriers sont majoritairement représentés dans les procès conjugaux. S'ils sont peu nombreux à demander la conversion de leur séparation de corps en divorce comme l'envisage la loi Naquet (on peut poser l'hypothèse d'un motif économique lié au coût de la procédure

judiciaire), ils marquent leur préférence pour les divorces. La représentation des autres catégories sociales dans les procès conjugaux est stable (« cultivateurs », « domestiques ») ou voir même décroissante (« commerçants et marchands », et « propriétaires, rentiers, professions libérales »)¹⁵⁶. Que la catégorie « propriétaires, rentiers, professions libérales » est une des plus réticentes (après les cultivateurs) à s'engager massivement dans les procédures de divorces n'est pas anodin. Leur réserve montre que la loi Naquet ne se posait pas comme une forme de « faveur » ou de « privilège » donnée aux classes sociales dominantes, à la différence de la loi de 1975. Si les statistiques sur lesquelles s'appuient Francis Ronsin ne sont pas toujours très fiables du fait de l'imprécision des renseignements transmis par les Tribunaux à l'administration centrale de la Justice, elles permettent de signaler les plus forts taux de divorce avant tout dans les grandes métropoles régionales. Par ailleurs, les travaux de Ronsin pour penser la progression du recours aux procédures de divorces mettent en évidence une sorte de phénomène de contagion. Il explique ainsi que notamment entre 1884 et 1894 « *le mouvement semble démarrer de la Seine, et vraisemblablement de Paris, pour toucher, au bout d'un temps plus ou moins long, l'ensemble des départements français.* »¹⁵⁷

5.2. *L'assouplissement progressif des conditions juridiques*

Dès les premières années de son application, différentes modifications vont être apportées à la loi Naquet. Après le premier « toilettage » de la loi dès 1886 (voir supra.), la loi des 6 et 8 février 1893 modifie le régime de la séparation de corps. La loi de 1893 revient sur l'article 311 du Code Civil et précise que : « *la séparation de corps emporte toujours la séparation de biens. Elle a, en outre, pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de la justice* ». Mais, ce sont surtout les débats autour de la question du traitement judiciaire de l'adultère et du rétablissement du divorce par consentement mutuel qui ont agité tant les chambres parlementaires qu'un certain nombre d'essayistes appartenant à un courant de pensée libéral et anticlérical. Alors que l'adultère est davantage avoué et visible chez les hommes et le plus souvent assimilé à une nature masculine détentrice d'un désir sexuel irrépressible, il n'en est pas de même pour les femmes contraintes à taire leurs désirs¹⁵⁸.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p.331.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 342-343.

¹⁵⁸ Sohn Anne-Marie, « *Sois un Homme !* », *La construction de la masculinité au XIXe siècle*, Paris, Seuil, 2009, p.138.

« *Malgré tout l'adultère existe chez l'un comme chez l'autre, la différence essentielle était qu'il est socialement admis voire encouragé chez l'homme mais condamné chez la femme* »¹⁵⁹ note Florence Vatin. Par ailleurs, on a vu que la loi Naquet entérinait une forte inégalité de traitement judiciaire entre l'adultère féminin (soumis à des peines pénales) et l'adultère masculin. Si les Tribunaux jusque dans les années 1890 prononcent des peines de prison, celles-ci ne dépassent rarement quelques mois. Aussi, de 1895 à 1910, un important mouvement en faveur de la suppression de toute sanction pénale de l'adultère se développe. Dans ce contexte, la loi du 15 Décembre 1904 bien que n'abolissant pas la condamnation pénale de l'adultère vient assouplir la législation de 1884 en abrogeant l'article 298¹⁶⁰ du Code Civil et en levant ainsi, l'interdiction de remariage avec le (ou la) « complice » du conjoint coupable d'adultère. L'esprit dans lequel a été produite cette loi est moins lié à une volonté des législateurs de relâcher les contraintes juridiques pesant sur les comportements et pratiques sexuels de l'époque qu'à un souhait de maintenir un ordre conjugal réprimant « le cours des dérèglements de la femme adultère ». L'étude des débats parlementaires révèle d'une part, l'état des mentalités en matière d'adultère féminin et masculin (l'adultère féminin étant tout particulièrement visée dans les différents discours des parlementaires) et d'autre part, la crainte, par le maintien de l'interdiction du mariage de l'époux adultérin et de son complice, d'un dérèglement des mœurs et d'une profusion du libertinage et des risques d'une propagation de maladies vénériennes qui en découlerait. Citons quelques extraits caractéristiques du contenu de ces débats :

« Condamner à un célibat perpétuel celle qui a violé les lois de la pudeur et du mariage, ce serait la condamner à persévérer dans ses dérèglements »¹⁶¹

« La prohibition de l'article 298 nuit plus à l'ordre moral qu'elle ne le sert. »¹⁶²

« La disposition qui condamne la femme adultère à ne plus se remarier, peut avoir une influence dangereuse sur les mœurs en fournissant une excuse au libertinage de cette femme »¹⁶³

« Si l'on considère une union nouvelle comme un moyen nécessaire pour arrêter le cours des dérèglements de la femme adultère, la conséquence sera que, non seulement il faut lui permettre de se remarier, mais qu'il faut encore l'y contraindre »¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Vatin Florence, « Evolution historique d'une pratique : le passage de l'adultère à l'infidélité », *Sociétés*, N°75, 2002, p.92.

¹⁶⁰ Le texte de l'article 298 du Code Civil est le suivant : « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice ».

¹⁶¹ Dalloz, Recueil de Jurisprudences, Quatrième partie, Lois, Décrets et actes législatifs, 1905, p28.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

Ensuite, en 1906, les enfants adultérins, sous certaines conditions peuvent prétendre à devenir légitime. Enfin, pour compléter la liste des différentes modifications de la loi Naquet en ce début du XXe siècle, il faut citer la Loi du 6 Juin 1908 qui a pour principale ambition de faciliter la conversion de corps en divorce face aux pratiques de certains tribunaux et de certains magistrats catholiques réticents à valider les conversions. Désormais, au bout de trois ans, la séparation de corps pourra être automatiquement convertie en divorce et sera de droit prononcée par le Tribunal sur la demande de l'un des époux. Dans un contexte de crise des relations entre l'Eglise et l'Etat (la séparation de l'Etat et de l'Eglise venant d'être entérinée en 1905), les instigateurs socialistes de cette loi sont vertement critiqués par leurs opposants catholiques. Ces derniers voient en cette nouvelle loi une attaque à leur « liberté de conscience » se voyant imposés indirectement le divorce, contraire à leurs croyances. Les députés Jullien et Viollette, rapporteurs de la loi, souligneront que la loi civile ne doit s'inspirer d'aucun dogme religieux et qu'elle vient répondre à des incohérences des différentes jurisprudences produites par les Tribunaux en matière de conversion de séparation de corps en divorce. Ils appuient leur argumentation sur des éléments de techniques juridiques en ces mots :

« Beaucoup de tribunaux examinent avec passion les demandes de conversion. Hostiles au divorce, ils refusent systématiquement de mettre fin à une situation contraire à la fois aux lois sociales et à la nature. La jurisprudence est d'ailleurs incohérente. Un grand nombre de décisions exigent, pour prononcer la conversion, des faits nouveaux ; les juges estiment qu'une demande de conversion qui n'en allègue aucun entreprend des faits anciens une nouvelle appréciation contraire au principe de la chose jugée. D'autres déclarent, au contraire, que les faits nouveaux ne peuvent être examinés, parce qu'il en résulterait une modification possible du jugement de séparation, dont les dispositions doivent être intégralement maintenues. Il appartient au législateur de mettre un terme à ces contradictions »¹⁶⁵.

5.3. *Les juristes face à la question du divorce par consentement mutuel*

A côté des « toilettages juridiques » de la loi de 1884, le début du XXe siècle est marqué par une véritable campagne en faveur du rétablissement du divorce par consentement mutuel. « *Toute une campagne se développe, ponctuée d'interventions diverses, de propositions de lois (proposition L. Martin en 1906), de thèses et d'ouvrages (parmi lesquels H. Coulon, Le Divorce par consentement mutuel, 1902, P. & V. Margueritte, Mariage, Divorce, Union libre, 1906, H. Coulon et R. de Chavagnes, Le Mariage et le Divorce de*

¹⁶⁵ Dalloz, Recueil de Jurisprudences, Quatrième partie, Lois, Décrets et actes législatifs, 1908, p 63.

demain, 1908) »¹⁶⁶ précise ainsi Jacques Commaille dans son étude du divorce en France. Les juristes, dans la première moitié du XXe siècle, contribueront successivement à la production de travaux traitant de la crise du mariage en général, et de la réintroduction du divorce par consentement mutuel en particulier. Ils proposent des solutions juridiques pour sortir de cette « crise du mariage »¹⁶⁷. Ces thèses de droit ont tendance à se polariser entre positions « réactionnaire » et « progressiste », mais avec une même ambition : de sauver l'institution du mariage estimée menacée. Il s'agit moins de s'intéresser, d'un point de vue individuel, à la question du bonheur du couple que d'interroger d'un point de vue quantitatif, les phénomènes de diminution du mariage, de la baisse de la natalité (porté par les antimalthusiens), de développement du concubinage ou encore d'augmentation du divorce, pour défendre l'institution matrimoniale du point de vue de « l'intérêt de la société ». A la sortie de la première guerre mondiale et avec l'angoisse autour de la question de la dépopulation qui agite notamment certains milieux intellectuels, « *c'est alors aux masses urbaines, et en particulier aux ouvriers, à ces « classes laborieuses » que s'intéressent essentiellement les juristes, c'est leur comportement qui inquiète* »¹⁶⁸ écrit Paula Cossart. « Progressistes » et « conservateurs »¹⁶⁹ s'opposent sur différents points : les premiers souhaitent voir la loi s'ajuster à l'état des mœurs plutôt que de tenter de le freiner vainement tandis que les seconds plaident pour un retour à l'indissolubilité du mariage ou du moins à limiter strictement l'accès au divorce, à une répression plus sévère de l'adultère grâce à la loi qui selon eux, possède un réel pouvoir pour réguler les mœurs. Les sciences humaines et plus précisément les statistiques produites par ces dernières jouent un rôle singulier dans ces thèses et vont servir à entériner le clivage entre partisans d'un droit réactionnaire face aux mœurs et partisans d'un droit progressiste. Pour les « conservateurs », les statistiques ont pour fonction de corrélérer les indicateurs du dérèglement de l'institution matrimoniale (hausse du nombre de divorces, hausse du nombre d'adultères, baisse de la natalité) avec des indicateurs de dérégulations sociales (augmentation du nombre de suicides, de crimes, ou encore de personnes atteintes de problèmes psychiatriques, etc.). D'ailleurs, ces perspectives vont fortement forger les représentations sociales attachées au divorce. A l'opposé, les progressistes critiquent la posture morale des « conservateurs » sous-jacente à leur usage des statistiques. Selon eux, il

¹⁶⁶ Commaille Jacques, *op. cit.*, p19.

¹⁶⁷ Cossart Paula, « Les juristes en réaction contre le désordre conjugal des masses : la « crise du mariage » en débat (1900-1940) », *Histoire Sociale/ Social History*, vol. 37, n°74, 2004, p 229-261.

¹⁶⁸ *Ibid*, p 232.

¹⁶⁹ Nous reprenons, ici, les catégories utilisées par Paula Cossart pour différencier les positions des juristes vis à vis du mariage et du divorce.

est nécessaire de se placer sur le terrain des faits et des observations sociologiques, afin de « dépasser la dénonciation d'une crise morale, et de montrer que la crise vient largement des modifications des conditions de vie des masses »¹⁷⁰. Par exemple, sous l'influence des travaux marxistes et notamment ceux de Friedrich Engels sur la famille¹⁷¹, les juristes « progressistes » interprètent l'importance des procès conjugaux dans les milieux ouvriers par la désagrégation des familles qu'induit le travail industriel (dislocation des relations familiales, alcoolisme, difficultés, financières, et plus généralement l'individualisme qui touche dorénavant les milieux ouvriers).

5.4. *Le débat opposant les leplaysiens et les durkheimiens sur le divorce*

La question de la morale et de la définition des « mœurs dominantes » qui a jalonné toute la première moitié du XX^e siècle n'a pas été seulement saisie par les juristes, mais par une partie importante de l'élite intellectuelle française. Elle est aussi une question qui a été centrale chez les sociologues, avec deux approches distinctes, celle issue de la pensée de Frédéric Le Play et celle développée par Emile Durkheim. Dans un contexte politique et social en mutation (émergence du mouvement ouvrier, émergence d'une morale laïque, crise de l'Eglise catholique, etc.), Leplaysiens, recrutés au sein des élites intellectuelles catholiques, et durkheimiens, universitaires souvent juifs s'opposent sur différents terrains (notamment méthodologiques et théoriques), et vont penser chacun à leur manière, la famille comme une instance fondamentale de la régulation sociale.

Engagé politiquement à droite¹⁷², partisan d'une philosophie sociale « conservatrice », fervent catholique, Frédéric Le Play (1806-1882)¹⁷³, père de la méthode monographique, par un important travail de description des différentes formes d'organisation familiale, a élaboré une classification des familles en trois modèles : la famille patriarcale, la famille instable, et la

¹⁷⁰ Cossart Paula, *op. cit.*, p 251.

¹⁷¹ Engels Friedrich, *L'origine de la famille, de la propriété et de l'Etat*, Paris, Broché, 2010.

¹⁷² Dans les années 1840, les travaux de Le Play sont influents auprès de la droite orléaniste (droite conservatrice). Face au coup d'Etat de 1848, Le Play se rallie à l'Empire. 1855, marque une année politique charnière pour Le Play puisqu'il est nommé en décembre conseiller d'Etat. Cette nomination inaugure des rapports étroits avec la sphère politique. Il est fréquemment consulté par Napoléon III pour les questions sociales et à la demande de ce dernier, il synthétise ses réflexions sur la situation politique et sociale française dans *La réforme sociale en France*. Il est nommé sénateur en 1867. Toute sa vie, Le Play aura associé exercice de la sociologie et carrière dans l'appareil politique et étatique. La Chute de l'Empire en 1870 marque la fin de la vie politique de Le Play lequel ne croyait plus en la position de « conseiller du prince » qu'il avait pu tenir.

¹⁷³ Savoye Antoine et Audren Frédéric, *Naissance de l'ingénieur social : les ingénieurs des mines et la science sociale au XIX^e siècle*, Paris, Mines ParisTech-Les-Presses, Coll. Sciences sociales, 2008.

famille-souche. Il distingue donc la famille patriarcale où « *le père y conserve près de lui tous ses fils mariés, et il exerce sur eux et sur leurs enfants une autorité fort étendue* »¹⁷⁴, de la famille instable (équivalent de la famille nucléaire) constituée par l'union de deux époux et des enfants – ces derniers quittant le domicile parental dès qu'ils peuvent se suffire à eux-mêmes – et de la famille souche érigée comme modèle supérieur. Ce dernier modèle familial dans lequel un seul des enfants reste auprès de ses parents, et cohabite avec eux et ses propres enfants, est, selon Le Play, le seul à concilier « *dans une juste mesure, l'autorité du père et la liberté des enfants, la propension à la nouveauté et le respect de la tradition* »¹⁷⁵. Le Play s'oppose ainsi aux dispositions du Code Civil relatives à l'abrogation du droit d'aînesse. Alain Chenu interrogeant la postérité du modèle de la famille souche conclut que « *la prophétie leplaysienne d'avènement du « régime de la famille-souche » ne s'est pas réalisée, Le Play, ne voyant partout que dégradation des mœurs, a échoué dans sa tentative d'identifier la nature des changements qui étaient en cours dans le monde du XIXe siècle* »¹⁷⁶. Les recherches de Le Play et plus précisément celles consacrées à la famille, aux successions ou encore aux testaments – objets qui relèvent du domaine juridique – ont intéressé directement les juristes « conservateurs » lesquels se sont répartis dans les différentes organisations du mouvement Leplaysien en fonction de leurs motivations particulières (anti-socialisme, adhésion à la doctrine catholique, conservatisme social)¹⁷⁷. Ainsi, les idées de Le Play « *n'ont cessé d'exercer en France une influence diffuse dans la classe intellectuelle et politique de tendance conservatrice – avec un succès plus prononcé aux approches de la seconde guerre mondiale (pour ne rien dire de Vichy)* »¹⁷⁸ écrit Jean Carbonnier (protestant et surtout, fervent défenseur des théories durkheimiennes). En effet, en 1938, la doctrine leplaysienne imprègne l'esprit de la réforme du droit successoral revenant sur l'idéologie libérale du Code Civil tout comme sous le régime de Vichy, en donnant gain de cause aux adversaires du divorce (loi du 2 Avril 1941).

Bien que proche des intellectuels progressistes et socialistes, Emile Durkheim (1858-1917) avait pris position en faveur des juristes « conservateurs » à propos du débat sur la réintroduction du divorce par consentement mutuel. Très critique vis-à-vis de l'approche leplaysienne, selon lui, d'une part « trop descriptive », à « trop petite échelle, et, partant,

¹⁷⁴ Baudin Louis, *Le Play, textes choisis*, Paris, Librairie Dalloz, 1947, p68.

¹⁷⁵ Baudin Louis, *op. cit.*, p69.

¹⁷⁶ Chenu Alain, « La famille-souche. Questions de méthode », postface à Le Play Frédéric, Cheysson Emile, Bayard, Butel Fernand, *Les Mélouga. Une famille pyrénéenne au XIXe siècle*, Paris, Nathan, 1994, p230.

¹⁷⁷ Audren Frédéric, « Les mondes leplaysiens du droit (1855-1914) ou l'art et la manière d'être un « juriste leplaysien », *Les Etudes Sociales*, n°135-136, 2002, p175-213.

¹⁷⁸ Carbonnier Jean, *Sociologie juridique*, Armand Collin, Paris, 1972, p.67.

encombrée de détails peu significatifs »¹⁷⁹, et surtout d'autre part, trop marquée par la visée politique et réformatrice qui la sous-tend, Durkheim s'empare de la question du divorce avec une même réticence mais pour une autre raison : le danger d'instaurer un divorce trop facile d'accès au risque de faire vaciller les fonctions socialisatrice et régulatrice de l'institution matrimoniale. Il justifie son opposition à la réintroduction de divorce par consentement mutuel en expliquant que les conjoints soumis aux caprices de l'évènement ne sont pas les mieux placés pour savoir ce qui est bon pour eux. La façon dont Durkheim s'est saisi du divorce comme phénomène juridique n'est pas différente de la méthode qu'il a appliquée aux autres phénomènes sociaux. Durkheim s'est intéressé directement au droit en tant que fait social, à partir de recherches sur le mariage et le divorce mais également à partir de recherches sur des thèmes¹⁸⁰ relevant du droit pénal. D'un point de vue méthodologique, Jean Carbonnier précise que Durkheim « *attribuait aux règles de droit une valeur instrumentale sans pareille : par leur généralité, leur permanence, leur matérialité, elles étaient capables de révéler les faits sociaux plus objectivement que n'auraient pu le faire par exemple des sentiments, des opinions, voire des conduites non juridiques* »¹⁸¹.

Il a donc rédigé différents cours et articles sur la question du divorce : « Suicide et divorce »¹⁸² en 1897, « Le divorce par consentement mutuel »¹⁸³ en 1906 ou encore « Débat sur le mariage et le divorce »¹⁸⁴ en 1909. Si à l'origine, sa réflexion se centrait autour du suicide, ses recherches l'ont conduit à mettre en parallèle ces deux phénomènes à travers un point de ralliement : l'amenuisement de la réglementation du mariage et l'affaiblissement des solidarités. La pensée de Durkheim s'est centrée sur la question de l'intégration sociale à travers une vision fonctionnaliste de la société où « l'équilibre » moral devait servir de ciment pour maintenir la cohésion du corps social. Pour Durkheim, l'Etat, le droit devaient donc avoir en charge le maintien de l'ordre familial, principal garant de l'ordre social. Il déduit de l'ensemble de ses recherches que « *c'est donc l'anomie conjugale, produit par l'institution du divorce, qui explique le développement parallèle des divorces et des suicides* »¹⁸⁵. Il ajoute

¹⁷⁹ Carbonnier Jean, *op. cit.*, p.66.

¹⁸⁰ Durkheim Emile, « Crime et santé sociale », *Revue Philosophique*, 39,1895, reproduit in Durkheim Emile, *Textes 2. Religion, morale, anomie*, Paris, Minuit, 1975, p.173-180.

¹⁸¹ Carbonnier Jean, *op. cit.*, p.80.

¹⁸² Durkheim Emile, *Le suicide*, Paris, Presses Universitaires de France, 1976, p.290-302.

¹⁸³ Durkheim Emile, « Le divorce par consentement mutuel », *Revue Bleue*, 44, 1906, reproduit in Durkheim Emile, *Textes 2. Religion, morale, anomie*, Paris, Minuit, 1975, p.181-194.

¹⁸⁴ Durkheim Emile, « Débat sur le mariage et le divorce », extrait des *Libres entretiens de l'Union pour la vérité*, 1909, 5^e série, reproduit in Durkheim Emile, *Textes 2. Religion, morale, anomie*, Paris, Minuit, 1975, p.206-215.

¹⁸⁵ Durkheim Emile, *op. cit.*, p.307.

par ailleurs que ces suicides anomiques « résultent d'une constitution morale sui generis qui a elle-même pour cause un affaiblissement de la réglementation matrimoniale ; c'est cette constitution, acquise pendant le mariage, qui, en lui survivant, produit l'exceptionnelle tendance au suicide que manifestent les divorcés »¹⁸⁶. Selon lui, le droit n'a un rôle que de consécration de l'état des mœurs qui lui était antérieur. Ainsi, l'établissement légal du divorce n'est pas à l'origine de l'anomie conjugale qui préexiste à cette formalisation juridique, dans les mœurs. L'institution du divorce n'aura pour effet que d'accroître cette tendance. Mais, il ajoute que le droit en légitimant un nouvel état des pratiques matrimoniales peut produire également des conséquences non contrôlables sur l'institution matrimoniale : « L'anomie matrimoniale peut donc exister dans l'opinion sans être encore inscrite dans la loi. Mais, d'un autre côté, c'est seulement quand elle a pris une forme légale, qu'elle peut produire toutes ses conséquences. Tant que le droit matrimonial n'est pas modifié, il sert tout au moins à contenir matériellement les passions ; surtout, il s'oppose à ce que le goût de l'anomie gagne du terrain, par cela seul qu'il la réprime. »¹⁸⁷

En 1906, Durkheim se positionne clairement contre une libéralisation du divorce, non pas pour une question de bonnes ou mauvaises mœurs (mœurs, dont il se saisit en les soumettant à l'épreuve d'un raisonnement scientifique), mais davantage sur le fait qu'elle produirait une remise en cause de l'institution matrimoniale et par extension de sa fonction de procréation et d'éducation. Il craint avec la légalisation du divorce par consentement mutuel que « le couple conjugal cesse alors d'être à lui-même sa propre fin, pour devenir un moyen en vue d'une fin qui lui est supérieure : cette fin, c'est la famille qu'il a fondée et dont il a désormais la responsabilité »¹⁸⁸. Il pointe le risque de déstabilisation de l'institution matrimoniale et par la même de la déstructuration de « la société » d'un point de vue global que pourrait produire un divorce trop facilement accessible. Ainsi, ajoute-t-il : « Que, dans de certaines conditions, il faille permettre aux époux de s'évader du mariage, c'est ce qui ne paraît pas pouvoir être contesté. Mais encore faut-il que le divorce ne soit pas entendu de telle sorte qu'il contredise et ruine le principe sur lequel repose l'état de mariage ; car alors, sous prétexte de remédier à des maux individuels, il constituerait, par lui-même, une grave maladie sociale et dont l'individu d'ailleurs, subirait les contre-coups. »¹⁸⁹ De ce fait, les analyses de Durkheim ont pu contribuer à freiner ses contemporains, partisans du divorce par

¹⁸⁶ *Ibid*, p.307

¹⁸⁷ *Ibid*, p.307

¹⁸⁸ *Ibid*, p.190

¹⁸⁹ *Ibid*, p.182

consentement mutuel. On retrouve d'ailleurs, des extraits des articles de Durkheim sur le divorce chez des juristes soucieux de légitimer leur opposition au rétablissement au divorce par consentement mutuel. A propos de ces derniers, Paula Cossart, à partir de son étude consacrée aux thèses de droit soutenues entre 1900 et 1940 sur la question de la « crise du mariage », montre très bien, que « *si la référence au sociologue (Durkheim) par [eux] est ainsi prisée, c'est bien évidemment parce qu'il s'agit à la fois d'un adversaire célèbre de l'élargissement du divorce, et d'« un des maîtres » de la science des mœurs qui vient concurrencer la morale* »¹⁹⁰. Aussi, la position de Durkheim sur le divorce, fondateur de la science des mœurs, figurait-elle un argument de poids que les « conservateurs » pouvaient exciper à l'adresse de leurs contradicteurs et a-t-elle pu participer au report de la réintroduction du divorce par consentement mutuel.

6. La production du droit contemporain en matière de dissociations conjugales

Il faut remonter dans les années soixante-dix et notamment l'année 1975, pour voir entériner une loi qui veut embrasser l'hétérogénéité des situations familiales face au mariage et au divorce. La libéralisation de la loi sur la dissolution du lien conjugal s'est appuyée sur deux principaux arguments de la part des législateurs : le premier étant celui du progrès social que représente la dédramatisation sociale du divorce, le second s'appuyant sur des observations des pratiques judiciaires où les juges paraissaient illégitimes à intervenir dans la pratique devenue courante dans les années soixante, du divorce d'accord. La loi du 11 Juillet 1975 ayant donc pour objectif de dédramatiser la procédure judiciaire, introduit d'autres causes de divorce que la faute.

6.1. Evolution des mœurs conjugales à l'orée de la refonte du droit de la famille

Les formes du couple – et par extension de la famille – ainsi que les normes qui les régissent sont l'objet de transformations profondes au cours des années 1960 et 1970. Importante augmentation des divorces à la fin des années 60, recul de l'âge au mariage, chute

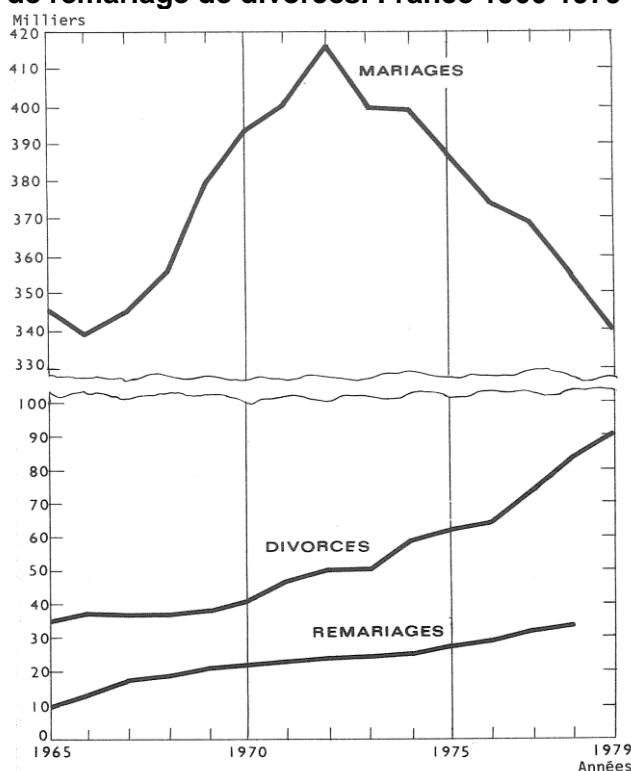
¹⁹⁰ Cossart Paula, *op. cit.*, p 253

du nombre de mariages au début des années 1970, généralisation de la cohabitation juvénile, augmentation du nombre de familles monoparentales et recomposées révèlent le relâchement des contraintes morales dans cette deuxième partie du XXe siècle.

6.1.1. Un contexte social favorable à la libéralisation du divorce

Après une stabilisation du nombre de divorces dans les années 1950, le nombre de divorces augmente régulièrement depuis 1964 (voir Tableau 1 page 90). Entre l'année 1970 et l'année 1979, on assiste à un doublement du nombre annuel de divorces prononcés (voir Figure 2 ci-après). A l'opposé, le nombre de mariages va connaître une rupture dans sa progression en 1972 pour voir le nombre de mariages célébrés chuter progressivement. Cette chute est en partie seulement compensée par l'augmentation régulière des remariages de divorcés. Ces trois tendances, au cours des années 1970, impactent directement le rapport nombre de divorces / nombre de mariages en passant de 12% en 1972 à 26,6% en 1979. Ces perspectives statistiques permettent ainsi de relativiser le rôle de la loi sur le divorce de 1975 sur la transformation des comportements conjugaux en matière de mariages et de divorces. Elle ne fait finalement que renforcer un mouvement déjà amorcé au début des années 1970.

Figure 2. Nombre de mariages, de divorces et de remariage de divorcés. France 1966-1979



Sources : « Divorces et divorcés », *Population et sociétés*, N°144, Février 1981.

Les années 1970 marquent ainsi une transformation des modes d'institutionnalisation des « familles ». Le « modèle matrimonial dominant » porté par les milieux bourgeois catholiques jusque dans les années 1970 est remis en cause dans ses différentes caractéristiques : son intensité en effectif, le jeune âge des conjoints au moment de l'union matrimoniale et le faible nombre des divorces jusqu'au début des années 1960. En effet, à partir des années 1970, la baisse du nombre de mariages et la hausse du nombre de divorces prononcés annuellement (Figure 2), la hausse de l'âge au mariage quelque soit le sexe et le milieu social d'origine et à la fois la baisse et la transformation de la fécondité (avec le développement de la fécondité hors mariage) modifient radicalement l'institution matrimoniale. Avec la montée progressive depuis plusieurs siècles des comportements individualistes au sein même de la sphère privée, le modèle matrimonial traditionnel fait dès lors place aux mariages ayant pour fondement le sentiment amoureux dans quasiment toutes les couches sociales. Selon Martine Ségalen, les années 1970 signent « *l'avènement d'une famille conjugale instable issu d'un lent travail social, remontant au XVIIIe siècle, incorporant un nouveau sentiment du soi, l'émergence de l'amour comme justification du couple et la montée de l'intimité familiale* »¹⁹¹.

Les changements ayant modifié le statut de la femme ont été cruciaux dans l'avènement du sentiment amoureux comme fondement de l'union conjugale. En effet, le modèle matrimonial et familial traditionnel a en partie été déstabilisé par l'entrée en masse des femmes à la fois dans les différentes institutions scolaires et surtout dans le monde salarial. En 1965, sous la pression des mouvements féministes, le régime matrimonial issu du Code Civil de 1804 est remis en cause. Dorénavant, les femmes peuvent gérer leurs biens, ouvrir un compte bancaire et exercer une profession sans l'autorisation de leur mari. Le développement de l'activité professionnelle des femmes et plus généralement l'émancipation féminine sur les plans sexuel et social, modifient l'organisation conjugale et familiale. La loi du 4 Juin 1970 venant réformer le principe de *puissance paternelle* consacre la notion d'autorité parentale détenue à égalité par le père et par la mère. Les fonctions maternelles et la division du travail au sein de la sphère domestique se retrouvent réinterrogées et pour certains milieux sociaux, les pratiques qui en découlent, transformées. Par contre, ces données générales cachent des comportements conjugaux très diversifiés selon notamment les milieux sociaux et les zones géographiques.

¹⁹¹ Ségalen Martine, *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Collin, 6^{ème} édition, 2006, p.96.

Tout d'abord, certains milieux sociaux et culturels restent imperméables aux évolutions récentes. On pense, ici, aux familles catholiques pratiquantes attachées au maintien de l'ordre moral et familial. Ces familles sont ainsi les plus réticentes aux nouvelles pratiques contraceptives. Elles sont celles qui, tendanciellement, ont le plus d'enfants, où les divorces sont les plus rares, où les femmes exercent le moins souvent une activité professionnelle et où l'idéal de la femme au foyer est le plus fréquent¹⁹².

6.1.2. Les pratiques du divorce selon les catégories socioprofessionnelles

Que nous enseignent, dans une telle conjoncture, les pratiques judiciaires de dissociations conjugales ? Si l'union libre devient, à partir des années 1970, un mode de vie conjugal à part entière avec pour conséquence une forte progression du nombre de naissances hors mariage, nous ne disposons pas de données sur la manière dont se dissocient ces couples. Par conséquent, pour appréhender les pratiques de dissociations conjugales dans cette période de réforme du droit de la famille, nous nous concentrerons sur les pratiques du divorce. La transformation de l'image du divorce est caractéristique de l'évolution des attitudes et des pratiques familiales de cette époque. Associé à l'image d'une pathologie conjugale, le divorce devient, progressivement, une issue possible et surtout normale au mariage. Jacques Commaille écrit à ce propos que le « *passage de la déviance à la normalité s'observe au niveau des opinions. Bien que le divorce soit légal depuis longtemps, le divorcé est resté pendant longtemps une sorte de hors-la-loi, à qui son divorce pouvait poser de sérieux problèmes en ce qui concerne son travail, ses relations sociales, son éventuel remariage* »¹⁹³. Si le fait de divorcer est dorénavant de plus en plus admis, il n'en reste pas moins que la conception qui y est attachée varie nettement en fonction des milieux sociaux.

Ainsi, Jacques Commaille et Anne Boigeol à travers une importante enquête statistique sur les pratiques du divorce¹⁹⁴ au début des années 1970 ont montré que les conceptions du mariage et de la famille selon les classes sociales sont déterminantes pour appréhender le phénomène social du divorce. Aussi, ces derniers avançaient déjà l'hypothèse selon laquelle certains comportements des couples en instance de divorce en 1970 en fonction

¹⁹² Bard Christine, *Les femmes dans la société française au XXe siècle*, Paris, Armand Colin, 2001, p.66-68.

¹⁹³ Commaille Jacques, *op. cit.*, p.69.

¹⁹⁴ Boigeol Anne et Commaille Jacques, « Divorce, milieu social et situation de la femme », *Economie et Statistique*, 1974, Vol. 53, n°53, p.3-21.

de leurs caractéristiques sociodémographiques se révélèrent être de bons indicateurs pour décrire les transformations des attitudes et des comportements à l'égard de l'institution familiale. Le divorce n'est pas un phénomène social homogène et le sens qui lui est donné par les couples varie nettement selon leurs appartenances sociale et culturelle. On trouve les taux de divorce les plus élevés au sein des classes sociales moyennes et supérieures (cadres moyens, cadres supérieurs et professions libérales) alors que les taux de divorce les plus faibles sont observés chez les ouvriers, les agriculteurs, et les patrons de l'industrie et du commerce. Cette « dichotomie » sociale de la pratique du divorce est loin d'être parfaite puisque les milieux sociaux les plus réticents à engager une procédure de divorce ne se limitent pas aux classes populaires (on retrouve notamment les gros exploitants agricoles, les commerçants et artisans, les chefs d'entreprise). A l'opposé, on relève pour certaines fractions des classes populaires, notamment dans le « tertiaire populaire » (personnels de service, employés), des taux de divorce du même niveau que ceux observés pour les cadres moyens ou supérieurs. Il faut relever que dans les milieux sociaux où l'on observe les taux de divorce les plus faibles, les taux de natalité y sont, à l'inverse, les plus forts. En 1975, les taux de natalité des cadres moyens ou supérieurs, des personnels de service et des employés dépassent tout juste 1,8 tandis que ceux des ouvriers, des exploitants agricoles, des commerçants et artisans, des patrons de l'industrie et du commerce s'élèvent au moins à 2,15¹⁹⁵. Par conséquent, on ne peut émettre que partiellement le postulat selon lequel « *plus on descend dans l'échelle sociale, plus les tensions familiales sont fortes, mais aussi plus l'accès à la justice est difficile* »¹⁹⁶. Boigeol et Commaille montrent qu'au sein des milieux sociaux les plus défavorisés, précocité au mariage va de pair avec précocité au divorce et que réciproquement dans les milieux favorisés où l'on se marie tardivement du fait de la durée des études, le divorce intervient après une durée de mariage plus longue. Mais plus généralement, comment expliquer la forte divortialité des catégories sociales intermédiaires et supérieures ? Parmi les nombreux travaux démographiques et sociologiques sur la question du divorce produit au cours des années 1970, une étude d'opinions sur le divorce et les Français¹⁹⁷ fait apparaître que les membres de ces catégories sociales (notamment les cadres moyens et les cadres supérieurs), sont davantage favorables à une désacralisation du mariage, à une plus grande liberté sexuelle et donc à l'idée de mariages à l'essai. Ils ont également une conception plus

¹⁹⁵ Deville Jean-Claude et Desplanques Guy, « Fécondité et milieu social: les différences demeurent », in *Economie et statistique*, n°111, 1979, p.27-40.

¹⁹⁶ *Ibid*, p.4.

¹⁹⁷ Boigeol Anne, Jacques Commaille, Marie-Laurence Lamy, Alain Monnier et Louis Roussel, *Le Divorce et les Français I ; enquête d'opinion*, INED, Cahier n°69, PUF, Paris, 1974.

égalitaire des rôles parentaux et conjugaux et souhaitent davantage que les autres catégories sociales une libéralisation du divorce à travers le rétablissement du divorce par consentement mutuel. Ces différents éléments révèlent en partie les contours des dispositions morales et culturelles des membres de ces groupes sociaux.

Par ailleurs, alors qu'Alain Girard venait de publier en 1974 *Le choix du conjoint*¹⁹⁸, montrant que les époux avaient tendance à se marier avec des personnes du même milieu social, dans la même perspective, Jacques Commaille observe que les divorces sont plus fréquents dans les situations d'hétérogamie¹⁹⁹. La différence d'âge, l'hétérogamie géographique et surtout l'hétérogamie sociale sont ainsi des facteurs intervenant significativement dans la divortialité. Ainsi, en comparant les professions des conjoints en instance de divorce, les situations d'homogamie sociale sont celles où l'on observe les plus faibles taux de divortialité²⁰⁰. Les demandes en divorce comme lors des périodes antérieures est majoritairement le fait des femmes. Par contre, avec l'autonomie grandissante des femmes dans les différentes sphères de la vie sociale, l'initiative féminine du divorce prend une nouvelle forme. Alors que la proportion plus importante des demandes féminines en divorce pouvait s'analyser auparavant comme une réponse ultime et désespérée à la répudiation du mari, dorénavant, les transformations de l'équilibre conjugal et les plus grandes marges de manœuvres des femmes dans la définition de cet équilibre donnent aux femmes la possibilité de remettre en cause, au même titre que le mari, l'existence même du couple²⁰¹. L'hypothèse d'une relation entre initiative croissante des femmes dans l'introduction du divorce et autonomie croissante de ces dernières se vérifie particulièrement bien si l'on prend en compte le statut socioprofessionnel de ces dernières. Les femmes des catégories sociales supérieures (professions libérales, cadres supérieures) sont ainsi nettement plus demanderesses au divorce que les femmes des catégories sociales les plus défavorisées (ouvrières, inactives).

6.1.3. La terre et la religion : deux remparts à la diffusion du divorce

Louis Roussel en analysant les procédures de divorces et de séparations de corps entre 1936 et 1967 à partir des deux principales sources statistiques à disposition (*Compte général*

¹⁹⁸ Girard Alain, *Le choix du conjoint*, Paris, PUF, INED, « Travaux et Documents », Cahier n°70, 1964, 2^e éd., 1974.

¹⁹⁹ Commaille Jacques, *op. cit.*, p.66.

²⁰⁰ Boigeol Anne et Commaille Jacques, *op. cit.*, p.13.

²⁰¹ Commaille Jacques, Yves Dezalay, « les caractéristiques du divorce en France », *Population*, 1971, Vol. 26, N°2, p173-196.

du Ministère de la Justice et le décompte des transcriptions de divorces par l'I.N.S.E.E.) fait ressortir deux facteurs déterminants de la divortialité : la religiosité et la ruralité des territoires²⁰². L'importance des pratiques religieuses des départements de l'Ouest de la France et du Massif Central peut donc être un facteur explicatif au fait que ces départements sont les territoires où les ruptures d'union sont les plus rares. Mais le facteur religieux ne suffit pas à lui seul pour expliquer les faibles taux de divortialité dans certains départements que l'on peut considérer comme « déchristianisés » (ex : La Creuse, La Haute-Vienne, etc.). D'une manière générale, les départements à majorité rurale et agricole sont les zones les plus imperméables aux pratiques divorciataires. On le comprend notamment par les conséquences que pouvaient entraîner les ruptures conjugales pour la transmission des exploitations agricoles dans les lignées familiales. En effet, la particularité des stratégies matrimoniales dans les milieux agricoles pour maintenir des ressources foncières au sein de « groupes » familiaux peuvent également expliquer ce rejet du divorce dans les espaces ruraux. Il est à noter que ces observations pour la France rurale des années d'après guerre sont moins de mise aujourd'hui puisqu'on ne peut plus parler d'un îlot de stabilité conjugale²⁰³ pour les familles d'agriculteurs, la règle de la transmission dans la lignée perdant de sa force.

6.1.4. Les pratiques du divorce du point de vue des acteurs judiciaires

Les acteurs judiciaires, notamment les magistrats par la jurisprudence qu'ils ont produite mais également certains avocats par l'instauration de stratégies judiciaires pour faire initier des formes de « divorce d'accord », ont accompagné l'évolution des différentes pratiques judiciaires en matière de dissociation conjugale. Jacques Commaille et Yves Dezalay relèvent, par exemple, la tendance des tribunaux implantés dans des régions rurales et catholiques hostiles au divorce à rejeter davantage les demandes en divorce et en séparation de corps que les tribunaux implantés en région parisienne ou au sein des grandes villes de province, territoires plus libéraux, accompagnant l'évolution des mœurs familiales.

A partir des années 1950, on assiste à une augmentation générale des divorces prononcés aux torts réciproques et ce quelque soit le type de territoire (les torts réciproques

²⁰² Roussel Louis, « Les divorces et les séparations de corps en France (1936-1967) », *Population*, N°2, 1970, p.275-302.

²⁰³ Bessière Céline, « Se marier pour aller jusqu'au bout ensemble ? » Ruptures conjugales et transmission des exploitations agricoles dans la lignée », *Revue d'études en agriculture et environnement*, Vol. 88, n°3, 2008, p.47-70.

passent de 1950 à 1968 de 14,9% à 26,2% dans la Seine et de 8,1% à 23,1%, dans l'ensemble du Finistère, du Morbihan, du Cantal et de la Haute-Loire²⁰⁴). Sur le plan juridique, une procédure aboutissant à un divorce aux torts réciproques des époux induit que suite à la demande en divorce d'un conjoint, l'autre conjoint a formé une demande reconventionnelle contre le conjoint demandeur. Par conséquent, l'augmentation des divorces prononcés aux torts réciproques des époux et donc de l'augmentation des demandes reconventionnelles en divorce révèlent l'apparition de deux appropriations nouvelles des règles juridiques en matière de contentieux conjugaux. Alors qu'auparavant, dans le cadre d'un divorce-sanction, la réponse judiciaire à des conflits conjugaux se concluait le plus souvent par l'attribution des fautes au conjoint en situation de défense, à partir des années 1950, les époux attendent davantage de la justice qu'elle tranche une situation plus complexe, « *le divorce n'étant plus toujours la conclusion d'un conflit dramatique, mais un constat d'échec où les responsabilités sont moins nettes* »²⁰⁵. Aussi, les nouvelles pratiques des conseils juridiques (avocats et avoués) pour accompagner la demande de couples appartenant le plus souvent aux catégories sociales intermédiaires et supérieures, de voir entériner un « divorce d'accord », ont participé à l'augmentation des divorces prononcés aux torts réciproques. Ces nouvelles pratiques consistaient à produire, soit des fausses attestations ou soit des constats d'adultères établis par huissier et mis en scène au préalable, et à équilibrer ainsi les « fautes » des deux conjoints afin d'aboutir à un divorce aux torts partagés. Les deux conjoints qui s'étaient accordés sur le principe du divorce avant le passage devant le Juge, supportaient ainsi de manière égale les coûts économiques et symboliques du divorce. Lors de notre enquête de terrain, différents avocats et justiciables ont évoqué ces pratiques spécifiques au tournant des années 1970.

Spécialiste du droit de la famille et du droit social, une avocate d'un Barreau de l'Ouest de la France, dans une région peu permissive aux pratiques du divorce, rappelle d'une part, la domination d'un modèle familial traditionnel et le poids des représentations sociales qui pesaient sur les divorcés et d'autre part, la dureté de la procédure, et le véritable duel en quoi consistait une affaire de divorce avant 1975. Mais l'expérience de l'avocate, ici, relatée, révèle également des pratiques judiciaires pour contourner la procédure de divorce pour faute, la seule issue juridique pour divorcer, afin d'aboutir à une forme détournée de divorce d'accord. Enfin, elle explique comment le divorce par consentement mutuel instauré par la réforme de 1975, n'a pas transformé les pratiques des avocats (plus précisément les avocats

²⁰⁴ Commaille Jacques, Yves Dezalay, *op.cit.*, p182.

²⁰⁵ *Ibid*, p184.

« progressistes ») mais les a plutôt accompagnées, avant que ce type de divorce ne devienne le modèle dominant à partir du début des années 1980.

« Les procédures pour faute étaient en grande partie fondées sur les constats d'adultère et sur les témoins. Et c'étaient des enquêtes par témoins. Je me souviens les premières années, comme j'étais chez un patron qui était dans la région, le grand spécialiste des divorces, je me tapais des journées entières de défilé de témoins devant le Juge où les témoins témoignaient par écrit et oralement. Après il y avait des procès verbaux et des rapports d'enquête d'audition de témoins et c'est là-dessus que vous preniez vos conclusions. C'était épouvantable, parce que les parties étaient là, il y avait l'ancienne belle mère qui venait, c'était terrible ! L'esprit de 75 a permis d'abandonner tout ça. On est venu à l'écrit ... Et le consentement mutuel en 75 nous a permis d'abandonner toute la pratique des fausses lettres. On faisait des fausses lettres pour permettre de faire des divorces d'accord. Et puis d'ailleurs, les constats d'adultère, aujourd'hui, c'est quasiment terminé. C'était en 75, il y avait encore la morale ! Un divorce, on ne divorçait pas comme ça. Ce n'était pas quelque chose d'anodin (...) En 75, les divorces n'étaient pas encore très acceptés parce que d'abord les femmes travaillaient peu encore et les consentements mutuels ça a été tout doucement, ça n'a pas été une explosion, ça a remplacé ce que l'on faisait avant, ce que l'on bidouillait, mais ça n'a pas été une explosion. », **Avocate d'un Barreau d'une ville moyenne de l'Ouest de la France (A12), membre du Syndicat des Avocats de France, avocate d'associations et de mouvements féministes ainsi que de syndicats professionnels.**

Dans cette même perspective, le divorce de Monsieur et Madame Lebras en 1973 s'inscrit dans cette tendance à l'accroissement des « divorces d'accord » ou des « faux divorces pour faute » avant la réforme du droit du divorce en 1975 et ce, particulièrement dans les catégories sociales supérieures ayant pris leur distance avec la morale religieuse, et étant ouvertes à une plus grande liberté en matière de sexualité et de mœurs, en général. Monsieur et Madame Lebras, issus de milieux bourgeois parisiens et médecins tous les deux, se sont mariés en 1956, et ont eu deux enfants avant de se séparer en 1973. Monsieur avait déjà connu la séparation à travers celle de ses parents. Tous les deux étant attachés à leur liberté et autonomie individuelle, ont, sous les conseils de leur avocat parisien, « bricolé » leur séparation à partir de fausses lettres et de « vrais-faux » constats d'adultères pour obtenir une séparation aux torts partagés afin que ni l'un, ni l'autre ne soit lésé quant aux conséquences judiciaires du divorce. Monsieur Lebras revient sur les conditions et le contexte de ce divorce en mettant en lumière le décalage entre la procédure d'avant la réforme de 1975 et les attentes du couple pour régler de manière apaisée leur séparation. La trajectoire conjugale de Monsieur et Madame Lebras révèle d'une certaine manière le décalage entre l'état de nouvelles mœurs et les règles juridiques ayant pour vocation la régulation des dissociations

conjugales. Aussi, du fait de l'hostilité de Monsieur Lebras au modèle conjugal auquel adhérerait son ex-épouse fondé sur une plus grande liberté et autonomie des époux, le divorce de ce couple dévoile également les effets du nouveau statut de la femme sur le fonctionnement familial et conjugal et en même temps, la résistance masculine à ces transformations sociales.

« On a divorcé parce qu'il y avait une incompatibilité avec le temps. Il faut rappeler le contexte, c'était dans les années 1970 avec l'arrivée de la contraception. [...] On s'est échangé de fausses lettres invraisemblables avec une procédure de divorce pour faute idiote, complètement hypocrite. Mais finalement, on a divorcé à l'amiable : échanges de lettres, etc. Mais comme c'était encore limite, et nous ce que l'on cherchait l'un et l'autre, c'était la liberté. Donc, on a fait des constats réciproques d'adultère et on savait que l'on aurait le divorce assuré. Une de ses copines était venue à la maison, avait dormi à la maison dans une autre chambre. Le lendemain matin, très tôt, l'huissier est passé et nous a dit : « Vous avez dormi ici ? », on a répondu tous les deux : « oui », et puis il nous a demandé tout simplement : « vous reconnaissez l'adultère ? », pareil : « oui ! », et il a terminé par dire : « Bien bon, alors c'est bon ! ». Et mon ex-femme avait fait la même chose de son côté avec un ami. Mais, c'était l'horreur, c'était l'hypocrisie bourgeoise. C'était l'avocat qui nous avait conseillé ça parce que sinon on allait en avoir pour au moins trois ans de procédure jusqu'à temps que l'on ait liquidé tous nos biens. » **Monsieur Lebras (J10), né en 1934, médecin à la retraite, divorcé une première fois en 1973, puis une seconde fois en 2003.**

Si la comédie judiciaire, encore en cours au début des années 1970, a pu être contournée ou du moins atténuée par certains couples du fait de dispositions morales et culturelles spécifiques et grâce aux conseils d'avocats adhérents aux transformations des mœurs familiales et conjugales, d'autres couples pourtant disposés à divorcer de manière apaisée et consensuelle sont rentrés dans le jeu du duel judiciaire dans le but d'obtenir le gain du divorce au détriment de l'autre conjoint. « *La comédie judiciaire, autrement dit l'obligation d'en passer par la procédure de divorce pour faute, ne creuse pas seulement l'écart entre les justiciables et la loi, elle a des effets bien concrets : elle attise les haines, elle amène les plus raisonnables des candidats au divorce à se comporter comme des loups l'un pour l'autre* »²⁰⁶ précise, dans le même sens Irène Théry.

²⁰⁶ Théry Irène, *op. cit.*, p. 85-86.

6.2. *L'introduction du pluralisme juridique*

L'après seconde guerre mondiale marque une période où les débats politiques au sein de la société civile sur la question d'une réforme du droit du divorce se font rares, notamment au vu des périodes antérieures agitées par des débats souvent passionnés. C'est finalement en 1964 que s'amorce en France un mouvement de réforme du droit de la famille. L'idée d'une réforme du divorce se concrétise en 1973 lorsque Jean Taittinger, Garde des Sceaux, commande une étude sur le divorce au Doyen Jean Carbonnier. La réforme doit s'orienter autour de trois axes principaux : libéraliser et dédramatiser la procédure de divorce, préserver les intérêts des enfants, et désengorger les tribunaux en diminuant les volumes du contentieux judiciaire en matière de divorce. Le projet français s'inspire également du contexte international puisque au début des années 1970, les Etats-Unis (1971), l'Angleterre (1971), les Pays-Bas (1971) et la Suède (1973) entérinent des nouvelles législations en matière de divorce avec pour objectif de concrétiser le passage du divorce-sanction au divorce-remède ou divorce-faillite. Jean Carbonnier pour penser la réforme du divorce s'est appuyé également sur les nombreux travaux démographiques et sociologiques produits au tournant des années 1960 et spécialement ceux traitant des attitudes des français vis-à-vis du mariage et du divorce. Evoquant ces travaux, Jean Carbonnier précise :

« Sur le plan législatif, la leçon la plus globale que l'on puisse en tirer est, sans doute, une mise en garde contre toute solution absolue et monolithique en la matière. Il y a des sensibilités diverses au divorce, qui peuvent postuler des types différents de l'institution. L'opinion publique, de son côté, est divisée face aux idées de réforme. On discerne un bloc – jeune (effet d'âge ou effet de génération ?) – disposé à aller très loin ; un bloc défiant à toute innovation ; et entre les deux « un centrisme » si l'on ose dire, qui tout en manifestant un attachement de principe à l'indissolubilité du mariage ou du moins au caractère exceptionnel du divorce, adopte des positions indulgentes en présence de situations concrètement décrites »²⁰⁷.

De fait, selon lui, il ne s'agit pas de tomber d'un extrême à un autre, c'est-à-dire de passer d'un modèle monolithique à un autre, autrement dit du modèle du divorce-sanction à travers la seule procédure du divorce pour faute au modèle du divorce-faillite avec la procédure du divorce par consentement mutuel. C'est donc vers « un divorce à la carte » que se positionne le projet de loi initié par le Doyen Carbonnier. Si s'ouvrent les procédures de

²⁰⁷ Carbonnier Jean, « La question du divorce, mémoire à consulter », Chronique, 20^e Cahier, Recueil Dalloz Sirey, 1975, p.116.

divorce (avec notamment la procédure de divorce par requête conjointe et la procédure de divorce demandé par un des époux et accepté par l'autre) attachées au modèle du divorce-contrat, le divorce-sanction reste maintenue ; Jean Carbonnier expliquant à son propos « *qu'il est des conflits conjugaux que la conscience populaire continue de poser en termes de culpabilité et à résoudre en termes de sanctions* ». La réforme envisagée s'inscrit donc dans la doctrine du pluralisme juridique, c'est-à-dire dans ce courant de pensée selon lequel le droit, et plus précisément la règle de droit, est envisagée comme multiple et hétérogène. Autrement dit, au sein d'un même espace social, peuvent coexister plusieurs règles juridiques traitant d'un même phénomène. Dans le cadre de la réforme du divorce de 1975, le pluralisme est en premier lieu légal dans le sens où, au sein même de la loi, sont prévues plusieurs procédures pour divorcer. L'enjeu, pour Jean Carbonnier, de la production d'une loi sur le divorce pluraliste, est d'éviter une loi « monolithique » traitant du divorce qui risquerait d'aboutir à un pluralisme judiciaire c'est-à-dire à la production de jurisprudences différenciées selon les territoires judiciaires, comme cela put être le cas jusqu'à présent. En effet, jusqu'en 1975, la probabilité de voir rejetée sa demande en divorce pouvait aller du simple au double entre les tribunaux de la région parisienne plus libéraux et ceux, par exemple, de la Bretagne et du Poitou implantés dans des régions plus rurales et où les pratiques religieuses étaient les plus intenses. Aussi, le pluralisme légal contenu dans la réforme du divorce de 1975 a, entre autre, pour objectif d'unifier les pratiques des Tribunaux et par là même, d'éviter la création d'inégalités territoriales dans l'application de la loi. Par l'ancrage de la réforme dans la philosophie juridique pluraliste, la volonté du législateur que l'on ne peut pas directement envisager comme une approche libérale en matière de mœurs conjugales et familiales est avant tout de prendre acte des différentes mœurs en matière de séparation. En effet, c'est moins l'ouverture de la loi sur les nouvelles mœurs libérales que la prise en compte de l'ensemble des différentes mœurs qui ont permis d'aboutir à un consensus entre forces politiques libérales et conservatrices nécessaire à la production de nouvelles règles juridiques en matière de divorce. Irène Théry précise ainsi à propos de loi de Juillet 1975 sur le divorce : « *ce qu'entérinent les lois nouvelles, et singulièrement la loi du divorce, est moins « l'évolution des mœurs », ce chemin que certains persistent à croire inéluctable vers plus d'individualisme et de permissivité, que la diversité des mœurs à un moment donné* »²⁰⁸. Dans la même perspective et à la différence de la période révolutionnaire qui en même temps qu'elle avait instauré un divorce pluraliste avait supprimé la séparation de corps, la loi sur le

²⁰⁸ Théry Irène, *op. cit.*, p.101.

divorce de 1975 maintient la procédure de séparation de corps notamment pour « *tous les Français qui sont attachés à la morale chrétienne* »²⁰⁹. Paradoxalement, le pluralisme de la loi a pu faire vaciller le consensus politique autour de cette réforme et faire l'objet de critiques par les deux versants de l'échiquier politique. La gauche parlementaire dénonce la timidité de la réforme n'accompagnant pas pleinement l'évolution des mœurs. Leur principale critique est le maintien de la procédure de divorce pour faute au sein d'une réforme qui veut dédramatiser le divorce et déculpabiliser les divorcés. D'ailleurs, en 1974, le groupe communiste d'une part et en 1975, le groupe socialiste et des radicaux de gauche, d'autre part, ont chacun déposé une proposition de loi ayant pour ambition de dédramatiser les procédures de divorce, notamment en éliminant la procédure de divorce pour faute²¹⁰. A l'opposé, la droite parlementaire voit en la réforme lancée sous la Présidence de Georges Pompidou en 1973 et présentée également par un gouvernement de droite en 1975 (avec à sa tête Valéry Giscard d'Estaing, Président de la République et Jacques Chirac, Premier Ministre) un assujettissement du droit à l'évolution des mœurs²¹¹. On note également dans les propos tenus par certains membres de la droite parlementaire lors des débats à l'Assemblée Nationale, de véritables plaidoyers pour la famille traditionnelle et d'une certaine manière pour un retour à une forme d'ordre moral et familial : « *Actuellement, on ne bâtit la société que sur des rapports de production. L'idéal qu'on propose à la femme est de produire dans une usine et non de dispenser la tendresse dans un foyer où règne l'amour et où les époux peuvent vivre l'un par l'autre et, ensemble, construire une meilleure société* »²¹². Le compromis²¹³ politique obtenu à la fin des débats parlementaires est finalement un compromis par la négative puisque chaque camp a dû se résoudre à accepter le pluralisme juridique de la réforme au détriment de leurs conceptions opposées du lien entre droit et pratiques familiales et conjugales, autrement dit de leur conception de la régulation juridique des dissociations conjugales. Ce compromis est

²⁰⁹ Intervention du Garde des Sceaux, Jean Lecanuet, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Séance du Jeudi 29 Mai 1975, Journal Officiel, N°43, Vendredi 30 Mai 1975.

²¹⁰ Celle du groupe communiste prévoyait deux types de procédure : *le divorce par décision commune* et *le divorce de désaccord*. La proposition de Loi du 8 avril 1975 déposée par le groupe socialiste et des radicaux de gauche avait elle pour ambition de substituer la conception du *divorce-sanction* par celle du *divorce-objectif* à travers trois procédures : *le divorce par consentement mutuel*, *le divorce pour cause de séparation de fait de plus de trois ans* et *le divorce pour rupture irrémédiable du mariage*.

²¹¹ Les membres de la droite parlementaire, étonnamment, ne s'opposent pas à la procédure la plus libérale, le divorce par consentement mutuel. Ils s'attaquent davantage à deux cas de divorce : *le divorce pour rupture de la vie commune* et *le divorce pour altération des facultés mentales*, considérés comme une véritable répudiation du conjoint subissant la procédure de divorce.

²¹² Intervention d'Eugène Claudius-Petit, *op. cit.*, p.3352.

²¹³ Théry Irène, *op. cit.*, p.95.

décelable dans les propos tenus par le Garde des Sceaux, Jean Lecanuet, au cours des débats parlementaires, lequel précise que la nouvelle loi sur le divorce :

« est une manière concrète et positive, non pas de déculpabiliser, non pas de détruire la responsabilité – cette loi est une loi de responsabilité – mais de tenter, autant que faire se peut, que la situation soit moins douloureuse et moins dramatique pour les époux comme pour les enfants.

(...) La loi que le Gouvernement présente suivrait l'opinion : elle abandonnerait la rigueur des principes pour s'incliner, par les chemins de la facilité, vers une forme de relâchement des mœurs.

Non, telle n'est pas l'intention du Gouvernement qui s'efforce avec le Parlement de mener à bien cette tâche difficile qui consiste à établir un équilibre entre les principes auxquels la majorité des Français restent attachés et une évolution de l'état de l'opinion et des mœurs sur laquelle nous pouvons porter un jugement de valeur mais qui est un fait devant lequel le législateur est bien obligé de se placer. »²¹⁴

Finalement, la loi du 11 Juillet 1975 reprend pour l'essentiel l'avant projet de loi élaboré par Jean Carbonnier dès 1973. Elle invente une nouvelle fonction au sein des Tribunaux, celle de Juge aux Affaires Matrimoniales (J.A.M.). Ce J.A.M. est chargé de vérifier la réalité des consentements ou des fautes invoquées mais surtout d'apprécier les conséquences de la rupture et de l'intérêt des enfants. La loi aura qui plus est un effet symbolique puisqu'elle va ainsi mettre en situation de droit certaines situations de séparation où un accord préalable était intervenu entre les conjoints qui ne pouvaient se présenter devant le Tribunal pour prononcer leur divorce puisque « faute il n'y avait pas ». Dès lors, trois cas de divorce sont envisagés : *le divorce par consentement mutuel*, *le divorce pour faute*, et *le divorce pour rupture de la vie commune*. Ces trois cas de divorce se matérialisent par quatre procédures (voir Figure 3). Si au divorce pour faute et au divorce pour rupture de la vie commune correspond une procédure portant la même dénomination, le cas du divorce par consentement mutuel se décompose en deux procédures : le divorce sur demande conjointe des époux et le divorce demandé par un des époux et accepté par l'autre²¹⁵.

Pour appréhender les logiques sociales au fondement de ce pluralisme légal, l'hypothèse d'interprétation de Rémi Lenoir, à savoir que les transformations du droit du

²¹⁴ Intervention du Garde des Sceaux, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Séance du Jeudi 29 Mai 1975, Journal Officiel, N°43, Vendredi 30 Mai 1975, p.3351.

²¹⁵ Une présentation détaillée de ces différentes procédures de divorce issues de la Loi du 11 Juillet 1975 est disponible en annexe (Annexe 2 : Les différentes procédures de divorce entérinées par la Loi du 11 Juillet 1975)

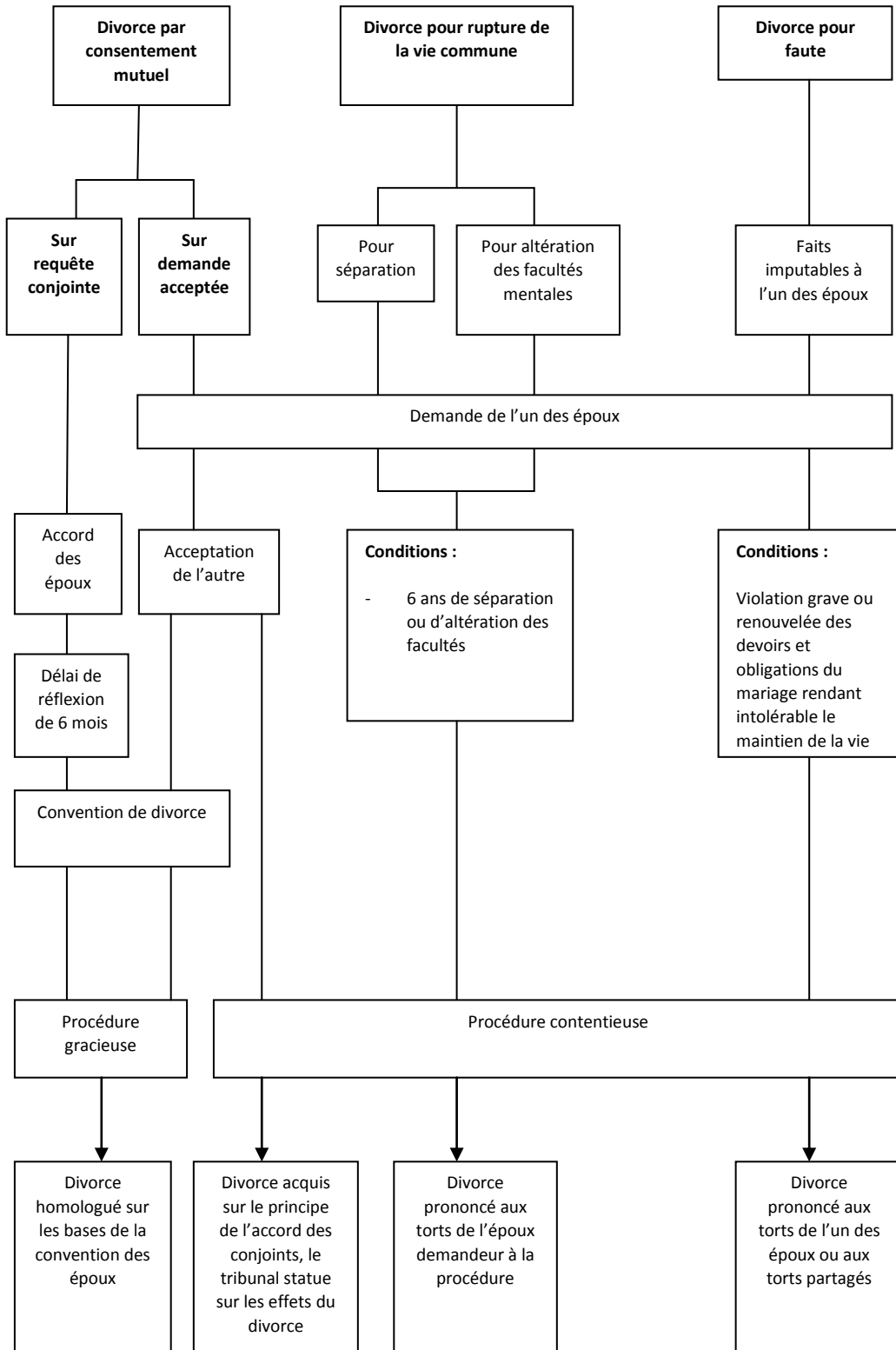
divorce et du droit de la famille en général au cours des années 1960 et 1970 seraient étroitement liées à l'évolution des pratiques au sein des familles des classes dominantes, semble appropriée. Pour reprendre ces termes, il explique ainsi que « *la plupart des transformations du droit de la famille, depuis le début des années 1960, notamment celles qui ont modifié les régimes matrimoniaux (loi du 13 Juillet 1965, l'exercice de l'autorité parentale (loi du 4 Juin 1970), la condition juridique des enfants naturels (loi du 3 janvier 1972) et les conditions d'obtention du divorce (loi du 11 juillet 1975, correspondent à une évolution des pratiques particulièrement sensibles dans les classes dominantes* »²¹⁶. Autrement dit, au moment de l'élaboration des lois sur la famille, les dispositions des projets de lois reprendraient l'opinion et les pratiques des catégories sociales les plus élevées, ces opinions et pratiques étant consacrées au moment de leur transformation en loi. En ce qui concerne plus précisément la loi sur le divorce de 1975 qui a créé différentes solutions juridiques pour se séparer, Rémi Lenoir pointe le fait que la solution à laquelle recourent les catégories sociales les plus élevées (on pense, ici, à la solution du divorce par consentement mutuel) est « *souvent présentée comme la plus « moderne », la plus conforme à « l'évolution des mœurs », bref la plus “évoluée”* »²¹⁷. Cette interprétation sociologique peut également être mise en relief par les nombreuses enquêtes réalisées par l'I.N.E.D. au tournant des années 1970 sur les opinions des Français à l'égard du mariage et du divorce et sur les pratiques et expériences du divorce. Par exemple, l'enquête sur *le divorce et les Français*²¹⁸ révèle que le fait d'avoir suivi des études supérieures ou d'exercer une profession libérale ou de cadre favorise les divorces d'accord. Dans ces milieux sociaux, on observe ainsi une fréquence d'accord dans la pratique du divorce nettement plus élevée que pour les autres positions sociales définies sur la base de la profession et du niveau d'instruction scolaire. A l'opposé, l'enquête montre que les familles construites sur le modèle traditionnel, partisans de la femme au foyer sont celles pour qui le divorce est le plus conflictuel ; la dépendance économique de ces femmes à l'égard de leur époux rendant le divorce une véritable épreuve.

²¹⁶ Lenoir Rémi, *op. cit.*, p.469.

²¹⁷ *Ibid*, p.470.

²¹⁸ Roussel Louis, Jacques Commaille, Anne Boigeol et Marie-France Valetas, *Le divorce et les français, II. – L'expérience des divorcés*, Travaux et Documents, Cahier N°72, INED, Paris, Presses Universitaires de France, 1975.

Figure 3. Les procédures de divorce en France suite à la Loi du 11 Juillet 1975.



Une fois les différentes formes de divorce instituées juridiquement, l'analyse peut se poursuivre en s'intéressant, cette fois-ci, à la façon dont les différentes catégories sociales s'approprient ces nouvelles formes juridiques de divorce. Le travail de codification du divorce par l'Etat, et la promotion du divorce par consentement mutuel supposé dédramatiser ce temps de crises conjugale et familiale, conduit à une opposition entre groupes sociaux à travers cet écart à la pratique du « bon divorce ». Avant d'appréhender les logiques et appropriations sociales autour des nouvelles règles en matière de dissociations conjugales suite aux réformes du droit de la famille des années 1970, arrêtons-nous au préalable sur une figure centrale de ce mouvement de législations en matière familiale, le Doyen Jean Carbonnier.

6.3. *La figure de Jean Carbonnier dans la production du nouveau droit de la famille*

« La Réforme du divorce s'est faite en trois temps : celui des juristes, celui des politiques, celui des juristes encore. Les juristes ont eu à recoudre après le passage des politiques »²¹⁹

Jean Carbonnier (1908-2003) a marqué de son empreinte la période de réformes du droit de la famille, période que Jacques Commaille nomme « l'âge d'or du civilisme », c'est à dire « l'existence d'un « législateur juridique », d'une figure législatrice, qui s'efforce d'accomplir une œuvre législative (...) dans un esprit où le travail juridique est finalement fondé sur une pensée politique »²²⁰. Carbonnier a été à l'origine des principales réformes de la famille en rédigeant pas moins de neuf avant-projets de lois entérinées entre 1964 et 1975, réformes qu'il nomme lui-même « la marche des neuf sœurs »²²¹ (la tutelle, les régimes matrimoniaux, les incapables majeurs, l'autorité parentale, les liquidations successorales, la filiation, l'âge de la majorité, le divorce et l'absence). Il fut ainsi l'artisan principal de la refonte du droit civil. L'autre pan de l'œuvre de Carbonnier, indissociable de son œuvre

²¹⁹ Carbonnier Jean, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du Natariat Defrénois, 2^{ème} Edition, 1995, p.131.

²²⁰ Commaille Jacques, *L'esprit sociologique des lois, op.cit.*, p.120.

²²¹ Carbonnier Jean, *Essais sur les lois, op. cit.*

législative, est celui consacré à l'institutionnalisation et à la promotion de la sociologie juridique. La sociologie juridique de Jean Carbonnier ne s'intéresse pas seulement au droit comme un simple fait social au sens durkheimien. En fait, selon le Doyen Carbonnier, le droit doit être considéré dans le cadre de sa sociologie juridique comme étant à la fois un ensemble systématique de règles normatives, un discours idéologisé et un système d'interactions sociales et juridiques.

L'ensemble de la production législative de Jean Carbonnier doit être saisi par une lecture d'ensemble. Les différentes réformes de Jean Carbonnier sont assujetties à une même ligne directrice : « adapter les lois civiles au changement des mœurs », venant consacrer par là-même une nouvelle image de la famille, « *une image où deux traits sont en relief : le rétrécissement du groupe et l'autonomie de ses membres* »²²². Carbonnier dans sa pratique législative prend acte de la généralisation du passage de la famille étendue à la famille nucléaire et son corollaire le repli de l'institution familiale sur le couple. Le premier aspect de sa philosophie juridique est de prendre acte d'une nouvelle forme conjugale : le concubinage, en produisant un droit qui ne discrimine pas les concubins vis-à-vis des couples mariés. Ainsi, précise-t-il « *quand un couple non marié reste uni pour élever ses enfants, l'autorité parentale peut être exercée sur eux « comme s'ils étaient des enfants légitimes* ». *C'est une formule légale qui a été jugée révélatrice : il peut donc exister une famille qui n'ait pas été d'abord scellée par le sacrement, fût-ce le sacrement laïc reçu en mairie, mais seulement par des phénomènes affectifs* »²²³. On comprend alors l'importance de la loi du 3 Janvier 1972 sur la filiation qui institue un principe d'égalité des enfants naturels et des enfants légitimes. Dès lors, les pratiques judiciaires vont s'ouvrir aux séparations des concubins, en se préoccupant de déterminer les conséquences de la séparation pour les enfants. Comme pour les couples mariés, les parents naturels ont l'obligation solidaire d'entretenir leurs enfants à condition, bien entendu, que la filiation soit reconnue.

La réforme du droit du divorce en s'appuyant sur différentes enquêtes sociologiques, traduit de manière exemplaire la conception du droit et l'empirisme de Jean Carbonnier. La loi du 11 Juillet 1975 a pour ambition de remettre en cause « l'homogénéité fictive de la famille légitime » et de donner aux individus un éventail de choix à travers les différentes procédures de divorce afin d'adapter le droit à la multiplication des situations²²⁴. Si

²²² *Ibid.*, p.183.

²²³ Carbonnier Jean, *Essais sur les lois, op. cit.*, p.183.

²²⁴ Rude-Antoine Edwige, « Jean Carbonnier et la famille. Transformations sociales et droit civil », *L'Année Sociologique*, Vol. 57, N°2, 2007, p.527-543.

Carbonnier entérine comme principe de liberté la manière dont les individus souhaitent envisager leur divorce, il reste attaché à une forme de contrainte pesant sur le lien conjugal. Cette contrainte se matérialise par l'intervention de l'autorité publique puisque le divorce est et reste une institution essentiellement judiciaire. Il justifie l'intervention de l'autorité publique car, selon lui « *il y a à tenter une réconciliation, à vérifier si les conditions légales sont remplies, à prendre des mesures pour l'avenir dans l'intérêt d'un époux ou des enfants : pour tout cela, il faut un juge.* »²²⁵ Si la nouvelle loi sur le divorce de 1975 est en premier lieu l'aboutissement d'un long processus socio-juridique mettant en plein jour le décalage croissant entre la règle de droit et les pratiques sociales, il est clair que c'est davantage la présence d'un « législateur juridique » en la personne de Jean Carbonnier que les rares interventions politiques ou encore la discrétion apparente des institutions religieuses (notamment l'Eglise Catholique²²⁶) qui a pesé sur les conditions de la production sociale de cette loi²²⁷.

6.4. Les divorces et la pratique des tribunaux à la suite de la réforme de 1975

Comme on a pu le voir précédemment, la loi du 11 Juillet 1975 s'inscrit dans un courant de pensée du droit : le pluralisme juridique, et a pour objectif de s'ajuster au pluralisme des formes familiales et des formes de ruptures conjugales. Dans cet esprit d'ajustement de la loi aux pratiques familiales, l'application de cette loi va entraîner une abondante jurisprudence que ce soit sur les questions d'ordre économique (pension alimentaire, prestation compensatoire, etc.) ou sur une notion centrale que les praticiens du droit vont poser comme priorité, celle de l'intérêt de l'enfant (mode de garde, autorité parentale, ouverture d'enquête sociale et d'expertise, etc.).

²²⁵ Carbonnier Jean, *Droit Civil Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, Presses Universitaires de France, 21^e édition refondue, 2002, p583.

²²⁶ Jacques Commaille dans *l'Esprit sociologique des lois (op.cit., p.121)* révèle les critiques de la part de catholiques portées à Jean Carbonnier et de l'influence de son affiliation au protestantisme sur la production des différentes lois touchant à la famille au cours des années 1970 : « *Le rôle que le doyen Carbonnier joue au sein du protestantisme ont pu laisser supposer ... par des catholiques, que son œuvre juridique avait pu être imprégnée de ses convictions religieuses, ne serait-ce qu'en laissant se développer ou en facilitant l'influence du « modèle nordique » dans le droit civil français* ».

²²⁷ Commaille Jacques, *Familles sans justice ?, le droit et la justice face aux transformations de la famille*, Paris, Le Centurion, 1982, p.47.

6.4.1. Les attributions du nouvel « homme orchestre » du divorce, le juge aux affaires matrimoniales

A partir de 1975, la pratique judiciaire du divorce va se concentrer autour d'un acteur principal : le Juge aux Affaires Matrimoniales. Véritable homme-orchestre du nouveau droit du divorce, le juge aux affaires matrimoniales s'inscrit dans un mouvement de spécialisation des juridictions²²⁸. Le Juge aux affaires matrimoniales semble être l'héritier des Chambres de la famille lesquelles s'inscrivaient, en fonction des politiques judiciaires menées par les magistrats des différentes Chambres, soit dans la continuité de la Justice des mineurs et se donnaient alors pour mission la protection de l'enfant, soit dans le cadre d'une conception « civiliste » et se donnaient pour finalité la gestion des relations du couple et de celles du couple avec ses enfants²²⁹. Néanmoins, la loi du 11 Juillet 1975 ne donne à connaître aux juges aux affaires matrimoniales que du divorce et de l'après divorce. Par ailleurs, il ne faut pas omettre le processus gestionnaire dans lequel s'inscrit la création des Juges aux affaires matrimoniales. Dans une volonté de désencombrer les tribunaux, la tendance, dans les années 1970, est au remplacement des formations collégiales par le système du juge unique. Ainsi, écrit Jean-Claude Groslière, Doyen de la faculté de droit de Pau en 1976, « *le J.A.M., héritier de ces différentes tendances, apparaît non seulement comme un juge hautement spécialisé mais également comme un juge unique au double sens du mot : il siège seul ; il est, dans une mesure qu'il faut préciser, le seul juge ou pour mieux dire le juge exclusif du divorce* »²³⁰. Autrement dit, le Juge aux affaires matrimoniales concentre entre ses mains une série de compétences et d'attributions (intervention à tous les stades de la procédure, attribution de missions qui peuvent le mettre en concurrence avec d'autres professionnels de la justice tels que les huissiers, les avocats ou encore les notaires) qui font de lui le juge exclusif du divorce²³¹. L'exemple de la procédure où le Juge aux affaires matrimoniales est seul et exclusivement compétent tout au long de l'affaire est celle du divorce sur requête conjointe. Mais cette exclusivité est également vraie pour les autres cas de divorce puisqu'il est présent à tous les stades de la procédure (réception de la requête initiale, audience de conciliation,

²²⁸ On peut notamment évoquer l'ordonnance du 2 février 1945 instituant une nouvelle organisation des tribunaux pour enfants avec la spécialisation du juge pour enfants, et la création à l'initiative de magistrats de Tribunaux des Chambres de la famille de manière diffuse entre 1963 et 1974 (20 juridictions sur 175 en 1974 détenaient une Chambre de la famille).

²²⁹ Commaille Jacques, *op. cit.*, p.161.

²³⁰ Groslière Jean-Claude, « Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce) », Recueil Dalloz Sirey, 1976, 11^e cahier, chronique, p. 73.

²³¹ *Ibid*, p.74.

audience devant aboutir au prononcé du divorce, contrôles de l'exécution, etc.). Surtout, le Juge aux affaires matrimoniales se voit attribuer un nouveau rôle, celui de conseiller juridique et de pédagogue non pas du fait de l'attribution de ses pouvoirs que lui confère la nouvelle loi mais au contraire par les nouvelles pratiques judiciaires de « juges familialistes » permises par le fait que le « J.A.M. a été conçu de façon ouverte (ou ambivalente si l'on se réfère aux idées préparatoires), comme une institution qu'il convenait à ses utilisateurs d'aménager à leur guise »²³². Ainsi, avec les nouvelles dispositions du Code Civil, le Juge aux affaires matrimoniales peut-il être amené à empiéter sur les missions de conseil dévolues habituellement aux avocats. On pense notamment à l'article 252 issu de la loi du 11 Juillet 1975 à propos de la conciliation stipulant qu' « une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire. Elle peut être renouvelée pendant l'instance. Le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences ». Jean-Claude Groslière dans sa chronique de 1976 sur le juge aux affaires matrimoniales fait d'ailleurs remarquer à propos de cet article du Code Civil qu'il « n'est qu'indicatif et que rien n'interdirait au J.A.M. de fournir aux plaideurs un véritable guide du divorce, dans lequel ils trouveraient toutes les indications nécessaires. Par là, le J.A.M. joue dans quelque mesure le rôle que tenaient habituellement les avocats »²³³. Si la fonction de Juge aux affaires matrimoniales a été pensée par le législateur pour notamment humaniser et améliorer la relation du justiciable à l'institution judiciaire en la personnalisant, le nombre important de pouvoirs dévolus aux J.A.M. laisse certains praticiens du droit sceptiques face au potentiel danger pour les parties à n'être confrontées toujours qu'à un seul et même juge. Le principal risque pour les justiciables serait de faire face à l'arbitraire ou à la partialité d'un juge qui accompagne le couple à tous les stades de la procédure de leur divorce²³⁴. C'est donc dans un double mouvement de spécialisation (en matière de dissociations conjugales) d'un « sous-corps » de la magistrature et de délégation de pouvoirs importants à ces nouveaux magistrats que se dessine la nouvelle figure du Juge aux affaires matrimoniales.

²³² Commaille Jacques, *op. cit.*, p.171.

²³³ Groslière Jean-Claude, *op. cit.*, p.75.

²³⁴ *Ibid*, p.74.

6.4.2. Vers un changement de modèle : du divorce pour faute au divorce par consentement mutuel

L'essor de la sociologie du divorce au cours des années 1970 à travers une série d'enquêtes de type macrosociologiques sur lesquelles d'ailleurs s'est appuyé Jean Carbonnier pour mener à bien sa réforme du divorce ne permet de saisir que partiellement les différents modes d'appropriation de la nouvelle loi sur le divorce. Si ces enquêtes ont été nombreuses dans la première moitié des années 1970 et ont donc pu servir à dresser un portrait de la divortialité en France avant la production d'une nouvelle loi, par contre, après la réforme de 1975, on assiste à un progressif tarissement des enquêtes macrosociologiques sur la divortialité prenant en compte la variable origine sociale²³⁵ laissant place à une orientation davantage microsociologique des dissociations conjugales²³⁶. Les travaux notamment de Jacques Commaille²³⁷ et d'Anne Boigeol²³⁸ permettent de dresser une sociographie du divorce au lendemain de la réforme du divorce. Ils montrent ainsi que les premières années d'application de la nouvelle loi s'inscrivent dans la tendance à la hausse des divorces déjà amorcée à partir de la deuxième moitié des années 1960.

Si la réforme de 1975 n'a eu donc qu'un effet « catalyseur » de l'évolution globale du nombre de divorce (progression constante jusqu'en 1987), on note à partir du tableau ci-dessous (Tableau 2), un retournement complet en 25 ans, dans la répartition entre la part de la procédure de divorce pour faute (89,6% des cas de divorce en 1976 contre 38,3% en 2001) et celle des procédures de divorce par consentement mutuel (9,7% en 1976 contre 60,4% en 2001). Le processus de substitution entre les deux procédures de divorce s'est principalement effectué dans les dix premières années de l'application de la loi de 1975. En 1981, les divorces par consentement mutuel représentaient plus de 52% des procédures contre 46% pour les divorces pour faute. Cette répartition va progressivement se stabiliser autour de 60% pour les divorces par consentement mutuel et autour de 40% pour les divorces pour faute, les divorces pour rupture de la vie commune ayant très peu été utilisés²³⁹. Ce mouvement de

²³⁵ Pierru Emmanuel et Spire Alexis, *op. cit.*

²³⁶ Lambert Anne, *op. cit.*, p.165.

²³⁷ Commaille Jacques, *Le divorce en France : De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce, op.cit.*

²³⁸ Boigeol Anne, Commaille Jacques, Munoz-Pérez Brigitte, « Le divorce », *Données Sociales*, 1984, p.428-446.

²³⁹ Cette procédure était considérée par les conseils en droit (avocats, avoués, etc.) comme une procédure très risquée et très pénalisante pour le membre du couple à l'origine de cette demande en divorce, et était donc très peu préconisée. Le demandeur devait notamment supporter toutes les charges liées à la rupture et à la procédure. Son obligation de secours vis-à-vis de son conjoint était maintenue même après le prononcé du divorce. Et, si son conjoint refusait la demande de divorce, le magistrat pouvait refuser la demande.

transition d'une procédure conflictuelle vers une procédure d'autorégulation et d'accord est ainsi un indicateur du processus de privatisation de la gestion des contentieux conjugaux et plus généralement des relations conjugales.

Tableau 2. Evolution du nombre des divorces par type de procédure : 1976-2001

ANNEE DU DIVORCE	TOTAL	CAS DE DIVORCE					
		Total	Consentement mutuel			Faute	Rupture de la vie commune
			Total	Requête conjointe	Demande acceptée		
1976	59190	100,0	9,7	8,0	1,7	89,6	0,7
1977	70019	100,0	34,4	26,8	7,6	62,8	2,8
1978	72903	100,0	39,2	30,0	9,2	58,6	2,2
1979	77207	100,0	43,6	33,3	10,3	54,5	1,9
1980	79689	100,0	47,9	36,5	11,4	50,4	1,7
1981	86159	100,0	52,4	39,9	12,5	46,1	1,5
1982	92348	100,0	51,6	39,0	12,6	46,9	1,5
1983	97070	100,0	52,0	39,2	12,8	46,7	1,3
1984	102432	100,0	51,8	39,1	12,7	47,0	1,2
1985	105962	100,0	50,5	37,5	13,0	48,3	1,2
1986	106709	100,0	51,2	37,6	13,6	47,7	1,1
1987	104997	100,0	51,3	37,3	14,0	47,5	1,2
1988	106079	100,0	51,5	36,9	14,6	47,2	1,4
1989	105648	100,0	52,9	39,6	13,3	45,5	1,5
1990	105891	100,0	53,8	40,1	13,7	44,7	1,5
1991	104615	100,0	54,1	40,7	13,4	44,4	1,5
1992	107885	100,0	54,4	41,0	13,4	44,2	1,4
1993	110872	100,0	54,2	40,9	13,4	44,3	1,5
1994	116072	100,0	54,9	41,7	13,2	43,6	1,5
1995	120027	100,0	55,4	42,0	13,3	43,2	1,4
1996	117716	100,0	55,6	42,1	13,5	42,9	1,5
1997	116617	100,0	55,3	41,1	14,2	43,1	1,6
1998	116831	100,0	56,0	41,8	14,3	42,3	1,7
1999	117494	100,0	55,6	41,4	14,2	42,8	1,7
2000	114620	100,0	57,0	42,6	14,4	41,4	1,6
2001	113618	100,0	60,4	47,3	13,1	38,3	1,3

Sources : Ministère de la Justice, S/DESD, Répertoire général civil.

Pour autant, il est nécessaire de relativiser cette approche globale du phénomène de divortialité. En effet, la proportion encore élevée de divorces pour faute va à l'encontre de l'hypothèse selon laquelle l'extension du divorce devait s'accompagner d'une diminution de sa dimension conflictuelle. L'analyse des usages judiciaires des différentes procédures de divorce permet de comprendre le maintien à un taux élevé de la procédure de divorce pour faute. Deux facteurs sont déterminants dans le choix de la procédure de divorce : la durée du mariage et la présence d'enfants mineurs. Ainsi, les procédures de divorce par consentement

mutuel, et plus précisément la procédure de divorce par requête conjointe est très majoritairement utilisée pour les couples souhaitant se séparer après quelques années de mariage alors que l'usage de la procédure de divorce pour faute devient progressivement majoritaire à mesure que la durée du mariage augmente. Par ailleurs, différentes enquêtes de l'I.N.S.E.E., au cours des années 1980, révèlent que la présence d'enfants mineurs aurait tendance à favoriser l'orientation des divorçants vers la procédure de divorce pour faute. La disparité des usages des différents types de divorce s'observe en premier lieu sous l'angle de la répartition du divorce par consentement mutuel dans l'espace. Comme pour les autres phases historiques de l'évolution du divorce, la région parisienne est celle où l'on observe la plus forte divortialité et simultanément les attitudes les plus libérales en matière de divorce. Paris, écrit Jacques Commaille « *joue un rôle de précurseur : tous les changements de comportements familiaux, tous les changements d'attitude à l'égard de la famille apparaissent de façon nettement plus sensible à Paris, pour sembler se diffuser ensuite, progressivement, au niveau de l'ensemble de la France* »²⁴⁰. En 1977, à Paris, les procédures de divorce par consentement mutuel représentent 61% de l'ensemble des procédures, contre 34 % pour les procédures de divorce pour faute. Alors que pour l'ensemble de la Province (avec des différences nettes entre les régions Normandie, Nord Pas de Calais, et Auvergne les plus hostiles aux divorces par consentement mutuel, et les départements de Provence, des Alpes et d'Aquitaine au sein desquels on observe les plus forts taux de divorce par consentement mutuel), les procédures de divorce par consentement mutuel ne représentent que tout juste 30% de l'ensemble des procédures, contre 67 % pour les procédures de divorce pour faute.

Sur le plan des pratiques judiciaires, si l'on regarde les recueils de jurisprudence édités à partir de 1975, le divorce par consentement mutuel de par son caractère consensuel et gracieux n'a donné lieu qu'à très peu de jurisprudence à l'opposé de la procédure de divorce pour rupture de la vie commune – essentiellement contentieuse – qui a suscité une production relativement abondante. A la fin des années 1970, une enquête interne à l'institution judiciaire sur « le divorce par consentement mutuel et la pratiques des tribunaux »²⁴¹ a été menée par Jacques Massip, Docteur en Droit, Conseiller à la Cour d'Appel de Paris. Cette enquête s'appuie sur des matériaux issus de la consultation de dossiers de divorce sur demande conjointe instruits au sein des tribunaux de grande instance de Paris et d'Annecy, d'entretiens

²⁴⁰ Commaille Jacques, *Le divorce en France : De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce*, op.cit., p.91.

²⁴¹ Massip Jacques, « le divorce par consentement mutuel et la pratiques des tribunaux », Recueil Dalloz Sirey, 1979, 18^e cahier, chronique, pp. 117-127.

avec des juges aux affaires matrimoniales et de questionnaires diffusés auprès de magistrats, d'avocats et de notaires. Cette enquête donne une clef d'explication au maintien d'un fort taux de divorce pour faute en province. Elle met ainsi en relief le rôle important joué par les avocats dans l'usage que les divorçants font des diverses procédures de divorce : « *en province, notamment, beaucoup d'avocats continuent à orienter leurs clients vers le traditionnel divorce pour faute (on utilise toujours l'échange réciproque de lettres d'injures) ou vers le divorce sur double aveu ; au contraire, les avocats parisiens que nous avons consultés nous ont indiqué qu'ils s'efforçaient d'inciter leurs clients à recourir au divorce par demande conjointe (...)* »²⁴². Si le principe du pluralisme légal était au fondement de la réforme de 1975 afin d'éviter qu'une loi monolithique en matière de divorce n'incite à un pluralisme judiciaire, les pratiques des agents judiciaires (notamment des magistrats et des avocats) par leur faculté d'orientation des justiciables vers tel ou tel type de procédure ont contribué à des usages différenciés des nouvelles règles en matière de divorce et par là même à la perpétuation d'un pluralisme judiciaire. Certains aspects de la loi ont laissé une marge importante d'interprétation aux acteurs judiciaires. On pense particulièrement au rôle du Juge en matière de divorce par consentement mutuel dans le contrôle des conventions qui lui sont présentées. Par exemple, une convention consentie et rédigée par les deux époux mais qui paraît nettement déséquilibrée au détriment d'un des époux et donc au profit de l'autre, doit-elle être néanmoins validée par le Magistrat ? Les réponses apportées par les magistrats à cette question ont divergé selon les juridictions et ont abouti à des jurisprudences variées. Ces questions de jurisprudence font directement référence, pour reprendre les termes de Jacques Commaille, à la coexistence de deux logiques opposées de régulation judiciaire : une régulation davantage « familialiste » et donc interventionniste au service du maintien d'une cohésion familiale et une régulation « civiliste » au service de la défense des libertés individuelles.

L'enquête de Massip relaie également les analyses des sociologues et démographes de l'I.N.E.D. en montrant que le divorce par consentement mutuel concerne les pères et les mères de famille peu nombreuse (exemple du TGI de Colmar pour l'année 1977 : 32% des couples sans enfants ont fait le choix du divorce par consentement mutuel, 44% de couples avec enfant unique, 20% de couples de 2 enfants, et 4% de plus de 2 enfants). Aussi, elle montre que les couples mariés depuis peu de temps divorcent davantage par consentement mutuel puisque des problèmes d'intérêts liés à la liquidation du régime matrimonial ne se

²⁴² *Ibid*, p.117.

posent guère à eux. Le nouveau regard qu'apporte cette enquête est celle des modes d'appropriation des nouvelles règles en matière de divorce selon les générations. Ainsi, l'analyse des entretiens auprès des juges aux affaires matrimoniales montrent que les plus jeunes générations « *semblent plus répugner davantage que leurs aînés à étaler devant le magistrat leurs déboires conjugaux. Ils sont séduits par une procédure qui leur apparaît plus moderne, plus “ responsable ”* »²⁴³.

La loi du 4 Juin 1970 ayant substitué l'*autorité parentale* à la *puissance paternelle* se traduit également dans les jugements de divorce prononcés après 1975 qui accordent dans la majorité des cas le droit de garde aux mères. Mais à partir de 1978, bien que très rares, apparaissent les premières décisions judiciaires accordant des gardes conjointes. La notion d'intérêt de l'enfant s'inscrit progressivement dans les pratiques judiciaires. Ce n'est qu'à la fin des années 1970 qu'est entérinée dans les pratiques judiciaires, pour trancher et résoudre les problèmes de garde, la référence systématique au critère de l'intérêt de l'enfant (lequel agrège différents motifs et différents arguments chez les conseils juridiques et magistrats²⁴⁴). Face à la masse de divorces et de contentieux conjugaux à traiter, le rôle de conciliateur du juge aux affaires matrimoniales prend une nouvelle signification. Dès lors, il s'agit moins de tenter de réconcilier les époux que de faciliter les conditions d'un « bon divorce », c'est-à-dire la reconfiguration de la famille après la séparation dans l'intérêt de l'enfant. Les juges aux affaires matrimoniales, dans le cadre de séparations conflictuelles, doivent ainsi défaire ce qui est d'une part, de l'ordre du conflit conjugal et d'autre part, de l'ordre du conflit parental afin notamment d'arbitrer les droits de garde et de visite et d'hébergement des parents et ce, dans l'intérêt de l'enfant.

On observe donc au cours de ces premières années d'application de la loi de 1975, un processus progressif de libéralisation et de privatisation des dissociations conjugales où la régulation judiciaire se cantonne, dans la majorité des séparations à partir des années 1980, à vérifier le consentement des conjoints à se séparer et à s'assurer que les conditions de la séparation soient en adéquation avec « l'intérêt des enfants ». Ce mouvement s'accompagne d'une intervention croissante des sciences humaines et plus précisément des « sciences psychologiques ». Les savoirs psychologiques et psychiatriques notamment issus de la culture anglo-saxonne stigmatisent les conflits conjugaux et abordent la question des effets de la

²⁴³ *Ibid*, p.117.

²⁴⁴ Théry Irène, « La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés », op. cit..

dissociation familiale essentiellement en termes de déficits ou de problèmes d'ordre comportemental, psycho-affectif ou cognitif²⁴⁵ pour les enfants du divorce. Ces études ont pour principal objectif de démontrer le caractère pathologisant d'un divorce, et notamment d'un divorce conflictuel. Elles sont relayées, au cours des années 1980, par la position d'experts médico-psychologiques intervenant de plus en plus dans les procès de divorce et de dissociations conjugales. Alors qu'à la fin des années 1970 et au cours des années 1980, le pluralisme juridique instauré par la réforme du divorce de 1975 s'accompagne d'une appropriation sociale différenciée des procédures de divorce, le discours psychologique sur le divorce, explique Irène Théry, « *semble ignorer que deux France se redessinent, qui ne sont plus celles de la gauche et de la droite, mais celles du haut et du bas de la hiérarchie sociale, entre lesquelles s'accroît la fracture* »²⁴⁶.

²⁴⁵ Martin Claude, *op. cit.*, , p.42.

²⁴⁶ Théry Irène, *Le démariage, op. cit.*, p.132.

Chapitre 2. « Se séparer en bonne intelligence, en parents responsables », l'édification d'un modèle de séparation conjugale consensuelle

« Nous sommes entrés, depuis trois décennies, dans l'ère des relations conjugales dissolubles. Le divorce est devenu un élément structurel des unions contemporaines : les conjoints, lorsqu'ils s'engagent, savent qu'ils pourront y recourir en cas de difficultés entre eux. Pour une partie de nos contemporains, la trajectoire matrimoniale s'apparente à une monogamie en chaîne. Un grand nombre d'enfants mineurs ne vivent plus en permanence avec leurs deux parents, et le débat que soulève la question des conséquences de cette instabilité conjugale pour leur développement affectif et leur réussite scolaire se trouve périodiquement rouvert. »²⁴⁷

L'émergence du modèle de la séparation consensuelle depuis le début des années 1970 s'est accompagnée d'une redéfinition des modes de régulation judiciaire. La dernière réforme du divorce en 2004 s'inscrit dans un nouveau contexte de mutations affectant la famille (taux élevé d'activité féminine²⁴⁸, multiplication des familles recomposées, prise en compte du rôle du père dans l'éducation des enfants, etc.) face à une législation dont l'application devient de plus en plus complexe à ajuster pour les juges. C'est également dans un processus de légitimation de l'autorégulation du couple dans sa séparation que s'inscrit cette réforme du divorce en 2004 qui a pour objectif de permettre un divorce plus rapide et dédramatisé. « *Chaque séparation a son histoire et nécessite une réponse individualisée, masculine ou féminine. Il appartiendra donc aux différents conseils (magistrats, avocats, médiateurs) de rechercher les solutions qui répondent le mieux à l'attente et aux besoins de leurs clients...* »²⁴⁹ écrit Sonia Cohen-Lang, avocate spécialiste du divorce ayant participé à l'élaboration de la loi du 26 Mai 2004. Cette réforme se trouve à l'opposé de la vision de la

²⁴⁷ Bastard Benoît, *Les démarieurs, enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, Paris, La Découverte, 2002, p.194.

²⁴⁸ Depuis la fin des années 90, le taux d'activité des femmes de 25 à 49 ans gravite autour de 80%. En 1997, ce taux était de près de 80%. En 2009, ce taux est de 84% (source INSEE, Enquête Emploi et salaires, février 2012)

²⁴⁹ Cohen-Lang Sonia, *Le divorce au masculin, au féminin, Nouvelle loi : mode d'emploi*, Paris, Editions Michalon, 2004.

majorité des parlementaires et intellectuels du début du XXe siècle pour lesquels la question du divorce ne devait pas se penser en dehors d'une volonté du maintien de l'institution matrimoniale pensée comme garante de l'ordre social. Le dernier tiers du XXe siècle est marqué par l'accélération des processus d'individualisation et de privatisation des relations conjugales. La question qui reste en suspens est de savoir si les différents groupes sociaux se sont appropriés uniformément ces transformations.

Le divorce « pacifié », « civilisé », « consensuel », autrement dit le « bon divorce » est légitimé au sein même de l'espace judiciaire. Ce modèle de la séparation consensuelle est au fondement de croyances sociales partagées par la grande majorité des agents judiciaires (magistrats, avocats, médiateurs). Pour soutenir ce modèle de dissociations conjugales, la régulation judiciaire s'est elle-même ajustée aux exigences du « bon divorce » en instaurant des nouveaux modes de résolution des contentieux conjugaux et familiaux tels que la conciliation, le conseil conjugal ou encore la médiation familiale. Ces derniers modes de régulation utilisés spécifiquement dans le cadre de résolutions de litiges conjugaux et familiaux s'inscrivent dans un mouvement général du droit civil et pénal français encourageant l'institutionnalisation des modes alternatifs de règlements des litiges. Par ailleurs, il s'agira également d'appréhender la manière dont les différents acteurs judiciaires se sont impliqués, ajustés ou même, pour certains, opposés à cette tendance au développement des alternatives au procès. Enfin, dans une approche davantage macrosociologique, nous reviendrons sur l'appropriation sociale des différentes procédures de divorce plus de trente ans après l'instauration du pluralisme juridique maintenu dans la dernière réforme du divorce de 2004.

1. Les transformations de la régulation judiciaire face aux mutations des dissociations conjugales

Les transformations de la famille amorcées au cours des années 1970 se sont poursuivies et même amplifiées. Comme on a pu le voir dans le chapitre précédent, malgré une pause à la fin des années 1980, le nombre de divorces prononcés reprend une forte progression au cours des années 1990. L'augmentation des ruptures conjugales aussi bien dans le cadre d'un mariage qu'au sein d'une union libre – moins aisées à dénombrer – conduisent à l'accroissement des familles monoparentales et des familles recomposées. La

fécondité hors mariage poursuit sa progression, sa part passant de 8,8% en 1977²⁵⁰ à près de 47,4% en 2004²⁵¹ (et même 52,5% en 2008). Ces évolutions des structures familiales se sont accompagnées d'un processus, pour reprendre les termes de Pierre Bourdieu, de codification²⁵² du « familial ». En 2002, un rapport de recherche intitulé « l'action publique face aux transformations de la famille en France » précise à ce propos que « *les transformations des modes de constitution des familles avec la relativisation de la place du mariage dans la formation de la famille, le changement de statut des partenaires dans le couple avec l'importance croissante de l'activité professionnelle des femmes, la place nouvelle accordée aux enfants avec l'idée que la procréation n'est plus la vocation principale du couple et surtout qu'elle est le résultat d'une décision et d'un désir, et les bouleversements des cycles de la vie familiale avec l'accroissement des séparations et des recompositions familiales, autant de changements qui remettent en question les piliers du droit de la famille et les politiques familiales telles qu'elles ont été conçue en France* »²⁵³. Après une vingtaine d'années de pratique des lois issues de la refonte du droit de la famille et du Code Civil au cours des années 1970, les années 1990 sont marquées par des débats au sein des champs politique, juridique et intellectuel tendant à penser de nouveaux ajustements du droit de la famille au nouvel état des mœurs familiales. Avant d'aborder l'importante période de rénovation de la codification du droit de la famille au tournant du XXI^e siècle, examinons deux innovations juridiques importantes intervenues en 1987 et 1993. Tout d'abord, la loi du 22 Juillet 1987 sur l'autorité parentale dite « loi Malhuret » étend l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents aux couples non mariés et aux couples divorcés. Pour les couples en situation de concubinage, une déclaration conjointe devant le juge des tutelles autorise désormais les parents naturels à exercer conjointement l'autorité parentale. Néanmoins, pour les séparations contentieuses, l'intervention du juge aux affaires matrimoniales est nécessaire, lequel tranche sur la fixation de la résidence habituelle de l'enfant. Cette loi avait également pour ambition de favoriser le recours à la garde

²⁵⁰ Prioux France, « La fécondité hors mariage en France depuis 1968 : évolution des contrastes interdépartementaux », *Espaces, populations, sociétés*, Vol. 11, n°2, 1993, p.281-291.

²⁵¹ Source Insee, estimation de population et statistiques de l'état civil, 2012.

²⁵² Bourdieu Pierre, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°64, septembre 1986, p.40-44.

²⁵³ Büttner Olivier, Letablier Marie-Thérèse et Pennec Sophie, « L'action publique face aux transformations de la famille en France », Rapport issu d'une recherche financée par la Commission Européenne (DG V, cinquième programme-cadre) sur le thème *Improving Policy Responses and Outcomes to Socio-Economic Challenges : Changing Family Structures, Policy and Practice*, Février 2002.

conjointe²⁵⁴. Par contre, pour les couples concubins, la loi imposant le passage devant le juge des tutelles pour voir entériner l'exercice conjoint de l'autorité parentale est perçue comme une intrusion puisque dès lors « *invitation est ainsi faite au juge de s'immiscer dans le jeu subtil des relations concubinaires et de jauger la profondeur de l'accord parental* »²⁵⁵. Finalement, peu de concubins viendront entériner leur accord sur un exercice conjoint de l'autorité parentale mais, dans les cas de désaccord (principalement dans les situations où un père souhaite, après une séparation intervenue au sein du couple concubin, voir entériner un exercice conjoint de l'autorité parentale), ces derniers hésiteront de moins en moins à s'adresser aux juges aux affaires matrimoniales.

Aussi, peut-on citer la loi du 8 Janvier 1993 créant la fonction de juge aux affaires familiales succédant à celle de juge aux affaires matrimoniales. La création du juge aux affaires familiales doit permettre la prise en compte du conflit familial dans sa globalité de situations ou de litiges²⁵⁶. Le Juge aux affaires familiales siégeant et statuant à juge unique et prenant en charge la grande majorité des litiges concernant le droit de la famille, traite, dès lors, de tous les cas de divorce à tous les stades de la procédure ainsi que de tous les contentieux présentés par les concubins pour trancher les litiges concernant leurs enfants. Au lendemain de sa création, la Chancellerie présente le JAF comme unique « *parce que d'une part, dans le domaine de la famille, les contacts personnalisés sont essentiels* », « *parce qu'interlocuteur privilégié des familles, le JAF est un juge spécialisé des couples, des parents qui traversent des crises passagères ou durables* » et enfin « *parce qu'il étudiera d'une manière globale et unifiée les difficultés surgissant dans la vie des couples mariés ou non, ou de leurs enfants* »²⁵⁷. La configuration des procès devant le Juge aux affaires familiales, dans le cadre de contentieux conjugaux, rompt avec le rituel et la symbolique judiciaire des principales juridictions civiles et pénales. En effet, le procès se tient dans l'intimité du bureau du JAF, ce dernier ne portant pas de robe. L'objectif est de déculpabiliser les couples réputés en souffrance et d'instaurer un espace de dialogue afin de favoriser le règlement des conflits.

Ces deux lois de 1987 et 1993 préfigurent la rénovation du droit de la famille – et spécifiquement du droit du divorce – amorcée à l'aube du XXI^e siècle.

²⁵⁴ Vauvillé Frédéric, « Premier regard judiciaire sur la loi « Malhuret » », Recueil Dalloz Sirey, 1989, 20^e cahier, chronique, pp. 123-128.

²⁵⁵ *Ibid*, p.125.

²⁵⁶ Kross Jean-Claude, « Le JAF et le juge unique », in Hauser Jean (ss la dir.), *Sociologie judiciaire du divorce*, Paris, Edition Economica, 1999, p.35-43.

²⁵⁷ *Ibid*, p.39

1.1. Le recours aux experts pour codifier les nouvelles configurations conjugales et familiales

A la fin des années 1990, les experts notamment en sciences humaines, puis les législateurs, tentent de renouveler les modes de régulation juridique et judiciaire des contentieux conjugaux en cherchant à ajuster les textes juridiques aux nouvelles situations et aux nouveaux comportements conjugaux et familiaux. La question sous-jacente aux réflexions et aux travaux menés est, dès lors, la rénovation du droit de la famille. Envisageant la famille comme « un maillon central de la cohésion sociale », le gouvernement Jospin fait appel à différents experts de la famille, sollicitant la réalisation de différents rapports afin de produire une politique de la famille qui prennent en compte les mutations récentes de cette institution. En juin 1998, Irène Théry, sociologue, directrice de recherche au CNRS, remet ainsi son rapport²⁵⁸. Dans la commande initiale du gouvernement sont clairement mentionnées tant la question de l'ajustement du droit à l'état des mœurs familiales que celle des limites de la sphère privée et de l'intervention de la régulation politique et juridique dans le règlement des dissociations conjugales. La lettre d'Elisabeth Guigou, Garde des Sceaux et de Martine Aubry, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité, à l'intention d'Irène Théry précise ainsi :

« Quel équilibre trouver entre le respect de la vie privée et les garanties que la société doit apporter à tout individu, et en particulier les plus fragiles ? Quel cadre juridique pour la liberté et la responsabilité des parents, dans un contexte où le modèle familial n'est plus uniforme ? (...) Face à tous ces phénomènes, quel est le rôle, quelle est la place du droit ? Comment ces évolutions ont-elles été appréhendées par le droit ? Notre dispositif législatif est-il adapté aux réalités familiales actuelles ? (...) ».

De la même manière, en septembre 1999, Françoise Dekeuwer-Defossez, juriste, spécialiste du droit de la famille, Professeur à l'université de Lille II, restitue un rapport²⁵⁹ au Garde des Sceaux réalisé par le groupe de travail qu'elle préside. Le mariage et les régimes matrimoniaux, le divorce, le concubinage, la filiation, l'autorité parentale, les familles recomposées, les successions, l'intérêt de l'enfant sont autant de sujets saisis par ces experts et pour lesquels ils préconisent une refonte de la régulation juridique. Ce recours aux experts

²⁵⁸ Théry Irène, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Editions Odile Jacob, 1998.

²⁵⁹ Dekeuwer-Defossez Françoise, « Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, 1999.

pour (re)définir les contours de « La famille contemporaine » a conduit différents auteurs²⁶⁰ à interroger cette relation entre ces savants ou experts et le politique dans un contexte de refonte du droit de la famille et de débats autour de l'encadrement juridique de l'union homosexuelle. Ces derniers pointaient notamment le glissement du modèle sociologique, qui propose une construction savante provisoire, au modèle social, qui impose sa vérité à la réalité ; la science ne se fixant plus seulement le devoir de comprendre ce qui est ; elle s'accorde le droit de décréter ce qui doit être²⁶¹. Mettant de côté ce débat encore d'actualité²⁶², nous nous arrêtons dans le cadre de notre recherche sur les préconisations de ces experts concernant directement la question des dissociations conjugales.

Irène Théry, dans la partie de son rapport traitant des dissociations conjugales, précise que, suite au constat de la fragilisation de la place du père dans les situations de rupture du couple, l'objectif d'une nouvelle réforme du divorce est de favoriser la coparentalité, c'est-à-dire d'éviter la rupture parentale suite au divorce, avec un parent principal (le parent gardien) d'un côté et un parent secondaire de l'autre. L'objectif d'une nouvelle réforme est également de simplifier les procédures de divorce et, entre autre, de pacifier les conflits. Si elle ne remet pas en cause le pluralisme des divorces institués dans la loi de 1975, elle souhaite décloisonner les différentes procédures, notamment en permettant des « passerelles »²⁶³ entre les procédures *conflictuelles* (le divorce pour faute et le divorce pour rupture la vie commune) et les procédures *consensuelles* (le divorce par requête conjointe et le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre). Concrètement, elle propose d' « *aménager le divorce pour faute de façon à réduire les effets d'amplification des conflits que certaines de ses dispositions peuvent entraîner* », et afin de favoriser l' « autorégulation » du couple pour traiter sa séparation, « *simplifier le divorce sur requête conjointe par la suppression de l'obligation d'une double audience* »²⁶⁴. D'autre part, Théry relève que de plus en plus de concubins ont recours aux tribunaux pour régler judiciairement leur séparation. Afin de prévenir les conflits des concubins qui se séparent se cristallisant le plus souvent autour de la garde des enfants et du montant et du versement des pensions alimentaires, Irène Théry préconise un renforcement

²⁶⁰ Fassin Eric, « Le savant, l'expert et le politique : la famille des sociologues », *Genèses*, n°32, 1998, p.156-169.

Borillo Daniel et Fassin Eric (dir.), *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1999.

²⁶¹ Fassin Eric, *op. cit.*

²⁶² Le 31 Mai 2012, quelques semaines après l'entrée de François Hollande à l'Elysée (favorable au mariage homosexuel), l'émission "La grande table" sur France Culture proposait un débat intitulé « Au-delà du mariage gay » avec notamment Eric Fassin.

²⁶³ Théry Irène, *op.cit.*, p.105-137.

²⁶⁴ *Ibid*, p.113.

de l'exercice en commun de l'autorité parentale pour les parents non mariés afin de favoriser les relations de l'enfant avec chacun de ses parents. C'est donc le principe de coparentalité, et ce quelque soit le statut du lien conjugal, qui est prôné par Théry. Aussi, pour amorcer un mouvement de déjudiciarisation des contentieux conjugaux et familiaux, et tenant compte de l'émergence de la médiation familiale, Irène Théry conseille d'intégrer cette méthode de résolution des conflits aussi bien en amont de la régulation judiciaire autrement dit dans le cadre de médiation familiale extrajudiciaire, qu'au cours des procédures judiciaires. Finalement, les grandes lignes de la *rénovation* du droit de la famille souhaitée par Théry contenues dans son rapport de 1998 vont être reprises en grande partie notamment dans la loi introduisant le pacte civil de solidarité et du concubinage le 15 Novembre 1999 et celle sur le divorce du 26 Mai 2004.

Le rapport de Françoise Dekeuwer-Defossez à dimension davantage juridique s'inscrit dans la continuité de celui d'Irène Théry, ce dernier construit à partir d'une base sociologique. Le premier axe de réflexion soulevé par le groupe de recherche présidé par Dekeuwer-Defossez est de repenser le statut de l'enfant au sein de sa famille en confortant l'exercice conjoint de l'autorité parentale non pas pour reconnaître de prétendus « droits des pères » mais pour respecter le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents. Ainsi, dans une volonté de valoriser la coparentalité et en préconisant un redéploiement des textes juridiques vers la réaffirmation de l'importance de la fonction parentale, est-il précisé : « *les circonstances de la vie peuvent éloigner le père de l'enfant, s'il ne peut l'empêcher, le droit ne doit pas, par ses dispositions, comme par ses silences, favoriser la rupture* »²⁶⁵. Il est ainsi proposé de faire des conventions passées entre parents le mode de règlement de principe des conséquences de la séparation à l'égard des enfants. Limitant l'intervention des juges aux affaires familiales, les conventions ne se limiteraient plus au seul cas du divorce par requête conjointe, les parents non mariés pouvant, dans le cadre de cette proposition, homologuer une convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent le montant de la pension alimentaire. Cette préconisation a autant pour objectif de responsabiliser les parents que de faciliter l'acceptation d'une décision prise en commun sans l'intervention d'un tiers extérieur. Néanmoins, le Juge aux affaires familiales, dans cette optique, doit conserver sa mission de « gardien » de l'intérêt de l'enfant en veillant à ce que les conventions signées par les parents s'inscrivent dans cet esprit. Sur ce même critère de l'intérêt de l'enfant, la Commission dirigée par Françoise Dekeuwer-Defossez, demande que

²⁶⁵ Dekeuwer-Defossez Françoise, *op. cit.*

soit reconnu à l'enfant de plus de treize ans le droit d'être entendu dans toute procédure qui le concerne. Face au constat du maintien très haut de l'utilisation de la procédure de divorce pour faute, la Commission Dekeuwer-Defossez reprend en partie les conclusions dressées par Irène Théry en insistant sur l'importance que doit prendre l'accord du couple pour régler leur séparation : face à des magistrats méfiants vis-à-vis des accords intervenus entre époux lors du rétablissement du divorce par consentement mutuel en 1975, « *le temps paraît venu de donner leur plein effet aux conventions qui englobent tous les aspects du divorce, soit sur certains de ses effets, en favorisant l'émergence de tels accords à tout moment de la procédure* »²⁶⁶. Malgré sa volonté de continuer dans la voie de la dédramatisation du divorce en assouplissant les procédures, la Commission se positionne pour un maintien du divorce pour faute dans le but d'éviter de voir les fautes conjugales sanctionnées par d'autres voies, notamment pénales ou indemnitaires, avec le risque de rendre la séparation davantage contentieuse. Le développement des pratiques de médiation familiale et la dépénalisation de certains pans du droit de la famille (ex : la non-représentation d'enfants lors d'un exercice du droit de visite et d'hébergement du parent non-gardien) sont également incités par ce groupe de travail.

Tout comme celles du rapport Théry, les préconisations de la commission Dekeuwer-Defossez ont directement été utilisées par le législateur pour rénover le droit de la famille. Ces rapports vont être accompagnés de nombreux travaux (sur les conditions légales du divorce en 1996, sur la déjudiciarisation du divorce en 1998, sur les conséquences patrimoniales du divorce en 2000, etc.) produits à la demande de parlementaires. Ce long processus de consultation des législateurs auprès des experts de la famille s'achève le 4 Mai 2000 par un colloque à Paris intitulé « Quel droit, pour quelles familles ? » présidé par le Garde des Sceaux et en présence du Ministre déléguée à l'Enfance et à la Famille. Ce chantier lancé par le gouvernement Jospin ouvre donc une période de recodification du « familial ». La coalition de gauche au pouvoir à partir de 1997 se saisit de la famille comme objet politique dans un but de justice sociale en utilisant les allocations familiales comme un levier de redistribution vers les familles les moins dotées. Après quelques réajustements suite à l'annonce la mise sous conditions de ressource les allocations familiales, l'action politique du gouvernement s'adresse dorénavant non plus à « *La* » famille mais « *Aux* » familles tout en s'attachant « *à ce que l'impératif de justice sociale soit présent dans l'ensemble de la politique familiale et bénéficie ainsi aux familles les plus démunies ...* »²⁶⁷. Le choix de l'option « sociale » et non

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Interview de Lionel Jospin dans *Le Parisien* du 12 Juin 1998.

« familialiste » de la politique familiale du gouvernement socialiste est aussi le fait de contraintes notamment budgétaires. En ce sens, « les débats passionnés auxquels les mesures prises par le gouvernement socialiste ont donné lieu en 1997-1998 ne doivent pas faire illusion [...] On a pu croire ainsi que nous étions de nouveau confrontés à un débat central opposant deux visions du monde, deux conceptions de la structuration de la société »²⁶⁸. En ce qui concerne la régulation sociale des dissociations conjugales plus précisément, une nouvelle politique familiale « de gauche » s'affirme s'appuyant notamment sur les rapports Théry et Dekeuwer-Defossez. Cette politique ne se limite pas à des mesures d'assistance par le biais de redistribution d'allocations aux individus en situation de précarité économique (API ou APE). Elle participe à l'émergence du thème de la « parentalité » comme registre d'intervention étatique et contribue à réhabiliter la fonction d'autorité parentale, en douceur, sans porter atteinte aux libertés individuelles²⁶⁹. Elle retient ainsi des rapports des experts, l'idée de renforcer le principe de coparentalité en cas de séparation des parents et dans ce sens, concourt à l'institutionnalisation de la médiation familiale. Quant aux modalités pratiques du divorce, la politique gouvernementale, dans un relatif consensus, retouche la Loi Carbonnier en tentant d'apaiser les conflits judiciaires, notamment au regard du nombre encore important de divorces pour faute, tout en préservant le principe de pluralisme familial et légal. Cette incitation politique à l'autorégulation conjugale et parentale au moment de la rupture a aussi un coût. Finalement, se pose la même question que pour la précédente réforme du droit du divorce : comment les plus « démunis » font-ils face aux mouvements de privatisation des relations familiales et de déjudiciarisation du divorce ?

1.2. Les modifications juridiques en matière de dissociations conjugales ou la privatisation du divorce

Une des principales lois issues des expertises réalisées à la fin des années 1990 est celle du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. La nouvelle loi vise d'une part, à uniformiser les droits de tous les enfants et ce quelque soit le type de filiation, et d'autre part, à instaurer la coparentalité en assurant le maintien du lien de l'enfant avec ses deux parents en

²⁶⁸ Commaille Jacques et Martin Claude, *Les enjeux politiques de la famille*, op. cit., p.116.

²⁶⁹ Chauvière Michel, « Quatre cibles pour le familial », *Informations sociales*, n°108, 2003, p38-47.

cas de séparation. L'article 371-1 du Code Civil retraduit l'autorité parentale de la manière suivante :

« L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. »

Aussi, cette disposition du Code Civil introduit directement la référence à l'intérêt de l'enfant qui entérine et légitime ainsi les pratiques des juges aux affaires familiales fondant leurs décisions sur cette notion lorsqu'ils sont amenés à trancher un conflit parental. Mentionnons également l'article 372 du Code Civil stipulant simplement : « *les père et mère exercent en commun l'autorité parentale* ». Au-delà de l'instauration du principe de coparentalité qu'entérine cette disposition juridique, l'article 372 du Code Civil vise surtout à consacrer un statut parental général et adaptable aux diverses situations familiales. Dorénavant, la régulation judiciaire des dissociations conjugales prend comme référence « le couple parental ». Ainsi, 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 373-2-6 du Code Civil) et ce quelque soit le type de lien qui unissait le couple parental avant qu'il ne se dissocie. La prise en compte du pluralisme familial sous-jacent à la loi de 2002 s'incarne clairement dans l'article 371-2-9 du Code Civil qui rend possible la résidence alternée à condition que cette mesure soit en adéquation avec l'intérêt des enfants. Les prises de position de psychologues à l'encontre de la résidence alternée ont eu une résonance non négligeable sur les pratiques judiciaires en la matière. Jusque dans les années 1990, et avant la loi de 2002, la tendance était à la fixation de la résidence de l'enfant chez l'un des parents et plus précisément, chez la mère ; l'alternance ayant été jugée désastreuse pour la construction psychologique de l'enfant.

Enfin, la loi du 4 Mars 2002 s'inscrit pleinement dans la tendance à la privatisation du divorce en prévoyant à l'article 373-2-10 du Code Civil, la possibilité pour le juge de proposer une médiation familiale afin de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale. Ce recours à un mode alternatif de règlements des litiges (MARL) doit contribuer à rendre les conjoints plus actifs et responsables dans l'élaboration de leur divorce ou de leur séparation²⁷⁰.

²⁷⁰ Bastard Benoît, *Les démarieurs, Enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, op. cit., p.144-145.

La privatisation des contentieux conjugaux s'engage clairement avec la loi sur le divorce du 26 Mai 2004 entrée en vigueur le 1^{er} Janvier 2005. Deux principes distincts sont au fondement de cette réforme du divorce : la pacification du conflit et l'accélération de la procédure. L'objectif principal est de faire baisser le nombre de divorces pour faute et de favoriser systématiquement la conciliation et les accords entre époux²⁷¹. Malgré la volonté de certains professionnels du droit (notamment les notaires) partisans du « divorce administratif » de voir supprimer la procédure de divorce pour faute et d'exclure le juge de la procédure de divorce par requête conjointe, la loi maintient le Juge aux affaires familiales dans toutes les procédures et ne s'engage pas sur la pente de la déjudiciarisation des contentieux conjugaux.

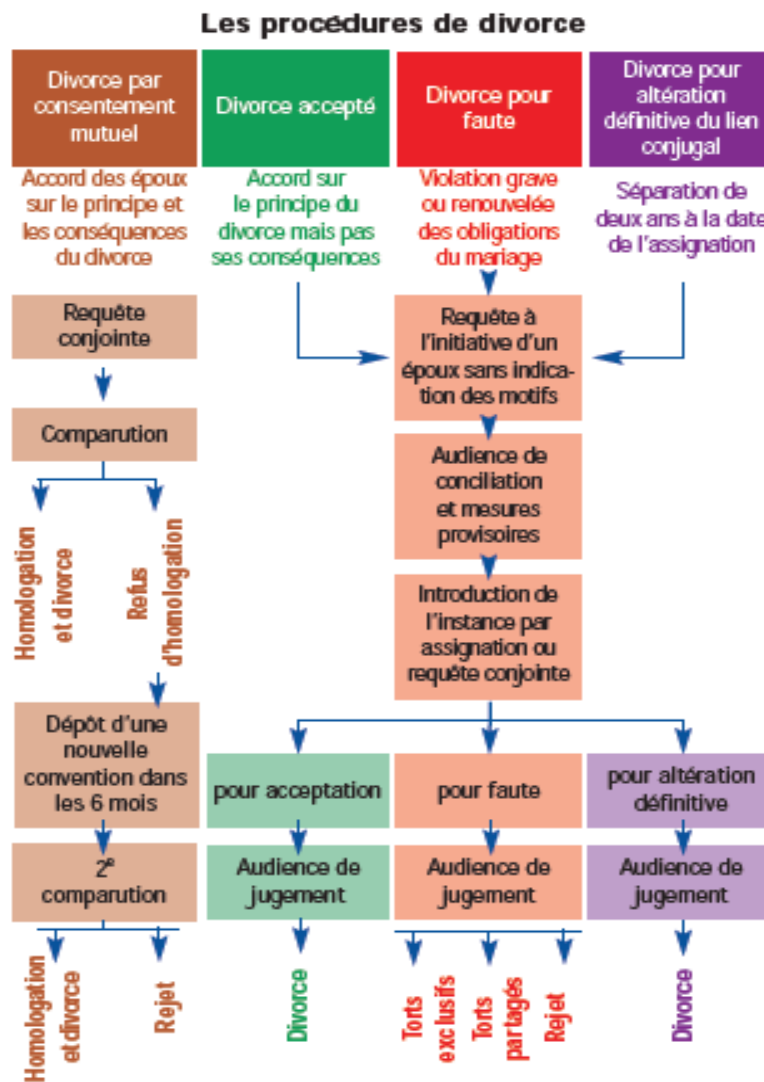
La principale nouveauté de la loi sur le divorce de 2004 est la substitution du divorce pour rupture de la vie commune – qui n'a que très peu été utilisé (moins de 2% des cas) – par le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Cette nouvelle procédure entérine la liberté de rompre unilatéralement le lien conjugal en diminuant les contraintes qui pesaient sur le conjoint demandeur en divorce (le délai de six années de séparation est remplacé par un délai de deux années avant l'assignation en divorce, le devoir de secours cesse avec le prononcé du divorce et les charges du divorce n'incombent plus systématiquement à l'époux demandeur, etc.).

Sinon, la loi ne fait qu'enregistrer des simplifications de certaines procédures et le remplacement d'une procédure par une autre. S'offrent désormais aux justiciables la possibilité de divorcer selon quatre types de procédures : une procédure gracieuse (le divorce par consentement mutuel) et trois procédures contentieuses (le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute). S'inspirant largement du rapport Théry, la loi permet aux divorçants de passer aisément d'une procédure contentieuse à une procédure gracieuse. La figure 4, ci-après, permet d'appréhender les circuits suivis par les justiciables en fonction de la procédure de divorce qu'ils empruntent. Les justiciables souhaitant divorcer « par consentement mutuel », suivent une procédure particulière, avec une seule audience. Pour les autres, le choix de la procédure n'intervient qu'après avoir suivi le tronc commun à l'ensemble des procédures contentieuses, c'est-à-dire une requête initiale en divorce et un passage devant le Juge aux affaires familiales dans le cadre de l'audience de conciliation. Ensuite, les divorçants

²⁷¹ Bosse-Platière Hubert, « Dossier juridique – La réforme du divorce par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004. Présentations, enjeux, débats », *Informations sociales*, n°2, 2005/2, p100-106.

optent parmi les trois procédures contentieuses et peuvent même revenir sur un divorce par consentement mutuel s'ils trouvent un accord global lors de l'instruction judiciaire.

Figure 4. Les procédures de divorce en France suite à la Loi du 26 Mai 2004.



- Demandeur : personne formant une action en justice.
- Défendeur : personne contre laquelle est formée une action en Justice.
- Assignation : acte de procédure adressé par le demandeur au défendeur, par l'intermédiaire d'un huissier de Justice.
- Requête conjointe : acte de procédure permettant à des parties de saisir ensemble une juridiction.

Sources : Ministère de la Justice²⁷².

²⁷² <http://www.vos-droits.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10062&ssrubrique=10202&article=11168>, consulté le 20 Mai 2010.

Malgré le maintien d'un pluralisme juridique (voir figure 5), le divorce par consentement mutuel se trouve consacré comme modèle du « bon divorce » à travers notamment l'article 247 du Code Civil²⁷³ précisant que seul est possible le passage d'un divorce contentieux vers un divorce gracieux (et non l'inverse).

Figure 5. Les principales nouveautés entérinées par la réforme du divorce de 2004

Le divorce par consentement mutuel (anciennement dénommé « divorce sur requête conjointe » dans le cadre de la loi de 1975) : en 2004, représente 47,5% de l'ensemble des divorces prononcés. Comme en 1975, elle est l'unique procédure gracieuse face aux trois autres types de procédures contentieuses. Trop longue, trop lourde et trop coûteuse tels étaient les reproches adressés à la procédure de divorce par requête conjointe. La réforme de 2004 rend la procédure plus rapide dans un double souci de répondre à la demande sociale d'une privatisation du divorce et de désengorger les tribunaux.

Le divorce pour faute : représente encore 37,2% des procédures en 2004. Cette procédure a, elle aussi, connu un toilettage juridique. Les conclusions du rapport Dekeuwer-Defossez préconisant la dépenalisation de certains pans du droit de la famille ont été suivies pour repenser la procédure de divorce pour faute. Il demeure que la notion de faute reste difficile à définir, l'article 242 du Code Civil précisant seulement « *Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune* ». Dans son « mode d'emploi » de la nouvelle loi du divorce, Sonia Cohen-Lang, qui a suivi et accompagné pour l'Ordre des avocats l'élaboration de cette nouvelle loi, éprouve bien des difficultés pour définir la notion de faute : « *Cela peut être des actes de toute nature, voire même l'absence d'actes, en somme tout ce qui est susceptible de porter préjudice au conjoint* »²⁷⁴. Elle se contente d'énumérer une liste de motifs les plus souvent invoqués (le refus de tenir « son intérieur », le refus d'assurer ses devoirs conjugaux, la jalousie, l'alcoolisme, l'adultère). Le législateur laisse donc une importante marge d'appréciation aux juges pour définir le caractère fautif des griefs invoqués par les époux²⁷⁵. Davantage que les griefs invoqués par les époux, le juge apprécie les circonstances dans lesquelles ils sont intervenus. Les législateurs ont introduit diverses dispositions afin de permettre la passerelle entre le divorce pour faute et les autres procédures (notamment le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce par consentement mutuel).

²⁷³ L'article 247 du Code Civil précise ainsi : « *Les époux, à tout moment de la procédure, peuvent demander au juge de constater leur accord pour voire prononcer leur divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci* ».

²⁷⁴ Cohen-Lang Sonia, *Le divorce au masculin, au féminin, Nouvelle loi : mode d'emploi*, op. cit., p.47.

²⁷⁵ Ainsi, à la lecture de jurisprudences, peut-on ajouter d'autres exemples de fautes admises par les juges, qui correspondent soit à des violations aux obligations légales du mariage (devoirs de fidélité, de secours et d'assistance) ou soit à des violations qui relèvent davantage d'un non-respect d'une perception morale de la vie maritale : l'abandon du domicile conjugal, les violences, la dilapidation des ressources financières du couple, certains usages de l'argent du couple (jeux d'argent, souscription d'un emprunt sans aviser le conjoint), le mépris manifesté envers la famille de son conjoint, le rejet des enfants du conjoint suite à un second mariage, le refus de soigner un conjoint malade, le défaut de soins à l'égard des enfants, etc.

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal (remplaçant la procédure « de divorce pour rupture de la vie commune ») : très peu utilisée jusqu'avant la réforme (moins de 2%), il permet à un époux d'obtenir le divorce même si son conjoint le refuse et même s'il n'a aucune faute à lui reprocher. Cette procédure contentieuse se révèle être une alternative au divorce pour faute et permet ainsi d'éviter aux couples de présenter leurs griefs réciproques devant les instances judiciaires. Toutefois, afin de protéger le principe du contradictoire, la partie défenderesse peut toujours invoquer le divorce pour faute.

Le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage (existait sous l'ancienne législation sous le titre « divorce demandé par un époux et accepté par l'autre ») : 12,9% des divorçants, en 2004, s'engageaient dans cette procédure. Les époux qui optent pour cette procédure s'entendent sur le principe de la rupture mais par contre ne s'accordent pas ou seulement partiellement sur les conséquences du divorce. Cette procédure est particulièrement révélatrice de l'esprit que le législateur a voulu donner à la réforme du divorce, en préservant l'accord des conjoints et même si celui-ci n'est que partiel.

Enfin, la prestation compensatoire, destinée à « corriger la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives de chacun des ex-époux », fait également l'objet d'une réformation. Née de la réforme du divorce de 1975 pour « contrecarrer » une situation de fait : les fortes inégalités de ressources entre les femmes et les hommes dans l'après-divorce, les prestations compensatoires étaient principalement versées sous forme de rente mensuelle ce qui n'était pas sans générer des conflits dans les années suivant le divorce (notamment lors de non-versements de prestation compensatoire). Dans une volonté d'atténuer les conflits liés à son versement, la loi du 30 Juin 2000 relayée par celle du 26 Mai 2004 sur le divorce, « re-codifie » la prestation compensatoire, imposant le versement de la prestation compensatoire sous forme de capital (sauf lorsque l'époux n'est pas en mesure de verser le capital en une seule fois, et dans ce cas, le juge fixe les modalités de paiement du capital sous forme de rente mensuelle s'étalant au maximum sur huit années). Ainsi, dès 2004, alors que les prestations compensatoires étaient toujours versées principalement aux épouses (dans 97%²⁷⁶ des cas), seulement 15,8%²⁷⁷ des décisions entérinaient une prestation compensatoire sous forme de rente (contre 60,8% en 1994).

Cette importante période de codification » et de « refonte » du droit de la famille en général et du droit du divorce en particulier aux abords du XXI^e siècle joue un rôle singulier

²⁷⁶ Roumiguières Eve, « Des prestations compensatoires sous forme de capital et non plus de rente », *Infostat Justice*, N°77, Novembre 2004.

²⁷⁷ *Ibid.*

dans le travail d'institution de la famille²⁷⁸. Les discours sur l'autonomisation de la famille contemporaine et, sur l'un de ses corollaires, l'autorégulation conjugale pour régler les modalités d'une séparation, ne doivent pas sous-estimer l'intervention de l'Etat et des institutions publiques (telle l'institution judiciaire) sur la famille et sur les couples. Cette intervention ne se limite pas à accompagner l'état des mœurs mais participe directement au travail de normalisation des relations conjugales à travers la promotion d'un « bon divorce ».

1.3. *La construction du modèle de la « bonne séparation »*

Déjà en 1985, Benoît Bastard et Laura Cardia-Vonèche, en étudiant les pratiques judiciaires du divorce en Suisse (relativement similaires aux françaises), montraient comment le fonctionnement judiciaire subissait « *l'influence de la tendance générale à la « privatisation » tant du mariage que de la rupture* »²⁷⁹. Les différentes procédures de divorce issues de la loi du 26 mai 2004 viennent concrétiser cette tendance à la simplification du divorce au plan judiciaire et à la privatisation de la séparation. Les pratiques et l'engagement des différents professionnels du droit (avocats, juges, médiateurs familiaux) dans la promotion du « bon divorce » - c'est-à-dire celui où le couple est en mesure de s'accorder sur le traitement des conséquences de la séparation - ont contribué à la production d'un « bon divorce ». Les professionnels du divorce, explique Benoît Bastard, « *en contribuant à la formalisation des dossiers de divorce, n'ont pas cessé de proposer des interprétations des situations qui leur étaient présentées et ont ainsi contribué à forger les nouvelles représentations relatives au divorce* »²⁸⁰. Notamment, les juges aux affaires familiales et les médiateurs familiaux participent, tout particulièrement à éviter une justice de l'affrontement et à faire du Tribunal, si ce n'est un lieu de « réharmonisation » familiale du moins un rempart contre la désaffiliation sociale.

Pour se saisir concrètement de ce modèle de la « bonne séparation » et du rôle des différents acteurs judiciaires attendus pour accompagner les époux sur la voie de la séparation « intelligente » et « responsable », un *libre propos* rédigé dans la Gazette du Palais en octobre 2008 par Marc Juston, Juge aux affaires familiales, Président du Tribunal de Grande Instance

²⁷⁸ Bourdieu Pierre, « à propos de la famille comme catégorie réalisée », *op. cit.*

²⁷⁹ Bastard Benoît et Cardia-Vonèche Laura, « Autonomie de la famille et intervention judiciaire. Une analyse des décisions concernant les enfants au moment du divorce à Genève », *Déviance et Société*, Volume 9, n°2, 1985, p.107-118.

²⁸⁰ Bastard Benoît, *Les démarieurs, Enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, *op. cit.*, p.18.

de Tarascon (bien connu pour ses positions en faveur des modes alternatifs de règlements des conflits et notamment la médiation familiale), définit précisément les contours du modèle de la « bonne séparation » :

« Le juge aux affaires familiales, de concert avec tous les acteurs judiciaires notamment les avocats et les médiateurs familiaux, doit en permanence se poser la question de savoir ce qu'il convient de faire pour éviter les conséquences trop souvent désastreuses, notamment pour les enfants, d'un divorce conflictuel, d'une séparation conflictuelle. Le magistrat doit tout mettre en œuvre pour que la rupture d'un couple ne soit pas irrémédiablement synonyme de naufrage d'une relation et d'une famille. Ce qui doit être encouragé dans toutes les situations conflictuelles, c'est le dialogue, la recherche du dialogue. Le contentieux des affaires familiales mérite, à plus d'un titre que le juge s'y consacre par choix. La fonction de juge aux affaires familiales nécessite, en effet, une implication humaine importante, à laquelle des magistrats sensibles apparaissent plus aptes. (...) »

Le juge aux affaires familiales, qui reçoit toutes les couches de la société, entrevoit aussi des modes de séparations très variés : de la séparation sourire, voire rire, à la séparation guerre ouverte, en passant par la séparation consentie-acceptée, la séparation raison, la séparation subie, la séparation incomprise, la séparation silence, la séparation avec des larmes, la séparation financière, la séparation règlement de comptes, la séparation amour. (...) »

Paradoxalement, le cabinet du juge aux affaires familiales, constat de l'échec du couple ne doit pas être le constat de l'échec de la famille, il doit être un lieu de reconstruction familiale, un lieu de reconstruction d'une autre famille que celle dite traditionnelle.

Le cabinet du juge aux affaires familiales est de plus le théâtre des diversités familiales, de la variété des fonctionnements familiaux.

Face à l'évolution de la famille, au développement des divorces et des séparations des personnes non mariées, aux familles recomposées et à la prise de conscience des dommages causés aux enfants, trop souvent victimes des conflits parentaux, le législateur a donné un rôle important de pacificateur au juge aux affaires familiales, mettant à sa disposition de nouveaux outils tels que la médiation familiale. L'avocat doit aussi prendre conscience de la nécessité d'apaiser au maximum toute séparation. (...) Ce qui doit être et devrait primordial dans toutes les situations de divorce, de séparation, c'est le dialogue, la recherche du dialogue.

Le dialogue, c'est la base d'une séparation réussie. Il convient de partir du principe qu'à partir du moment où les parties dialoguent, se respectent, un grand pas est fait pour trouver des solutions satisfaisantes pour tous, ou à tout le moins, pour que les décisions prises par le juge aux affaires familiales soient mieux respectées, mieux acceptées et mieux vécues, et ce, dans l'intérêt des enfants et des parents.

Le justiciable, en effet, attend aujourd'hui des juges, non plus seulement de dire le droit mais d'être les artisans d'une paix familiale en incitant les parties à la voie du dialogue et de solutions négociées qui auront alors toutes les chances d'être effectivement appliquées.

Les acteurs judiciaires doivent de plus avoir pleinement conscience que les racines d'un conflit familial ne sont pas seulement juridiques.

Le conflit familial est protéiforme. Il puise ses racines dans des sources diverses. Et, ce serait méconnaître sa réalité que de penser que la règle du droit appliquée par les avocats, les juges, et les notaires puisse seule y remédier ou en embrasser toutes les facettes.

L'application d'une règle de droit ne suffit pas à résoudre des conflits familiaux, où notamment l'affectif, l'émotionnel, le passionnel, la souffrance, l'amour, le désamour sont en jeu.

Tous les acteurs judiciaires doivent faire comprendre aux parties qui se séparent que, comme elles ont su créer un couple, elles doivent de la même manière élaborer elles-mêmes leur séparation, imaginer leur reconstruction, et créer une famille séparée. (...) Pour le magistrat, comme pour l'avocat et le notaire, la voie de la médiation familiale est une voie difficile. Nombre de juges aux affaires familiales sont encore très réservés sur l'utilisation de la médiation familiale. Beaucoup de juges aux affaires familiales sont confrontés à des stocks à gérer – « le nez dans le guidon » - « les mains dans le cambouis », et à une formation qui demande au juge de savoir trancher et de juger. Face à la loi qui privilégie la médiation familiale, l'on se heurte à l'indépendance juridictionnelle des juges aux affaires familiales et beaucoup d'entre eux sont encore très réticents à son utilisation.

Mais, quand le juge décide, en relation étroite, avec les avocats, les greffiers et les médiateurs familiaux, de l'utiliser, de reconnaître la médiation familiale comme un outil majeur, cela révolutionne son travail. La fonction et la légitimité du juge consistent à régler les conflits, mais rien ne dit que cette résolution des conflits doit intervenir nécessairement dans la douleur des parties, mais aussi dans la douleur des juges aux affaires familiales, des avocats et des notaires.

Pour certains, le rôle du juge est de trancher le conflit opposant les parties, par la seule application de la loi. Or, force est de constater qu'un conflit familial ne se règle pas par la seule application d'une disposition légale, aussi adaptée et pertinente soit-elle, et que le conflit perdure après l'ordonnance, le jugement ou l'arrêt.

La médiation familiale, en ce qu'elle implique les parties dans la résolution du conflit, modifie le rôle du juge, qui doit être acteur au procès en incitant les parties à régler leur litige. (...) »

Marc JUSTON, « Se séparer en bonne intelligence, en parents responsables », Libre Propos, Gazette du Palais du 28 & 29 Octobre 2008, p.2-9.

Le modèle idéal de séparation dressé par Marc Juston est construit autour de l'intervention d'un juge disposé à traiter des contentieux conjugaux divers et variés. Le passage devant son audience pour faire le constat de l'échec du couple doit être envisagé comme un lieu de reconstruction de nouvelles relations familiales. Aussi, incite-t-il tous les acteurs judiciaires autour d'un juge « pacificateur des relations familiales » utilisant les nouveaux outils tels que la médiation familiale à jouer le jeu de l'apaisement du conflit conjugal et parental. Ce modèle de séparation « civilisée » où les conjoints développent des mécanismes d'autocontrainte pour se séparer dans le dialogue et le respect mutuel ainsi que celui des enfants n'est pas sans rappeler le modèle d'analyse de Norbert Elias. L'évolution de la régulation socio-judiciaire en matière de dissociations conjugales traduit une forme d'acculturation douce²⁸¹ aux ruptures qui passe de plus en plus par leur acceptation contrainte, résignée ou volontaire.

²⁸¹ Retière Jean-Noël, *Identités ouvrières. Histoire sociale d'un fief ouvrier en Bretagne 1909-1990*, Paris, L'Harmattan, 1994, p.73-96.

Pour autant, cette normalisation des dissociations conjugales autour du modèle du « bon divorce », de la « bonne séparation » est loin d'être simple dans sa mise en œuvre. En effet, si ce modèle de « séparation civilisée » a été intériorisé par de nombreux couples, la pratique de la séparation amiable telle que pensée par le législateur, les agents judiciaires ou encore les professionnels du social est loin d'être une pratique majoritaire. Même dans les situations qui s'apparentent au modèle de la dédramatisation du divorce (on pense ici aux couples engagés dans les procédures de divorce les moins contentieuses : par consentement mutuel et sur acceptation du principe de la rupture), « *il est rare que la décision de gérer la rupture sans conflit soit présente dès le moment où la séparation se décide* »²⁸². Ainsi, est-il nécessaire de distinguer la séparation qui est présentée aux agents et instances de la régulation judiciaire de celle, en amont du passage devant le juge aux affaires familiales, qui fait l'objet souvent d'une longue et complexe réflexion, et peut s'inscrire dans un contexte conjugal et familial douloureux et sous tensions. Pour les couples souhaitant s'engager sur la voie de la séparation amiable, la recherche du consensus s'inscrit le plus souvent sur le temps long au cours duquel le principe de la séparation et les modalités de la séparation sont discutés par les deux conjoints afin d'éviter l'ingérence des instances judiciaires. Mais rares sont les situations où les deux conjoints souhaitent se séparer, le plus souvent, la rupture du couple est issue d'une prise de décision unilatérale que l'un des conjoints impose à l'autre²⁸³. Dès lors, des logiques de négociation, de concession et d'affrontement s'entremêlent conduisant à des pratiques très diversifiées de la séparation dont de nombreuses s'écartent du modèle de la « bonne séparation ». Finalement, le fait que de nombreux couples rentrent dans la voie du modèle de la séparation consensuelle, s'explique moins par l'autorégulation conjugale en amont du passage par la Justice que par les incitations et les nouveaux outils (conciliation, médiation familiale) des différents agents judiciaires pour trouver les solutions aux conséquences de leur séparation dans le dialogue et par un consensus. A travers le développement de la conciliation et de la médiation familiale à la fin du XXe siècle, la transformation de la régulation socio-judiciaire des dissociations conjugales favorisant les principes d'une « justice négociée » sur ceux d'une « justice imposée » a joué un rôle primordial dans la privatisation des contentieux conjugaux.

²⁸² Bastard Benoît, *op. cit.*, p.24.

²⁸³ *Ibid*, p.29.

1.4. Le développement de la conciliation et de la médiation comme modes alternatifs de régulation judiciaire

1.4.1. L'institutionnalisation de la conciliation et de la médiation parmi les pratiques judiciaires

La voie de la conciliation et de la médiation ne date pas de la période contemporaine. Déjà sous la Révolution Française, des pratiques de conciliation ont concrètement été établies avec la création des Juges de paix en 1790, lesquels intervenaient avant l'introduction d'un procès devant les instances judiciaires afin de chercher à accorder les parties. Dans l'esprit des législateurs révolutionnaires, l'institutionnalisation des juges de paix devait répondre à trois exigences : rapprocher physiquement les instances judiciaires des justiciables, insérer l'institution judiciaire au sein même du corps social et réduire les coûts économiques des procédures notamment en les rendant transparentes²⁸⁴. La Justice de paix, véritable justice de proximité, s'inscrit dans la vie quotidienne du canton (unité de compétence géographique de l'intervention des juges de paix), et traite de divers « petits » actes et litiges (problèmes de pensions alimentaires, problèmes dans le versement de loyers, vente d'objets saisis, scellés, serments d'experts oui de fonctionnaires, etc.). Au XXe siècle, notamment dans l'entre deux guerres, alors que le nombre d'affaires dont ils avaient à traiter n'a cessé de décroître depuis la fin du XIXe siècle, les juges de paix se défont de leur charge devenue peu attractive pour épouser la carrière de magistrat professionnel. Les juges de paix seront ainsi supprimés en 1958. A partir des années 1970, la conciliation rentre dans les missions des juges professionnels. En 1975, le Nouveau Code de Procédure Civile reprend les principes issus de la période révolutionnaire définissant la conciliation des parties comme mission du juge. La même année, lors de la réforme du droit du divorce, la conciliation des parties devient une des missions centrales des juges aux affaires matrimoniales. Dès lors, les parties qui se concilient peuvent demander au juge de rendre sa décision sur le principe de l'accord trouvé entre les parties. C'est également dans ce contexte que les conciliateurs de justice ont été institués en 1978 pour faciliter le règlement amiable de « petits litiges » (affaire de voisinage, litiges entre

²⁸⁴ Rouet Gilles, *op. cit.*, p.223.

particuliers ou encore, plus rarement, les conflits de famille) en dehors de toute procédure judiciaire²⁸⁵ afin de désengorger une grande parties des Tribunaux d'Instance.

La conciliation tout comme la médiation s'inscrit dans le développement des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) ou des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL). Médiation et conciliation ont pour même objectif de permettre au juge de faire intervenir un tiers, conciliateur ou médiateur, afin de faire émerger un accord entre les parties pour éviter la voie traditionnel du procès. Ces deux modes alternatifs de règlement des conflits participent du même esprit : l'acceptation de la décision tranchant le litige est davantage favorisée par un règlement du conflit entre les parties que par l'intervention de la régulation judiciaire. Autrement dit, un accord entre les parties vaut mieux qu'un procès. Au sein des instances judiciaires, la médiation fait son apparition en premier lieu en matière pénale à partir de 1983, différents parquets et associations d'aide aux victimes ayant pris l'initiative de tenter de rapprocher les victimes et les délinquants²⁸⁶.

Dans notre approche du traitement des contentieux conjugaux par des MARL, nous nous arrêterons plus particulièrement sur le développement de la médiation familiale puisque la conciliation est davantage le fait des magistrats professionnels (le code civil incitant les juges aux affaires familiales à la conciliation lors même des procès qui viennent à leur audience) que de conciliateurs à proprement parlé. Parmi les litiges présentés aux conciliateurs, la recherche menée par l'équipe dirigée par Yvon Desdevises et Charles Suaud montre en effet que les conflits entre membres d'une même famille sont très minoritaires²⁸⁷. Il s'agit d'ailleurs le plus souvent de conflits liés à des dettes financières, par exemple entre frère et sœur, que de conflits découlant d'une séparation conjugale qui sont de la compétence du juge aux affaires familiales.

Les règles juridiques de la médiation familiale en tant que mode alternatif de règlement des conflits familiaux, dans le cadre d'un contentieux judiciaire, sont fixées notamment par la loi du 8 février 1995. Le développement de la médiation familiale en France s'inspire des pratiques nord américaines (Etats-Unis et Canada) initiées à la fin des années 1970. Ce sont, non les avocats, ni les juges ou encore moins les psychologues qui sont à

²⁸⁵ Davies Iwan, Desdevises Yvon, Friant-Perrot Marine, James Kerry, Lebon-Blanchard Marie-Françoise, Moulévrier Pascale, Retière Jean-Noël, Suaud Charles, West Andrew, *Conciliateurs et conciliation*, Rapport de recherche subventionnée par la « Mission recherche droit et justice » du GIP, Mai 2001.

²⁸⁶ Catala Pierre et Ghozi Alain, *Médiations judiciaires, témoignages de praticiens avertis*, Rapport de recherche du Centre d'Etudes des Modes Alternatifs de Règlements des Conflits, Paris, 1999.

²⁸⁷ Davies Iwan, Desdevises Yvon, Friant-Perrot Marine, James Kerry, Lebon-Blanchard Marie-Françoise, Moulévrier Pascale, Retière Jean-Noël, Suaud Charles, West Andrew, *Conciliateurs et conciliation*, Rapport de recherche subventionnée par la « Mission recherche droit et justice » du GIP, Mai 2001, p.121.

l'initiative de la création de la fonction de médiateur familial, mais des travailleurs sociaux (enquêteur social et assistant social). La pratique de la médiation familiale s'est initialement fondée sur le système de croyances sociales suivant : l'intervention d'un tiers, autrement dit le médiateur familial, doit permettre la reformulation « *des problèmes qui se font jour lors de la rupture en proposant de rechercher des accords qui permettront que la situation soit vécue en termes de réorganisation plutôt qu'en terme de conflit* »²⁸⁸. A l'origine de son institutionnalisation, la médiation familiale est pensée en dehors de toutes références au droit et au monde judiciaire, devant se pratiquer au sein de la société civile autour des deux seuls protagonistes et du tiers médiateur. Par la suite, précise Irène Théry, « *le discours de promotion de la médiation familiale s'est entièrement construit sur l'opposition entre deux mondes, distincts par leurs fondements, leurs règles, leurs objectifs et leurs moyens, celui de la justice et celui de la médiation* »²⁸⁹. Cette position militante en faveur de la médiation familiale et critique vis-à-vis du rôle des agents judiciaires traitant des contentieux conjugaux a initialement fait l'objet de différentes critiques que ce soit de la part des différents praticiens du droit (avocats et juges) que de certains intellectuels. On pense ici à Irène Théry, pourtant favorable à la médiation familiale mais qui démystifie la présentation idéalisée que les médiateurs familiaux font de leur pratique montrant que l'enjeu sous-jacent à ce discours, est la construction d'un nouveau marché professionnel concurrentiel de celui de l'intervention des magistrats et des avocats. La médiation est un concept flou qui a suscité différentes luttes de la part de différentes organisations pour en donner la définition légitime. S'il a pu initialement exister une forme de consensus sur l'idée de médiation parmi tous les acteurs s'emparant de ce concept, Jacques Faget explique que cet accord tacite entre les différents acteurs des champs sociaux et socio-judiciaires n'a pu tenir que par le « *flottement conceptuel* »²⁹⁰ que revêtait la médiation. Les représentations attachées à la médiation explique-t-il « *varient suivant les formations, juristes anthropologues, sociologues ou philosophes, leurs statuts, bénévoles ou professionnels, ou leurs rôles, théoriciens ou praticiens* »²⁹¹. C'est cette variation des représentations de différents acteurs de la médiation qui est à l'origine de la crispation autour de l'enjeu de la « bonne » définition de la médiation familiale. En France, la première génération de médiateurs familiaux apparaît à la fin des années 1980. Jean-François Six, théologien, fondateur du Centre national de la médiation au

²⁸⁸ Cardia-Vonèche Laure et Bastard Benoît, « La médiation familiale : une pratique en avance sur son temps ? », *Recherches et Prévisions*, N°70, 2002.

²⁸⁹ Théry Irène, *Le démariage*, op. cit., p.359.

²⁹⁰ Faget Jacques, « La double vie de la médiation », *Droit et Société*, N°29, 1995, p.25-38.

²⁹¹ *Ibid*, p.26.

début des années 1980 est de ceux qui sont « rentrés en lutte » pour déterminer la définition légitime de la médiation face à la multiplication des acteurs sociaux se revendiquant médiateurs et à la profusion des types de médiation. Promoteur d'une médiation où l'ouverture à l'autre et l'écoute en sont des éléments constitutifs (principes à l'origine de son engagement dans la religion catholique), Jean-François Six est très critique à l'égard du mouvement à l'origine de la médiation familiale né aux Etats-Unis et au Canada. Ainsi, comparant le mouvement d'expansion des pratiques de médiation familiale issues des Etats-Unis à un véritable mouvement sectaire, Jean-François Six et Véronique Mussaud, initiateurs de la première organisation ayant pour objet la pratique de la médiation (au sens large) au début des années 1980, expliquent qu'en tant que Président et secrétaire général du Centre national de la médiation : « nous avons, dès le début, dès 1987, réagi fortement face à ce mode et à ce prosélytisme – et par là n'avons pas cessé d'être l'objet des attaques et excommunications de ces médiateurs familiaux ; ils auraient voulu à tout prix nous embarquer dans leur foi : nous étions, à leurs yeux, des athées qui refusaient leur bonne parole et leurs évidences ». ²⁹² Prolongeant leur propos quant au fait que la plupart des acteurs de la dynamique de l'implantation de la médiation familiale en France se sont rendus outre-Atlantique, et notamment au Québec, pour participer à des colloques et des formations ²⁹³ d'initiation à la médiation familiale, ils rajoutent qu'à la fin des années 1980 « commence alors une vague de pèlerinages où se trouvaient surtout des psychologues et des travailleurs sociaux français ; ils partaient avec enthousiasme se faire initier à ces méthodes et ces rites qui exorcisaient le mal et apportaient la guérison ; ils revenaient en France éblouis, baignés de l'onction reçue là-bas ; ils entreprenaient aussitôt de convertir autour d'eux à ces idées nouvelles, persuadés qu'elles étaient plus qu'une révolution : un véritable salut » ²⁹⁴. Sans rentrer dans cette « guerre des religions » à propos de la définition légitime de la médiation familiale, nous retiendrons que la dynamique de l'implantation des médiations familiales en France promeut de nouvelles croyances sociales en matière de régulation des conflits conjugaux et familiaux et intervient à un moment où les magistrats chargés de réguler ces conflits encouragent l'accord des conjoints afin de dédramatiser les divorces et plus généralement les séparations des couples. Le succès de la médiation auprès des institutions étatiques « résulte du ralliement et de l'action d'intellectuels et de professionnels du droit et de la justice qui militent pour la rénovation des structures du traitement du conflit

²⁹² Mussaud Véronique et Six Jean-François, *Médiation*, Paris, Seuil, 2002, p.302.

²⁹³ Cardia-Vonèche Laure et Bastard Benoît, *op. cit.*, p.20-21.

²⁹⁴ Mussaud Véronique et Six Jean-François, *op.cit.*, p.302.

familial »²⁹⁵. Pensons aux rapports d'Irène Théry et de Françoise Dekeuwer-Défossez, ces dernières prenant toutes deux, position en faveur de la médiation familiale afin de préserver le lien de l'enfant avec ses deux parents. Pensons encore aux différents magistrats qui se sont engagés par « vocation » dans « les affaires familiales », et ont directement milité pour le développement de la médiation familiale en dehors et au sein même des arcanes judiciaires.

Malgré tout, certains professionnels du droit (magistrats et avocats) ont pu voir dans l'intervention croissante des médiateurs familiaux au cours des procès traitant des conséquences de dissociations conjugales une forme d'« intrusion » de profanes au regard de l'exercice des fonctions traditionnelles de justice²⁹⁶. Plus spécifiquement du côté des avocats, le développement des médiations familiales a pu susciter un certain nombre de craintes issues de préoccupations marchandes et économiques²⁹⁷. Certains avocats ont d'ailleurs choisi de prendre le virage de la médiation familiale en se formant à cette pratique au cours de journées de formations organisées par différents Barreaux. Les avocats-médiateurs plutôt que de voir en la médiation familiale une pratique concurrente l'ont intégré à leur champ de spécialisation. Finalement, si, à l'origine, l'instauration de la médiation familiale s'est clairement effectuée en rupture avec le mode de régulation proposé par les instances judiciaires et ses différents agents, son développement et sa reconnaissance n'ont pu se réaliser sans l'appui concret et l'engagement d'experts et d'agents judiciaires dans ce nouveau mode de régulation des conflits conjugaux et familiaux. Dès lors, au sein de l'espace social des règlements des dissociations conjugales un nouveau modèle de croyance²⁹⁸ et de pratiques s'érige comme alternative au mode « purement » judiciaire de régulation des conflits conjugaux et familiaux.

Aussi dès la fin des années 1980, le Parlement socialiste a fait le choix d'encourager la médiation familiale, et plus largement les modes de règlements des conflits judiciaires alternatifs. Les principaux objectifs du Législateur est de favoriser une forme de justice « douce » malgré les critiques de certains juristes craignant un risque de renoncement aux garanties du droit et de la justice et de voir leur revenu lié au nouvel encadrement de cette

²⁹⁵ Cardia-Vonèche Laure et Bastard Benoît, *op. cit.*, p.26.

²⁹⁶ Bastard Benoît et Cardia-Vonèche Laura, « invention du possible ou apprentissage obligé ? Négociation et ordre social dans la médiation familiale », in Michel Hélène et Willemez Laurent (dir.), *La justice au risque des profanes*, Paris, PUF, coll. « CURAPP », 2007.

²⁹⁷ Faget Jacques, « La juridicisation de la médiation », in Chevalier Pierre, Desdevises Yvon, et Milburn Philip, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La documentation française, Coll. « perspectives sur la justice », 2003.

²⁹⁸ Martin Claude, « Les médiations familiales : structures, modèles d'intervention, publics et rapports au judiciaire. Justice pour tous ou justice communautariste ? », Rapport pour le service de la recherche du ministère de la recherche, 1994.

activité diminuer. Dans l'esprit du Législateur, il serait moins coûteux de trouver un arrangement entre soi que de passer par l'institution judiciaire et de faire appel aux services de conseils juridiques. Au milieu des années 1990, sous le Gouvernement Balladur, c'est l'argument de la gestion administrative des tribunaux qui va cristalliser un consensus pour soutenir la médiation familiale et les modes alternatifs de résolution des conflits puisqu'ils permettent en premier lieu de désengorger les tribunaux submergés²⁹⁹.

Le recours à la médiation familiale sera ainsi directement préconisée par le Législateur à travers notamment deux lois : celle de 8 février 1995 relative à la réorganisation des juridictions et de la procédure civile, pénale et administrative et la loi sur le divorce de 2004, puisque dorénavant, notamment pour les séparations conflictuelles, le juge aux affaires familiales peut enjoindre les conjoints de rencontrer un médiateur familial afin de s'informer sur l'objet et le déroulement de la médiation (article 255 du code civil). On peut également ajouter les incitations à la médiation familiale contenues dans la loi du 4 mars 2002 en matière d'autorité parentale, laquelle prévoit, à travers l'article 373-2-10 du civil, qu'en cas de désaccord « *à 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* ».

1.4.2. La difficile diffusion de la médiation familiale

Le procès n'est pas un passage obligé pour régler un conflit conjugal. Et si la voie du procès a été engagée, il est toujours possible d'interrompre la procédure initiée, soit en présentant aux magistrats chargés d'instruire la procédure un protocole d'accord qui présente les différents points juridiques (par exemple la résidence des enfants, le montant d'une pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire ou encore la liquidation du régime de la communauté, etc.) sur lesquels les conjoints se sont entendus, soit en ayant recours à un mode alternatif de règlements des conflits, telle une médiation familiale. Avec la médiation familiale, le conflit se règle par un arrangement que les parties acceptent et non par un jugement³⁰⁰. En passant par la voie d'une médiation familiale, le litige est clôturé non par un

²⁹⁹ Desdevises Yvon, « Qu'est-ce qu'un mode alternatif de règlement des litiges ? » in *La Médiation*, actes du séminaire Le Lien Social, organisé par le LABECD, Nantes, Mai 2000.

³⁰⁰ *Ibid.*

jugement mais par un contrat. « *La médiation consiste à confier à un « tiers impartial », qualifié et sans pouvoir de décision sur le fond, « le médiateur », la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens – contradictoires ou non – afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables* » (Bulletin d'information de la Cour de Cassation n°26). Selon les praticiens, le passage par une médiation familiale permet d'éviter les rituels et les attermolements des procédures judiciaires et participe au progrès de l'accès au droit. « *Les conciliateurs et les médiateurs ne sont pas par nature des instruments d'application du droit. Ils sont porteurs de normes qui, sans nécessairement, contredire les règles juridiques, ne reposent pas directement et explicitement sur le droit mais sur les valeurs sociales plus souples : l'équité, le souci du lien social, le bon sens, la compréhension, etc.* » explique Yvon Desdevises à propos des principes et croyances sociales au fondement de la pratique de la médiation familiale³⁰¹.

Notamment pour ce qui est du traitement judiciaire du divorce, on a pu voir que depuis la réforme du divorce en 1975, il rentre dans la mission du magistrat de concilier les parties, la conciliation pouvant intervenir à tout moment de la procédure³⁰². Cette caractéristique de la conciliation ne s'applique pas à la médiation puisque tout d'abord, le médiateur est « *un sujet différent du juge, même s'il est nommé par lui au cours de l'instance* »³⁰³. Tout comme pour les autres médiations, la médiation familiale peut se réaliser en deux modes, soit elle est extrajudiciaire et le processus de médiation familiale est donc extérieure au procès, soit elle intervient au cours même du procès par la désignation d'un tiers médiateur par le juge ayant en charge le procès. Dans cette deuxième option, le cours du procès est suspendu (en sursis) jusqu'au terme de la médiation familiale. Le processus de médiation familiale judiciaire peut être engagé soit à la demande des parties elle-même, soit par injonction d'information sur la médiation familiale du juge au cours du procès (le couple devant prouver au juge par une attestation produite par le médiateur qu'ils ont assisté à une réunion d'information sur le processus de médiation familiale). Ce dernier aspect pose la question des deux modes d'entrée dans la médiation : volontaire ou imposée. Ainsi a-t-il pu être envisagé en France de rendre obligatoire le passage par une médiation familiale avant de lancer une procédure judiciaire (ce

³⁰¹ *Ibid*, p.56-57.

³⁰² La mission de conciliation attribuée aux magistrats peut être remplie, soit avant l'instance, par des juges spécialement chargés de cette fonction (tel le juge aux affaires familiales lors de l'audience de conciliation dans une procédure de divorce), soit au cours de l'instance, par le juge chargé de l'instruction ou de la mise en état, ou soit encore par un juge individualisé.

³⁰³ Cadier Loïc, Clay Thomas et Jeuland Emmanuel, *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, LexisNexis Litec, 2005, p22.

qui a pu être testé au sein de chambres familiales de certaines juridictions). A la différence des droits japonais (où le recours à la médiation familiale est obligatoire avant tout débat devant le tribunal familial) et canadien (conférant au tribunal le pouvoir d'enjoindre aux parties de s'engager dans une tentative de médiation familiale)³⁰⁴, le droit français n'a pas retenu l'idée de rendre obligatoire le recours à une médiation familiale avant l'instruction judiciaire des contentieux familiaux. Cette position française s'appuie sur le principe selon lequel la médiation en général et la médiation familiale en particulier reposent sur l'engagement volontaire des parties afin de tenter de parvenir à un accord par elles-mêmes et qu'au contraire une médiation imposée ne peut qu'induire des biais dans le processus de négociation des parties. La méthode française, depuis la loi sur le divorce de 2004, est pour les situations très conflictuelles de permettre au juge d'enjoindre les couples à se rendre à une réunion d'information pour rencontrer un médiateur qui leur expliquera le processus de médiation familiale³⁰⁵.

Une enquête lancée par la direction des affaires civiles et du Sceau du Ministère de la Justice et réalisée par Caroline Moreau, Brigitte Munoz-Perez et Evelyne Severin sur la situation en 2001 de la médiation judiciaire civile³⁰⁶, montre que, paradoxalement, alors que l'offre de médiation familiale est la plus importante parmi les différents types de médiation devant l'ensemble des juridictions, elle reste pourtant très peu pratiquée. Au regard des autres médiations judiciaires principalement pratiquées par des médiateurs indépendants issus des professions judiciaires ou juridiques, l'offre de médiation familiale se caractérise par son aspect associatif. Surtout, ce que fait apparaître cette enquête visant à établir une évaluation de la loi du 8 février 1995, est le très faible recours des juges aux affaires familiales aux mesures de médiation familiale. En établissant une photographie des pratiques des juges aux affaires familiales en matière d'ordonnancement de médiation familiale sur l'ensemble des tribunaux de grande instance et sur un mois particulier (octobre 2001), l'enquête révèle que les mesures de médiation familiale ne sont finalement ordonnées dans moins d'une affaire sur 100 et ce d'une manière relativement homogène pour l'ensemble des juridictions. Les auteurs tout en précisant que si les juges aux affaires familiales se déclarent généralement favorables à la mesure de médiation familiale, indiquent que ces derniers font face à différents

³⁰⁴ *Ibid*, p57.

³⁰⁵ *Ibid*.

³⁰⁶ Moreau Caroline, Munoz-Perez Brigitte et Severin Evelyne, *La médiation judiciaire civile en chiffres, situation au 31 octobre 2001*, Rapport de la Cellule Etudes et Recherches de la Direction des affaires civiles et du Sceau du Ministère de la Justice, Décembre 2002.

obstacles rendant difficiles sa mise en œuvre³⁰⁷. Le coût financier est un des principaux freins à la pratique de la médiation familiale puisque cette mesure est entièrement prise en charge par les deux conjoints³⁰⁸. Le deuxième principal obstacle est l'allongement de la durée de la procédure puisque dès lors qu'une mesure de médiation familiale est engagée, la procédure judiciaire est suspendue. Le temps « long » que nécessite le processus de médiation familiale s'oppose dès lors au temps « court » des procédures de divorce (notamment la procédure par consentement mutuel) instaurés par la dernière réforme du divorce.

Davantage que des obstacles liés à l'organisation judiciaire de la médiation familiale, le décalage entre le modèle de séparation porté par les différents promoteurs de la médiation et l'état des mœurs conjugales s'avère le principal argument de la faible pratique de la médiation familiale. Laura Cardia-Vonèche et Benoît Bastard expliquent à ce propos que « *les divorçants se montrent souvent attachés aux notions de torts et de faute. La répartition des rôles de parents reste sexuée, ce qui rend difficile la remise en question des attributions de chacun. S'engager dans des discussions, se préparer à des concessions sont très éloignés des habitudes antérieures des couples. Tout ceci fait que les principes de la médiation, même lorsqu'ils sont connus, relèvent davantage aujourd'hui des aspirations que de la pratique des couples* »³⁰⁹. On retrouve également cette perspective dans les témoignages de juges répertoriés dans le rapport de recherche³¹⁰ sur les médiations judiciaires réalisé en 1999 par le Centre d'Etudes des Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (C.E.M.A.R.C.). Ainsi, Danielle Dauvignac, juge aux affaires familiales, Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de Nanterre évoquant son usage de la médiation familiale dans sa pratique de J.A.F. précise :

« [Cette mesure] est un processus qui, pour le moment, est encore très marginal. Au tribunal de Nanterre, on a essayé d'instituer un service de médiation familiale à l'intérieur même du tribunal, service qui fonctionne en parallèle et en complémentarité des juges aux affaires familiales. Ce service existe depuis un an. Il a commencé tout doucement car il faut changer un peu les habitudes. (...) Cinquante médiations, par rapport à six ou sept milles procédures devant les juges aux affaires familiales, cela peut paraître ridicule. Mais il faut savoir que ces cinquante-là concernent a priori des dossiers très conflictuels, alors que 50% du travail des juges aux affaires familiales concernent des divorces par consentement mutuel ou des procédures reposant plus ou moins sur des accords. Il faut donc rapporter ce chiffre de cinquante uniquement par rapport aux dossiers conflictuels de divorces pour faute ou de procédures d'après divorce. Il n'en reste pas moins que c'est pour le moment une expérience encore très limitée, que je souhaite voir étendre ».

³⁰⁷ *Ibid*, p.18-19.

³⁰⁸ A noter que la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale a instauré la gratuité de ce premier rendez-vous tout en laissant à la charge du couple le coût de la médiation familiale s'il décide de s'engager dans cette mesure.

³⁰⁹ Cardia-Vonèche Laure et Bastard Benoît, *op. cit.*, p.28.

³¹⁰ Catala Pierre et Ghozi Alain, *op. cit.*

Cet extrait d'entretien d'une juge aux affaires familiales pointe également la césure existant entre les couples s'engageant dans une procédure « consensuelle » où le recours à une mesure de médiation familiale ne s'avère pas nécessaire et les couples engagés dans un conflit ouvert où les principes portés par la médiation familiale se trouvent difficilement applicables. Finalement, alors que différents agents socio-judiciaires se sont appropriés ce nouveau mode de régulation des conflits conjugaux et familiaux, la diffusion de ce modèle pratique auprès de l'ensemble des couples qui se séparent de ce modèle pratique est loin d'être certaine.

2. Les acteurs judiciaires au service du modèle de la « bonne séparation » ?

Les « démarieurs »³¹¹, tels que nomme Benoît Bastard les praticiens du divorce et plus généralement les professionnels ayant en charge la régulation des dissociations conjugales, n'ont pas les mêmes intérêts dans la production du modèle de la « bonne séparation ». Prenant acte de la volonté politique de déjudiciariser une partie des contentieux conjugaux et familiaux, les juges, en première ligne dans le règlement des contentieux conjugaux et familiaux, se positionnent contre une privatisation de ce contentieux avec le risque que les différentes conceptions de l'intérêt de l'enfant qu'ils portent ne soient plus garantis. Les positions des avocats vis-à-vis de ce modèle sont multiples selon les conceptions qu'ils se font de leur rôle (au service de la volonté du client, en promouvant le consensus et la construction d'un accord entre les parties, en s'engageant dans la pratique de la médiation, etc.).

2.1. Les magistrats face à la redéfinition de leurs rôle et fonctions

La figure contemporaine du juge en matière familiale s'incarne dans sa fonction de promoteur du consensus dans le traitement des séparations. On a déjà pu cerner l'institutionnalisation de la mission de promotion du consensus assignée au juge aux affaires

³¹¹ Bastard Benoît, *Les démarieurs, enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, op. cit.

familiales tant dans les textes législatifs qu'en matière de jurisprudence³¹². Mais qu'en est-il de cette mission dans la pratique quotidienne des magistrats ? Et surtout, comment se positionnent ces magistrats spécialistes des affaires familiales face à des séparations conflictuelles pour lesquelles un consensus sur les modalités de la séparation s'avère difficile à mettre en pratique ? Face aux différentes réalités conjugales et familiales sur lesquelles les juges sont amenés à trancher des conflits, comment ces agents se positionnent-ils collectivement face aux différents projets de déjudiciarisation d'un pan du contentieux familial, en l'occurrence le divorce par consentement mutuel ?

2.1.1. La promotion de la conciliation par les juges aux affaires familiales

La conciliation judiciaire rentrée dans la mission du Juge aux affaires familiales depuis la Loi sur le divorce de 1975³¹³ et rappelée par la Loi du 26 Mai 2004³¹⁴, est devenue un principe directeur dans la conduite d'un procès en matière de dissociations conjugales. Si la mission de conciliation du juge s'applique à différentes juridictions civiles (Tribunal d'Instance, Tribunal de Grande Instance, Conseil des Prud'hommes, Tribunal paritaire des baux ruraux, etc.), la mission de conciliation du juge en matière familiale est spécifique en ce qu'elle est pensée au service de l'intérêt de l'enfant.

Pour autant, les juges ne sont pas des conciliateurs « naturels ». Si est imprimé dans l'ethos des magistrats ce souci de trouver un consensus entre les parties, il demeure que la référence à la règle de droit pour trancher un litige en reste une composante essentielle. Le plus souvent, dès que le dialogue entre les parties se trouve impossible à renouer au sein de l'espace judiciaire, les juges aux affaires familiales ont tendance à enjoindre les couples à se rendre à une réunion d'information sur la médiation familiale, déléguant de la sorte, la mission de conciliation aux avocats ou encore aux agents extrajudiciaires tels les médiateurs familiaux ou les conseillers conjugaux.

En première instance, les pratiques des juges aux affaires familiales en matière de conciliation et de médiation sont diverses et étroitement liées à l'appropriation qu'ils font de ces deux modes de résolution des conflits. Pris dans le processus de féminisation du corps de

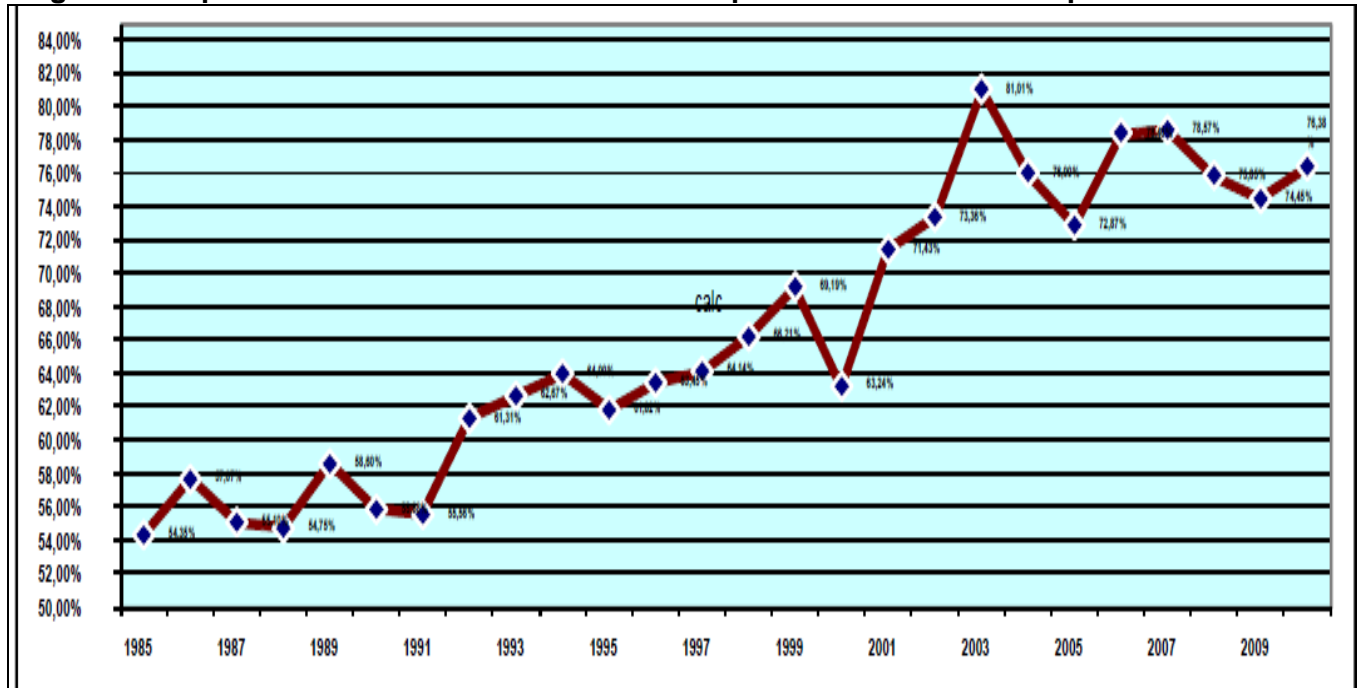
³¹² Egéa Vincent, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Editions Defrénois, 2010, p.81.

³¹³ A travers l'article 21 du Code de Procédure Civile stipulant qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties »

³¹⁴ L'article 252-3 du Code Civil issu de la Loi de 2004 précise que « lorsque le juge constate que le demandeur maintient sa demande, **il incite** les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable ».

la magistrature amorcé au cours des années 1970 (voir figure 6), il est également important de relever que la fonction de juges aux affaires familiales est particulièrement investie par des femmes magistrates au regard des autres fonctions juridictionnelles.

Figure 6 : Représentation des femmes au sein des promotions de l'ENM depuis 1984



Sources : Pole statistique de l'École Nationale de la Magistrature (2010)

La division sexuée des rôles est particulièrement observable dans la distribution des auditeurs au sein des différentes fonctions judiciaires. Une jeune juge aux affaires familiales de 31 ans, en poste à cette fonction depuis deux ans, interprète la « surreprésentation féminine » au sein des JAF : « *c'est très féminin la matière familiale chez les magistrats. Ce qui est très généralement signe de dévalorisation. Ce n'est pas noble donc (...) La profession, dans son ensemble, porte un regard assez dénigrant là-dessus, c'est du contentieux de masse, c'est des matières où il suffit d'avoir des jugements types, des trames ... !* ». Néanmoins, tout comme l'a démontré Jean-Noël Retière dans son analyse de la surreprésentation féminine parmi les assesseurs du TPE³¹⁵, le fait d'imputer à la seule division des rôles sexués la suprématie féminine dans les rangs des JAF est « une hypothèse fragile ». L'avancée dans la carrière, l'organisation des fonctions juridictionnelles au sein des tribunaux de grande instance, imposent aux magistrats de passer par la fonction de JAF sans que la variable du

³¹⁵ Retière Jean-Noël, « La (bonne) volonté de juger des assesseurs au Tribunal pour enfants », in Michel Hélène et Willemez Laurent (dir), *La justice au risque de ses profanes*, Paris, PUF, coll. CURAPP, 2007.

genre puisse jouer pleinement. Ainsi, ne faudrait-il pas voir en l'appropriation par les JAF de la conciliation un usage proprement féminin.

La mission de conciliation est pensée, en premier lieu, par les magistrats au regard de la notion d'intérêt de l'enfant. Dans cette perspective, il s'agit de penser le processus de conciliation et l'incitation à la médiation familiale effectués par les juges aux affaires familiales selon la conception de l'intérêt de l'enfant qu'ils portent.

« Donc, au niveau de notre rôle, à part, le texte dit « le juge s'efforce de concilier les parties ». Donc on essaye toujours de les mettre d'accord par rapport aux enfants surtout, parce que c'est quand même ça qui nous tient à cœur quoi. L'intérêt de l'enfant et essayer de voir, de trouver les arrangements quand même. Notre rôle à l'audience est vraiment celui-là ... »

Juge aux Affaires Familiales (M5), femme, 36 ans, fille d'enseignants, a fait le choix de faire carrière dans cette fonction juridictionnelle. Entretien réalisé dans son bureau le 15 Mai 2008.

L'appropriation de la conciliation et de la médiation par les juges aux affaires familiales est, par ailleurs, étroitement liée aux contraintes qui pèsent sur leurs audiences. La durée de l'audience est clairement une difficulté soulevée par les différents juges aux affaires familiales rencontrés pour permettre un véritable travail de conciliation.

« Une tierce personne intervient tel un médiateur familial, et souvent cela permet de trouver une solution. Sur notre rôle, c'est vrai que notre temps d'audience est limité déjà, parce que l'on a beaucoup de dossiers donc, on essaye de concilier mais il faudrait parfois plus de temps. Et puis parfois les gens arrivent des fois très, très remontés ! On a un quart d'heure à consacrer, à peu près, à chaque dossier, donc vous imaginez la difficulté pour concilier un couple en pleine crise. »

Juge aux Affaires Familiales (M6), femme, 29 ans, fille de greffier. Elle exerce cette fonction juridictionnelle depuis deux ans autrement dit, depuis sa sortie de l'ENM. Entretien réalisé dans son bureau le 13 Mai 2008.

Assistant à différentes audiences de juges aux affaires familiales tenues le plus souvent sur des demi-journées, j'ai pu remarquer que les premiers échanges entre le juge et son greffier – avant que l'audience ne commence – correspondaient au nombre d'affaires à traiter afin d'évaluer le temps de l'audience. Pour cela, elles effectuaient une forme de catégorisation des affaires présentées notamment en fonction du type de litige (simple réévaluation d'une pension alimentaire, homologation d'un divorce par consentement mutuel, évaluation d'une

prestation compensatoire, évaluation des griefs dans le cadre d'un divorce pour faute, attribution de la garde des enfants, etc.) et ce, afin de cibler les affaires qui nécessiteront le plus de temps pour tenter de concilier les parties. Dans les tribunaux où les flux d'affaires sont très importants, les juges aux affaires familiales face aux contraintes d'audience pesant sur leur mission de conciliation ont tendance à déléguer, d'une certaine manière, cette mission aux professions extrajudiciaires en dirigeant les justiciables vers des médiateurs familiaux pour une réunion d'information sur la médiation (qui rappelons-le est gratuite). L'exemple d'une audience tenue en décembre 2009 par une jeune juge aux affaires familiales révèle d'une part les modes d'appropriation par cette juge de la conciliation et de la médiation familiale et d'autre part, les différentes contraintes qui pèsent sur cette appropriation.

Compte-rendu d'observation d'une audience tenue par Cécile Loyau, Juge aux Affaires Familiales (M4) :

Cette audience se tient un vendredi après-midi du mois de décembre 2009 et débute à 14h00. Treize affaires sont au rôle de la greffière ; cette dernière précisant au juge aux affaires familiales que parmi ces affaires, une d'entre elles comporte un problème de procédure, l'épouse n'ayant pas été destinataire de l'assignation à comparaître devant le Juge. Trois autres affaires risquent d'être radiées puisque les couples ne se sont pas présentés au Greffe avant l'audience et n'ont pas déposé d'écrits (sous forme de conclusions à l'appui de leurs demandes) au greffe du Tribunal. Finalement, neuf affaires seront présentées au juge aux affaires familiales en la présence des parties et/ou de leurs avocats pendant près de quatre heures. Ces neuf affaires ont duré pour la plupart un peu moins d'une demi-heure. Une d'entre elles, ayant duré un peu plus de temps que les autres (plus de trois quarts d'heure), a pour objet la demande d'attribution de la résidence à l'une des parties face à la situation d'échec de la résidence alternée instaurée par une précédente décision d'un autre J.A.F. de ce tribunal. Cette affaire oppose Madame Chapdeleine, trente deux ans, sans emploi, ayant effectué quelques missions intérimaires, et Monsieur Ledauphin, trente trois ans, intérimaire, électrotechnicien de formation. Ce couple a vécu en concubinage et de leur union sont nés deux garçons de 5 et 2 ans. En Janvier 2009, Madame Chapdeleine avait saisi la Juge aux Affaires Familiales afin de mettre un terme à la résidence alternée. Lors d'une audience de juin 2009, et face à l'impossible communication du couple, la juge les avait enjoins de rencontrer un médiateur familial afin de maintenir cette résidence alternée semblant convenir aux enfants. Les deux conjoints, chacun assisté de son avocat, reviennent donc devant la juge à cette audience de décembre et évoquent l'échec de la médiation familiale. En effet, Monsieur Ledauphin ne s'étant pas rendu à la première réunion de médiation familiale, le processus de médiation n'a pu s'enclencher. Faisant état de l'échec de la médiation familiale, l'avocat de Madame Chapdeleine se lance dans une plaidoirie à charge contre Monsieur Ledauphin, invoquant les violences conjugales subies par sa cliente, l'alcoolisme et la consommation de stupéfiants de Monsieur Ledauphin, ou encore, le fait qu'il aurait refusé la médiation familiale. Dans la première partie de cette audience, la juge n'intervient que très peu, seulement sous forme de relance auprès d'un des avocats ou d'une des parties dans le souci du respect du contradictoire. Les avocats monopolisent la parole, le conflit entre les ex-conjoints est exacerbé. L'échange se résume à une suite de reproches (notamment le manque de conciliation) et de griefs entre les

deux parties, les avocats se saisissant du moindre fait pour nourrir leur plaidoirie. Ces derniers s'accordent finalement sur deux points, « *les choses n'ont pas avancé depuis la dernière audience* » et « *la nécessité d'avoir une décision judiciaire qui encadre très précisément les modalités de résidence et de garde des enfants* ». L'avocat de Madame Chapdeleine termine sa plaidoirie en proposant que la juge ordonne une enquête sociale. Après avoir longuement laissé la parole aux parties et surtout, aux avocats, la juge, démunie face à l'accumulation de tensions et de reproches du couple parental, clôture l'audience en réitérant de façon pédagogique, son invitation à entamer une médiation familiale et en précisant l'esprit qui la guide : l'intérêt de leurs deux garçons. Elle prend les dossiers des deux avocats, fixe le délibéré à trois semaines, et insiste sur « *l'impossibilité de concilier des parties focalisées sur des reproches réciproques* » sur « *le mode de l'agressivité permanente* ».

Face à certaines affaires où le dialogue est impossible à instaurer entre les parties notamment lorsque la séparation fait suite à des violences conjugales, les juges aux affaires familiales se retrouvent démunis pour instaurer une forme de conciliation et même réticents à préconiser ou enjoindre une médiation familiale. Déjà en 1990, la recherche réalisée par Benoît Bastard, Laura Cardia-Vonèche, et Sylvie Liziard, à partir d'observations d'audiences de différents juges aux affaires matrimoniales de trois tribunaux de la région parisienne montrait comment face à des situations de séparations conflictuelles, les juges se trouvaient démunis pour concilier les parties notamment par le fait que n'occupant plus « *une position dominante dans l'interaction, les schémas de la communication se multiplient et se diversifient. Les conjoints s'expriment, ils arrivent même à diriger la conversation, faisant pour un instant du juge et des avocats leurs spectateurs* »³¹⁶.

Une juge aux affaires familiales en fonction depuis près de dix ans explique lors d'un entretien, après une audience qu'elle a tenue dans la matinée, la difficulté de concilier des parties et d'instaurer une médiation familiale dans des situations de violences conjugales. Elle prend ainsi l'exemple d'un couple incité par ses avocats à entamer une médiation familiale à laquelle la femme s'oppose.

« Toute à l'heure, c'était un gars qui était violent avec son ex-compagne, il l'avait été pendant la vie commune, et il a même été en prison de longs mois pour ça ! Et là, ça continuait devant l'enfant quand elle l'amenait. C'est vrai que les avocats ont commencé à dire médiation et moi, mon réflexe ça a été de dire quand il y a violence, la médiation n'est pas forcément la meilleure solution. On ne parle plus. A partir du moment où l'on sort les poings, c'est que l'on

³¹⁶ Bastard Benoit, Cardia-Voneche Laura, Liziard Sylvie, « Juge dominant ou juge démunie ? La rédefinition du rôle du juge en matière de divorce », in *Droit et Société*, N°33, 1996, p.277-398.

ne peut plus parler, et je ne vois pas l'intérêt d'une médiation. Il y a une supériorité psychologique de l'un sur l'autre, un ascendant. C'est pas une bonne chose de toute façon. Finalement, il faut que les gens soient au minimum en capacité de discuter, d'analyser, d'aller plus loin ... »

Juge aux Affaires Familiales (M5), femme, 36 ans, fille d'enseignants. Entretien réalisé dans son bureau le 15 Mai 2008.

Une jeune juge aux affaires familiales du même tribunal, depuis deux ans en poste directement suite à sa sortie de l'ENM, pointe des configurations de séparation où la médiation s'avère être un outil qu'elle utilise pour lui permettre de concilier les parties. Il s'agit notamment des séparations où le litige se limite aux modalités de la garde des enfants et où les pratiques et projets éducatifs des deux parents se sont différenciés suite à la séparation.

« En fait, la médiation est faite pour que les deux parents rétablissent un dialogue dans l'intérêt de leur enfant qui ne va souvent pas bien. Peu importe que ce soit un divorce pour faute ou accepté ou un consentement mutuel. En général, je trouve que le type de dossier médiation, c'est le dossier où chacun des parents dit « oui, mon enfant va mal à cause de l'autre parent, parce que l'autre fait ci parce que l'autre fait ça ». Donc chacun des parents dit ça et en fait, on se retrouve à leur dire « si votre enfant va mal, c'est certainement parce que vous deux, vous n'arrivez pas à vous entendre ». Donc ça parfois, il y en a qui arrive à en prendre conscience grâce à une médiation. »

Juge aux Affaires Familiales (M6) femme, 29 ans, fille de greffier. Entretien réalisé dans son bureau le 13 Mai 2008.

Si les pratiques des magistrats en matière de conciliation et de médiation familiale s'avèrent soumises notamment à des contraintes liées aux configurations des procès (communication écrite / communication orale, contrainte temporelle, rationalisation des tâches des magistrats, etc.) et aux types de conflits conjugaux et familiaux qui leur sont présentés, la question est également de savoir si le rapport à la conciliation et à la médiation familiale des magistrats est issu exclusivement d'une appropriation de ces pratiques au cours de leur expérience professionnelle ou bien également d'un savoir faisant partie d'un socle collectif de connaissances, autrement dit de savoir faire et de savoir être acquis au cours de la formation des magistrats, notamment lors de leur passage à l'Ecole Nationale de la Magistrature.

2.1.2. La formation des magistrats à la conciliation

Depuis 1958, suite aux ordonnances du Général de Gaulle lequel, avec Michel Debré, souhaitait professionnaliser la magistrature qui se reproduisait sur un « mode dynastique », la formation des magistrats en France est dispensée, à Paris, au Centre national d'études judiciaires, puis, à partir de 1970, à l'Ecole Nationale de la Magistrature à Bordeaux. Si comme l'a bien montré Anne Boigeol, à la fin des années 1950, on a assisté à la transformation du mode de reproduction de la magistrature, comme corps professionnel, « *en substituant au mode traditionnel de transmission du savoir, essentiellement fondé sur l'apprentissage pratique, un mode plus rationnel où ce savoir est formalisé en un enseignement spécifique* »³¹⁷, il reste à appréhender les savoir-faire et savoir-être transmis aux futurs magistrats au cours de la formation dispensée par l'ENM.

Considérant que les expériences acquises par les futurs magistrats dans les domaines social, administratif, associatif ou judiciaire, etc. au préalable du passage par l'ENM ne suffisent pas à faire un « bon juge », l'ENM se pose comme une institution scolaire visant à faire de la magistrature une profession à part entière. L'activité pédagogique de l'ENM est structurée d'une part, autour de la formation initiale qui vise à former un habitus propre au juge (à travers une hexis corporelle caractérisée par une « droiture physique »³¹⁸, et un ethos fondé sur une distance sociale notamment du politique³¹⁹) d'autre part, autour de la formation continue sous forme de « pôles de formation » (exemples de pôles : Humanités judiciaires, processus de décision et de formalisation de la justice civile, environnement judiciaire, vie de l'entreprise, etc.) afin, d'une certaine manière, d'unifier les savoir-faire et savoir-être acquis des magistrats. Il est important de signaler que la formation de l'ENM laisse une part très importante à « l'apprentissage sur le tas », pour reprendre les termes d'Anne Boigeol, dans le cadre de nombreux stages (84 semaines de stages alors que l'ensemble de la formation de l'ENM est dispensé sur 118 semaines).

Cette rapide étude de la formation dispensée à l'ENM a pour principal objectif d'appréhender la place donnée à la conciliation dans l'ensemble des activités pédagogiques et les modalités d'apprentissage de la conciliation.

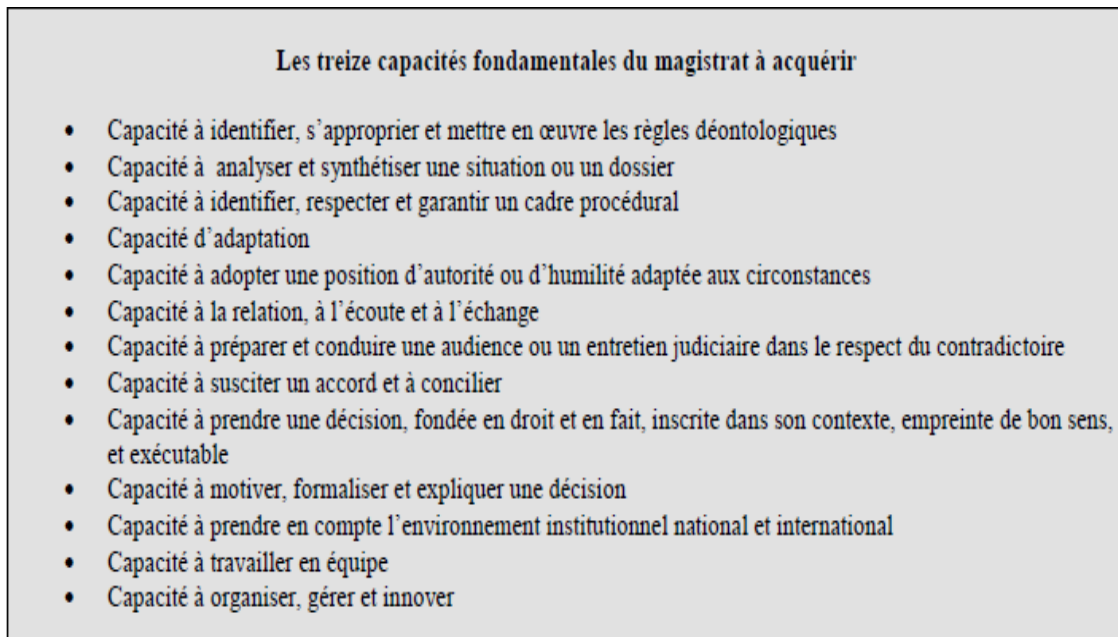
³¹⁷ Boigeol Anne, « La formation des magistrats, de l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 76-77, mars 1989, p.49-64.

³¹⁸ Bourdieu Pierre, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in Chazel François et Commaille Jacques (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGJD, 1991, p.97.

³¹⁹ Roussel Violaine, « Le changement d'ethos des magistrats », in Commaille Jacques et Kaluszynski Martine (dir.), *La Fonction politique de la Justice*, Paris, La découverte, 2007.

Les « capacités fondamentales à acquérir » au cours de la formation à l'ENM correspondent, pourrait-on dire, à l'éthos du magistrat que souhaite produire l'ENM. Ces manières d'être et de faire plutôt que ces « capacités » se déclinent en treize variantes parmi lesquelles, celles dénommées « capacité à la relation, à l'écoute et à l'échange » et « capacité à susciter un accord et à concilier ».

Figure 7 : Les treize capacités fondamentales du magistrat à acquérir



Sources : Programme pédagogique de la promotion 2010 de l'ENM

Dès lors, se pose la question de savoir comment est pensée l'application pédagogique des deux capacités qui nous intéressent particulièrement ici. La formation commune à tous les auditeurs est structurée autour des pôles de formation « Humanités judiciaires », « processus de décision et de formalisation de la justice civile », « processus de décision et de formalisation de la justice pénale », « communication judiciaire », « administration de la justice », « dimension internationale de la justice », « environnement judiciaire » et « vie de l'entreprise ». Dans ce socle fondamental, le pôle « communication judiciaire » (voir figure 8) est celui qui vise, entre autre, à socialiser les futurs magistrats à la conciliation et à la production d'un accord entre les parties ainsi qu'aux différentes techniques d'entretien dont le magistrat peut être amené à investir dans le cadre d'un procès.

Figure 8 : Pole de formation « communication judiciaire »

POLE DE FORMATION « COMMUNICATION JUDICIAIRE »	
Formation initiale théorique de niveau I « Etudes » (commune à tous les auditeurs)	
<i>Capacités fondamentales travaillées</i>	
<ul style="list-style-type: none"> • Capacité d'adaptation • Capacité à adopter une position d'autorité ou d'humilité adaptée aux circonstances • Capacité à la relation, à l'écoute et à l'échange • Capacité à susciter un accord et à concilier • Capacité à expliquer une décision • Capacité à travailler en équipe 	
<i>Contenu de la formation</i>	
<p>La situation de communication et ses différentes composantes</p> <p>Méthodologie pour l'élaboration d'une grille d'entretien et sa conduite :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Les différents types d'entretiens - Les différentes interventions - La préparation et la définition des objectifs de l'entretien - La prise de parole en public <p>L'entretien judiciaire et l'audience publique :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Le positionnement du magistrat - L'écoute, l'adaptation - La conduite d'entretien - L'entretien avec les personnes vulnérables : enfants, personnes âgées, malades mentaux - La question de la crédibilité des témoignages, les fausses confessions - La gestion de la collégialité - L'énoncé et l'explication de la décision <p>La communication par l'écrit</p> <p>La communication publique institutionnelle</p> <p>La communication médiatique</p> <p>La communication par l'image</p> <p>Lectures pluridisciplinaires des situations sociales judiciaires (analyse systémique, sociologie des organisations)</p>	
Formation initiale pratique de niveau I (commune à tous les auditeurs)	
Stage juridictionnel	

Sources : programme pédagogique de la promotion 2010 de l'ENM

Le contenu de ce pole de formation s'articule principalement autour de techniques communicationnelles fondées sur l'analyse de divers types d'entretiens, la conciliation ne faisant pas l'objet directement de « techniques relationnelles » étudiées. Une des méthodes pédagogiques sur lesquelles se fondent l'acquisition de ces savoirs et techniques communicationnels est celle de la simulation. Les simulations sont des exercices réalisés à partir de dossiers réels et sont filmés afin que les magistrats en formation puissent produire une autocritique de leur prestation. Dans certaines simulations, des acteurs jouent le rôle d'un couple engagé dans une séparation conflictuelle, les futurs magistrats devant tenter d'engager

une conciliation afin de trouver un accord entre les parties sur les modalités de la séparation (patrimoine, modalité de la résidence des enfants, etc.).

Une jeune juge aux affaires familiales revient sur l'expérience de simulations au cours de sa formation à l'ENM entre 2002 et 2005. L'apprentissage de la conciliation, précise-t-elle, s'effectue davantage lors des stages et dans l'exercice quotidien de sa pratique de juge aux affaires familiales que lors de simulations qui s'écartent parfois largement des situations observées lors de ses audiences. Si au cours de la formation à l'ENM, par divers exercices et apprentissages routiniers et ritualisant, elle a pu incorporer et fonder les composantes de son habitus de magistrat, tel le devoir de réserve, la capacité à neutraliser les enjeux d'un débat judiciaire, ou encore la faculté de prendre la distance nécessaire pour neutraliser l'enjeu du litige présenté par les parties, il s'avère qu'elle a davantage acquis ses savoir-pratique de la conciliation au cours de son expérience de stage et par la suite en tant que juge aux affaires familiales qu'au cours de la formation initiale de l'ENM.

« On a eu des simulations avec des comédiens à l'ENM et donc on avait une formation « entretien difficile ». Donc les comédiens étaient censés jouer un couple souhaitant divorcer. En fait, ils ont fait quelque chose, mais nous on avait été en stage avant, parce que c'était pendant la présentation et ce que les comédiens pensaient être une situation très difficile, mais c'était rien du tout par rapport à ce que l'on voit tous les jours. Ils se disputaient un peu alors que parfois, c'est très violent ! En fait, on fait un peu ce que l'on veut, on n'est pas très formé par exemple à la conciliation ou bien à l'audition des enfants. On n'est pas formé du tout. Après, on peut toujours faire des formations, il y a une formation continue donc il y a toujours des formations, mais cela reste limité. »

Juge aux Affaires Familiales (M6), femme, 29 ans.

Lors de la formation initiale à l'ENM qui prépare à « huit fonctions judiciaires de base »³²⁰, l'étudiant doit choisir une de ces huit fonctions et suivre des formations adaptées. Pour ceux ayant opté pour la fonction de « Juge de grande instance », au sein de laquelle est assimilée celle de juge aux affaires familiales, il est possible de suivre un approfondissement du pôle de formation « communication judiciaire » (Figure 8). C'est dans le cadre de ces activités pédagogiques optionnelles que l'on retrouve ainsi des enseignements aux « techniques de la conciliation », à la « recherche de l'adhésion », ou encore à « la gestion des entretiens difficiles et conflictuels » dispensés par une psychologue. On constate donc, d'une

³²⁰ Les huit fonctions judiciaires en question correspondent aux fonctions de juge de grande instance, de juge d'instance, de juge d'instruction, de juge des enfants, de juge d'application des peines, de juge placé auprès du premier président, de substitut du procureur de la République, et de substitut placé auprès du procureur général.

manière générale, un niveau plus faible de la formation dispensée par l'ENM en matière de savoir-être en situation de crise et de conflit au regard des savoirs théoriques et de savoir-faire dispensés tels les techniques d'entretiens et communicationnelles. Dans ce sens, une étude³²¹ réalisée en octobre 2008 par Harold Epineuse, chargé de mission à l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice, auprès de trois générations de magistrats passés par l'ENM (1986, 1996 et 2002) qui avait entre autre pour objectif d'analyser les dispositifs de socialisation professionnelle au regard de la formation dispensée par l'ENM, révèle que si d'une manière générale, les magistrats interrogés « estiment que la formation initiale reçue leur a donné les outils nécessaires pour débiter dans leur carrière », pour ce qui est de l'apprentissage des savoirs être liés à la fonction de juge, une majorité de magistrats précisent que la formation initiale ne permet pas « de gérer les situations de crise telles que les incidents d'audience ou les comportements déviants ». L'étude d'Epineuse établit également qu'un tiers des magistrats interrogés (un autre tiers ne se prononçant pas sur ce point) « estime que la formation initiale reçue ne permet pas d'appréhender les relations du juge avec les justiciables ».

2.1.3. L'engagement sous conditions des magistrats pour la déjudiciarisation des contentieux conjugaux

Après avoir observé les différentes contraintes qui pèsent sur les magistrats pour se saisir des nouveaux modèles de régulation des conflits conjugaux et familiaux, il s'agit maintenant d'appréhender comment collectivement, à travers les positionnements des syndicats de magistrats, le corps de la magistrature se positionne face au mouvement de déjudiciarisation des contentieux conjugaux. En effet, les différents projets de redéfinition des fonctions et des missions du Juge aux Affaires Familiales ne sont pas restés sans réaction de la part des deux principaux syndicats de magistrats (SM : Syndicat de la Magistrature, et USM : Union Syndicale des Magistrats).

Fondé en Juin 1968 par d'anciens élèves de l'Ecole Nationale de la Magistrature, le Syndicat de la Magistrature qui a inauguré le syndicalisme judiciaire, avait initialement pour ambition de combiner « *le souci de revalorisation et de défense de la profession avec des ambitions plus militantes et moins corporatistes, d'ouverture et de soutien aux mobilisations* ».

³²¹ Epineuse Harold, *Evolution de la formation des magistrats en France et en Europe, Bilans et perspectives*, Mission de recherche Droit et Justice, Octobre 2008.

syndicales, dans le monde du travail notamment »³²². Face à la régression de leur condition économique et sociale³²³, d'anciens magistrats se solidarisent avec les jeunes auditeurs à l'origine du mouvement syndical. Les années 1970 font la renommée du SM notamment à travers les médias qui s'emparent d'affaires disciplinaires dont font l'objet plusieurs magistrats syndiqués et par l'implication de ces « juges rouges » dans des affaires relevant du droit social. Avec les scandales politico-financiers des années 1990, le mouvement syndical milite sur la nécessité du respect de l'indépendance judiciaire³²⁴. Ainsi, trouve-t-on parmi les objets de mobilisation du SM, le combat contre « l'impunité des puissants notamment en matière de délinquance économique et financière » et, un engagement pour « la défense de la liberté et des principes démocratiques », ou encore pour que « l'autorité judiciaire puisse exercer sa mission en toute indépendance ». Le droit de la famille ne fait pas partie des objets centraux de mobilisation du SM. Le SM se positionne néanmoins sur les réformes du droit de la famille dans sa volonté de rendre accessible le droit aux profanes afin « de permettre une justice égale pour tous ».

De son côté, l'Union Syndicale des Magistrats (USM) créée en 1974, succédant à l'UFM (Union Fédérale des Magistrats), association fondée en 1945, « plus modérée »³²⁵ que le SM, se positionne comme un syndicat « apolitique et pluraliste ». Les objets de l'USM sont davantage succincts et globaux que ceux du SM. Ils se limitent à trois, c'est-à-dire « d'assurer l'indépendance de la fonction judiciaire », « de défendre les intérêts moraux et matériels des magistrats de l'ordre judiciaire », et « de contribuer au progrès du droit et des institutions judiciaires ».

Si ces deux principaux syndicats de magistrats se sont positionnés en faveur d'une déjudiciarisation du divorce afin de respecter leur même engagement « de promouvoir une justice accessible, efficace et humaine », par contre, la tendance à la privatisation des divorces amiables marque une forte réticence de la part de ces mouvements syndicaux, à travers notamment la publication de différentes prises de position dans la presse nationale et sur différents sites internet spécialisés. Ainsi, face au projet de déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel au profit des notaires annoncé en décembre 2007 par le Gouvernement Fillon, l'intervention d'Emmanuelle Perreux, présidente du Syndicat de la Magistrature, dans

³²² Israël Liora, « un droit de gauche ? Rénovation des pratiques professionnelles et nouvelles formes de militantisme des juristes engagés dans les années 1970 », in *Sociétés contemporaines*, N°73, p.47-72.

³²³ Deville Anne, « L'entrée du syndicat de la magistrature dans le champs juridique en 1968 », in *Droit et Société*, n°28, 1994, p.639-671.

³²⁴ Roussel Violaine, « *Le changement d'ethos des magistrats* », op. cit.

³²⁵ Israël Liora, op. cit.

le nouvelobs.com du 13 juin 2008, souligne la crainte de ce mouvement syndical de voir privatiser un pan du droit du divorce en transférant le règlement des divorces par consentement mutuel jusqu'alors réalisé par des magistrats professionnels, et donc soumis à gratuité pour les justiciables, à une profession judiciaire libérale, les notaires, lesquels pourront facturer les décisions qu'ils entreprendront. Le SM rejette également les arguments au fondement du projet de réforme, notamment ceux mettant en lumière le fait de décharger les tribunaux d'un pan des contentieux conjugaux alors que ces contentieux sont déjà les plus rapidement « traités » et « évacués » par les juges aux affaires familiales. Ne s'opposant pas à la déjudiciarisation des contentieux visée par la réforme, il propose de déléguer la compétence du règlement de ces séparations à un officier d'état civil qui sera notamment en mesure de vérifier que l'intérêt de l'enfant soit respecté :

« Cela ne nous choque pas de vouloir déjudiciariser le divorce. Le SM s'est prononcé de longue date pour un désengagement judiciaire des contentieux civils les moins conflictuels et, notamment des procédures de séparation amiable. Mais ce qui est aberrant, c'est qu'il s'agit, au-delà d'une déjudiciarisation du divorce, de sa privatisation. Le notaire, il faut le payer, alors qu'on pouvait divorcer gratuitement jusqu'ici grâce à l'aide juridictionnelle. Le recours au notaire permet donc des économies pour l'Etat, mais pas pour les justiciables – sauf peut être pour les plus aisés. C'est encore une fois deux poids, deux mesures.

Le notaire n'est pas, selon nous, le mieux placé pour homologuer un divorce. Il pourrait en revanche être prononcé devant un officier d'état civil, avec certains garde-fous. Il devrait s'assurer que les époux sont bien d'accord sur le principe et les modalités de la séparation, en les rencontrant séparément dans un premier temps, comme le fait aujourd'hui le juge. On pourrait imaginer de conserver le recours au juge en cas d'atteinte à l'intérêt de l'enfant.

Quant à prétendre décharger les tribunaux grâce à cette mesure, c'est totalement faux, puisque la procédure actuelle est expressément rapide. Encore une fois, c'est une mesure vendue de manière partielle. ».

Emmanuelle Perreux, Présidente du Syndicat de la Magistrature, nouvelobs.com, 13 juin 2008.

Dans le même article, et dans la même lignée que le Syndicat de la Magistrature, l'Union Syndicale des Magistrats à travers son secrétaire général, Laurent Bedouet, craint qu'une telle réforme remette en cause les principes d'un procès équitable et gratuit pour les deux conjoints. Il pointe aussi le risque de voir transmettre aux notaires le règlement des divorces par consentement mutuel alors que ceux-ci, de par leur formation et leur fonction judiciaire initiale, ne sont pas à même de garantir les droits de l'enfant, et plus globalement, sous un angle corporatiste, de « rendre la justice » :

« En cas de consentement mutuel, il y a accord sur le principe du divorce, mais à partir de là tout reste à faire. Dans le cadre d'une dissolution de mariage et de ses conséquences, il faut

s'assurer qu'une des parties ne soit pas lésée, qu'il y ait une équité. Le rôle du juge prend ici tout son sens. Qui d'autre que lui peut garantir les droits de l'enfant ? Certainement pas un notaire. C'est un juriste, mais ce n'est pas son rôle. Il n'est pas à même de garantir la justice et la justesse d'une transaction passée entre époux.

Prétendre désengorger les tribunaux avec cette mesure, ce n'est pas un argument sérieux. Les divorces ne sont pas l'activité principale des juges aux affaires familiales, loin de là. Cela n'a aucun sens. Et invoquer les possibilités d'économie, c'est carrément une fausse information. D'après ce que dit le gouvernement, on pourrait divorcer devant un notaire, soit sans avocat, ce qui serait une catastrophe pour la protection des parties, en gardant les avocats, ce qui représenterait un coût supplémentaire. Jusqu'ici, la justice est un service gratuit, mais le notaire réclame des honoraires, et il n'accepte pas l'aide juridictionnelle (...) »

Laurent Bedouet, Secrétaire Générale de l'Union Syndicale des Magistrats, nouvelobs.com, 13 juin 2008.

Dès le 19 décembre 2007, quelques jours après l'annonce du Gouvernement de transférer le règlement du divorce par consentement mutuel aux notaires, le Syndicat de la Magistrature produisait un communiqué (ci-dessous) rappelant les fondements juridiques qui doivent être sous-jacents à une telle réforme du divorce par consentement mutuel (la vérification du consentement de chacun des époux, la garantie de l'intérêt de l'enfant, le maintien de la gratuité des nouvelles procédures, etc.) :

« Réforme du divorce : oui à la déjudiciarisation, non à la privatisation »

[...] De longue date, le Syndicat de la magistrature s'est prononcé pour un désengagement judiciaire des contentieux civils les moins conflictuels et, notamment des procédures de séparation amiable. Une telle réforme ne peut cependant être envisagée sans réflexion d'ensemble sur le rôle du juge et de l'avocat en matière familiale et sans la mise en place de garanties élémentaires, indispensables corollaires à la déjudiciarisation.

Le Syndicat de la magistrature rappelle en effet que la nouvelle procédure devra :

- Garantir l'information complète du couple sur les droits et obligations patrimoniaux et extrapatrimoniaux qui encadrent la séparation ;
- Vérifier la réalité du consentement de chacun des époux pour le choix de ce type de procédure ;
- Garantir l'intérêt de l'enfant ;
- Maintenir la gratuité de la procédure pour les couples qui relèvent de l'aide juridictionnelle »

Communiqué du Syndicat de la Magistrature en date du 19 Décembre 2007.

Déjà, sous le gouvernement Jospin, alors que s'amorçait la réforme du divorce réalisée finalement en 2005, le Syndicat de la Magistrature se positionnait³²⁶ clairement pour la déjudiciarisation du divorce et proposait la suppression du divorce pour faute. Ce dernier point révèle une position libérale du syndicat en matière de mœurs familiales.

En analysant le positionnement des syndicats de magistrats sur les réformes récentes portant sur la régulation judiciaire des contentieux conjugaux et familiaux, et alors que l'activité judiciaire en matière familiale occupe une place importante dans l'ensemble des affaires civiles traitées par les tribunaux, on a pu se rendre compte que ces réformes n'ont pas suscité une mobilisation syndicale des magistrats importante au regard d'autres réformes (carte judiciaire, suppression du juge d'instruction) lesquelles touchent directement à des objets centraux des mouvements syndicaux (respect de l'indépendance du pouvoir judiciaire, une justice égale pour tous). Aussi, chez les magistrats, le moindre prestige du droit de la famille par rapport à d'autres domaines du droit tel que le droit des affaires, ou encore le droit pénal financier, n'est pas sans incidence sur ce faible engouement syndical. Au final, les prises de position des syndicats de magistrats sur les projets de réforme visant à la déjudiciarisation d'un pan de la régulation judiciaire des dissociations conjugales se cantonnent principalement aux risques de voir privatiser certains contentieux conjugaux en dépit du principe de gratuité de la Justice.

2.2. *Les avocats, au croisement de multiples intérêts*

La position des avocats dans le mouvement de déjudiciarisation des contentieux conjugaux et familiaux, est délicate, prise entre deux logiques de sens opposé³²⁷. D'une part, engagés dans une relation clientéliste, les avocats sont, en premier lieu, des défenseurs de « causes » et ont donc pour mandat de défendre les intérêts de leurs clients et, d'autre part, le mouvement de réformes du droit de la famille autour d'un modèle « consensuel » et « autorégulé » de la séparation ne peut que contraindre ces professionnels du conseil juridique, du moins pour ceux qui sont sensibles à ces évolutions récentes, à accompagner ce processus de déjudiciarisation des contentieux conjugaux. Benoît Bastard précise ainsi « *on peut penser que l'avocat se trouve au cœur de la tension entre deux modèles de résolution des conflits, l'un axé sur la revendication des droits individuels et l'autre sur la construction*

³²⁶ Bulletin d'information périodique du SM, *J'ESSAIME*, n°3 de février 2002.

³²⁷ Bastard Benoît, *Les démarieurs, Enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, op. cit., p.107.

négoziée de solutions voulues par les protagonistes »³²⁸. Le sens donné à leur profession ainsi qu'à leur mission par les avocats est déterminante dans la manière dont ils se positionnent entre ces deux logiques de régulation des conflits conjugaux et familiaux.

Nous tenterons d'analyser les positionnements des avocats à partir d'analyses de tracts et de communiqués syndicaux du Conseil National des Barreaux (CNB), du contenu des états généraux du droit de la famille organisés tous les ans par le CNB, de « guides pratiques » du divorce publiés par des avocats ou encore à partir de discours sur leurs pratiques d'avocats rencontrés et interrogés lors de notre recherche ethnographique. L'analyse de ces différents matériaux doit permettre ainsi de saisir la manière dont se sont redéfinis les rôles et missions de l'avocat, d'appréhender les usages effectués par les avocats de la médiation et de la conciliation et enfin, face au processus enclenché de déjudiciarisation d'un pan du droit de la famille, de saisir les stratégies de défense d'un marché conséquent pour une partie importante de ce corps professionnel.

2.2.1. Les « jaffettes »³²⁹ face au modèle de la séparation consensuelle et autorégulée

L'identité de l'avocat spécialiste des affaires familiales est directement en jeu dans le processus de déjudiciarisation des contentieux conjugaux. Son positionnement identitaire parmi les différentes professions intervenant dans la régulation des conflits familiaux (médiateurs, psychologues, assistante sociale, éducateurs, juges) se trouve réinterrogé du fait du processus de pacification des dissociations conjugales. Soit par adhésion, ou soit par contraintes notamment imposées par les juges aux affaires familiales rendant leur décision en vertu de ce paradigme, les avocats se sont engagés dans ce nouveau paradigme de l'accord.

Le droit de la famille est une activité importante de la profession d'avocats qui est un domaine du droit exercé, dans les Barreaux de province, soit comme une activité principale, soit comme une activité secondaire. Les artisans et les petits associés, pour reprendre les catégories établies par Lucien Karpik afin de décrire les différentes configurations professionnelles dans lesquelles exercent les avocats³³⁰, sont ceux pour qui la pratique du droit de la famille s'avère être un domaine central de leur activité. Par ailleurs, la très forte féminisation des avocats spécialistes du droit de la famille a certainement facilité l'ajustement

³²⁸ *Ibid*, p.108.

³²⁹ Les « jaffettes » est le nom donné par le reste de la profession aux avocates spécialistes du droit de la famille et disposant ainsi d'une relation privilégiée avec les juges aux affaires familiales.

³³⁰ Karpik Lucien, *Les avocats : Entre l'Etat, le public et le marché XIIIe –XXe siècle*, Paris, Gallimard, 1995.

identitaire de la profession au nouveau modèle de la régulation judiciaire des dissociations conjugales. De fait, par un effet d'homologie, la distinction des domaines du droit exercés en fonction du genre observée chez les magistrats, se retrouve également pour les avocats. Déjà en 1993 alors que le processus de féminisation de la profession d'avocat n'était pas achevé, Patricia Walters et de Nicky Le Feuvre dans le cadre d'une étude comparative sur la féminisation des professions juridiques en France et en Grande Bretagne précisait que les praticiennes françaises représentaient « 20% des avocats spécialisés dans le droit commercial, et 51% de ceux qui sont spécialisés en droit de la famille (y compris le droit matrimonial) »³³¹. Cette tendance est bien perçue par les professionnelles lesquelles l'analysent comme l'expression de dispositions féminines spécifiques (sensibilité, sens de l'esprit de famille, meilleure compétence dans la gestion des affects, etc.) socialement construites comme « naturelles ».

« C'est très féminisé le droit de la famille chez les avocats. On voit que les promos qui sortent il y a plus de femmes que d'hommes, largement plus et c'est vrai que les hommes sont plus attirés par tout ce qui est droit des affaires, tout ce qui est également droit pénal. Bon, moins par le contentieux familial. Peut-être parce qu'il faut avoir quand même une certaine sensibilité, on va dire. Il faut bien le reconnaître, bon c'est peut-être un à priori sans doute ... Je pense que d'emblée les hommes ne sont pas forcément attirés par le contentieux familial. Voilà, c'est un fait. »

Avocate généraliste (A7), 38 ans. Le domaine du droit de la famille est son domaine d'activité principal

Au sein du territoire judiciaire sur lequel nous avons mené nos investigations, les avocates spécialistes du droit de la famille exercent davantage en cabinet individuel ou au sein d'un petit cabinet d'associés regroupant le plus souvent moins de cinq avocats. Si les justiciables ont tendance à faire davantage confiance aux capacités ressenties comme « naturelles » des femmes dans le domaine du droit de la famille³³², la surreprésentation des femmes dans ce domaine du droit s'explique également par leur présence dans les petits cabinets vers lesquels les justiciables ont tendance à faire appel pour traiter d'un contentieux conjugal et familial (du moins en Province).

Le rapport des avocates spécialistes du droit de la famille à ce domaine du droit est, par ailleurs, étroitement liée à la place du droit de la famille en France, et plus précisément à la place du droit du divorce dans la défense des causes en faveur des femmes. Alors qu'en

³³¹ Le Feuvre Nicky, Walters Patricia, « Egales en droit ? La féminisation des professions juridiques en France et en Grande-Bretagne », in *Sociétés Contemporaines*, N°16, Décembre 1993, p.41-62.

³³² *Ibid.*

France, depuis les années 1970, la cause des femmes s'est centrée essentiellement sur les droits à l'avortement et à la contraception laissant en marge la question du règlement juridique des conséquences financières du divorce, dans les Etats Nord-Américains, notamment le Québec, la question du règlement des conséquences financières du divorce s'est trouvée en tête des priorités des mouvements en faveur des femmes³³³. « *En France, précise Anne Revillard, les pensions alimentaires et la prestation compensatoire sont essentiellement perçues dans des termes protectionnistes et familialistes par les défenseurs de la cause des femmes qui interviennent dans les débats les concernant* »³³⁴.

Les avocates en droit de la famille, sont ainsi moins les défenderesses des causes juridiques en faveur des femmes, que les défenderesses de l'institution familiale et surtout les garantes du respect l'intérêt de l'enfant. Les deux extraits d'entretien suivants avec deux avocates permettent de saisir leur positionnement en tant que conseil en matière de contentieux familiaux. L'intérêt de l'enfant structure notamment les entretiens avec leurs clients. Quitte, notamment pour Maître Giraud, à ce que l'exercice de son mandat puisse aller à l'encontre de l'intérêt de son client. La crédibilité professionnelle auprès des magistrats, c'est-à-dire l'adhésion au modèle de la séparation consensuelle dans l'intérêt de l'enfant, est un élément structurant de leur éthique professionnelle, surtout dans des petites juridictions de province où la réputation professionnelle s'avère être un enjeu important pour se positionner sur le marché juridique local.

« Alors moi quand ils viennent et me disent je viens pour une séparation, je leur explique les quatre procédures de divorce. Après, je vois en fonction de ce qu'il me relate en voyant s'ils vont sur le côté contentieux ou pas (...) Donc moi, en fait, l'intérêt, c'est toujours de préserver les enfants. Donc, si je me rends compte qu'ils veulent aller vers du contentieux, qu'il y a des enfants et que ce sont eux qui vont souffrir, qui vont être dans la bataille, qui vont subir, j'essaye de leur ouvrir leurs yeux en leur faisant comprendre « est-ce que c'est de l'intérêt des enfants de vivre tout ça ? ». Et en général, ils se rendent compte que pour les enfants, il faut apaiser les choses. Donc ils laissent un peu de côté leurs problèmes financiers ou je ne sais quoi ... Enfin, ça prend du temps, et après, ils laissent un peu de côté les tensions pour que cela se passe au mieux pour les enfants. »

Entretien du 29 Octobre 2007 avec Maître Claire Nivoz (A6), 35 ans, spécialiste du droit de la famille et du droit pénal des mineurs, associée dans un cabinet de quatre avocates.

³³³ Revillard Anne, « Le droit de la famille : outil d'une justice de genre ? Les défenseurs de la cause des femmes face au règlement juridique des conséquences financières du divorce en France et au Québec (1975-2000) », in *L'Année sociologique*, Vol. 59, n°2, 2009, p.345-370.

³³⁴ *Ibid*, p.356.

« J'essaie, comment je peux dire, c'est-à-dire que c'est peut être très prétentieux ce que je vais dire, mais je pense avoir une certaine crédibilité auprès des magistrats parce qu'il y a des choses sur lesquelles on ne peut pas tergiverser notamment l'intérêt des enfants. Il m'est arrivé, il y a quelques temps notamment, je défendais un père qui avait vraiment un problème d'alcoolisme, sa femme n'avait pas de preuves et le juge ne le savait pas et je trouvais plus honnête de le dire que Monsieur avait des problèmes avec l'alcoolisme alors que j'aurai pu dire « non, non, Madame n'a pas de preuves ». Voilà, il n'y avait pas de preuves, il n'y avait pas de preuves. Voilà, et le juge a adapté sa décision en fonction de la situation de Monsieur, faire attention etc. Et j'ai eu cette impression après, pas de le faire dans tous les cas non plus, que Monsieur ça le libérait parce que déjà c'est pas parce que c'était un alcoolique, que c'était un mauvais père et c'est pas parce que c'était un alcoolique que c'était un imbécile, parce qu'avant tout c'est un problème et puis le dire au niveau du juge alors que j'aurai pu très bien le cacher mais après, on ne peut pas être crédible. J'essaie de ne pas dire tout et son contraire c'est-à-dire dire des choses dans un dossier et puis après prendre un autre dossier et dire des choses contraires à ce que j'ai soutenu avant. »

Entretien du 7 décembre 2007 avec Maître Valérie Giraud (A9), 41 ans, spécialiste du droit de la famille, exerce à titre individuel.

Par ailleurs, minoritaires au sein des Barreaux de notre territoire judiciaire, des avocates engagées syndicalement et/ou politiquement à gauche ayant notamment intégré la profession au cours des années 1970, proposent une conception différente du rôle de l'avocat. On pense, ici, notamment à différentes avocates, représentants des associations de femmes victimes de violences conjugales ou de femmes victimes de harcèlement au travail, engagées politiquement au Parti Socialiste ou précédemment au Parti Communiste, engagées syndicalement au Syndicat des Avocats de France (SAF) ayant une clientèle quasi exclusivement féminine, proposant une conception plus « combative » de la défense des intérêts de ses clientes.

La trajectoire professionnelle et politique ainsi que la conception du rôle de l'avocat de Maître Gandon traduisent cette position particulière au sein du marché des conseils juridiques en droit de la famille. D'origine bretonne, issue d'une famille proche politiquement du gaullisme (père : cadre dirigeant dans la grande distribution ; mère au foyer), Maître Gandon, après avoir obtenu un DESS de droit du travail à La Sorbonne, revient s'installer dans ses terres natales, pour son stage professionnel de trois ans. Engagée au parti socialiste, proche de la mouvance Rocard, elle est élue à la même époque conseillère municipale d'une ville, chef lieu d'un département de l'Ouest de la France. Indépendante, elle ouvre son cabinet en individuel dès ses premières années d'exercice au sein duquel elle fera toute sa carrière et recrutera trois avocats (un homme et deux femmes) partageant la même éthique et le même engagement professionnels. Intégrant le Barreau de cette ville en 1973, et se syndiquant auprès du SAF, elle est notamment à l'initiative avec deux autres confrères de la création de la

deuxième Boutique du droit sur le plan national. Dans un barreau conservateur, elle se socialise et s'engage dans des combats politiques et judiciaires afin de « faire sa place » au sein de ce barreau réfractaire aux « partis et syndicats gauchos ».

« Je suis rentrée en 1973 au Barreau ! Il n'y avait pas beaucoup de femmes ! En plus, j'étais une femme politisée et pas dans un parti politique qu'il fallait. En plus à l'époque, bon, maintenant, être de gauche, être au parti socialiste, c'est être dans un parti au pouvoir etc., mais en 1973, c'était oh la, la... Et puis, le barreau, j'avais des collègues, je ne vous dis pas, qui me faisaient « hi Hitler » dans les couloirs. C'était, avec la Boutique du droit, on m'a cherché des noises. Ils ont cherché des trucs à la Préfecture, voir, si on ne pouvait pas me coincer. Non, non, c'était une belle bagarre au départ, et puis on s'est imposé ... En plus, le fait d'être au SAF, dans un syndicat gauchos, c'était après 1968, je vous raconte pas ! » **Entretien avec Maître Gandon (A12) réalisé le 27 Mars 2008.**

Proche de Marie-Victor Louis, sociologue féministe, elle collabore dans différentes affaires d'harcèlement sexuel et sera à l'origine d'un ensemble de jurisprudences en la matière qui conduira à la production de la loi sur le harcèlement sexuel au travail. Elle devient ainsi l'avocate d'associations contre les violences faites aux femmes. Ces affaires, comme Maître Gandon le dit elle-même, « *ce sont des engagements, ce ne sont pas des clients, ce sont mes engagements personnels en dehors de mon exercice habituel et je ne prends bien entendu aucun honoraire* ». En 1992, alors qu'elle quitte le Parti Socialiste au moment où sortent les premières affaires sur le financement des partis politiques, différents mouvements féministes lui demandent de rejoindre une liste pour se présenter aux élections régionales, mais décline la proposition. Il est évident que son engagement politique et syndical a directement influé sur la composition de sa clientèle, notamment dans le domaine du droit de la famille devenu son principal secteur d'activité après qu'elle ait mis de côté son activité auprès des syndicats et des mouvements féministes. La part de sa clientèle féminine est ainsi très importante même si elle explique ne pas refuser la clientèle masculine, exceptés les hommes – notamment ceux ayant une position sociale élevée – la mandatant pour éviter que leurs conjointes puissent la mandater.

« Mais il va s'en dire que dans la région, on dit que Lemarchand ne défend que les femmes et elle est féministe. D'abord, je ne suis pas féministe. Je suis pour l'égalité. Alors si c'est ça être féministe, je suis féministe ! Je suis pour l'égalité, ce qui est différent quand même. Et ensuite, il se fait et c'est un point très important que l'évolution de notre société permette aux femmes de demander, d'être demandeuse ou demanderesse juridiquement, dans le cadre d'une

procédure de divorce. Avant, elle ne pouvait pas se permettre de faire des demandes de divorce. Maintenant, elles sont souvent : elles travaillent, elles ont les possibilités sur le plan des allocations, etc. Et elles sont en majorité, je crois, qu'elles sont, c'est, elles qui demandent le divorce. Donc étonnamment, elles viennent chez moi.

Nicolas : Vous savez par quels canaux elles viennent à votre cabinet ?

Maintenant, c'est la réputation. Oui, la réputation. Au début, c'était parce que j'avais la réputation d'être battante si vous voulez, de défendre les femmes, ça aussi, c'est pour ça, je pense, qu'au début, c'est venu petit à petit. Mais, c'est drôle, d'ailleurs parce que maintenant, on a eu de véritables sketches comme ça où vous avez des spécialistes, des médecins, que je ne voulais pas prendre, parce que la femme était en demande et donc, il faisait semblant de prendre rendez-vous pour un autre domaine, etc. Il me squeezait pour que je ne sois pas dans le dossier. Et toujours actuellement, vous avez des industriels par exemple qui ont fait semblant de demander des consultations pour que je ne sois pas l'avocate de leur femme. Ça m'amuse, mais c'est du n'importe quoi ! C'est drôle. J'ai une réputation professionnelle de défendre les femmes. Bon, il faut aussi relativiser, j'ai aussi des hommes, donc, ce n'est pas totalement vrai. Ça ne tient pas tout à fait complètement cette réputation ».

La posture de Maître Gandon se traduit par une pratique différenciée de ses autres confrères notamment en matière d'approche des différentes procédures de divorce. Résistant en quelque sorte à cette « tendance lourde » insufflée par les magistrats qui « poussent absolument à arriver à une acceptation du principe de la rupture », son ambition est tant de révéler que de réaliser la volonté de sa cliente. Néanmoins, de par la normalisation des contentieux conjugaux autour du modèle du « bon divorce », elle est méfiante quant à l'usage de la procédure de divorce pour faute pour les clientes qu'elle conseille et de l'exploitation qui peut en être faite notamment par les pères pour disqualifier les mères qui sont en majorité à l'initiative de la demande en divorce.

« Avec les pratiques des magistrats qui poussent absolument à arriver à une acceptation du principe de la rupture, il faut être vigilant avec l'usage du divorce pour faute. Moi, je le conseille lorsque la personne, psychologiquement en a besoin. Lorsque c'est une nécessité et ce qui n'est pas rare. Mais ce n'est pas moi qui décide, je ne prends pas la décision. Je ne prends pas la décision, je dis toujours à la personne « je ne prends pas la décision de la procédure » parce que je considère quelqu'un ... Parce que vous savez 35 ans de métier, je sens quand la personne vient me voir parce qu'elle n'en peut plus, mais qu'elle tient toujours à l'autre ou lorsqu'elle est déterminée. Quand je sens que la personne est encore ..., je dis « non, on attend, on ne fait pas la procédure » parce que tout le reste de sa vie, ce sera elle qui aura demandé la procédure de divorce. »

Finally, if lawyers have taken account of the new model of judicial regulation of marital dissociations, either by conviction, or by submitting to constraints linked to the process of normalization realized in the first place by the magistrates, it remains a diversity of conceptions of the role of the lawyer among practitioners of family law for this type of contentious matter. The styles of intervention of lawyers are thus a function of their sex, of their mode of exercise (in individual, in small cabinets of associates, etc.), of their political and/or syndical engagement and/or still of the conception of the ethics of the profession of the lawyer.

2.2.2. L'évolution du rôle de l'avocat dans le processus de conciliation et de médiation conjugale

The modes of adjustment of lawyers to the new model of consensual and self-regulated separation by couples often depend on their appropriations of alternative modes of conflict resolution: conciliation and, above all, mediation. While lawyers exercise a veritable monopoly on the treatment of marital contentious matters and more specifically on the treatment of divorce where the representation of parties by a lawyer is obligatory, the Barreau, and in the first place, the National Council of the Barreau has been led to position itself in regard to this new model of regulation of marital dissociations. Faced with the treatment of separations proposed by judges and by family mediators, lawyers had to rethink their intervention in front of parties. The National Council of the Barreau has quickly seized the question of the adjustment of the profession to the new paradigm of the judicial regulation of family dissociations. Since January 27, 2005, year of the reform of divorce, the organization of the States General of Family Law by the National Council of the Barreau notably marks the willingness to establish the place of the lawyer in the judicial and extrajudicial regulation of marital dissociations. « *Les avocats, précise ainsi le Conseil National des Barreaux au cours du colloque du 18 Septembre 2003 intitulé « une nouvelle place pour le barreau de la famille », doivent être prêts à prendre toute leur place à tous les stades du règlement de la crise familiale ; ils sont désormais les acteurs incontournables non plus seulement du combat mais de la paix* ». Le CNB opère, dès lors, un véritable travail d'institutionnalisation d'un « Barreau de famille », en délimitant les missions et fonctions des avocats au service du modèle de régulation judiciaire basée sur le consensus

et le respect de l'intérêt de l'enfant ou encore en ritualisant les Etats Généraux du droit de la famille qui, depuis 2005, se tiennent tous les ans au mois de Janvier.

« L'avocat n'est plus simplement le porte parole du justiciable, il joue, au cœur de la crise (familiale), un rôle fondamental de conseil :

D'abord, l'avocat informe de l'état de la loi, de l'évolution de la jurisprudence ;

Il guide le citoyen dans son approche en l'inscrivant dans la réalité juridique ; il est un vecteur de l'esprit des lois. Les Lois sont comprises par les justiciables aussi parce que les avocats, plus que les Juges, qui n'en ont pas le temps, les présentent et en discutent avec leurs clients.

Puis l'avocat conseille et accompagne ;

L'évacuation de la souffrance dans les crises familiales passe d'abord par le premier, et souvent le seul, interlocuteur que la personne en difficulté familiale rencontre, l'avocat.

L'avocat d'aujourd'hui bâtit des solutions.

L'institution judiciaire, en l'état de son fonctionnement actuel et prévisible compte tenu des perspectives de budget à court et moyen terme ne peut pas prendre en charge de telles missions.

Les sollicitors anglais ne s'y sont pas trompés : conscients qu'ils sont mieux placés pour favoriser les accords, ils ont introduit dans leur charte pour première mission, celle de tenter de concilier ;

Dans leur droit, comme dans le nôtre, protéger l'enfant est devenu le principal enjeu de la crise familiale ; au nom de l'enfant, il faut tout mettre en œuvre pour éviter le conflit meurtrier. »

Actes du Colloque du Conseil National des Barreaux en date du 18 septembre 2003 intitulé « projet de réforme du divorce : une nouvelle place pour le barreau de famille ».

Ainsi, la tentative de conciliation, selon le CNB, ne se limite pas au passage devant le Juge aux Affaires Familiales. La conciliation doit être envisagée comme un processus au cours duquel l'avocat intervient et y joue un rôle central. Davantage, l'avocat doit devenir l'initiateur du processus de conciliation et suppléer les magistrats, ou du moins devenir le relai des juges aux affaires familiales dans leur mission de conciliation. Lors des Troisièmes Etats Généraux du Droit de la Famille tenues les 25 et 26 Janvier 2007, le discours du Garde des Sceaux, Pascal Clément, vient consolider et légitimer cette nouvelle place des avocats notamment dans la régulation judiciaire du divorce. Il met ainsi en avant le rôle joué par les avocats pour rendre moins conflictuel les séparations et favoriser la procédure du divorce par consentement mutuel, la plus courte en terme du temps passé devant les Tribunaux pour les justiciables, et de manière sous-jacente, la moins onéreuse pour la Chancellerie engagée dans un processus de rationalisation des dépenses réalisées par son administration.

« On peut le dire sans hésitation, la réforme du divorce est un succès ; les objectifs de la loi du 26 Mai 2004 sont atteints ; les quelques 150.000 couples qui, chaque année, dénouent le lien conjugal, peuvent le faire dans un environnement moins conflictuel et selon une procédure plus rapide.

Les premiers chiffres le prouvent : l'ensemble des intervenants se sont très vite appropriés la réforme. En particulier, les avocats que vous êtes ont su en utiliser toutes les possibilités pour donner aux époux le choix du cas de divorce le plus adapté à leur situation familiale.

Ainsi :

- De 2004 à 2005, la part des divorces pour faute est passée de 37% à 28% alors que, dans le même temps, celle des divorces par consentement mutuel est passée de 47% à 59% ;
- Depuis le 1^{er} Janvier 2005, les nouvelles possibilités de passerelles sont largement utilisées, notamment vers le divorce par consentement mutuel et parfois avant l'assignation au fond.

La durée des procédures, à laquelle les Français sont particulièrement sensibles, a légèrement diminué : elle est passée, tous cas de divorce confondus, de 14 mois à 11 mois, soit une réduction de 20%. (...) »³³⁵

Extrait du discours du Garde des Sceaux, Pascal Clément, lors des 3èmes Etats Généraux du Droit de la famille organisés par le CNB et tenus les 25 et 26 Janvier 2007.

Au-delà de ces différents procédés de valorisation et de légitimation symbolique du nouveau rôle de l'avocat, il convient de saisir comment dans les pratiques mêmes des avocats se traduit cette incitation à la conciliation et à la médiation au plus haut de la hiérarchie de l'avocature. Mais cette incitation à la conciliation ne peut omettre l'autre aspect du rôle de l'avocat, celui de défendre les intérêts de son client.

Maître Huaume (A3) retraduit bien la difficulté de concilier son rôle de représentante des intérêts de son (ou sa) client(e) avec sa nouvelle mission de conciliation. Cette avocate, âgée de 45 ans, exerce dans un cabinet d'associées. Disposant du titre de « spécialiste du droit des personnes », spécialité qu'elle a obtenue par la voie d'une formation dispensée et labellisée par le CNB, la part la plus importante de son activité est directement attachée au domaine du droit de la famille. Maître Huaume est de ces avocats qui ont pris acte de la redéfinition du rôle de leur profession vers une plus grande place laissée à la conciliation. Réputée pour son approche « humaine » de sa mission de conseil, elle explique engager la relation avec ses clients en composant entre la volonté de son client pouvant souhaiter s'engager dans une procédure de divorce pour faute et une incitation à la conciliation, notamment dans l'intérêt des enfants. En même temps, il ne s'agit pas pour elle de « forcer la conciliation » au risque d'engager un divorce amiable qui s'avérerait « destructeur » pour les enfants. Enfin, elle pointe le rôle premier et fondamental des juges aux affaires familiales dans la recherche de solutions amiables. Si elle adhère clairement au nouveau mode de régulation des dissociations conjugales, elle relativise le rôle de l'avocat dans le processus de

³³⁵ In La Gazette du Palais, N°262 à 263, 127^{ème} année, 19 & 20 Septembre 2007.

conciliation, lequel reste attaché, du moins dans la représentation que les justiciables s'en font, à sa mission de représentation des intérêts de ses clients.

Maître Huaume : « Si je sens vraiment que la personne a besoin de faire un divorce pour faute, parce que si elle ne le fait pas, parce qu'elle se sent profondément victime, parce que, si elle ne fait pas, il y aura peut être un divorce amiable, mais derrière il y aura un contentieux avec les enfants qui sera, qui sera très dangereux ... Donc si je vois qu'une personne dans mon bureau se présente en tant que victime, bon je lui parle du divorce amiable, mais je lui dis « si vous avez besoin d'un divorce prononcé aux torts de Monsieur ou de Madame » selon la personne qui est dans mon bureau, pour tourner la page, et « que ça vous pèse tellement », je lui dis « faites cette procédure ». Donc ça dépend comment la personne se présente, mais même quand les personnes sont vraiment meurtries et veulent un divorce pour faute, si vraiment on peut éviter cette procédure ... A l'opposé, il m'arrive d'avoir des personnes meurtries qui arrivent dans mon bureau « bon, je veux faire un divorce amiable ». Mais à chaque fois, qu'elle ouvre la bouche, c'est pour parler des torts de l'autre. Je leur dis « Donc vous êtes sûr que c'est un divorce amiable que vous voulez faire parce que je n'ai pas envie de faire un vrai faux ou un faux vrai, comme vous voulez. Mais, je veux que cela corresponde à votre situation ». Mais la détermination du choix de la procédure se fait à l'issue d'un entretien d'un certain temps avec le client. Le premier entretien dure, avec moi, très, très longtemps au niveau du divorce.

Nicolas : Quel regard vous portez sur la dernière réforme du divorce de 2004 ?

Maître Huaume : Cette réforme a permis beaucoup de passerelles toujours vers l'amiable. Maintenant le juge a pour fonction de s'assurer que les époux ne veulent absolument pas de divorce amiable. Même nous, quand on a quelqu'un dans notre bureau, qui nous dit « je ne veux pas d'un divorce amiable », on essaye de voir si c'est possible de trouver un accord minimal, notamment pour les enfants. »

Entretien réalisé le 8 octobre 2007.

Si la conciliation ne fait pas l'objet de véritable dissension parmi les avocats puisque la recherche d'accord amiable, quelque soit la nature du domaine du droit pratiqué, rentre dans les missions de ce professionnel du conseil juridique, la pratique de la médiation divise davantage les avocats. Avec l'entrée de la médiation sur la scène judiciaire à la fin des années 1980, la majorité des avocats ont été réservés vis-à-vis de ce nouveau mode de régulation des conflits. Seules quelques avocates ont été intéressées et séduites par cette nouvelle approche du règlement des contentieux conjugaux et familiaux³³⁶. Ces avocates ont intégré la médiation à leur savoir faire professionnel et ont ainsi été labellisées avocats-médiateurs, non pas par le CNB, mais par les associations de promotion de la médiation. Ces avocats-médiateurs se sont trouvés en situation minoritaire face à leurs confrères pour qui la médiation n'était pas considérée comme un marché porteur, et surtout peu rémunérateur au regard des autres activités des avocats. Surtout, la fonction de médiateur est envisagée par les avocats, telle

³³⁶ Bastard Benoît, *Les démarieurs, Enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, op. cit., p.140.

Maître Rolland, comme différenciée de celle de l'avocat. Selon elle, l'avocat peut initier ou du moins, favoriser le parcours de médiation de ses clients en tentant au préalable de « pacifier » les relations entre conjoint mais il demeure attaché à sa mission première : défendre les intérêts de son ou sa cliente. Maître Rolland précise également en filigranes les limites de la médiation familiale qui ne peut aboutir qu'avec « la bonne volonté » et le consentement des deux conjoints.

« Même dans les séparations moins conflictuelles, on est obligé de passer par l'intermédiaire du juge qui lui va inviter fortement, voire ordonner une mesure de médiation. Alors ce n'est pas toujours bien compris par le conjoint, l'ex-concubin qui n'envisageait pas du tout les choses sous cet angle-là. Ce n'est pas toujours bien compris, c'est vrai qu'on arrive quand même à des résultats, mais ça suppose toujours la bonne volonté. Donc, sans bonne volonté de toute façon, on n'arrivera à rien, mais c'est une bonne chose. Ces mesures de médiation, c'est une bonne chose parce qu'il faut absolument au-delà de l'avocate qui représente quelque part l'institution judiciaire, donc qui représente quand même celui qui bataille quelque part. C'est ça aussi qu'est l'avocat, même si moi je me défends d'être suffisamment comme ça. J'essaie de leur faire comprendre que ce n'est pas ça l'avocat, que l'avocat, il n'est pas là pour mettre de l'huile sur le feu. Pour autant, ils ont toujours encore cette vision déformée. Nous, on ne peut pas être avocat et médiateur. Il faut absolument qu'ils puissent devant une tierce personne, débattre de leurs difficultés, les mettre à plat. Donc, nous on essaye de pacifier aussi les choses pour que la médiation puisse s'engager, parce que le but de tout ça, c'est de pacifier les relations. »

Maître Rolland, avocate (A7), exerce dans un cabinet avec une autre associée, son activité est centrée sur le droit de la famille et le droit des étrangers. Entretien réalisé le 26 mars 2008.

D'autres avocates, plus âgées, restent réservées sur l'effervescence autour de la médiation familiale. En faisant du consensus et de la conciliation les éléments centraux des procédures judiciaires, elles pointent le risque que les médiations familiales produisent des accords parentaux inapplicables et déconnectés de l'intérêt des enfants. Surtout, elles restent circonspectes sur le résultat des médiations familiales pour les séparations conflictuelles. Finalement, elles craignent l'instrumentalisation de la médiation familiale réalisée par la Chancellerie à des fins strictement gestionnaires. En incitant les magistrats à enjoindre des médiations familiales prises en charge par les justiciables, la Chancellerie favoriserait ainsi, selon elles, autant la déjudiciarisation des contentieux conjugaux que la privatisation de la régulation de ce type de contentieux.

Par ailleurs, grâce à un important travail de lobbying, les associations promouvant la médiation familiale (fédération des centres de médiation, association pour la promotion de la

médiation familiale (APMF)) ont incité les avocats à devenir des acteurs du processus de médiation familiale. Finalement, avec la réforme du divorce incitant les magistrats à développer les recours aux médiateurs familiaux, et plus récemment avec le rapport Guinchard intitulée « l'ambition raisonnée d'une justice apaisée » qui propose de conforter la médiation familiale « *en établissant des listes de médiateurs par TGI* » et « *en généralisant le pouvoir aujourd'hui reconnu au juge en matière familiale d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur, pour une réunion d'information sur la médiation* » (proposition 49 du rapport Guinchard), le CNB a dû se positionner face à la création de ce nouveau marché. L'enjeu des débats qui ont traversé l'instance du CNB est la question de la labellisation de la médiation comme spécialité afin de permettre aux avocats-médiateurs de s'inscrire sur les listes de médiateurs proposés dans les tribunaux. Le 12 Mars 2010, lors de son assemblée générale, le CNB a rejeté la proposition d'ajouter une mention de spécialisation « médiation » considérant que ce mode alternatif de règlement des conflits est « *un droit processuel auquel peuvent prétendre tous les avocats de la même manière, et non pas une spécialisation juridique stricto sensu* »³³⁷. Cette position du CNB, avec le risque de se fermer la porte d'un nouveau marché, s'avère être un véritable camouflet pour les « avocats-médiateurs » engagés dans la médiation depuis plus d'une dizaine d'années. Reste à savoir comment les avocats défendent leur place au sein d'un marché du droit de la famille en pleine mutation.

2.2.3. Les contours d'un nouveau marché à défendre

Le 18 Septembre 2003, lors du colloque « *une nouvelle place pour le barreau de famille* » organisé par le Conseil National des Barreaux dans le cadre du projet de réforme du divorce entériné moins de deux ans plus tard, déjà, une des questions centrales posée dans l'introduction de ce colloque était la redéfinition de la place de l'avocat, autrement dit le maintien ou la suppression de la postulation de l'avocat dans les affaires de divorce :

« La question que doivent se poser les avocats est : allons-nous résister ou, aux côtés de nos clients, accompagner cette révolution, et y trouver notre place, une nouvelle place ?

« La question que les avocats doivent poser aux pouvoirs publics et au législateur est : allez-vous nous donner les moyens de cette nouvelle place ? Allez-vous enfin comprendre que plus d'avocat, c'est certainement une meilleure justice, mais c'est aussi paradoxalement un moyen d'alléger la charge du service public de la justice ?

³³⁷ Boccara Eve, « Médiation : petit marché deviendra gros ? », in La Gazette du Palais, 21 au 23 Mars 2010, p.8.

« La place que le Barreau de Famille doit prendre et les moyens qui doivent lui être donnés, c'est l'objet de cet exposé »

Préambule au Colloque du 18 septembre 2003 « Une nouvelle place pour le barreau de famille » organisé par le CNB

Pour maintenir sa position dans le règlement des dissociations conjugales, l'avocature a effectué un véritable lobbying³³⁸ dans le cadre des récentes réformes de la régulation judiciaire des contentieux conjugaux et familiaux, en premier lieu, auprès de la Chancellerie. En organisant, depuis 2005, les Etats Généraux du droit de la famille, le CNB pris soin de convier à chaque fois le Garde des Sceaux, qui faisait acte de présence à chaque édition, ou du moins était représenté par le Directeur des Affaires Civiles et du Sceau. De même, ces Etats Généraux du Droit de la Famille pensés initialement pour unifier et partager les expériences et pratiques des avocats sont devenus un rendez-vous incontournable des différents professionnels intervenant dans la régulation judiciaire des conflits familiaux (juges aux affaires familiales, procureurs, psychologues et pédopsychiatres, médiateurs familiaux, éducateurs, etc.) et des universitaires (principalement des juristes) traitant du droit de la famille. Ces initiatives prises à l'échelon national s'observent également sur le plan local où des Barreaux de villes de province prennent l'initiative d'organiser des colloques de droit de la famille. Ces « grand-messes » du droit de la famille organisées par les avocats ont aussi pour fonction de légitimer la place de l'avocat dans le nouveau paradigme de la régulation des contentieux familiaux. Le Barreau de la ville où siège la Cour d'appel organise ainsi, tous les ans, depuis 2007, un colloque de droit de la famille autour de thématiques différentes (exemple de thème de colloque : « l'enfant et ses familles »). Le Barreau, lors de ses rencontres, prend soin d'inviter tous les acteurs locaux (juges aux affaires familiales, associations de médiation familiales, experts judiciaire en psychologie ou psychiatrie, avoués à la Cour, etc.) intervenant dans la régulation judiciaire des contentieux familiaux. Il est ainsi intéressant de remarquer que les intervenants lors de ces colloques sont très majoritairement des avocates étiquetées au sein du marché juridique local comme « spécialistes du droit de la famille ». Le dernier colloque tenu par ce Barreau en 2010, mettait ainsi en scène quinze intervenants avocats (quatorze femmes pour deux hommes dont le bâtonnier pratiquant le droit pénal) pour une seule juge aux affaires familiales connue pour défendre le rôle et la

³³⁸ Par exemple, ce lobbying peut se matérialiser par la présence d'un représentant du CNB dans les dernières Commissions Guinchard et Leonetti.

place des avocats dans les procès familiaux. Cette juge précisait lors de son intervention « *l'intérêt de la présence de l'avocat pour les magistrats* », les avocats permettant de « *pacifier le conflit conjugal et sensibiliser leurs clients à l'intérêt des enfants* » en amont du passage devant le Juge. Pour clore son intervention, cette juge incitait les avocats à faire de l'intérêt de l'enfant le cœur du débat judiciaire. Ces initiatives d'organisation de colloques, vitrines des nouveaux rôles et fonctions de l'avocat, s'inscrivent comme de véritables stratégies de la profession pour maintenir la situation de monopole des avocats dans la régulation des conflits familiaux.

Les récents projets de recomposition de l'espace judiciaire des contentieux familiaux impliquent directement de redessiner des nouvelles frontières entre les différentes professions judiciaires et extrajudiciaires, notamment entre les avocats, les médiateurs familiaux et les notaires³³⁹. Les avocats sont ainsi dans cette situation de mise en concurrence avec les médiateurs familiaux et les notaires auxquels la Chancellerie envisage d'attribuer la compétence du règlement d'un pan du droit du divorce dans son entreprise de déjudiciarisation des contentieux conjugaux et familiaux et ce, au détriment de la situation de monopole des avocats. On comprend mieux, dès lors, le levé de bouclier des différentes instances représentatives de la profession pour (re-)légitimer la place de l'avocat dans la régulation des contentieux conjugaux et familiaux.

Le Syndicat des Avocats de France, syndicat plus particulièrement impliqué dans la défense des droits de salariés ou des droits des étrangers, et alors que la réforme du divorce était en préparation, a ainsi pris l'initiative de publier un numéro entier de sa revue syndicale autour des enjeux de cette réforme, notamment pour ce qui est de la situation des avocats. Critique à l'égard de la tendance à la légitimation de la seule procédure de divorce par consentement mutuel au détriment des autres procédures, les avocats du SAF posent ainsi le constat que « *l'accord est la règle à tout prix, au besoin à coup de médiation forcée, tout échec à la mise en place du modèle idéal (du couple parental coopératif) renvoyant inéluctablement les personnes à une culpabilité insupportable et une mise à l'index discriminatoire, et qu'il s'agit donc bien de faire le bonheur des gens malgré eux, au nom*

³³⁹ Cette perspective n'est pas sans rappeler les analyses de Pierre Bourdieu sur la division du travail juridique, ce dernier précisant que « *le champ juridique est le lieu d'une concurrence pour le monopole du droit de dire le droit, c'est-à-dire la bonne distribution (nomos) ou le bon ordre, dans laquelle s'affrontent des agents investis d'une compétence inséparablement sociale et technique consistant pour l'essentiel dans la capacité socialement reconnue d'interpréter (de manière plus ou moins libre ou autorisée) un corpus de textes consacrant la vision légitime, droite, du monde social* ». (Bourdieu Pierre, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, septembre 1986, p.3-19.)

d'un modèle idéal qui n'est plus négocié »³⁴⁰. La critique portée par le SAF au processus engagé de normalisation des dissociations conjugales autour d'un modèle consensuel marque aussi une volonté de maintenir des procédures nécessitant l'intervention de l'avocat. En filigrane à la défense du pluralisme juridique en matière des divorces, c'est bien le maintien du rôle de l'avocat qui est en jeu.

Plus récemment, l'idée du Gouvernement Fillon de transférer le règlement des divorces par consentement mutuel aux notaires a également remis en cause le monopole de la postulation des avocats. Si les critiques portées tant par les représentants du CNB que ceux des syndicats d'avocats se concentrent sur les inégalités des justiciables dans le traitement de leur séparation que produirait la privatisation de la régulation judiciaire des divorces par consentement mutuel, on comprend que l'enjeu central pour ce groupe professionnel est de défendre le maintien des avocats au sein d'un marché non négligeable pour une part importante de ces professionnels du conseil juridique.

Les tensions se jouant à la frontière de la profession d'avocats avec les autres professions judiciaires et extrajudiciaires, notamment les médiateurs familiaux et notaires ne font que révéler les limites de la redéfinition du rôle de l'avocat dans la régulation des dissociations conjugales. En s'engageant dans la conciliation et pour quelques uns, dans la médiation familiale, les avocats ont, dans une certaine mesure, relégué au second plan ce qui compose une part importante de leur identité : la défense et la protection des droits de leurs clients ou clientes.

Après avoir présenté le processus de production du nouveau paradigme de la régulation judiciaire des dissociations conjugales et le positionnement des différentes professions judiciaires et extrajudiciaires intervenant dans cette régulation, il s'agit, dès lors, d'appréhender les pratiques effectives des justiciables. Ainsi, l'objectif du chapitre suivant sera de saisir la manière dont les justiciables se sont appropriés ce nouveau paradigme. Plus précisément, nous nous attèlerons à décrire les situations dans lesquelles les justiciables se trouvent en difficulté pour gérer leur séparation de manière consensuelle et autonome.

³⁴⁰ *La lettre du Syndicat des Avocats de France*, Numéro de Mars 2002, titre du dossier : « Réformer le divorce : le dédramatiser et renforcer le lien social ».

Chapitre 3. Les justiciables face aux injonctions à l'autorégulation conjugale

Invoquer la perte de sentiments entre les époux pour rompre le lien conjugal ou matrimonial est ce qui devient admissible aujourd'hui, mais pas au point de rompre le lien parental. ³⁴¹

Suite à la réforme du divorce de 2004 maintenant le pluralisme juridique en matière de divorce, l'exploitation de l'enquête sur le divorce de 2009 des services du Ministère de la Justice³⁴² a pour objectif de décrire les modes d'appropriations des différentes procédures de divorce. Avec les différentes incitations à la pacification de l'épreuve judiciaire, nous avons montré dans le précédent chapitre comment se sont imposés aux agents judiciaires de nouveaux rôles, de nouvelles catégories de pensées ou encore de nouveaux modes de classification pour traiter des séparations. « *Dans ce processus se créent également des zones d'ombre* »³⁴³ précise Pierre Noreau à propos des limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution des conflits. Le risque, en effet, est « d'abandonner à leur propre sort », les justiciables s'écartant de la norme du « bon divorce » ou plus généralement de la « bonne séparation ». Ici, nous avons pour ambition d'appréhender ces zones d'ombre en tentant de saisir les différentes logiques sociales dans lesquelles se trouvent engagés les justiciables qui s'écartent de la séparation idéale.

Aussi, la distinction des notions de litige et conflit est nécessaire à la compréhension des affrontements judiciaires étudiés. La différenciation de ces deux notions vise à illustrer en quoi les pratiques juridiques participent à imposer aux justiciables un mode de régulation prédéterminé : le procès. Enfin, il s'agira de saisir le sens que les couples en situation de conflit donnent à leur parcours judiciaire. En effet, ces couples ne rejettent pas systématiquement le modèle de la séparation consensuelle et autorégulée. Par les attentes et les injonctions à la conciliation et au consensus des différents agents judiciaires et extrajudiciaires, les couples en situation de conflit judiciaire se sont engagés dans un processus de socialisation judiciaire dont une des composantes est la pacification des rapports conjugaux et parentaux dans l'intérêt de l'enfant. Par ailleurs, en retraçant le parcours

³⁴¹ Nous avons repris à notre compte, ici, un extrait du texte d'Emile Durkheim présenté un amorce du chapitre 1 de la thèse en le réajustant au contexte contemporain.

³⁴² Chaussebourg Laure, Carrasco Valérie, Lermenier Aurélie, *Le divorce*, op. cit.

³⁴³ Noreau Pierre, « La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution », *in Droit et Société*, n°40, 1998, pp.585-612.

judiciaire de couples en situation de conflit, de leur entrée dans le « monde judiciaire » au prononcé de la décision, nous analyserons les éléments de leur parcours se composant le plus souvent d'une difficile « mise en mots juridiques » du conflit conjugal et d'un processus de conciliation ou, le cas échéant, d'un processus de médiation quasi impossible à initier. Ce parcours se traduit le plus souvent par un inéluctable conflit, et un rejet de la régulation judiciaire notamment par la remise en cause des décisions des juges aux affaires familiales à travers l'engagement dans une procédure d'appel.

1. Déjudiciarisation des contentieux conjugaux et judiciarisation des contentieux parentaux

Si nous avons déjà pu présenter les contours juridiques des nouvelles procédures de divorce, il convient de mesurer plus précisément les effets sociaux des réformes récentes du droit de la famille incitant à la conciliation des conjoints se séparant et à la pacification des relations au moment de leur passage devant les tribunaux. Comme pour la réforme du divorce de 1975, nous tenterons de saisir les modes d'appropriation sociale par les justiciables des différentes procédures de divorce. Il s'agira d'observer si l'incitation des agents judiciaires et extrajudiciaires à l'autorégulation conjugale et, plus généralement si la norme de la séparation pacifiée se traduit dans l'appropriation des différentes procédures judiciaires par les justiciables. Nous analyserons également l'autre pendant de l'évolution récente du traitement judiciaire des séparations, à savoir la judiciarisation des conflits opposant des parents séparés autour de la prise en charge des enfants du couple.

1.1. Pluralisme juridique et hiérarchie sociale des types de divorce dans les années 2000

La période récente de production législative sur les questions familiales, notamment la réforme du divorce du 26 Mai 2004, n'est pas sans rappeler celle des années 1970 avec en tête, la réforme du divorce initiée en 1975 par Jean Carbonnier. La transformation du droit de la famille au cours des années 1970 n'a pas été sans effet sur la façon dont les groupes sociaux envisageaient l'institution familiale. Si la plupart des modifications juridiques initiées

à cette époque correspondaient à une évolution des pratiques familiales particulièrement sensibles dans les groupes sociaux dominants, on peut se demander ce qu'il en est, aujourd'hui suite aux réformes du droit de la famille au tournant des années 2000. Rémi Lenoir explique à propos des lois sur la famille des années soixante dix, dans leur travail de codification (notamment du divorce), bien que voulant s'ajuster aux différentes « réalités familiales » par une méthode de « pluralisme juridique », a entraîné une hiérarchisation des différentes catégories codifiées par la loi. Alors que la réforme du divorce du 26 Mai 2004 n'a fait qu'en reprendre le modèle pluraliste en légitimant fortement la procédure de divorce par consentement mutuel, la différenciation sociale des modes d'appropriation des différentes procédures de divorce est-elle toujours observée ? Ou bien, assiste-t-on à un nivellement des appropriations sociales autour du modèle de séparation consensuelle et pacifiée ? En définitive, on peut se demander si le processus de pacification des relations conjugales engagé au tournant des années 1970, suit le même processus social décrit par Elias dans la cadre de sa « civilisation des mœurs »³⁴⁴, soit par un mouvement de diffusion du mode de divorce dominant et considéré comme le plus « évolué » (le divorce par consentement mutuel) des catégories sociales dominantes vers les catégories populaires.

La nouvelle législation sur le divorce, qui du point de vue de la procédure judiciaire facilite l'obtention du divorce, a accompagné la tendance à l'élévation du taux de divortialité en France. L'indicateur conjoncturel de divortialité se stabilise depuis 2007 autour de 45 divorces pour 100 mariages. Malgré un pic à 52,3 divorces pour 100 mariages en 2005, première année d'application de la réforme du divorce, l'augmentation du taux de divortialité était déjà amorcé en 2003³⁴⁵. L'évolution initiée par la réforme du divorce du 26 Mai 2004, a principalement joué sur la répartition des justiciables en fonction de la procédure de divorce engagée. L'étude nationale sur le divorce³⁴⁶ menée courant 2008 par la Sous-direction de la statistique et des études à la demande du Ministère de la Justice vise à mesurer l'impact de la loi du 26 Mai 2004 sur l'évolution du divorce en France entre 1996 et 2007. Les principaux

³⁴⁴ Elias Norbert, *La Civilisation des mœurs*, op.cit.

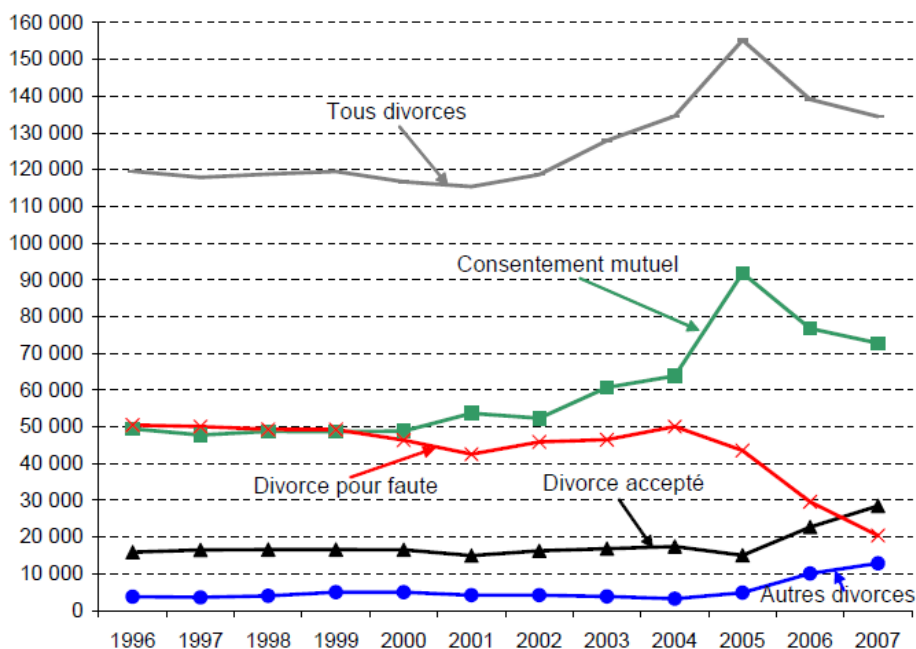
³⁴⁵ Prioux France et Mazuy Magali, « L'évolution démographique récente en France : dix ans pour le pacs, plus d'un million de contractants », in *Population*, Vol. 64, n°3, 2009, p.445-494.

³⁴⁶ Chaussebourg Laure, Carrasco Valérie, Lermenier Aurélie, *Le divorce*, op. cit.

Cette étude est organisée en deux parties distinctes traitant du divorce sous deux angles différents. La première partie propose une lecture transversale, année par année, de l'évolution des divorces prononcés entre 1996 et 2007 à partir de l'analyse descriptive de leurs caractéristiques démographiques et procédurales. La seconde partie fournit une analyse longitudinale du devenir des demandes en divorce déposées entre 1996 et 2007. L'étude s'appuie sur l'exploitation du répertoire général civil à partir de variables ayant pour objectif de décrire « les affaires » (nature de la demande, origine de la procédure, durée de la procédure, etc.) et les « demandeurs » (âge des époux, durée du mariage, nombre d'enfants, âge et sexe des enfants, etc.)

résultats tirés de cette étude montrent en premier lieu que la procédure de divorce par consentement mutuel est celle qui a connu la plus forte progression alors que la procédure de divorce pour faute connaît notamment une baisse continue depuis 2005 (cf. Figure 9 ci-dessous). En s'arrêtant sur l'évolution récente de la procédure du divorce par consentement mutuel, la forte croissance de ce type de procédure se situe en amont de la réforme du divorce, entre 2001 et 2005, avec un seuil maximal en 2005 lors de la première année de l'application de la nouvelle loi sur le divorce. La hausse conjoncturelle liée à la réforme de 2005 n'a pas eu d'effet pour les années suivantes, puisque le niveau de divorce par consentement décroît en 2006 et 2007 pour s'inscrire dans la même progression que celle amorcée au préalable de la réforme. Pour ce qui est de la seconde procédure qui s'inscrit dans le modèle de séparation amiable autrement dit la procédure de « divorce demandé par un époux et accepté par l'autre », son niveau en effectif est constant jusqu'à la réforme du divorce et connaît une progression depuis 2005. En 2007, cette procédure dépasse celle du divorce pour faute pour devenir la deuxième procédure la plus utilisée par les justiciables. Enfin, une dernière tendance notable est le recul important depuis 2004 de la procédure pour faute, c'est-à-dire la procédure la plus contentieuse.

Figure 9 : Evolution des divorces par type de 1996 à 2007³⁴⁷

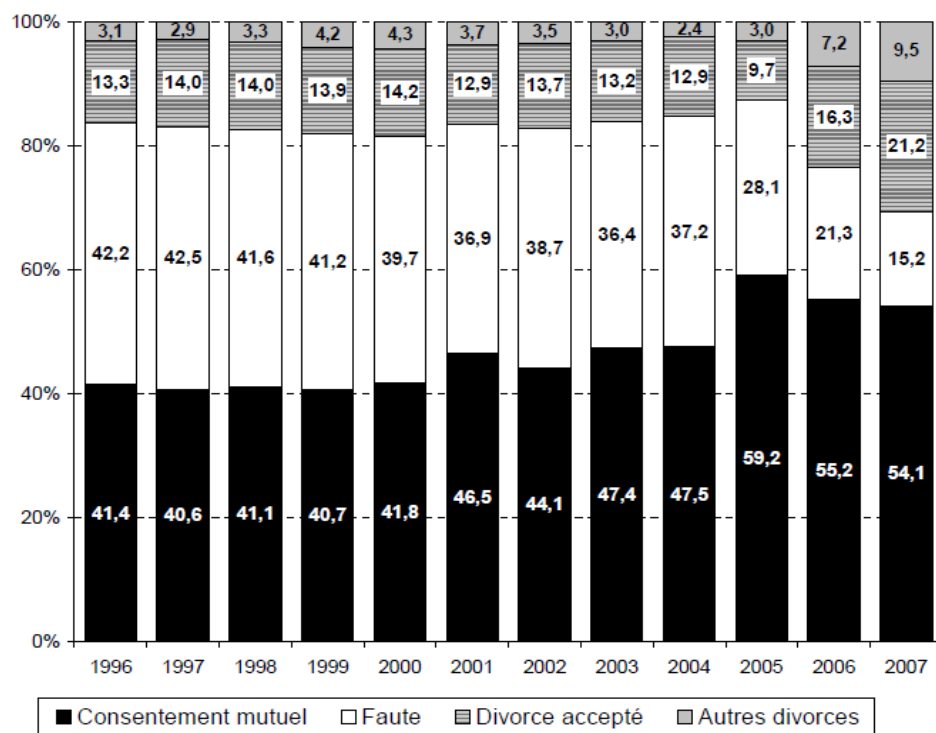


Source : Ministère de la Justice-SDSE-BDSE Répertoire Général Civil.
 Champ : les divorces prononcés entre 1996 et 2007.
 Lecture : 72 757 divorces par consentement mutuel ont été prononcés en 2007.

³⁴⁷ Chaussebourg Laure, Carrasco Valérie, Lermenier Aurélie, *Le divorce*, op.cit., p.12.

L'objectif principal escompté par la réforme du divorce du 26 Mai 2004 était de favoriser le recours aux procédures construites autour d'un accord (total ou partiel). On peut dire, à partir de ces statistiques descriptives, qu'après trois années d'application de la nouvelle loi en matière de divorce l'objectif escompté semble réalisé. Ainsi, la répartition des différents cas de divorce par année a-t-elle subi une importante modification (cf. Figure 10 ci-dessous). Entre 1996 et 2007, la part des divorces par consentement mutuel passe de 41,4% en 1996 à plus de 54% en 2007. A l'opposé, la part des divorces pour faute connaît une importante baisse, passant de 42,2% en 1996 à 15,2% en 2007. La procédure de divorce accepté voit sa part passer de 13,3% en 1996 à plus de 21% en 2007. Ces données révèlent le basculement des procédures contentieuses vers les procédures « d'accord » initiées par la nouvelle loi sur le divorce du 26 Mai 2004.

Figure 10. Répartition par année des types de divorce entre 1996 et 2007³⁴⁸



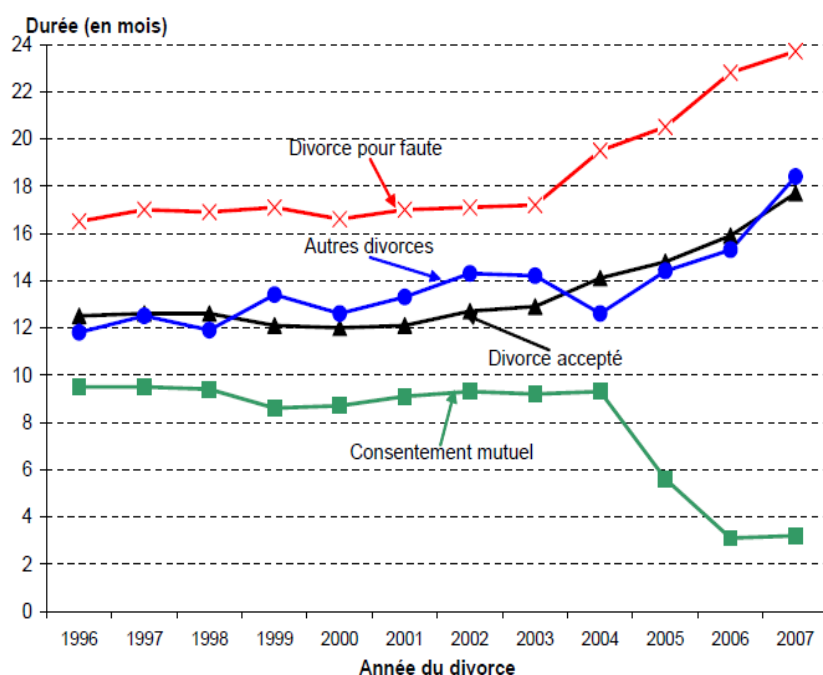
Source : Ministère de la Justice-SDSE-BDSE Répertoire Général Civil.
 Champ : les divorces prononcés entre 1996 et 2007.
 Lecture : 41,4 % des divorces prononcés en 1996 le sont par consentement mutuel.

La nouvelle législation, telle que nous l'avons présentée dans le deuxième chapitre, a largement simplifié et accéléré la procédure du divorce par consentement mutuel. Le délai de

³⁴⁸ *Ibid*, p.13.

réflexion de six mois supprimé, la majorité des divorces par consentement mutuel engagée après réforme est prononcée suite à la première audience devant le Juge aux Affaires Familiales, soit après une durée moyenne de trois mois suite au dépôt de la requête initiale. Le tableau ci-dessous révèle, jusqu'à la réforme, la stabilité de la durée du divorce par consentement mutuel autour de neuf mois, laquelle procédure était déjà largement plus rapide que les autres cas de divorce. A l'opposé, alors qu'avant la nouvelle législation, les durées de des divorces pour faute et des divorces se stabilisaient respectivement autour de dix-sept mois et douze mois, on assiste, à partir de 2004, à un fort allongement de la durée de ces deux procédures pour aboutir à une durée moyenne respective de vingt-quatre mois et seize mois. On peut ici interpréter cette tendance, par un effet d'institution, autrement dit par les modalités pratiques du traitement des affaires par les JAF. On pense, ici, par exemple, à l'organisation régulière d'audiences réservée aux procédures gracieuses favorisant leur traitement sur une courte durée [pratiques présentées par deux JAF rencontrées (M5 et M6)].

Figure 11. Evolution de la durée moyenne des divorces par type entre 1996 et 2007³⁴⁹



Source : Ministère de la Justice-SDSE-BDSE-Répertoire Général Civil.
 Champ : les divorces prononcés entre 1996 et 2007.
 Lecture : en 1996, la durée moyenne du divorce par consentement mutuel est de 9 mois et demi ; en 2007, elle n'est plus que d'environ 3 mois.

³⁴⁹ *Ibid*, p.17.

Par conséquent, si l'on prend la cohorte des demandes en divorce introduites en 2005, la majorité des divorces par consentement mutuel ont déjà abouti avant la fin de l'année 2007 ce qui est loin d'être le cas pour les procédures contentieuses telles celles du divorce pour faute. Aussi, la nouvelle législation ayant introduit des passerelles entre les procédures, certaines procédures contentieuses ont évolué vers un divorce par consentement mutuel en cours de procédure. L'étude de la Sous-direction de la Statistique et des Etudes, malgré le faible recul dont elle disposait (trois ans d'application de la nouvelle législation), montre déjà une tendance au passage d'une procédure contentieuse à une procédure gracieuse. Ainsi, « *la part des divorces par consentement mutuel, introduits par une demande contentieuse, représente 5% de l'ensemble des divorces par consentement mutuel prononcés en 2007, dont la saisine est postérieure au 1^{er} Janvier 2005* »³⁵⁰.

Suite à la réforme de 1975, le « taux de divortialité » était le plus élevé dans les catégories sociales supérieures et le divorce par consentement mutuel y était le plus répandu. Les grandes enquêtes sociologiques et démographiques sur le divorce réalisées à cette époque ont apporté des connaissances importantes sur la description du divorce, comme phénomène social. Après les années 1970, on assiste au basculement des travaux de sociologie d'une approche macrosociologique vers une approche microsociologique tournée vers les conséquences du divorce et les modes de recomposition familiale après divorce. L'importance prise par les savoirs psychologiques dans le traitement des phénomènes de dissociations conjugales et familiales a clairement participé au développement des approches relationnelles du couple et, plus généralement au développement des thèses sociologiques centrées sur l'individu à partir des années 1980. Dès lors, les approches macrosociologiques en termes de déterminants sociaux ont largement été abandonnées pour ce qui est de l'analyse contemporaine des phénomènes de dissociations conjugales. On dispose ainsi de peu de travaux récents pour appréhender les modes d'appropriations du divorce en termes d'appartenances sociale ou culturelle.

Néanmoins, Claude Martin et Irène Théry, dans les années 1990, ont respectivement dans leurs travaux sur l'après-divorce et sur le démariage, révélé une différenciation sociale des modes d'engagement dans l'institution judiciaire dans le cadre de procédures de divorce. Dans la lignée des travaux sociologiques et démographiques des années 1970, ces derniers

³⁵⁰ *Ibid*, p.35.

avancent ainsi que les formes prises par les divorces et séparations diffèrent nettement selon les catégories sociales d'appartenance.

Dans son analyse du divorce sous l'angle de son traitement judiciaire, Théry cherche à pointer les inégalités sociales dans l'accès au modèle du divorce négocié porté par « les classes moyennes et intellectuelles ». Elle dévoile également une forme de défiance des plus démunis à l'égard des démarieurs du fait de leurs injonctions au consensus et à la négociation. Les travaux menés par Irène Théry montrent qu'en promulguant comme une norme leur idéal de la rupture, c'est-à-dire « *le modèle du divorce « réussi », responsable, paisible, réglé « dans l'intérêt de l'enfant », qui a pour conséquence de reléguer les parents, leurs raisons de divorcer et leurs conflits au second plan* »³⁵¹, « *les classes moyennes et intellectuelles renvoient à l'inanité les conflits qui, souvent, déchirent les autres* »³⁵².

Le travail de Claude Martin sur l'après divorce permet d'appréhender les modalités de reconfiguration familiale suite au passage par l'institution judiciaire. Son objectif est « *d'observer et de comprendre la manière dont se réorganisent les relations au sein du « réseau familial » après la dissociation du couple, et de repérer des types de trajectoire socio-familiale* »³⁵³. En analysant notamment plus d'une vingtaine de configurations familiales recomposées, il met en évidence les différentes stratégies et comportements des couples vis-à-vis du droit en fonction de plusieurs critères sociologiques : le niveau de capital culturel, le type de projet conjugal et le type de composition et de communication des configurations familiales élargies. Cette approche permet ainsi de faire le lien qui s'établit entre les catégories juridiques et l'appropriation qui en sont faites par les divorçants.

Ainsi, en milieux populaires, il relève une tendance aux divorces conflictuels, qui se concrétisent par une procédure de divorce pour faute où les causes invoquées sont le plus souvent l'adultère, l'alcoolisme, les violences ou l'abandon du foyer. L'après-divorce en milieux populaires se caractériserait davantage que dans les autres milieux sociaux par un maintien des rapports parentaux dans le conflit, aboutissant à une disparition des relations du parent « non gardien » avec les enfants, le plus souvent le père.

Pour les couples à fort capital culturel, la séparation serait beaucoup moins brutale. Les conjoints se sépareraient le plus souvent dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ou d'un divorce demandé par l'un des conjoints et accepté par l'autre. Le couple divorçant

³⁵¹ Lemarchant Clotilde, « La famille dans la société, familles et inégalités sociales », in Philippe Tronquoy (ss la dir.), Cahiers Français « Famille(s) et politiques familiales », La documentation française, n°322, Septembre-Octobre 2004, p.39-45.

³⁵² Théry Irène, *Le démariage – Justice et vie privée*, op. cit., p.205-206.

³⁵³ *Ibid*, p.299.

essaierait de mettre au point les conditions de sa séparation (lieu de résidence des enfants, montant des pensions alimentaires, etc.), sans pour autant recourir immédiatement au droit et à la justice. Comme l'explique Claude Martin, dans le cas des séparations de couples à fort capital culturel (on pourrait même ajouter à fort capital juridique) « *le droit n'intervient alors que dans un second temps, souvent d'ailleurs pour avaliser ou entériner des accords passés* »³⁵⁴. La volonté de ses couples est de maintenir les rapports (responsabilités et rôles parentaux) entre chacun des parents et les enfants, et ce malgré la recomposition.

Ainsi, les travaux de Claude Martin permettent de pointer le poids des déterminants sociaux dans le processus de recomposition familiale après un divorce et, on tentera de le montrer par la suite, pendant l'instruction judiciaire du divorce.

Si les études statistiques récentes à dimension nationale traitant du phénomène des dissociations conjugales n'intègrent plus les variables liées aux déterminants sociaux, elles apportent néanmoins d'autres enseignements sur différentes variables déterminantes dans la répartition des justiciables par cas de divorces. L'enquête de 2009 sur le divorce montre ainsi que le fait d'avoir des enfants, le mode de résidence mis en place, la durée du mariage et l'âge des conjoints au moment où intervient la séparation, ou encore le fait d'être bénéficiaire de l'aide juridictionnelle ou pas (ce dernier critère permettant d'avoir une approche en terme de ressources économiques des justiciables, et de deviner une répartition des justiciables par cas de divorces selon leur niveau de revenus) déterminent la répartition des justiciables selon les types de divorce.

La présence d'enfants mineurs est une variable importante dans la répartition des divorçants selon le type de procédure. Sur l'ensemble des divorces prononcés en 2007, la part des divorces avec enfant (s) mineur(s) était de 57%. L'étude du Ministère de la Justice sur le divorce de 2009 montre que la présence d'enfants rend la séparation d'autant plus contentieuse. Ce sont ainsi, parmi les procédures de divorce dites contentieuses que l'on observe les plus fortes part de divorce avec enfant(s) mineur(s). En 2007, pour la procédure de divorce accepté (où le couple ne peut être d'accord que sur le principe de la rupture et être en conflit pour toutes les modalités de la séparation), la part de ces divorces avec enfant(s) mineur(s) est de 67%. Pour les divorces pour faute, cette part est de 63% alors que pour les divorces par consentement mutuel, celle-ci tombe à 53%.

Par ailleurs, en fonction des types de divorce, le mode de résidence des enfants se différencie nettement. Si en 2007, pour près de 77% des enfants mineurs dont les parents

³⁵⁴ *Ibid*, p.234.

divorcent, leur résidence était fixée chez leur mère (contre moins de 8% pour les pères), cette tendance est loin de s'appliquer à tous les types de divorce. Alors que l'analyse des différentes jurisprudences sur le sujet montre que les juges aux affaires familiales ont tendance à accorder le principe d'une résidence alternée pour les couples réussissant à pacifier leur séparation, c'est donc logiquement que l'étude sur le divorce de 2009 révèle que « *plus le divorce est contentieux, moins la résidence alternée est fréquente* »³⁵⁵. Dans cette perspective, en 2007, la part de la résidence alternée est de 21,5% pour le consentement mutuel, de 11% pour le divorce accepté et tombe à 4% pour les divorces pour faute.

De plus, la durée du mariage et l'âge des époux au moment du divorce sont particulièrement intéressants à analyser au regard des différents types de divorce. Si en 2007, tous divorces confondus, la durée du mariage est en moyenne de 15 ans au moment du prononcé du divorce, cette durée moyenne est de 13 ans pour les divorces par consentement mutuel et de plus de 16 ans pour les divorces pour faute. « *Cette différence est essentiellement due aux divorces intervenus dans les cinq premières années du mariage qui sont presque deux fois plus nombreux en cas de consentement mutuel que de divorce pour faute ou de divorce accepté (...)* L'autre élément qui différencie les types de divorces est la part des divorces qui interviennent après 30 ans de mariage, qui passe de 8% en consentement mutuel, à 12% pour le divorce accepté, 14% pour le divorce pour faute (...) »³⁵⁶. Logiquement, au moment du divorce, l'âge des époux est moins élevé pour les procédures par consentement mutuel que pour les divorces contentieux, telle la procédure de divorce pour faute.

Enfin, si les données manquent pour décrire précisément la répartition des types de procédure de divorce selon l'origine sociale des justiciables, le bénéfice ou non de l'aide juridictionnelle des justiciables est néanmoins un indicateur permettant d'appréhender le niveau de revenus des divorçants (sachant qu'il demeure un chevauchement entre la hiérarchie de salaires et celle des catégories sociales³⁵⁷). Par contre, la mesure du niveau de ressources culturelles (notamment par la variable niveau de diplôme) des justiciables échappent à ces analyses quantitatives. Le tableau suivant (Figure 12) montre que le contentieux du divorce regroupe un nombre important de justiciables ayant le bénéfice de l'aide juridictionnelle puisque, en 2007, dans plus de la moitié des divorces (51,3%) au moins un des deux conjoints bénéficiait de l'aide juridictionnelle. Ce tableau regroupe au sein d'une

³⁵⁵ Chaussebourg Laure, Carrasco Valérie, Lermenier Aurélie, *Le divorce*, op.cit., p.21.

³⁵⁶ *Ibid*, p.24.

³⁵⁷ Coutrot Laurence, « Les catégories socioprofessionnelles : changement des conditions, permanence des positions ? », *Sociétés contemporaines*, n°45-46, 2002/2, p.107-129.

même catégorie : « AJ », les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle totale et de l'aide juridictionnelle partielle sans que l'on puisse les distinguer. Les personnes disposant de revenus ne dépassant pas un seuil fixé par l'Etat peuvent bénéficier d'une aide juridictionnelle consistant à la prise en charge par l'Etat frais de justice (état de frais d'avocat, frais d'huissier, d'expertise, ...) engendrés par leur procès. En fonction du niveau de ressources des justiciables, l'État prend en charge soit la totalité des frais de justice (aide juridictionnelle totale), soit une partie d'entre eux sous forme de forfait en fonction de la part contributive de l'Etat (aide juridictionnelle partielle)³⁵⁸. Le tableau suivant, en ne distinguant pas les personnes bénéficiant de l'aide juridictionnelle totale de celles bénéficiant de l'aide juridictionnelle partielle, ne permet pas d'avoir un regard précis sur le niveau de revenu des divorçants. Néanmoins, il permet de distinguer les différentes procédures de divorce en fonction du niveau de bénéficiaires de l'aide juridictionnelle. En 2007, il ressort, ainsi, clairement que les couples s'engageant dans une procédure de divorce par consentement mutuel sont ceux qui bénéficient le moins de l'aide juridictionnelle (65,5% des couples divorçant par consentement mutuel n'ont pas bénéficié de l'AJ contre seulement 33,7% pour ceux ayant fait le choix de la procédure du divorce accepté, et 28,5% pour ceux divorçant via la procédure de divorce pour faute). Par ailleurs, le fait que seulement 3% des couples divorçant par la procédure de consentement mutuel voient leurs deux membres bénéficiés de l'aide juridictionnelle s'explique notamment par la possibilité, pour les deux époux, d'avoir le même avocat. Bien que la catégorie « AJ » ne donne pas avoir le niveau de revenu exact des divorçants, peut on avancer, néanmoins, que les divorces les plus contentieux (divorce accepté, divorce pour faute et autres divorces) regroupant une majorité de divorçants bénéficiaires de l'aide juridictionnelle, sont ceux dans lesquels s'engagent davantage les justiciables aux plus faibles ressources économiques et par extension aux milieux sociaux les plus défavorisés (du moins économiquement). Par conséquent, le tableau suivant vient valider, dans une certaine mesure et dans les conditions précisées précédemment, l'hypothèse selon laquelle il existerait une différenciation sociale des différents cas de divorce. Il fait résonance avec les enquêtes menées à la fin des années 1970, révélant que l'appartenance sociale était un facteur déterminant dans le choix de la procédure de divorce. Par contre, il

³⁵⁸ En 2007, le plafond de l'aide juridictionnelle totale était fixé à un niveau de revenus mensuel maximal de 874 euros, et celui de l'aide juridictionnelle partielle, pour une part contributive minimale de l'Etat (15%), le niveau de revenus mensuel maximal ouvrant à ce droit s'élevait à 1311€. Ces plafonds sont majorés en fonction des personnes à charge. Ainsi, toujours en 2007, les plafonds de ressources pour l'octroi de l'aide juridictionnelle totale ou partielle étaient majorés de 157 euros pour les deux premières personnes à charge, et de 99 euros pour la troisième personne à charge et les suivantes.

faut prendre garde à ne pas assimiler systématiquement les procédures de divorce par consentement mutuel aux situations de séparation les moins conflictuelles. En effet, les nouvelles règles en matière de divorce instituées par les différentes législations sur le divorce et l'incitation à la conciliation des différents agents judiciaires et extrajudiciaires, et tout particulièrement des juges et des médiateurs familiaux, ont permis, dans un premier temps, la diffusion sociale, et aujourd'hui, la domination de la procédure de divorce par consentement mutuel sur les autres procédures. Face à la multiplication des contentieux « post-divorce » notamment faisant suite à une procédure de divorce par consentement mutuel, il est nécessaire néanmoins de différencier la procédure judiciaire autrement dit le passage du couple devant les instances et agents judiciaires et le conflit réel vécu par le couple.

Figure 12 : Part des divorces avec aide juridictionnelle selon le type de divorce en 2007³⁵⁹

		Nombre de divorces	%
Tous divorces	ensemble	56 242	100,0
	pas d'AJ	27 402	48,7
	1 AJ	21 559	38,3
	2 AJ	7 281	13,0
Consentement mutuel	ensemble	27 889	100,0
	pas d'AJ	18 272	65,5
	1 AJ	8 829	31,7
	2 AJ	788	2,8
Divorce accepté	ensemble	14 697	100,0
	pas d'AJ	4 946	33,7
	1 AJ	5 997	40,8
	2 AJ	3 754	25,5
Divorce pour faute	ensemble	8 302	100,0
	pas d'AJ	2 364	28,5
	1 AJ	4 045	48,7
	2 AJ	1 893	22,8
Autres divorces	ensemble	5 354	100,0
	pas d'AJ	1 820	34,0
	1 AJ	2 688	50,2
	2 AJ	846	15,8

Source : Ministère de la Justice-SDSE-BDSE-Répertoire Général Civil.

Champ : ont été exclus les TGI présentant plus de 30 % d'écart sur les divorces avec AJ en 2007 entre le RGC et le répertoire des BAJ

Lecture : les couples qui divorcent par consentement mutuel n'ont pas bénéficié de l'AJ dans 65,5 % des cas.

La nouvelle législation sur le divorce a donc participé au renforcement de l'écart entre le règlement des procédures de séparations amiables et celui des séparations contentieuses. Le « succès du divorce » dépendrait donc de la capacité des conjoints à parvenir à une séparation

³⁵⁹ *Ibid*, p.29.

par des solutions consensuelles. Pour autant, d'une manière générale, le mouvement de pacification du traitement judiciaire des séparations ne va pas forcément de pair avec un mouvement de déjudiciarisation des contentieux conjugaux. Il en est une raison principale : la référence à l'intérêt de l'enfant comme principe structurant de la régulation socio-judiciaire.

1.2. *La protection de l'intérêt de l'enfant comme limite à la déjudiciarisation des contentieux conjugaux*

Si la diffusion du divorce par consentement mutuel et le développement de la médiation familiale ont pu participer dans une certaine mesure à une forme de déjudiciarisation des contentieux conjugaux, la notion d'intérêt de l'enfant comme principe commun à l'ensemble des acteurs judiciaires s'avère être un pilier de la judiciarisation des contentieux conjugaux. A la fin des années 1980, en même temps que se structure le mouvement de la médiation familiale en France, et face à la montée de l'instabilité conjugale avec l'accroissement du nombre de familles monoparentales et recomposées, se lance une véritable campagne promouvant les « droits de l'enfant ». Selon les instigateurs de ce mouvement, la différenciation de l'enfance de l'état d'adulte justifie de concevoir des droits particuliers et spécifiques ayant pour fonction la protection de l'enfance, lesquels droits ont pu déjà faire l'objet d'une première ébauche lors de la *Convention de Genève sur les droits de l'enfant* de 1924 et plus tard avec la *Déclaration des droits de l'enfant* de l'ONU en 1959³⁶⁰. La notion de « droits de l'enfant » est loin de faire l'objet un consensus. Au contraire, différents courants idéologiques et philosophiques s'opposent. D'une part, les défenseurs d'une protection de l'enfance s'inscrivant dans la tradition philosophique des droits de l'homme, distinguent l'enfant de l'adulte en ce qu'il ne dispose pas de l'autonomie et de la responsabilité accessibles par l'éducation et l'instruction. D'autre part, issu plus particulièrement des pays anglo-saxons, les tenants de *l'autodétermination* de l'enfant envisagent la production de « droits de l'enfant » « *comme la forme moderne d'une oppression séculaire : les petits hommes, quoi qu'on en dise, restent considérés seulement comme des projets d'êtres humains, et ce faisant c'est leur appartenance à la commune humanité qui est déniée* »³⁶¹. A partir de 1979, l'ONU lance un projet d'une convention

³⁶⁰ Théry Irène, *op. cit.*, p.405.

³⁶¹ *Ibid*, p.405-406.

internationale sur les droits de l'enfant faisant l'objet de divers travaux et surtout de nombreux désaccords lesquels accoucheront d'un texte adopté par l'Assemblée Générale dix ans après le lancement du projet, le 20 Novembre 1989 et ratifiée par la France le 2 Juillet 1990. En France, les répercussions de cette ratification se matérialisent notamment en 1993, le « juge aux affaires matrimoniales » devenu « juge aux affaires familiales » a dès lors pour fonction de régler les situations des enfants dans le cadre de divorces, de séparation d'unions libres et pourra également intervenir après la séparation ou le divorce des parents de l'enfant. La loi du 8 Janvier 1993 s'inspirant directement de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 renonce explicitement à la notion de garde, de surveillance et d'éducation, concepts particulièrement forts du point de vue de l'autorité³⁶² pour préférer les notions de « résidence » et « de droits de visite et d'hébergement ». Elle donne également la possibilité à tout « mineur capable de discernement » et « dans toutes les procédures le concernant » de demander au juge à être entendu dans le cadre d'une audition. Par contre, la loi de 1993 précise bien que « l'audition du mineur ne lui confère pas le statut de partie à la procédure ». Ainsi, un des objectifs sous-jacent à la production de cette loi est de repenser le droit de la famille au regard des droits de l'enfant³⁶³. D'ailleurs, Irène Théry analysant la production historique des droits de l'enfant précise que la loi du 8 janvier 1993 n'a pas clos le débat sur les droits de l'enfant et « à peine était-elle votée qu'un rapport a été déposé, proposant de nouvelles réformes et mettant en cause l'autorité parentale, trop dominatrice, dans la perspective de revoir tout le droit de la famille à partir des droits de l'enfant »³⁶⁴. Par la suite, la loi du 4 Mars 2002 maintient la notion d' « autorité parentale » et introduit la notion d' « intérêt de l'enfant ».

L'article 371-1 du Code civil issu de la loi du 4 mars 2002 stipule « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

³⁶² Davidson Claire et Hervé Hamon, « Autorité parentale dans la famille et autorité dans le cadre de l'assistance éducative : une histoire de respect », in *Dialogue*, N°165, 3^e trimestre 2004, p23-32.

³⁶³ Pour autant, l'audition des enfants dans le cadre des procédures de dissociations conjugales par les magistrats est une pratique judiciaire peu exercée jusqu'en 2007. La loi du 5 mars 2007 venant réformer les modalités de l'audition de l'enfant dans toutes les procédures judiciaires le concernant va changer la donne.

³⁶⁴ *Ibid*, p.421.

La dernière phrase de cet article du Code civil fait ainsi clairement référence à la Convention Internationale des Droits de l'Enfant. De plus, la loi de 2002, dans un souci de contrebalancer la tendance des juges à attribuer en majorité la résidence de l'enfant aux mères et face à la demande croissante des pères sollicitant la résidence des enfants en leur domicile, autorise la fixation de la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents (article 373-2-9 du Code civil). Cette incitation à la résidence alternée est initiée par différents débats qui cristallisent deux conceptions de la stabilité familiale. « *Pour les uns, l'enfant doit rester en contact avec père et mère et il faut lui préserver à tout prix l'équilibre de ses deux filiations ; pour d'autres, la stabilité qui résulte de la désignation d'une résidence principale est mise en avant, les pédopsychiatres insistant sur l'importance de la relation maternelle dans la prime enfance* »³⁶⁵. Dans la pratique, si les parents s'accordent pour organiser une résidence alternée, le juge aux affaires familiales homologue cet accord à condition que le rythme de l'alternance respecte l'intérêt de l'enfant dont le Code Civil n'en définit pas les contours. Par contre en cas de désaccord, rares sont les cas où le juge est à l'initiative de la mise en place d'une résidence alternée, ce dernier préférant attribuer une résidence principale permettant notamment une certaine stabilité. Les conceptions de « l'intérêt de l'enfant » portées par les juges aux affaires familiales sont ainsi au cœur de la production de la décision judiciaire.

Finalement, les dispositions des lois du 8 Janvier 1993 et du 4 Mars 2002 prennent actes du développement des droits de l'enfant et participent à la démocratisation des rapports parents-enfants. Dès lors, quels sont les effets de ces dispositions juridiques sur les pratiques judiciaires ? Et, notamment comment les différents professionnels du droit se sont appropriés cette notion d'« intérêt de l'enfant » dont le caractère flou laisse une marge importante d'interprétation ?

A l'image de l'émergence du concept de « coparentalité », la notion de « codécision » (son corollaire) devient un objectif fondamental à atteindre pour les magistrats, dans la phase de régulation judiciaire de la séparation, pour permettre le maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. Ce principe de codécision s'avère être un objectif vers lequel les juges tentent de tendre malgré la difficulté de sa mise en œuvre. On comprend, dès lors, que la médiation familiale trouve toute sa place dans cette promotion de la codécision parentale. Mais, face au faible niveau de la pratique de la médiation familiale et avec le système généralisé d'exercice en commun de l'autorité parentale, on observe une inflation des recours

³⁶⁵ Segalen Martine, *A qui appartiennent les enfants ?*, Paris, Tallandier, 2010, p.126.

devant les juges aux affaires familiales pour voir trancher un litige concernant la difficulté de l'application d'un exercice commun de l'autorité parentale. Les conflits présentés aux juges se cristallisent principalement autour des questions relatives à l'école (choix de l'établissement scolaire par exemple) et à des actes administratifs et confessionnels (suivi médical de l'enfant, choix du nom de famille porté par l'enfant, choix d'une religion, etc.). Le juge, pour trancher le conflit parental, veille à la sauvegarde de ce qu'il estime être de l'ordre de l'intérêt de l'enfant. En faisant des juges traitant des affaires familiales les garants de l'intérêt de l'enfant, et face à la difficulté de l'exercice de la coparentalité par les parents séparés, un mouvement de judiciarisation des affaires familiales vient contrecarrer le mouvement de déjudiciarisation amorcé par le développement de la médiation familiale et plus généralement des modes alternatifs de résolution des conflits. Depuis la réforme de l'autorité parentale, les magistrats sont ainsi saisis de manière croissante d'affaires ayant pour objet une difficulté entre les deux parents pour exercer conjointement l'autorité parentale (voir tableau et graphique Annexe 6). L'extrait d'entretien suivant avec un juge aux affaires familiales à propos d'un conflit parental quant à l'éducation confessionnelle des enfants est révélateur de cette tendance. L'exemple ainsi relaté par ce juge montre la difficulté pour penser les motivations sur lesquelles il doit appuyer sa décision face à des situations qui rendent complexe l'interprétation de l'intérêt de l'enfant.

« Il m'est arrivé d'être saisi d'une demande portant sur les questions religieuses. A savoir, on me demande d'autoriser le baptême. Et en cas d'opposition entre les parents, et donc là, on est au cœur de l'autorité parentale conjointe, cette opposition peut se porter sur le choix de la religion des enfants. Et, il m'est arrivé, il n'y a pas longtemps qu'un père refuse le baptême de l'enfant alors que l'enfant me le demandait. Mais, l'enfant avait neuf ans. Et alors, c'est pas forcément à moi, juge laïc, de prendre position sur le baptême. Et pourtant, j'ai été obligé de choisir car quand les gens ne se mettent pas d'accord sur des questions comme ça, c'est le juge qui arbitre. Reste à savoir comment trouver des critères du juge sur une question religieuse posée à un juge laïc ! Alors chacun fait sa sauce comme il peut. Dans le cas que j'ai en tête, j'ai demandé à la mère et à l'enfant, pourquoi ils voulaient le baptême. Ils m'ont dit « c'est parce que les cousins en ont fait autant ». J'ai demandé à la mère, ce qui est un peu limite dans le champ de mes compétences, si elle était pratiquante et croyante et elle était ni l'un, ni l'autre. Et j'ai demandé au père, pourquoi il s'opposait au baptême et il m'a dit « non seulement, la question de l'engagement dans une religion, c'est une question qui engage profondément à la conception de la vie, de l'existence et du rapport au monde. Mais en plus, je ne veux pas que ma fille qui n'a que neuf ans, s'engage dans cette voie-là alors que j'estime qu'elle n'a pas la maturité pour le faire. Et elle se fera baptiser plus tard autant qu'elle voudra quand elle sera majeure, mais moi, je ne veux pas ». Alors, moi, je me suis retrouvé avec un père qui argumentait purement religieusement, contre la religion mais sur le plan religieux, et une mère qui argumentait pour un baptême religieux mais sur un plan purement social. Alors, je leur ai dit que selon ma propre appréciation, un prêtre n'admettrait pas un tel baptême parce qu'il n'y a pas adhésion au fond et qu'il n'y a adhésion qu'aux rites et que j'estimais que

l'argumentation du père n'était pas abusive et qu'elle n'avait pas pour intention de contrarier de façon gratuite l'intérêt de l'enfant. L'argumentation du père avait un fond qui valait celui de l'argumentation de la mère (...) J'ai dit que dans ces conditions, j'estimais que le baptême ne devait pas être fait parce que cela n'avait pas de cohérence avec la tradition religieuse dont la mère se réclamait tel que moi je le pensais et que cela ne pouvait pas nuire à l'enfant ».

Juge aux Affaires Familiales (M7), 39 ans. Entretien du 28 Juillet 2008.

On pense également à d'autres types de conflits qui sont présentés aux juges pour qu'ils tranchent au nom de l'intérêt de l'enfant, notamment les conflits liés à la reconfiguration familiale des deux parents suites à la séparation. Une situation observée tout particulièrement par les magistrats est celle où, soit lors de la procédure de divorce pour des couples mariés ou soit lors d'un premier passage devant le juge aux affaires familiales pour des couples concubins, le juge a accordé une résidence alternée des enfants entre les domiciles des deux parents. Quelque temps plus tard, un des deux parents est amené à déménager (en suivant son nouveau conjoint, suite à l'obtention d'un nouvel emploi, etc.) ce qui rend difficile l'application de la résidence alternée. Cette situation est souvent à l'origine d'un conflit (ou de sa résurgence) qui conduit un des deux parents à saisir un juge aux affaires familiales pour voir fixer la résidence exclusive des enfants à son domicile. Les juges sont ainsi amenés à interpréter l'intérêt de l'enfant au regard du choix personnel, professionnel, etc. du conjoint amené à déménager. Ainsi, l'idéal de la « coparentalité » est particulièrement difficile à réaliser pour des parents séparés ou divorcés et le fait que les parents s'entendent sur le sens donné à l'intérêt de leur(s) enfant(s) est loin d'être aisé et effectif pour toutes les situations de séparation. Tant les procédures conflictuelles telles les procédures de divorce pour faute que les procédures paraissant davantage consensuelles notamment la procédure de divorce par requête conjointe accouchent de nombreuses décisions judiciaires qui ne sont que partiellement acceptées par les deux parents. Il est fréquent que le passage par l'institution judiciaire ait conduit à une perte d'estime, de confiance d'un des parents à l'égard de l'autre aboutissant à des ressentiments de part et d'autre et rendant particulièrement difficile l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Sylvie Cadolle, explique, à propos de la mise en pratique de la régulation judiciaire, que « *les occasions de contact et de communication entre les parents sont autant d'occasions de réactiver le conflit dans lequel l'enfant est immergé durablement et qui en souffre d'autant plus. (...) Certains parents sont convaincus, en toute bonne foi, qu'il n'est pas de l'intérêt de leur enfant de voir son autre parent et ils n'ont pas*

nécessairement tort »³⁶⁶. Cette dernière voit ainsi en l'idée selon laquelle il est de l'intérêt de l'enfant de voir régulièrement et son père et sa mère, un véritable dogme dont les préceptes sont particulièrement difficiles à remettre en cause. A travers cette analyse, on pense également aux situations des enfants placés où se posent pour les travailleurs sociaux et les juges des enfants la question du maintien du lien parental.

1.3. Les enjeux contemporains de la régulation judiciaire des contentieux conjugaux

La production des deux rapports Guinchard et Leonetti en 2008, et 2009 traduit l'ambivalence du modèle de la « bonne séparation » pris dans un double processus se définissant d'une part, par une incitation à une forme de déjudiciarisation des contentieux familiaux par la promotion de la médiation familiale et d'autre part, par l'accroissement des contentieux présentés aux magistrats chargés des affaires familiales du fait de la mission principale de garant de l'intérêt de l'enfant qui leur est attribuée.

Le rapport intitulé « *l'ambition raisonnée d'une justice apaisée* »³⁶⁷ issu du travail de la commission présidée par Serge Guinchard, juriste, professeur émérite de l'Université Paris 2, ancien adjoint au maire RPR de Lyon (1983-1995), est une réponse à la commande initiée en décembre 2007 par le Garde des Sceaux, Rachida Dati, afin de repenser la répartition des différents contentieux suite à la réorganisation territoriale des juridictions (plus communément nommée « la réforme de la carte judiciaire »). Dans la lettre de mission adressée par le Garde des Sceaux à l'équipe composée principalement de juristes (magistrats, greffiers, avocats et représentants des syndicats de juristes) et de différents directeurs des services du Ministère de la Justice constituée autour de Serge Guinchard, il est ainsi stipulé qu' « *il importe d'engager une réflexion approfondie sur la déjudiciarisation de certains contentieux comme le divorce par consentement mutuel* ». Ce travail s'inscrit dans le mouvement amorcé à la fin des années 1990 et caractérisé par une volonté politique de « moderniser » et de « réaménager » l'institution judiciaire en introduisant progressivement des méthodes et techniques dites managériales. D'ailleurs, une journée d'étude organisée par le RT 13 « Sociologie du droit et de la justice » de l'Association Française de Sociologie et

³⁶⁶ Cadolle Sylvie, « La transformation des enjeux du divorce. La coparentalité à l'épreuve des faits », *Informations Sociales*, 2005/2, N°122, p136-147.

³⁶⁷ Guinchard Serge, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au garde des Sceaux, Paris, La documentation française, Collection des rapports officiels, 2008.

intitulée « *la justice prise dans la vague managériale* » s'est tenue en Juin 2009 et visait justement à interroger les effets des réorganisations actuelles de l'institution judiciaire sur les rapports entre les professionnels de la justice et les justiciables. Le contexte de réalisation du rapport Guinchard traduit ainsi la nouvelle place de La Chancellerie ainsi devenue lieu carrefour de la régulation des institutions judiciaires gérant à la fois les besoins de rationalisation (économique, budgétaire, etc.), les préoccupations organisationnelles (gestion des répartitions des agents judiciaires) et les exigences du respect du droit³⁶⁸. Dans la continuité de la réforme de la Carte Judiciaire de 2007 dont les deux principaux traits sont la rationalisation économique et budgétaire du fonctionnement des juridictions et la concentration des juridictions autour des grandes agglomérations, le rapport Guinchard propose différentes « déjudiciarisation » tant sur le plan civil que sur le plan pénal. Pour paraphraser l'analyse de Pierre Bourdieu et Rosine Christin à propos du rôle de la Commission Barre dans la conduite de la politique du logement au milieu des années 1970, la composition de la Commission Guinchard soigneusement élaborée au plus haut niveau de l'Etat autour d'un noyau juristes affiliés ou du moins, proches de l'UMP et de différents directeurs de service du Ministère, prédétermine en quelque sorte les résultats qu'elle pourra dégager³⁶⁹. Nous nous arrêterons, ici, sur les préconisations de la commission Guinchard en matière de déjudiciarisation civiles touchant directement les contentieux conjugaux et familiaux. L'objectif premier affiché par la Commission, dans un souci d'alléger les procédures devant les juges aux affaires familiales, est de favoriser l'homologation des accords entre les parties. « *La procédure contentieuse devant le juge aux affaires familiales serait ainsi réservée aux seuls cas dans lesquels il existe un véritable litige entre les parents* »³⁷⁰. Surtout, suite à la sollicitation du Garde des Sceaux recommandant de réfléchir à une réforme du divorce par consentement mutuel en envisageant la possibilité de confier le divorce aux notaires, et face aux mouvements d'opposition des différentes professions judiciaires (magistrats et avocats) à l'annonce de ce projet législatif, la commission Guinchard a ainsi intitulé la partie de son rapport traitant de cette question : « *L'éventuelle déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel* » et précisé « *la commission a conduit ses travaux avec la volonté de préserver un équilibre qui soit soucieux de l'intérêt de l'enfant et de celui de chacun des époux, intérêts qui doivent rester la pierre angulaire de toute*

³⁶⁸ Commaille Jacques, *Territoire de justice – une sociologie politique de la carte judiciaire*, Paris, P.U.F., 2000.

³⁶⁹ Bourdieu Pierre et Christin Rosine, « La construction du marché. Le champ administratif et la production de la « politique du logement » », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°81, 1990, p65-85.

³⁷⁰ Guinchard Serge, *op. cit.*, p.64.

législation sur le divorce »³⁷¹. L'argument principal de la commission Guinchard est avant tout économique. Prenant acte des effets de la réforme du divorce de 2004 avec notamment la progression de la part de la procédure de divorce par consentement mutuel, il est mis en exergue le coût économique important que représentent ces divorces d'une part, pour les justiciables (honoraires d'avocat et/ou émoluments de notaire) et d'autre part, pour l'Etat, puisque parmi ces divorçants, un nombre non négligeable est bénéficiaire de l'aide juridictionnelle. L'enjeu premier d'une déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel pour la Commission Guinchard est ainsi un enjeu de rationalisation des coûts économiques de la régulation judiciaire des contentieux conjugaux et familiaux. On comprend mieux, dès lors, que du côté des conseils juridiques (avocats et avoués à la Cour), il y eût un lever de bouclier face à une réforme touchant directement à leurs intérêts. Finalement, la commission Guinchard – rappelons-le composée de membres des différentes professions judiciaires et de différents mouvements syndicaux judiciaires – énonce des critiques aux différentes alternatives proposées (transfert de la procédure à l'officier d'état civil, transfert de la procédure à un notaire, transfert de compétences vers des organes dotés d'un pouvoir juridictionnel). Ainsi, aucun consensus au sein de la Commission ne s'est dégagé en faveur d'une alternative. Par conséquent, seulement des recommandations sont édictées. Le principal écueil de la déjudiciarisation de la procédure de divorce par consentement mutuel pointé par la commission Guinchard est de priver les enfants mineurs de la protection apportée par les juges chargés des affaires familiales. Les deux principales recommandations édictées sont d'une part, la mise en place d'une procédure allégée (en supprimant certaines audiences devant le juge notamment pour des séparations sans enfant) au coût régulé ou tarifé (remise d'une convention d'honoraires avant toute intervention d'un avocat ou unification de la tarification du divorce par consentement mutuel), et d'autre part, « *l'absolue nécessité de préserver une procédure de nature judiciaire en présence d'enfants mineurs* »³⁷². Au final, si la Commission Guinchard a accompagné la volonté politique du Gouvernement Fillon de voir déjudiciariser un certain nombre de procédures tant pénales que civiles afin de rationaliser et si possible, réduire, les coûts de fonctionnement de l'institution judiciaire, elle laisse au législateur la responsabilité de la déjudiciarisation de la procédure de divorce par consentement mutuel, notamment sur le modèle anglo-saxon, à savoir sur la base d'un

³⁷¹ *Ibid*, p.87.

³⁷² *Ibid*, p.117.

mariage-contrat qui stipulerait au moment de l'engagement des deux conjoints les modalités de la séparation :

« Supprimer le juge dans le divorce par consentement mutuel, c'est également rapprocher le mariage d'un contrat ordinaire, c'est donc changer de modèle de société. Et cela, seul le législateur peut le faire.

C'est à la représentation nationale qu'incombera, le cas échéant, ce choix de société qui dépasse largement les questions de pure logique économique ou administrative.

On notera que l'économie budgétaire qui pourrait être réalisée à travers une telle déjudiciarisation serait en définitive insignifiante au regard du but recherché, sans compter les risques non négligeables d'augmentation des coûts : les parties pourraient en effet préférer un divorce contentieux devant le juge à un divorce par consentement mutuel devant un notaire, pour des raisons financières liées notamment au bénéfice de l'aide juridictionnelle et le contentieux post-divorce ne manquerait pas de s'accroître »³⁷³.

Le second rapport mettant en relief les enjeux contemporains de la régulation judiciaire des contentieux conjugaux et familiaux est celui rédigé par le député UMP, Jean Leonetti (Maire d'Antibes depuis 1995, député des Alpes-Maritimes depuis 1997, vice-président du groupe UMP à l'Assemblée Nationale) à la demande du Premier Ministre afin de « *faire le point sur l'autorité parentale et les droits des tiers* ». Si la visée de ce rapport était initialement la création d'un statut de beau-parent, face aux pressions des groupes politiques et des mouvements associatifs conservateurs voyant le premier pas vers la reconnaissance de l'adoption par les couples homosexuels, la mission confiée au député Leonetti s'est limitée à l'évaluation de la législation sur l'autorité parentale et le droit des tiers pour principalement « *conforter la coparentalité afin de ne pas défavoriser le parent qui ne vit pas au quotidien avec l'enfant* »³⁷⁴.

Tout comme le rapport Guinchard, le rapport Leonetti s'inscrit dans une volonté de rationalisation des coûts de fonctionnement des instances judiciaires et de déjudiciarisation de différents pans du contentieux familial. Le rapport Leonetti est issu d'un travail de relecture politique d'auditions effectuées auprès d'acteurs et experts judiciaires (magistrats, psychiatres, avocats, etc.) et de représentants de mouvements associatifs (Association SOS Papa, Association contre l'aliénation parentale, Familles de France, Association des parents gay et lesbiens, etc.) positionnés différemment selon la vision de l'institution familiale qu'ils défendent et par la même, selon les valeurs et croyances sociales portées par ces associations.

³⁷³ *Ibid*, p.119.

³⁷⁴ Leonetti Jean, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Rapport au Premier Ministre, Paris, La documentation française, Octobre 2009.

Prenant acte de la difficulté d'articuler pour les couples se séparant, intérêt de l'enfant et pratique conjointe de l'autorité parentale, le rapport Leonetti stipule que « *l'intérêt de l'enfant au sein des conflits entre adultes doit être repensé dans le cadre de la médiation familiale* »³⁷⁵. Il préconise ainsi le développement des pratiques de médiation familiale par une systématisation de ce mode de règlement en amont des conflits conjugaux ayant pour objet les enfants. Dès lors, il s'agit, dans un souci de « désengorger la justice » et « générer des économies », à la fois de « développer la « culture de la médiation » » et d'étendre le champ de la médiation extrajudiciaire en créant un « dispositif public de médiation familiale extrajudiciaire ».

Les critiques portées à la judiciarisation croissante dans le système de protection de l'enfance, symptomatiques des tensions entre le domaine d'intervention judiciaire (justice des mineurs) et le domaine d'intervention extrajudiciaire et administratif (aide sociale à l'enfance)³⁷⁶, se retrouvent également pour ce qui est de la régulation sociale des conflits conjugaux et parentaux. Le principe d' « intérêt de l'enfant » sur lequel tous les acteurs socio-judiciaires et politiques s'accordent, cristallise également des positions différenciées quant à la manière dont ces acteurs envisagent le rôle des instances judiciaires dans le traitement des séparations.

2. La difficile traduction judiciaire de certains conflits conjugaux et parentaux

Avant même que d'engager une procédure judiciaire, les couples doivent codifier leur séparation c'est-à-dire traduire en des termes juridiques les modalités de leur séparation. Ce premier travail accompli soit par le couple lui-même, soit par leur(s) conseils juridiques peut déjà s'avérer être source de conflit puisque la traduction juridique du conflit conjugal en litige peut produire des formes d'incompréhension chez les justiciables et donc nourrir un conflit conjugal sous-jacent. Par ailleurs, malgré les incitations à la conciliation des magistrats et de certains avocats et s'y ajoutant une forme de rejet de la médiation familiale notamment pour les couples les plus démunis face aux exigences de la « bonne séparation », l'instauration d'une forme de négociation entre les deux ex-partenaires s'avère parfois complexe. Dès lors,

³⁷⁵ *Ibid*, p.85.

³⁷⁶ Serre Delphine, « la « judiciarisation » en actes », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, Vol. 136, N°1, 2001, p70-82.

les deux conjoints rentrent le plus souvent dans un combat judiciaire se traduisant différemment selon les configurations familiales et selon les ressources sociales, et culturelles dont ils disposent. L'engagement dans un affrontement judiciaire conduit le plus souvent les couples à envisager la décision judiciaire dans une logique de gagnant / perdant où toutes les modalités de la séparation tranchées par les magistrats (montant des pensions alimentaires, résidence des enfants, prestation compensatoire, etc.) peuvent se trouver être l'objet d'une interprétation sur ce mode de raisonnement. Ce rapport à la régulation judiciaire explique entre autre le rejet par ces justiciables de la décision judiciaire, les conduisant pour certains ou certaines à interjeter appel de la décision de première instance. Aussi, il s'agira de comprendre comment la conflictualité entre les conjoints traverse l'institution judiciaire et réciproquement comment l'institution judiciaire se saisit ou apporte une réponse à la conflictualité de ces séparations.

2.1. Distinguer le litige du conflit : configurer la séparation en procès

La distinction entre litige et conflit est essentielle pour appréhender les procédures judiciaires ayant pour objet des contentieux conjugaux et familiaux. Pour reprendre une définition de Marie-Claire Rondeau-Rivier distinguant ces deux notions à travers leur rapport au droit et à la pratique juridique, « *le litige peut être défini comme une opposition de prétentions aptes à être entendues par un juge dans la mesure où elles réfèrent au droit ; c'est une forme de contestation particulière, qui se caractérise par sa justiciabilité. Le conflit est une situation, un agrégat de faits, de comportements, de revendications de toute nature* »³⁷⁷. Dans cette perspective, l'absence de litige ne doit pas être assimilée à l'absence de conflit. Les conflits conjugaux ou familiaux entendus sont saisis par les instances judiciaires qui ont en charge de les réguler. La fonction du droit, par le processus de judiciarisation des conflits conjugaux et familiaux, est d'instituer une nouvelle relation sociale entre les conjoints sous la forme d'un litige, c'est-à-dire sous la forme d'un rapport social dont le fondement est une relation juridique entre les parties au procès.

³⁷⁷ Rondeau-Rivier Marie-Claire, « La carte géographique des cas de divorce à travers les statistiques judiciaires », in *Droit et Société*, N°25, 1993, p.366.

2.1.1. Les structures du procès devant le juge aux affaires familiales au service de la paix familiale ?

Malgré la volonté du législateur et des différents acteurs judiciaires et extrajudiciaires de dédramatiser les règlements judiciaires des séparations, dans les représentations sociales d'une majorité de justiciables, le passage par le Tribunal est très souvent associé à une forme de sanction ou de punition. Il importe donc de définir la notion de procès de manière générale et puis, plus précisément, en matière de dissociations familiales afin de comprendre les fondements de ces représentations sociales sur la Justice.

En premier lieu, la mise en forme du conflit conjugal en litige judiciaire autour de la cérémonie d'un procès induit une suite coordonnée de procédés et de procédures, le plus souvent très codifiée et ritualisée³⁷⁸. Denis Salas, dans son approche du procès comme système³⁷⁹, relève ainsi différents invariants indépendants les uns des autres caractérisant le système du procès : une fonction centrale (le débat), un acteur dominant (le tiers autrement dit le juge), une intensité particulière (l'enjeu), un mode de communication (l'écrit) et une décision finale (le jugement). Le débat est l'axe central qui permet de passer du conflit au litige. Ce temps social permet de revenir d'une situation de conflit insoluble par les parties à une situation de désaccord à travers une mise en question afin de suspendre « la loi du plus fort ». Autrement dit, le débat permet d'ouvrir un espace de discussion, avec une distance entre les parties où peut être verbalisée, discutée, adaptée, non pas un seul cas judiciaire mais la relation globale d'une société à son droit. En effet, le débat judiciaire est le lieu visible d'actualisation des valeurs que le droit protège comme de celles qu'il met en discussion. Autrement dit, le procès dont une des fonctions centrales est de rétablir une forme de paix sociale, et plus précisément, une paix familiale pour les contentieux qui nous intéressent, tend à légitimer les valeurs d'une société (ici, par exemple, l'intérêt de l'enfant).

La particularité du procès en matière de dissociations conjugales est qu'il donne lieu à deux types de configuration : la première ayant pour objet le traitement des séparations dites « amiables » et la seconde traitant des séparations contentieuses. Se pose dès lors la question suivante : peut-on parler de procès pour la régulation judiciaire des séparations amiables ? On entend, ici, par séparation amiable tant les couples mariés divorçant par une procédure de divorce par consentement mutuel que les concubins se séparant de manière amiable devant le

³⁷⁸ Le Roy Etienne, « Le dédoublement de la figure du procès, « cérémonie de reconstitution du lien social », in Rude-Antoine Edwige (ss la dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, P.U.F., 2007, pp.14-30.

³⁷⁹ Salas Denis, *Du procès pénal*, Paris, P.U.F., Collection « Les voies du droit », 1992.

juge aux affaires familiales et présentant un « protocole d'accord » stipulant les modalités de la reconfiguration familiale notamment pour ce qui est du sort des enfants. Pour répondre au problème que pose la définition de la régulation judiciaire des séparations amiables dans le cadre d'un procès, il convient de distinguer deux formes d'expression du procès, toutes les deux s'inscrivant dans la définition du procès posée par Denis Salas. Le premier type de procès est l'expression d'une justice répressive et imposée qu'Etienne Le Roy nomme « procès à finalité de socialité » en ce qu'il vise à assurer « *la restauration du tissu social plus ou moins à l'identique* »³⁸⁰. Cette première expression du procès que l'on peut davantage assimiler à différentes configurations de procès pénal tel le procès devant une cour d'assises, a pour principale fonction de rétablir les parties au procès tant dans leurs droits que leurs obligations. La procédure de divorce pour faute, de part la recherche du responsable de la séparation qu'elle initie et malgré les incitations à la conciliation de différents acteurs judiciaires, s'inscrit dans ce modèle de procès. Le deuxième type de procès, expression, cette fois-ci, d'une justice négociée, désigné par Etienne Le Roy comme « un procès à finalité de socialisation » s'inscrit dans une approche dynamique du procès où la fonction du juge est davantage d'amener les parties au procès vers des objectifs à atteindre que vers la défense d'intérêts matériels à défendre ou à poursuivre. Etienne Le Roy prend d'ailleurs l'exemple des juges aux affaires familiales, qui « *dans les affaires de divorce et pour déterminer les modalités de gardes d'enfants, doivent apprécier les aptitudes d'un parent à prendre en charge l'éducation d'un enfant au risque d'introduire des déchirures tant chez l'enfant que chez ses parents* »³⁸¹. La majeure partie des procès en matière de dissociations conjugales (exceptées les procédures de divorce pour faute) s'inscrivent donc dans cette deuxième expression du procès. Restent en suspens les procédures de séparation dites « amiables » où la place et la fonction du tiers, autrement dit du juge aux affaires familiales, ne correspondent pas à celles attachées au modèle du « procès à finalité de socialisation » puisque, dans ces cas de figure, le tiers ne vient que valider l'accord des parties et non l'initier. Si ce type de procédure respecte le cérémonial du processus autour des quatre articulations définies par Salas (Débat/Ecrit, Débat/Enjeu, Débat/Tiers, Débat/jugement), la configuration du procès pour la régulation de ces séparations amiables est proche d'une médiation. En effet, le juge y intervient peu puisque, le plus souvent, il ne fait que vérifier le consentement des parties et pour les couples ayant des enfants, vérifier que les accords trouvés entre les parents

³⁸⁰ Le Roy Etienne, « Le dédoublement de la figure du procès, « cérémonie de reconstitution du lien social », *op.cit.*, p.19.

³⁸¹ *Ibid*, p.19.

s'inscrivent dans l'intérêt de leurs enfants. Le cérémoniel y est particulièrement très « dépouillé », le magistrat ne porte pas sa robe et la durée de l'audience est souvent très courte. A contrario, plusieurs magistrates m'ont ainsi précisé revêtir leur robe pour des procès où les séparations s'avéraient très conflictuelles. Face à la conflictualité de certaines séparations, une jeune juge aux affaires familiales justifie ainsi le port de sa robe pour rendre davantage solennelle l'audience :

« C'est juste que le décorum, ce n'est pas anodin non plus, ça peut avoir un impact sur la solennité de la décision. Notamment, pour certains divorces très contentieux, mettre la robe cela peut permettre de marquer le coup. ». **Juge aux affaires familiales (M6)**

Antoine Garapon en analysant les différentes composantes du rituel judiciaire explique, dans ce sens, que « *la robe est un tablier protecteur. Le contact avec l'impur peut être dangereux pour celui qui s'y risque sans préparation* »³⁸². Par ailleurs, au cérémoniel limité des procès ayant pour objet le traitement judiciaire des séparations amiables s'ajoute également un rôle très limité du juge dans le règlement de la séparation. En faisant du consensus et de l'autorégulation conjugale le fondement des procédures de séparation amiables, le législateur a dépossédé d'une certaine manière un des rôles centraux du juge, c'est-à-dire celui d'appliquer la règle de droit à partir d'une interprétation des faits portés à sa connaissance par les parties et dont ils doivent apporter la preuve. Les couples ayant déjà réalisé ce travail par le biais de leur avocat, à travers la production de leur convention de séparation où se trouvent ajustés les particularités de leur situation personnelle avec les règles de droit incontournables (autorité parentale conjointe, liquidation du régime matrimonial, etc.), le juge se trouve dépossédé de sa fonction « d'artisan » de la régulation de la séparation et ne peut être envisagé, dans ces cas de figure, comme l'initiateur de la restauration de la paix familiale et plus généralement du lien social.

Si l'on prend l'ensemble des séparations que la régulation judiciaire doit traiter (amiables et contentieuses), les procès tenus par les juges aux affaires familiales sont tant l'expression d'une justice d'arbitrage que celle d'une justice négociée. Rétablir une forme de paix familiale est l'objectif sous-jacent aux différents rituels et procédures structurant les procès des juges aux affaires familiales. Pour autant, la traduction du conflit conjugal en litige judiciaire s'avère souvent partielle, ce qui explique que le conflit se poursuive à l'issue du

³⁸² Garapon Antoine, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Editions Odile Jacob, Collection « Opus », 1997, p.83.

procès. Un indicateur de la poursuite du conflit suite à une procédure judiciaire est, par exemple, la cristallisation de celui-ci autour de l'interprétation et de l'application de la décision du juge aux affaires familiales.

2.1.2. Les limites du procès pour réguler le conflit conjugal

Dans le cadre d'une perspective wéberienne des activités sociales, Pierre Lascoumes et Evelyne Séverin précisent qu'il convient de considérer l'activité judiciaire comme un champ qui diffère des autres rapports sociaux « ordinaires » notamment ceux qu'entretiennent les parties en présence au procès³⁸³. Pierre Noreau, dans son approche des conflits matrimoniaux explique que la judiciarisation des différends conjugaux suppose la création d'un conflit spécifique, autrement dit « le conflit judiciaire » ou encore « le litige », différent du conflit initial qu'il nomme « méta-conflit ». Ajoute-t-il que « *si ce méta-conflit ne parvient pas à intégrer complètement les dimensions du conflit original, on peut supposer que ce dernier « poursuit sa carrière » sans référence obligée à sa forme judiciarisée* »³⁸⁴. L'intérêt de cette perspective est de prendre acte de la formalisation juridique des conflits conjugaux en litige mais également de considérer que, parallèlement au processus judiciaire, les conjoints poursuivent des relations (notamment parentales) lesquelles peuvent conduire à une résolution « autonome » de leur conflit initial sans l'intervention des agents judiciaires ou extrajudiciaires. A contrario, cette approche permet de relativiser le rôle de la régulation judiciaire dans la résolution des conflits conjugaux puisqu'elle considère qu'il est possible que « *le conflit initial se poursuive à la suite du procès en divorce qui prétend l'avoir résolu* »³⁸⁵. Il s'agit par là-même d'éviter de tomber dans une vision monolithique de la régulation judiciaire où « régler un litige », se limiterait à deux opérations : y mettre fin et appliquer la règle de droit. En effet, comme nous avons déjà pu l'exposer dans la présentation des différentes missions des agents judiciaires chargés de la régulation sociale des dissociations conjugales, leurs missions ne se limitent pas à trancher les litiges et à décider qui a tort ou raison, qui est coupable, qui est responsable, et le cas échéant pour combien en

³⁸³ Lascoumes Pierre et Séverin Evelyne, « Le droit comme activité sociale : pour une approche wéberienne des activités juridiques », in Lascoumes Pierre (ss la dir.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, collection « Droit et Société », 1995.

³⁸⁴ Noreau Pierre, « La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution », *op. cit.*, p.594.

³⁸⁵ *Ibid*, p.595.

appliquant purement et simplement une règle de droit qui serait parfaitement ajustée au litige en question.

Le type même de procédure de divorce concerné par le risque d'assimilation de ces deux notions de « litige » et de « conflit » ou « méta-conflit » est le divorce par consentement mutuel. Dans ce cas, s'il n'y a pas de litige à proprement parlé entre les époux puisqu'ils remettent une requête conjointe au juge aux affaires familiales (laquelle requête présente les accords intervenus entre eux), pour autant, il peut rester sous-jacent un conflit entre les époux. Ce même conflit peut aboutir à une contestation de l'accord et donc à l'engagement d'une nouvelle procédure, soit devant la même juridiction, soit devant une Cour d'appel à l'encontre de la décision initiale entérinée par le Juge aux affaires familiales.

L'extrait suivant d'une interview d'une Juge aux affaires familiales réalisée par un journaliste d'une revue juridique à propos des « accords en matière familiale » retraduit les limites du modèle du « bon divorce », notamment celles liées à la procédure de divorce par consentement mutuel. En incitant les conjoints au consensus et à une certaine forme d'autocontrainte par le refoulement de leurs affects, la procédure de divorce par consentement mutuel ne laisse paraître aucune expression du conflit conjugal (plus ou moins fort selon les séparations) à l'origine de la volonté de se séparer, « *la scène judiciaire n'offrant de lieu d'expression* » à ce conflit ou « méta-conflit ». Détonnant par rapport au discours dominant sur la déjudiciarisation des contentieux conjugaux, cette juge aux affaires familiales réaffirme la nécessité de donner un espace de parole, au sein de l'institution judiciaire, permettant aux couples se séparant de s'exprimer notamment sur les conditions, les causes et le contexte de la séparation lesquels sont souvent les sources principales du maintien du conflit. Dans cette perspective, les modalités de reconstitution familiale autour de la résidence des enfants ou encore les conséquences matérielles et financières de la séparation ne sont le plus souvent que la traduction d'un conflit cristallisé autour des causes de la séparation que l'institution judiciaire prend de moins en moins charge. Les observations dressées par cette magistrate s'appliquent ainsi tant aux procédures de divorces amiables qu'aux contentieux dénommés « procédures enfants naturels » par les magistrats, autrement dit les procès traitant des modalités de reconstitution familiale (résidence des enfants, droits de visite et d'hébergement du parent non gardien, montant des pensions alimentaires pour les enfants) dans le cadre de séparations de concubins. Pour ces couples, les conditions et causes de la séparation n'étant pas évoquées lors de la procédure devant les magistrats, un conflit sous-jacent au litige ou même à l'accord présenté aux instances judiciaires peut subsister après le passage devant le

Juge aux affaires familiales et engager le couple sur les voies d'un affrontement judiciaire exacerbé. La paix sociale et familiale, comme le soulève cette magistrate, « ne se construit pas sur des non-dits » et le modèle dominant de régulation judiciaire des dissociations conjugales ne permettrait pas ainsi d'éteindre un nombre important de conflits conjugaux. Elle préconise ainsi une « vraie paix », autrement dit une paix fondée sur une réponse à des justes causes³⁸⁶.

« (...) Il me semble que la procédure de consentement mutuel peut, dans certaines situations, favoriser les non-dits et, par souci de rapidité, rester à la surface des choses. Divorcer pacifiquement implique que l'abcès soit crevé. Certes, il arrive que des personnes divorcent sereinement, parfois même joyeusement. Certaines audiences de consentement mutuel sont sur ce point, déconcertantes. L'un et l'autre ont manifestement fait le deuil de leur union. Pour autant, dans nombre de situations, si l'un est serein et résolu, l'autre est encore dans la souffrance, la colère, l'incompréhension et/ou la résignation.

La scène judiciaire n'offre de lieu d'expression de ces sentiments que dans le cadre contentieux. Ainsi l'audience de conciliation, temps de rencontre avec le juge, puis avec l'autre conjoint, sous l'œil du juge – ce qui n'est pas rien –, donne, au-delà de son objet, qui n'est que d'arrêter des mesures provisoires, un espace de parole, parfois aussi de demande de reconnaissance, dont beaucoup ont manifestement besoin.

Le choix d'engager ensuite la procédure en assignant pour faute constitue aussi souvent l'expression, par celui qui subit, du besoin d'être reconnu comme victime.

Subir, puisqu'il le faut, mais au moins, à défaut d'être réparé, être reconnu.

Le divorce par consentement mutuel n'offre aucun espace judiciaire d'expression de tout cela, puisque, dans cette procédure, le juge doit seulement s'assurer de la réalité du consentement des parties et de ce que la convention préserve suffisamment les intérêts de chacun.

En conséquence, si un espace de reconnaissance n'a pu être offert, dans un autre cadre, à celui qui subit la décision de l'autre de divorcer, le risque est majeur de voir, malgré une volonté de divorcer par consentement mutuel initialement exprimée, grandir avec le temps une sorte de rancœur, de sentiment d'injustice, de sentiment d'avoir tout cédé à l'autre.

De cette perception naît le conflit.

Il lui faudra alors se nourrir de ce qui reste de sujet de débat possible. L'argent. Les enfants ...

On retrouve exactement la même difficulté dans les séparations de fait hors mariage.

L'absence de débat judiciaire possible sur les conditions de la séparation fait à mon sens plus fortement peser sur les questions relevant de l'arbitrage judiciaire, en l'espèce les enfants, tout le poids des rancœurs liés à la rupture.

Je ne voudrais pas que l'on déduise de mes propos qu'il est préférable de se faire la guerre pour divorcer. Je pense simplement que la vraie paix ne se construit pas sur des non-dits. D'où ma conviction profonde qu'il faut aménager, dans les ruptures, un lieu d'expression possible des ressentis et des besoins de chacun et favoriser l'élaboration et la construction d'un avenir relationnel respectueux, par les acteurs de cette relation eux-mêmes. »³⁸⁷

Les trajectoires judiciaires de Monsieur et Madame Brillet ou de Monsieur et Madame Rubin sont caractéristiques du sort de certaines séparations amiables présentées initialement

³⁸⁶ Simmel Georg, *Le conflit*, op. cit.

³⁸⁷ Extrait de l'interview d'Anne Bérard, juge aux affaires familiales au Tribunal de Grande Instance de Paris, « Accords en matière familiale », Dossier « le droit collaboratif », in La revue AJ Famille, p.268.

aux juges aux affaires familiales et pour lesquelles un conflit sous-jacent non présenté aux instances judiciaires et non codifié juridiquement (le plus souvent lié aux causes et contextes de la séparation) ressurgit sous forme de litige quelques années après le premier passage devant les instances judiciaires.

Monsieur et Madame Brillet se sont mariés en 1985. De leur union, sont nées deux filles, Samantha en 1986, et Claudia en 1990. Monsieur Brillet, commerçant et restaurateur de formation, a repris l'affaire de ses parents, un café-restaurant dans une petite commune rurale. Madame Brillet, issue d'une famille ouvrière après avoir travaillé avec son mari dans le café restaurant, a, par la suite, au cours de la vie commune, exercé la profession de chauffeur-taxi. La séparation du couple est intervenue en 1995. Le divorce par consentement mutuel du couple a été prononcé en 1996. Le Juge aux affaires familiales avait ainsi homologué leur convention qui précisait que l'autorité parentale sur les deux filles était exercée conjointement, fixait la résidence de Samantha et Claudia au domicile de leur mère et le versement d'une pension alimentaire de 1500 francs par mois et par enfant à la charge du père qui bénéficiait par ailleurs de droits de visite et d'hébergement classiques (un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires). Monsieur Brillet n'avait pu obtenir l'accord de son ex-conjointe pour la mise en place d'une résidence alternée au moment de la rédaction de la requête conjointe en divorce en 1996. Six ans après le prononcé du divorce, alors que Madame Brillet dû être hospitalisée pour des troubles psychologiques dont l'origine serait lié aux conditions de la séparation du couple, Monsieur Brillet s'est emparé de cet événement pour demander aux instances judiciaires de transférer définitivement la résidence des deux filles à son domicile, résidence dont il avait obtenu la fixation provisoirement durant l'hospitalisation de Madame Brillet. Pendant près de quatre ans, entre 2002 et 2006, les ex-conjoints se sont livrés à un affrontement judiciaire à travers plusieurs procédures devant différentes juridictions (Juge des référés, Juge aux affaires familiales, Cour d'appel) pour se disputer tant la fixation de la résidence des deux filles à leur domicile respectif que le versement d'une pension alimentaire. Par la suite, alors que Samantha (devenue majeure) et Claudia étaient revenues résider chez leur mère, comme initialement prévu dans la requête présentée au Juge aux affaires familiales dès 1996, le conflit entre Monsieur et Madame Brillet s'est dès lors cristallisé autour des arriérés de pensions alimentaires dues périodiquement par chacun des ex-conjoints pendant la période où la résidence de leurs deux filles a alterné entre leurs deux domiciles maternel et paternel.

La trajectoire judiciaire de Monsieur et Madame Rubin s'apparente d'une certaine manière à celle des époux Brillet. Madame Rubin (J5) âgée de 37 ans, issue d'une famille de petits fonctionnaires laïcs (receveurs des postes), a exercé pendant dix-huit ans la profession d'aide soignante avant de disposer de l'agrément de familles d'accueil. Monsieur Rubin, âgé de 39 ans, est le fils unique d'une famille de confession catholique où son père exerçait la profession d'agent de maîtrise et sa mère était assistante maternelle. Monsieur Rubin est instituteur dans une école confessionnelle depuis dix-huit ans. Le couple s'est marié civilement et religieusement en 1990. Antoine, âgé de 16 ans et Pierre-Mathieu âgé de 13 ans sont les deux enfants issus de l'union des époux Rubin. Le couple a connu une première séparation après la naissance de Pierre-Mathieu. Madame Rubin explique le contexte de la première séparation « *Antoine avait 3 ans, Pierre-Mathieu venait de naître. Et c'est à la naissance de Pierre-Mathieu que j'ai commencé à comprendre qu'il n'y avait vraiment plus rien entre nous. Et du coup, on s'est séparé mais cette séparation n'a duré que quelques temps. En fait, entre le moment où j'ai commencé à me dire qu'il était temps de se séparer définitivement, il s'est passé cinq années jusqu'au moment où j'allais agir. Donc, je lui ai amené ça progressivement. Il ne voulait pas en entendre parler, c'est quelqu'un qui est très religieux, qui a beaucoup de principes, du coup cela a été plus compliqué* (extrait d'entretien auprès de Madame Rubin) ». Monsieur Rubin, de son côté, interprète le contexte de la séparation, comme la conséquence d'un changement de comportements « *peu compatibles avec la vie familiale* » de Madame Rubin (extrait d'un courrier adressé à son avoué). En 2001, à l'initiative de Madame Rubin, le couple s'engage dans une procédure de divorce par consentement mutuel. Leur requête conjointe s'est construite sur une forme de « deal » sans que leur avocat commun n'en soit averti : Madame Rubin « recouvre sa liberté » en obtenant un divorce rapide tandis que Monsieur Rubin « obtient » la résidence principale des enfants avec la perception des prestations familiales. Un an après le prononcé du divorce, Madame Rubin s'est remariée avec Monsieur Besson, cadre administratif dans la grande distribution. De cette seconde union, naît Aurélie en 2003. Pendant les premières années de pratique de la résidence principale des deux garçons chez Monsieur Rubin, le conflit conjugal se déplace sur le cadre éducatif proposé par chacun des parents aux deux enfants. Les deux ex-conjoints ne sont « *pas en mesure de se mettre d'accord sur des grandes règles et principes éducatifs* » (Extrait d'entretien avec Mme Rubin). Fin 2002, moins de deux ans après le prononcé du divorce par consentement mutuel, Madame Rubin dépose une requête devant le Juge aux

affaires familiales sollicitant le transfert de résidence des deux garçons à son domicile. Monsieur Rubin voit en cette procédure judiciaire une véritable « trahison » de l'accord entériné par le couple au moment du divorce. S'engage dès lors, un combat judiciaire sans aucune mesure avec le premier passage devant le Juge aux affaires familiales. Madame Rubin évoque ce combat judiciaire : *« ce qui m'a marqué le plus, c'est la lutte entre nous pour la garde des enfants. Le divorce en lui-même, non, parce que voilà, pour moi, c'était clair et net et le divorce, j'ai envie de dire ça s'est fait... normalement... j'ai envie de dire que ça a été relativement rapide...voilà. Après le combat pour les enfants, là, ça été... dur. Et, on n'a jamais lâché, l'un et l'autre. »*. Suite au lancement de la procédure par Madame Rubin pour demander le transfert de la résidence d'Antoine et Pierre-Mathieu à son domicile, le juge aux affaires familiales décide de faire diligenter une mesure d'enquête sociale qui aboutira au statu quo, l'enquêteur social proposant le maintien de la résidence chez le père. En avril 2004, le juge aux affaires familiales s'appuyant sur le compte rendu de l'enquêteur social maintient la résidence des deux garçons au domicile de Monsieur Rubin par une ordonnance. Madame Rubin interjette alors appel de l'ordonnance du J.A.F. et demande à la Cour l'organisation d'une expertise psychologique des deux parents et des deux enfants afin notamment de vérifier les conditions d'accueil des deux garçons. En Mars 2005, le Président de la chambre familiale de la Cour d'appel ordonne cette expertise. L'expertise psychologique pointe le conflit parental né du contexte de la séparation. Pointant le conflit éducatif opposant le père et ses deux garçons, l'expert psychologue conclut : *« pour éviter que la situation n'empire, au détriment des enfants, il conviendrait de fixer leur résidence principale chez leur mère avec un droit de visite et d'hébergement un week-end sur deux ainsi que la moitié des vacances scolaires pour le père »*. En décembre 2006, après cinq ans d'affrontement judiciaire, les juges d'appel suivent les préconisations de l'expert psychologue et ordonnent le transfert de la résidence des deux garçons au domicile de leur mère. Si le litige judiciaire est dès lors clos, le conflit entre les deux parents n'est pas éteint. Le père et ses deux garçons se trouvent en situation de conflit de loyauté depuis la procédure devant la Cour d'appel. L'exercice des droits de visite et d'hébergement au domicile de Monsieur Rubin s'effectuent dans un climat de tension. Madame Rubin, si elle craint un nouveau passage devant les instances judiciaires, néanmoins, elle n'envisage que cette solution pour répondre à la demande de son jeune fils de ne pas se rendre au domicile de son père : *« Maintenant il (Monsieur Rubin) a les garçons un week-end tous les 15 jours et la moitié des vacances scolaires. Et là, dernièrement, Antoine ne*

veut plus y aller du tout. Et donc, j'ai repris contact avec le tribunal. Et pour moi, c'est de l'ordre de l'insoutenable ... Aujourd'hui, je n'ai pas envie de retomber là-dedans. ».

Les trajectoires judiciaires des couples Brillet et Rubin sont ainsi révélatrices des limites de la régulation judiciaire pour traiter des divorces par consentement mutuel. Dans ce type de procès, le rôle des magistrats se limite à l'homologation de l'accord du couple sans tenir compte du conflit conjugal à l'origine de la séparation lequel peut risquer de surgir pendant le processus de reconfiguration familiale sous la forme d'un litige judiciaire.

Par ailleurs, la judiciarisation des conflits nés de la séparation de couples non mariés (concubins ou pacsés) amène à la même réflexion que pour les divorces par consentement mutuel quant aux limites de la configuration du procès pour réguler le conflit conjugal. Les couples non mariés souhaitant se séparer n'ont affaire aux juges aux affaires familiales que pour l'organisation des relations parentales avec les enfants (type de résidence, droit de visite et d'hébergement du parent non gardien si pas de résidence alternée) et la fixation de la contribution alimentaire du parent non gardien. Une juge aux affaires familiales évoque cette différence de traitement des procédures dites « enfants naturels » (autrement dit le règlement de la séparation des couples non mariés) avec les procédures de divorce. Elle pointe ainsi le fait que les contentieux des couples non mariés qu'elle a à traiter se limitent aux modalités de recomposition familiale relative aux enfants, les conflits liés aux intérêts patrimoniaux de ces couples à la différence des divorces ne sont pas l'objet de ces procès. De même, les conditions et causes de la séparation ne sont pas discutées par le Juge. L'aspect limité de la judiciarisation des conflits conjugaux des couples non mariés explique notamment l'importance des procédures initiées devant les Cours d'appel à l'encontre des décisions des juges aux affaires familiales qui ne proposent qu'une régulation parcellaire du « méta-conflit » auquel sont confrontés les couples non mariés. L'extrait d'entretien suivant permet d'appréhender les limites (confrontation au monde judiciaire sans la présence des avocats qui peuvent avoir pour rôle de socialiser leurs clients aux logiques judiciaires, intervention limitée du juge aux affaires familiales) de la configuration de procès proposé aux couples non mariés.

« Souvent à l'audience, pour les couples non mariés, on doit dire aux gens : « on ne peut pas régler les conséquences de la séparation entre vous deux, on se restreint juste aux enfants parce que comme vous n'étiez pas mariés, on n'est pas là pour savoir qui va reprendre tel ou tel crédit, qui va rester dans le logement familial que vous occupiez ». Notre compétence se restreint uniquement aux enfants et ça, c'est peut être quelque chose qui va changer ... Alors que là actuellement, il y a encore, et même si on essaye d'égaliser de plus en plus le traitement

qui est fait dans le Code, il y a cette grosse différence qui est faite et du coup ça fait comme une sorte de procédure de divorce accélérée, les gens que l'on voit comme ça en contentieux, ils arrivent, ils viennent de se séparer, parfois, ils ont autant de choses à régler sur le plan patrimonial et le vécu symbolique, il est aussi lourd qu'un couple qui est marié et nous on va un peu leur proposer un traitement de seconde zone quoi, un truc accéléré. Parfois, ils arrivent, ils sont sans avocat et donc il y a un contenu émotionnel qui est très fort parce qu'ils arrivent là ! S'ils décident de venir sans avocat c'est qu'ils ne s'entendent pas trop mal à la base mais ça peut être aussi un public démuné. Et donc ils arrivent là, on est leur seul recours, on représente la Justice et en gros, on nous demande de solder les comptes d'une union qui peut avoir plusieurs années quand même, donc avec une charge émotionnelle qui peut être assez lourde. »

Juge aux Affaires Familiales (M4), femme, 32 ans, exerce cette fonction depuis trois ans.

La distinction des notions de conflit et de litige est fondamentale pour comprendre les logiques d'affrontement judiciaire des couples se séparant. Cette distinction se trouve ainsi à l'origine de la difficulté – le plus souvent pour les conseils juridiques mais également pour les justiciables affrontant l'épreuve judiciaire sans représentant – pour opérer la traduction du « méta-conflit » en « litige judiciaire ».

2.2. *La difficulté pour traduire juridiquement les modalités de la séparation*

La codification juridique de la séparation, autrement dit la traduction juridique de la séparation autour d'une « partition » procédurale effectuée soit par les deux ex-conjoints soit le plus souvent par les conseils juridiques de ces derniers est une phase déterminante du procès puisqu'elle va cristalliser (sauf pour les divorces sur requête conjointe) le litige opposant le couple autour d'objets spécifiques (séparation des biens, autorité parentale, résidence des enfants, etc.). Dans un premier temps, il est intéressant de s'arrêter sur l'entrée dans l'institution judiciaire qui marque un passage hautement symbolique pour les divorçants à travers ce processus de « mise en mots juridiques » de leur séparation.

2.2.1. L'enjeu du premier entretien avec l'avocat

La traduction juridique de la séparation s'opère principalement lors de la première rencontre entre le justiciable et son avocat dont la représentation, rappelons-le, est obligatoire en première instance dans le cadre d'un divorce. Le premier entretien entre le justiciable et son conseil juridique détermine le mode d'engagement, du moins juridique, devant

l'institution judiciaire. En effet, lors de ce premier entretien pour penser la stratégie judiciaire se jouent les décisions portant tant sur le choix de la procédure, autrement dit le type de divorce, que sur la temporalité dans laquelle va s'inscrire la procédure (courte ou longue) ou encore sur le niveau de conflictualité que l'avocat va donner à la procédure (en évoquant par exemple des faits dans les conclusions échangées entre les parties lors du procès qui ne vont pas avoir proprement une utilité dans l'argumentation juridique développée par l'avocat, mais qui vont répondre à une demande du client désirant voir ces faits évoqués lors des débats). Surtout, ce premier entretien est l'occasion de cibler les principaux enjeux que revêt l'engagement dans un procès pour le client et à partir de là, de hiérarchiser ces enjeux dans la traduction juridique de l'affaire réalisée par l'avocat. Face à des justiciables le plus souvent profanes du droit, les avocats se trouvent disposer d'un monopole de la traduction juridique de la séparation. Si elle laisse une marge de manœuvre à ses clients dans la détermination des enjeux du procès, la manière dont Maître Charpentier expose le « protocole » qu'elle met en place lors du premier entretien avec son ou sa client(e) souhaitant divorcer, révèle le caractère directif qu'elle insuffle à son travail de traduction juridique, déposédant par là-même ses clients des logiques sous-jacentes à cette codification juridique de leur séparation.

« En général, le client arrive, et me dit « je veux divorcer ». Et, de manière générale, ils ne savent pas trop différencier le divorce, la séparation de corps mais ils veulent tous absolument divorcer. Alors, après c'est moi qui pose les questions, en disant « vous vous êtes mariés quand ? Est-ce que vous avez fait un régime, un contrat de mariage ? Est-ce que vous avez des enfants qui sont mineurs ou qui sont majeurs ? Est-ce que vous avez des biens en commun ? », [...] Donc, ça c'est les quatre questions. Donc en fonction des réponses qu'ils me donnent, je vois à peu près, et en tenant en compte de leur requête, je vois à peu près quel divorce, moi, je ferai à leur place. Mais après, je leur explique les différentes sortes de possibilités qu'ils ont. Alors, par exemple, je commence par leur expliquer la différence entre le divorce et la séparation de corps parce qu'ils ont une idée très vague de ce que c'est. Donc déjà, en fonction de ce qu'ils me disent, ils optent soit pour le divorce, soit pour une séparation de corps. Après, je leur explique, s'ils veulent faire un consentement mutuel ou une autre procédure. Et quand c'est une autre procédure, je leur explique le tronc commun jusqu'à la première audience et puis, ensuite les différents choix qu'ils ont. Et après, ils me demandent en général « mais vous feriez quoi à ma place » et moi je leur dis « je ne suis pas à votre place. Moi, je suis juriste, je vous explique les différentes options, c'est à vous de faire votre choix en fonction de ce que vous, vous souhaitez en terme d'affect ou en terme de partages de biens, ou des enfants. Quelle est la chose la plus importante pour vous ? Le partage des biens, les enfants ? Aller vite ? Avoir un divorce aux torts parce que vous estimez que c'est important car vous vous sentez bafoué ? Mais, c'est à vous de choisir quelle est votre priorité et ensuite de caler la procédure qui vous semble la plus adaptée en fonction de ce que vous, vous attendez de votre procédure de divorce ». Mais, jamais, je ne choisis à leur place. Alors, il y en a certains qui reviennent toujours autour du pot pour que je choisisse à leur place. Et moi, je considère que mon boulot, je suis juriste, c'est à eux d'assumer leur choix. Voilà, donc moi c'est vrai que dans mon entretien, je suis très directive, et je ne les laisse pas sortir du cadre que moi, je leur fixe parce que j'estime, si vous voulez, que moi, je ne suis ni leur psychiatre, ni leur professeur. C'est ce que je leur dis d'ailleurs « je suis votre avocate et je ne suis rien que votre

avocate », donc c'est à vous d'assumer votre choix derrière parce que, par exemple, vous me dites, « je veux une procédure longue, conflictuelle et qu'il faut traîner » et bien je vais leur faire une procédure longue, conflictuelle et qui va traîner. Mais après s'ils me disent, c'est trop long, ça coûte beaucoup d'argent, je vais leur dire « c'est votre choix », ce n'était pas forcé. »

Entretien avec Maître Charpentier (A4), Femme, Bâtonnier du Barreau de la ville où siège la Cour d'appel, 42 ans, exerce dans un cabinet de quatre avocates.

Ce travail de traduction juridique réalisé par les conseils juridiques peut ainsi s'avérer une première étape vers un processus d'affrontement judiciaire du fait d'une part, du décalage entre les attentes des justiciables et les fondements juridiques sur lesquels s'appuient ce travail de retraduction par les avocats, et d'autre part, d'une forme de mise à distance des justiciables de leur propre histoire conjugale et familiale par leurs conseils. Sans avancer que ce travail de traduction juridique est une cause première de l'engagement des divorçants dans une logique d'affrontement judiciaire notamment au regard du contexte familial et affectif dans lequel s'est produite la décision d'entamer une procédure judiciaire, il n'en reste pas moins que cette étape peut s'avérer un véritable catalyseur du conflit conjugal et familial.

2.2.2. Le poids de l'histoire conjugale et familiale dans la construction de la requête en justice

Si le mode d'entrée dans l'institution judiciaire (choix de la procédure, type de traduction juridique réalisée de la séparation et de ses conséquences) détermine en partie la trame judiciaire dans laquelle va s'inscrire les justiciables, l'histoire conjugale et familiale à l'origine de l'action en justice est décisive dans la manière dont les justiciables vont se placer dans un mode d'action spécifique.

L'action en justice dans le cadre du divorce du couple Guimbert est exemplaire de la manière dont se structure un affrontement judiciaire autour des différents temps qui composent les procédures judiciaires. Au début de l'été 2004, Monsieur Guimbert prend l'initiative d'engager une procédure de divorce, ce dernier souhaitant engager une procédure de divorce pour faute. Il a 40 ans au moment du début de la procédure en 2004, et son épouse, 35 ans. Les époux Guimbert se sont mariés en 1992 (soit 12 ans de mariage). Monsieur Guimbert exerce la profession d'ouvrier-régleur et Madame Guimbert, celle d'employée de

banque. Le couple a eu deux filles, Kelly et Margaux, lesquelles sont âgées respectivement de 8 et 6 ans au début de la procédure de divorce en juin 2004.

Pour lancer la procédure de divorce, Monsieur Guimbert a choisi un avocat du Barreau de la ville chef lieu du département alors que plusieurs cabinets d'avocats exercent dans une ville à proximité de son domicile. Monsieur Guimbert a fait le choix d'un avocat dont la réputation est « de croiser le fer » lequel a ainsi rédigé une requête en divorce pour faute auprès du Juge aux affaires familiales sous les expresses demandes de son client. Cette requête a été transmise à son épouse, laquelle a contacté rapidement un avocat quelques jours après la réception de la requête. L'avocat qui prend en charge son dossier exerce également dans la ville chef lieu du département. Au sein de cette requête initiale en divorce est abordé un fait d'adultère de Madame Guimbert alors qu'à cette phase de la procédure, même dans le cadre de la procédure de divorce pour faute, l'énoncé de griefs n'est pas attendu. Aussi, lors de la première audience devant le Juge aux affaires familiales dans le cadre de l'audience de conciliation en novembre 2004, les avocats des époux Guimbert et les époux eux-mêmes évoquent des griefs mutuels (notamment les adultères des deux époux) mais la juge aux affaires familiales instruisant l'affaire y coupe court précisant que « *l'enjeu de la phase de conciliation n'est pas de s'étendre sur les griefs réciproques* ». Au sein de l'Ordonnance de Non Conciliation que la magistrate rend suite à l'audience de conciliation en janvier 2005, logiquement, comme le prévoit la procédure, aucune décision n'est prise concernant les griefs invoqués par les deux conjoints. Par cette décision, la juge autorise les époux à résider séparément, attribue à Monsieur Guimbert la jouissance du domicile conjugal, avec pour charge de rembourser les emprunts engagés par le couple (630 euros), constate que l'autorité parentale sur les deux enfants, Kelly et Margaux, sera exercée conjointement par les deux parents, fixe la résidence des deux enfants en alternance toute en précisant la répartition des gardes lors des vacances scolaires et fixe à 120 euros par enfant et par mois la somme que devra payer Madame Guimbert à Monsieur Guimbert à titre de part contributive pour l'entretien des deux enfants. On apprend par cette décision qu'il existe un écart de salaire entre les deux conjoints (1050 € par mois pour Monsieur et 1900 € par mois pour Madame), élément sur lequel la magistrate fonde sa décision pour fixer une pension alimentaire à la charge de Madame Guimbert.

La deuxième phase de la procédure se poursuit avec l'assignation en divorce établit par l'avocat de Monsieur Guimbert en Avril 2005 et transmise à Madame Guimbert par voie d'huissier. Dans cet acte juridique, des faits d'infidélité de Madame Guimbert sont invoqués

et un constat d'adultère d'huissier³⁸⁸ est versé aux débats judiciaires. Il invoque également le fait que Madame Guimbert ait quitté le domicile conjugal avant le début de la procédure en divorce³⁸⁹. Par ailleurs, à travers la construction de son argumentaire dans son assignation en divorce, l'avocat de Monsieur Guimbert en interprétant les emprunts souscrits par Madame Guimbert et les opérations financières réalisées par cette dernière l'année précédant le début de la procédure de divorce, cherche à montrer que Madame Guimbert avait organisé son départ. Sur les conséquences du divorce, Monsieur Guimbert demande la reconduction des mesures mises en place dans le cadre de l'Ordonnance de Non Conciliation par le juge aux affaires familiales (autorité parentale conjointe, garde alternée, mêmes périodes de vacances, excepté le fait qu'il demande que « pendant les vacances d'été, les enfants résideront à son domicile systématiquement en août mois où l'entreprise au sein de laquelle il est employé ferme, et même niveau de pension alimentaire »). Par contre, une nouvelle demande est présentée au juge aux affaires familiales en vue de l'audience de jugement de divorce. Il s'agit d'une demande de prestation compensatoire de 25.000 euros qui est justifiée par l'écart de revenus entre les deux époux. Enfin, il demande que soient ouvertes les opérations de liquidation et partage de la communauté.

A l'opposé, Madame Guimbert invoque dans ses écrits le fait que son mari « entretenait et entretient toujours une liaison avec une jeune femme ». Pour justifier de ce grief, l'avocate de Madame Guimbert verse aux débats judiciaires des photos prises sur lesquelles on aperçoit le véhicule de Monsieur Guimbert devant la maison de la dite jeune femme. Elle produit également des témoignages d'amies d'enfance et de membres de sa famille (parents, sœur, et cousins) qui ont pour fonction d'appuyer sa demande reconventionnelle en divorce pour faute aux torts exclusifs de son mari. On comprend dès lors comment les modes de justification judiciaire peuvent renforcer la dynamique de conflit réalimentant l'affrontement judiciaire. On peut voir que l'avocate de Madame Guimbert pour justifier de « la bonne volonté » et de « l'esprit de conciliation » de sa cliente et ainsi de montrer aux magistrats que cette dernière est apte à s'inscrire dans un climat plus apaisé en vue du règlement judiciaire de la séparation, propose la mise en place d'une médiation familiale. Par ailleurs, elle sollicite que la demande de prestation compensatoire de Monsieur

³⁸⁸ Déjà de moins en moins courante, cette pratique a quasiment disparu depuis la réforme de la prestation compensatoire rendant le versement d'une telle prestation compensatoire dans le cadre d'une procédure de divorce pour faute indépendant de l'attribution des fautes. Par exemple, un divorce prononcé aux torts exclusifs de l'épouse n'entraîne plus la suspension du bénéfice d'une prestation compensatoire pour celle-ci.

³⁸⁹ Le fait d'adultère et l'abandon du domicile conjugal sont deux griefs sur lesquels peut s'appuyer un magistrat pour attribuer les torts à un époux dans le cadre d'une procédure de divorce pour faute.

Guimbert soit rejetée mais ne revient pas sur les mesures prises par le juge aux affaires familiales dans le cadre de l'ordonnance de non conciliation concernant les enfants mais à condition que Monsieur Guimbert accepte de procéder à une médiation familiale. Après le dépôt de ses conclusions en vue de l'audience de jugement de divorce, les relations entre Madame et Monsieur Guimbert se sont durcies et les mesures provisoires ordonnées par la magistrate dans son ordonnance de non conciliation notamment concernant les enfants ont été l'objet de contestations et d'accrochages entre les deux parents, notamment au moment des changements de résidence des enfants. Aussi, Madame Guimbert, avant que l'audience de jugement de divorce n'intervienne, a introduit un incident devant le magistrat de la mise en état, pour solliciter la suppression de la pension alimentaire qui avait été mise à sa charge initialement par le Juge aux affaires familiales. L'introduction de cet incident révèle les difficultés pour le couple parental de s'accorder sur l'organisation des mesures tranchées par le Juge aux Affaires Familiales. Dans le cadre de cette nouvelle procédure, Madame Guimbert obtient du Juge de la mise en état, en décembre 2005, que la pension alimentaire mise à sa charge soit supprimée. Cette décision a d'ailleurs fait l'objet d'un appel par Monsieur Guimbert. La Cour d'Appel a rendu un arrêt, en Septembre 2006, confirmant la décision du Juge de la mise en état. L'incident et la procédure d'appel ont ainsi retardé le calendrier initial de la procédure de divorce.

Ainsi, l'audience de jugement de divorce est intervenue finalement près de deux ans après l'ordonnance de non conciliation, fin décembre 2006. Il est intéressant de noter que lors de l'audience de jugement de divorce, les deux conjoints étaient présents au côté de leur avocat respectif³⁹⁰. Fin décembre 2006, la même magistrate ayant rendu l'ordonnance de non

³⁹⁰ Nos observations au sein de différentes juridictions civiles ont permis de relever que dans le cadre des procédures de divorce devant les Juges aux Affaires Familiales, les justiciables n'assistent qu'à l'audience de conciliation (leur présence étant obligatoire), et ne se présentent que rarement à l'audience de jugement de divorce. Ce sont d'ailleurs le plus souvent les avocats qui conseillent à leurs clients de ne pas assister à cette seconde audience qui le plus souvent entérine les mesures provisoires établies lors de la première audience. A l'opposé, pour les justiciables qui décident d'assister à l'audience de jugement de divorce malgré, pour certains, les réticences de leur conseil juridique, peut être envisagée comme un indicateur de la conflictualité de la séparation ou d'un fort enjeu financier du débat judiciaire (par exemple pour trancher une prestation compensatoire). Certains de ces justiciables nous ont précisé qu'ils souhaitaient assister à la manière dont allait être traitée « leur » affaire tant par les magistrats que par leur avocat. En premier lieu, il s'agit pour ces justiciables de voir et/ ou comprendre sur quels modes était rendue la Justice sur des points de la procédure où se cristallisent le plus souvent le conflit conjugal (attribution des torts du divorce pour les divorces pour faute, attribution de la résidence et/ou des droits de visite et d'hébergement concernant les enfants). Aussi, il est question pour les justiciables produisant un discours critique sur le fonctionnement de l'institution judiciaire d'« évaluer » le travail de défense de leurs intérêts personnels par leur avocat craignant une forme de « complaisance » entre les différents professionnels du droit. Parmi ces justiciables, on retrouve ceux disposant de faibles ressources juridiques et pour qui la distribution des rôles sociaux des différents acteurs judiciaires, et les différents enjeux d'un procès en matière familiale ne sont pas compris et également ceux, disposant d'importantes ressources économiques lesquels justifient leur présence aux audiences pour d'une certaine

conciliation tient audience du jugement de divorce où l'on retrouve donc les deux époux Guimbert et leurs avocats respectifs. L'audience va durer près de cinquante minutes (affaire la plus longue de l'après-midi traitée par la juge) pendant lesquelles sont présentées au juge les différents griefs invoqués réciproquement par les deux conjoints. Par contre, les deux ex-conjoints maintiennent leur accord pour une résidence alternée, mais Monsieur Guimbert sollicite une demande de pension alimentaire bien qu'il ait été débouté devant la Cour d'appel pour cette même demande. Finalement, le débat judiciaire se cristallise autour des causes de la séparation, les avocats ayant des difficultés pour contrôler les prises de parole de leur client respectif. De même, la juge se trouve démunie pour réguler les différents échanges qui s'inscrivent dans une surenchère de reproches. La juge clôt l'audience, en incitant le couple à procéder à une médiation familiale.

Dans son jugement de divorce en date de janvier 2007, la juge aux affaires familiales met en avant le caractère organisé de la séparation de part et d'autre dans l'intérêt des enfants autour d'une garde alternée. Par contre, elle analyse l'échec de cette organisation par le fait que les deux conjoints ont choisi de s'engager dans une procédure de divorce pour faute ce qui a conduit à centrer le débat judiciaire sur les causes de la séparation, notamment autour du départ de Madame Guimbert du domicile conjugal juste avant le début de la procédure de divorce enclenchée par Monsieur Guimbert. La magistrate précise ainsi dans sa décision qu'« *il est admis par chacune des parties et justifié que Madame Guimbert a déménagé du domicile conjugal le 6 Juin 2004. Si les pièces produites indiquent que Madame Guimbert a effectivement préparé ce départ, elles révèlent également que cette préparation ne s'est pas faite à l'insu de Monsieur Guimbert, lequel y a activement participé.* » Ainsi, à propos de l'adultère constaté en octobre 2004, la juge pointe que « *l'impatience manifestée par Monsieur Guimbert à un départ de son épouse n'est pas celle d'un mari trahi auquel la présence de son épouse était devenue de ce fait difficilement supportable* ». Comme les avocats pouvaient s'y attendre³⁹¹, elle prononce donc le divorce aux torts partagés des époux. Par ailleurs, même si la juge aux affaires familiales maintient le principe d'une garde en alternance telle que demandée par les deux conjoints, elle pointe le fait que cette résidence en alternance « *n'est pas la traduction d'une harmonie dans les relations du couple parental et*

manière contrôler leur propre avocat afin d'« *évaluer le travail de ce dernier au regard des honoraires qu'il sollicite* » (extrait d'entretien avec un justiciable (J26), à la tête d'une entreprise employant une trentaine de salariés, engagé dans une procédure de divorce pour faute).

³⁹¹ Il faut préciser que les avocats, notamment ici les spécialistes des affaires familiales, ajustent leurs demandes en fonction de leur connaissance de la « jurisprudence » de chaque magistrat.

où l'équilibre des modalités de cette alternance est fragilisé par des enjeux financiers » et enjoint les parents de rencontrer un médiateur familial, tel qu'elle l'avait précisé oralement lors de l'audience.

Enfin, pour ce qui est des éléments financiers du divorce, la magistrate s'appuie sur les décisions du Juge de la mise en état et de la Cour d'appel pour débouter Monsieur Guimbert de sa demande de pension alimentaire. Quant à la prestation compensatoire, si la juge observe qu'au jour du jugement, l'écart de salaire des deux époux est de près de 1000 € (1095 euros par mois pour Monsieur et 2050 euros par mois pour Madame), il retient que pendant la durée du mariage Madame Guimbert a eu un revenu inférieur à son mari pendant « *les trois quart du temps du mariage* », et que suite à une formation, elle a pu « *bénéficier d'une ascension sociale* ». A l'opposé, elle constate que Monsieur a fait le choix de démissionner de son précédent emploi (qui était mieux rémunéré) et de travailler en intérim afin de faire une formation qui lui a permis d'obtenir un diplôme de technicien de méthodes et ainsi prétendre à un poste de travail mieux rémunéré. Ainsi, la juge déboute Monsieur Guimbert de sa demande de prestation compensatoire au motif que « *la situation de Madame Guimbert a été moins favorable que celle de son mari pendant la majeure partie de la vie conjugale, ce qui aura une incidence sur leur retraite respective ; que Monsieur Guimbert a pu se permettre de démissionner et d'envisager d'effectuer une formation plus qualifiante à un moment où le revenu de son épouse était plus confortable ... De même, tant Monsieur Guimbert, âgé de 43 ans que Madame Guimbert, âgée de 38 ans, ont la perspective de réorganiser leur vie sentimentale de manière stable, même si tel n'apparaît pas être le cas présentement en ce que chacun des époux évoque une fragilité de la relation qu'il a nouée* ». En avril 2007, Monsieur Guimbert interjettera appel de cette décision trois mois après le prononcé de ce jugement de divorce. Il s'agit d'un appel général à toutes les décisions du Juge aux affaires familiales, tant sur le divorce que sur ses conséquences. Même la garde alternée sur laquelle s'était accordé le couple depuis le début de la procédure en juin 2004, est remise en cause par Monsieur Guimbert dans le cadre de cette nouvelle procédure devant la Cour d'appel.

2.3. Des couples engagés dans un combat judiciaire toujours attachés à l'autorégulation conjugale

Des divorçants, tels les couples Brillet et Rubin dont on a présenté la trajectoire judiciaire précédemment, reviennent sur des décisions judiciaires ayant homologué l'accord trouvé par les deux conjoints afin de revoir les différentes modalités de leur séparation (garde

des enfants, pension alimentaire, prestation compensatoire, liquidation du patrimoine matrimonial ...). Cette population particulière remettant en cause une première décision judiciaire construite sur la base d'un accord (total ou partiel) dévoile la difficulté d'articuler une dynamique émancipatrice, ici, celle du paradigme selon lequel le « succès du divorce » dépend de la capacité des conjoints à parvenir à des solutions consensuelles et obtenues sans la présence d'un tiers, représentant de l'institution judiciaire (avocat, avoué, juge aux affaires familiales ou médiateur familial, ...), avec une dynamique normative, ici, celle qui impose aux conjoints de configurer leur séparation (plus ou moins conflictuelle) sur le modèle d'un divorce réglé de façon autonome et consensuelle.

Pour mettre en relief cette analyse, nous prendrons le cas du divorce de Pierre et Brigitte Duval. Leur parcours judiciaire pour divorcer n'est pas une exception : il a pour vertu d'illustrer la manière dont les couples souhaitant à l'origine régler leur séparation de façon autonome et consensuelle peuvent retraduire leur séparation sous forme litigieuse suite aux difficultés que peuvent amener les reconfigurations familiales formées par chacun des deux conjoints. Le parcours de ces deux divorçants permet ainsi de pointer la force des normes judiciaires en matière de dissociations conjugales.

Pierre Duval, 48 ans, cadre commercial, fils de commerçants, et Brigitte Duval, 43 ans, infirmière, fille de petits fonctionnaires, se sont mariés en 1990, ont eu deux enfants : une fille, Sandra, née en 1992 et un fils, Samuel, né en 1994. En 2001, le couple a fait homologué devant le Juge aux Affaires Familiales du Tribunal de Grande Instance leur convention de séparation qui fixait notamment la résidence des enfants en alternance chez la mère et chez le père. En 2005, quatre ans après le prononcé du divorce du couple, Pierre Duval assignait son ex-épouse devant le Juge aux Affaires Familiales afin que la résidence des enfants soit entièrement transférée chez lui. Cette demande de transfert fait suite à deux évènements survenus après le prononcé du divorce : la remise en couple de ce dernier et son départ pour les Etats-Unis pour des motifs professionnels. Brigitte Duval s'opposant aux demandes de son ex-époux, une nouvelle procédure judiciaire est introduite, et l'accord initial sur la garde des enfants fait l'objet d'une révision complète. Des reproches réciproques notamment sur la façon d'envisager l'éducation des enfants se multiplient. Le Juge cherchant à reconstituer un contexte de consensus et de « souveraineté des parents » quant à une décision sur la prise en charge de leurs enfants, décident finalement face à la difficile médiation qu'il engage entre les deux parents d'auditionner les deux enfants. Lors de l'audition, ces derniers vont exprimer leur lassitude de la résidence alternée et mettre au jour les différences de conceptions

éducatives de leurs deux parents depuis leur séparation. Par contre, les deux enfants envisagent différemment leur placement. Le Juge de première instance va s'appuyer sur l'audition des enfants pour prendre sa décision et fixer la résidence de l'aînée des enfants au domicile de sa mère et celle du cadet à celui de son père qui prévoit de s'installer prochainement aux Etats-Unis. Aussitôt avoir pris connaissance de cette décision, Brigitte Duval décide de faire appel sous le conseil de son avocate et de son avoué la représentant devant la Cour d'appel. En introduisant une procédure d'appel, la résolution du litige par une entente ou un consensus parental paraît s'éloigner. Brigitte Duval reproche à son ex-mari d'avoir caché son départ aux Etats-Unis et craint une installation définitive avec son fils, ce qui rendrait difficile l'application de ses droits de visite et d'hébergement sur son fils. Elle craint également le rôle de substitution que pourrait jouer la nouvelle compagne de son ex-mari notamment dans le cadre de l'éducation de son fils. Pour autant, « en coulisse » de la procédure judiciaire, les deux ex-conjoints après avoir rompu le dialogue suite à la procédure de première instance se rapprochent pour finalement trouver une issue amiable à leur conflit. Fin 2006, après deux années de procédure et près de cinq ans après le prononcé de leur divorce, les deux ex-conjoints rédigent ensemble un nouvel accord s'appuyant sur le travail réalisé en médiation. L'issue de ce conflit initialement conjugal transformé en conflit parental est révélatrice de l'assimilation par ce couple de l'autonomie conjugale et parentale pour penser une séparation réussie ... du moins aux yeux des juges. Il suffit de reprendre les termes de l'accord élaboré et rédigé par Pierre et Brigitte Duval qui va clôturer leur passage devant l'institution judiciaire pour, dans un premier temps, montrer la façon dont ils évacuent la part litigieuse de leur séparation et donc de leur dépendance vis-à-vis de l'institution judiciaire :

« Nous exprimons la volonté de tourner la page de ces années de procédures conflictuelles, et d'écrire nous-mêmes notre histoire.

Nous regrettons les blessures personnelles, les atteintes à la dignité dans nos rôles de parents et notre carence passée à établir des relations saines afin de préserver l'équilibre de nos enfants Sandra et Samuel. Nous regrettons tout le mal qui a été fait et dit.

Nous nous engageons à ne pas renouveler ces erreurs et à communiquer en bonne intelligence. Nous demandons à la Cour d'Appel l'homologation du présent protocole sans autre commentaire ni référence à l'historique du dossier, sur lequel nous choisissons ensemble de faire silence afin de construire l'avenir. »

L'extrait de l'accord rédigé par le couple pour les magistrats de la Cour d'appel met particulièrement en lumière des ressources juridiques et rédactionnelles (en termes de connaissances des attentes des magistrats dans le cadre des procès en matière de dissociations

conjugales) pour faire valider leur accord par les instances judiciaires. N'étant pas en mesure de vérifier si ces parents sont les auteurs de cet accord, on peut aussi penser qu'ils se sont appuyés sur une aide extérieure (personne ressource ?, page internet ?, ouvrage de vulgarisation des pratiques judiciaires ?, etc.). Quoiqu'il en soit, les deux ex-conjoints se sont pour ainsi dire contraints à présenter leur accord en s'appuyant sur les deux principaux motifs sur lesquels les représentants de l'institution judiciaire se fondent pour rendre leurs décisions : l'intérêt de l'enfant et le maintien des rôles parentaux.

« Objectif et principes

L'objectif de notre accord est d'organiser la vie familiale de Sandra et Samuel dans le respect de leurs besoins éducatifs et affectifs et en prenant en compte leurs propres expressions de leurs besoins.

Nous exprimons tous deux la volonté de remplir notre rôle de parent auprès de chacun de nos enfants, et de respecter la place de l'autre parent.

Nous associerons nos enfants à certaines décisions qui les concernent, mais ils ne seront en aucun cas amenés à arbitrer des décisions relevant de notre rôle éducatif.

Nous convenons de communiquer régulièrement afin d'atteindre ces objectifs.

Contexte

Aujourd'hui nous habitons tous deux à Saumur. Le présent accord est donc orienté vers cette organisation :

Pierre M. doit, pour des raisons professionnelles, s'installer aux USA (Caroline du Nord) et aurait dû émigrer avec Samuel le 3 Octobre 2005, comme précisé par le passé. Samuel et Sandra s'étaient exprimés sur ce sujet. Les dates de délivrance de la carte d'émigrant (green card) ont été reportées par le Consulat Américain en raison de modifications de leurs procédures sécuritaires. Le statut d'émigrant accordé à Pierre M. l'été 2005 sera étendu à Samuel courant 2006. En conséquence et pour respecter la scolarité de Samuel, Pierre M. a reporté l'installation aux USA permettant ainsi à Samuel de passer son année de sixième en France.

Brigitte D. atteste que, le cas échéant, elle ne mettra pas d'opposition au départ de Samuel avec son père, dès lors que le maintien de relations régulières entre Samuel et sa famille en France ne sera pas entravé. De son côté Pierre M. ne s'opposera d'aucune manière à ce que Brigitte D. puisse voir son fils autant de fois qu'ils le désireront quel que soit le lieu de résidence de Samuel au moment de l'expression de cette volonté. Brigitte D. s'engage à respecter la même position pour Sandra.

D'une façon plus générale, et pour chacun de nous deux, toute modification de situation géographique qui surviendra jusqu'à la majorité des deux enfants devra conduire à un dialogue afin de construire ensemble les conditions les plus favorables à leur équilibre et au maintien de leurs relations avec toute leur famille, avec pour conséquence la mise à jour du présent document. »

Enfin, dans ce protocole d'accord est exprimé, dans un chapitre intitulé « *Neutralisation des avocats et avoués* », la volonté commune des deux ex-conjoints de dessaisir leurs représentants respectifs devant l'institution judiciaire afin de valoriser devant le

Juge cet accord amiable conclu de façon autonome, sans l'intervention de leurs conseils qui pourrait, selon eux, annihiler le présent accord, en incitant les couples à recroiser le fer.

« Neutralisation des avocats et avoués

Il est expressément stipulé que ni Maître D., ni Maître V., ni aucun avocat ou avoué n'est autorisé à apporter la moindre modification, ajout, commentaire, ni sur le fond, ni sur la forme, au présent document.

En cas de non respect de cette clause, toute la procédure d'accord à l'amiable sera à reprendre en totalité.

Annule et remplace :

Le présent document signé conjointement par Brigitte et Pierre Duval annule et remplace toutes autres demandes, dépositions ou conclusions présentées préalablement par l'une ou l'autre des parties. »

En s'appuyant sur la trajectoire de Pierre et Brigitte Duval, il s'agissait, ici, d'observer comment, malgré le combat judiciaire qui les a divisés, ce couple s'est accordé pour dépasser le conflit qui les oppose et répondre ainsi aux attentes d'autorégulation conjugale et/ou parentale. En effet, malgré la conflictualité de leur relation et la difficulté pour s'accorder sur les modalités de la reconfiguration familiale, ces derniers se sont, d'une certaine manière, auto-contraints afin de trouver une issue amiable et consensuelle à leur séparation. La question qui reste en suspens est de savoir si les membres de ce couple ont intériorisé les normes dominantes en matière de séparation par un processus de socialisation judiciaire issu d'une expérience de plusieurs procès ou bien, ont su, tout simplement, par un sens tactique et une connaissance des rouages judiciaires éviter le coût financier et familial d'un nouveau procès en répondant aux attentes des juges.

Quoi qu'il en soit, il est important d'ajouter que ce type de rapport à l'autorégulation conjugale et parentale est loin d'être observé chez l'ensemble des justiciables engagés dans un combat judiciaire, notamment ceux qui s'engagent dans un procès devant une Cour d'appel. Il est, en effet, nécessaire de rappeler qu'une majorité de justiciables vont jusqu'au bout de l'affrontement judiciaire. Et, qui plus est, tous les couples présentant leur séparation devant les instances judiciaires ne disposent pas des mêmes ressources juridiques et n'entretiennent donc pas le même rapport au modèle de séparation autorégulée.

2.4. *Les procédures d'appel ou l'échec de l'autorégulation conjugale ?*

Dans la continuité de la précédente analyse, nous pouvons nous demander si l'on peut assimiler l'ensemble des procédures présentées devant une Cour d'appel pour traiter d'une dissociation conjugale et/ou de ses conséquences à un indicateur de l'échec de l'autorégulation conjugale et d'une résistance à la régulation proposée/imposée par l'institution judiciaire. Pour répondre à cette question, il est intéressant de s'arrêter sur les affaires qui ne vont pas jusqu'au bout du processus judiciaire dans le cadre du procès en appel. A partir du corpus d'affaires étudiées au sein de l'Etude d'avoué, le tableau ci-dessous sur les modalités de clôture des procédures liées à une séparation devant la Cour d'appel permet d'observer qu'une très nette majorité des affaires instruites (86,2%) vont à leur terme. En première instance, près d'un quart des affaires ne vont pas jusqu'au procès (source Annuaire statistique de la Justice – Editions 2009-2010). Surtout, à la différence des procédures devant le juge aux affaires familiales où une part importante est de nature gracieuse (procédure de divorce par consentement mutuel), seules des procédures contentieuses sont présentées devant la chambre familiale de la Cour d'appel. Bien entendu, un accord entre les parties peut intervenir pendant la procédure, soit sous la forme d'un protocole d'accord présenté aux magistrats (0,7% des affaires), soit à travers un désistement d'appel ou une radiation d'appel pouvant dissimuler un accord intervenu entre les conjoints (avec ou sans l'intervention de leur conseil juridique) en a parte de la procédure. Ainsi, différentes formes d'autorégulation conjugale peuvent être observées dans certaines affaires présentées devant la chambre familiale de la Cour d'appel étudiée. Mais, il est important d'en relativiser leur importance au regard de la large majorité d'affaires contentieuses présentées aux magistrats de la Cour.

Tableau 3 : Les modalités de clôture des procédures liées à une séparation devant la Cour d'appel

Modalité de clôture de la procédure	Fréquence (effectif)
Procédure menée à son terme	86,2% (355)
Désistement d'appel	7,5% (31)
Radiation d'appel	5,6% (23)
Accord des parties	0,7% (3)
Total	100% (412)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une Etude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (ayant pour objet le traitement d'une séparation ou de ses conséquences) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=412.

Lecture : 86,2% des affaires présentées devant la Chambre familiale de la Cour d'appel vont au terme du procès.

Par ailleurs, il est nécessaire de ne pas envisager les désistements et les radiations d'appel comme un seul indicateur d'accord ou de consensus intervenu entre les deux parties au procès. En effet, un désistement ou une radiation d'appel peut cacher d'autres stratégies judiciaires ou bien peut être la conséquence de différentes contraintes (notamment économiques liées au coût du procès en appel) imposant à une partie de ne pas soutenir son appel en se désistant ou en attendant sa radiation par les magistrats composant la Cour d'appel. Comme le précise Maître Gandon, un désistement d'appel peut être également la conséquence d'une stratégie judiciaire.

« Tactiquement, quelque fois je fais appel. Tactiquement, par exemple, en matière de divorce, lorsque le divorce est prononcé, la pension alimentaire s'arrête et arrive la prestation compensatoire. Quelques fois, on a intérêt à ce que la pension alimentaire dure beaucoup plus longtemps quitte à se désister de l'appel par la suite. Tactiquement, on est un peu renard quand même. Il faut regarder si on a intérêt à faire appel sur le plan du coût. Il faut regarder pour la personne si ça vaut le coût. Il ne faut pas l'entraîner non plus dans des frais, il y a un coût important de l'appel. Dans les frais, si c'est pour gagner trois francs six sous, ça ne vaut pas le coût parfois. Il vaut mieux revenir un an après devant le juge aux affaires familiales quand il y a des petites modifications, on y arrive parfois sur des petits points, sur des modifications. Souvent parfois l'autre, ses revenus ont été mal appréciés, mal calculés par le magistrat, cela n'a pas été divisé par 12 alors qu'il y a treize mois ou quatorze mois. Donc le chiffre retenu par le magistrat n'est pas le bon chiffre, donc mieux vaut revenir un an après devant le Juge aux affaires familiales, le coût est moindre et le temps de la procédure est, au final, le même. »
Maître Gandon (A12).

Un autre point important soulevé par cette avocate est le coût économique d'une procédure en appel. Le coût d'un procès en appel composé des frais d'avoué et très souvent des honoraires d'un avocat peut conduire les justiciables et leurs conseils juridiques à éviter une telle procédure pour préférer réintroduire une affaire, en première instance, devant le juge aux affaires familiales. Cette stratégie judiciaire est possible du fait de la nature des contentieux conjugaux et familiaux. En effet, ce contentieux se caractérise par une particularité, celle d'être une matière juridique évolutive. Autrement dit, au cours même de l'instruction judiciaire d'un contentieux conjugal ou familial, les situations professionnelles, économiques et familiales des deux parties au procès peuvent varier, s'améliorer, se détériorer, etc. (licenciement, promotion professionnelle, mobilité géographique, remise en couple avec un nouveau conjoint, etc.) conduisant les parties à solliciter des nouvelles demandes devant l'institution judiciaire (changement de résidence des enfants, baisse,

augmentation ou voire suppression d'une pension alimentaire, etc.). Face à ces situations, les justiciables ont le choix, soit d'interjeter appel de la décision de première instance et de demander à la Cour d'appel de se saisir de ces nouveaux éléments intervenus une fois la procédure d'appel diligentée pour réformer ou confirmer la décision du Juge aux affaires familiales, soit d'introduire une nouvelle affaire, en première instance, devant le juge aux affaires familiales. Cette « marge de manœuvre juridique » des justiciables et de leurs conseils juridiques nous oblige à penser la notion de combat judiciaire non exclusivement à partir des seules procédures d'appel. Quoi qu'il en soit, si les procédures d'appel ne représentent pas la totalité des affaires judiciaires que l'on peut assimiler à des combats ou affrontements judiciaires, il n'en reste pas moins qu'elles sont pertinentes pour se saisir et délimiter une population engagée dans un affrontement judiciaire. Dans ce sens, Monsieur Dulac, Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel depuis près d'une dizaine d'années, précise qu'à ce niveau de juridiction, il traite principalement d'affaires très conflictuelles et contentieuses. Il pointe également la dimension évolutive des affaires familiales ce qui le conduit à être investi d'une double mission : de réformation et d'achèvement.

« La particularité, je vais enfoncer une porte ouverte, c'est que l'on est une Cour d'appel, c'est-à-dire que déjà on a la malchance d'avoir que ceux qui se passent le plus mal, ceux qui ne sont pas satisfaits de la décision de première instance, c'est à dire ceux qui sont les plus pugnaces, les plus accrochés, les plus mécontents, les plus ... La deuxième, c'est que l'on travaille à partir d'une décision qui a déjà été rendue et que, entre le moment où cette décision a été rendue et que cette affaire vient devant la Cour qui correspond à un délai de six, sept mois puisque les affaires familiales sont jugées, délibérés compris, dans les dix mois de l'appel, la situation familiale a évolué pendant ce temps-là. Elle a évolué entre autre parce que tout ce qui est mesure provisoire, droit de visite et d'hébergement ou autre est assortie de l'exécution provisoire et donc, on a deux cas de figures. Le cas rarissime où les gens n'ont pas exécuté la décision de première instance et qu'il n'y a pas eu d'exécution forcée où là je dirai, on est dans une situation hyper conflictuelle de refus de la décision. Et puis celle où l'on a testé autre chose, et puis il s'est passé autre chose, changement de domicile d'un des parents, changement de la situation professionnelle d'un autre, refus d'un enfant d'aller chez le parent non gardien, etc.. Et la procédure d'appel, alors là, l'appel étant à la fois une voie de réformation, c'est-à-dire que l'on juge la décision de première instance pour voir si le Juge a bien jugé mais aussi c'est une voie d'achèvement. C'est-à-dire que l'on doit prendre en compte l'évolution jusqu'au jour où l'on statue. On a quand même un nouveau regard qui est la décision de première instance enrichie de tout ce qui s'est passé après ! », **Monsieur Dulac, Président de la Chambre Familiale de la Cour (M1).**

Enfin, on pourrait faire l'hypothèse que par l'ascension dans la hiérarchie judiciaire et par l'élévation du niveau de l'instance, la légitimité de la décision de justice se renforcerait par l'autorité que représenterait le passage par une Cour d'appel. Autrement dit, est-ce que

l'autorité et la légitimité dont serait investi ce niveau de juridiction suffirait à annihiler le processus d'affrontement judiciaire dans lequel se trouve engagé les justiciables ? Aussi, dans la continuité de ce raisonnement, les individus selon leurs ressources sociales et culturelles abordent-ils le passage devant le deuxième niveau de juridiction par des stratégies et des investissements différents ?

* *
*
*

En s'intéressant plus spécifiquement aux séparations conflictuelles, la partie suivante de notre travail sera d'appréhender la manière dont se jouent et se construisent les affaires de dissociations conjugales présentées devant le deuxième niveau de juridiction de l'institution judiciaire. Le procès en appel se différencie du procès en première instance de par les différents acteurs en présence (justiciables, magistrats, avoués à la Cour, avocats, etc.) et des règles du jeu qui y ont cours. Dès lors, l'objectif sera d'appréhender la façon dont les couples s'engagent dans « une procédure d'appel » et la façon dont le conflit se traduit sous la forme d'un seul litige (par exemple sur une question de garde d'enfant ou encore sur une question financière, etc.) ou, à l'opposé, d'une multitude de litiges faisant du passage devant la Cour d'appel, le lieu d'un véritable règlement de compte entre les deux conjoints – et parfois même un règlement de compte qui s'étend à l'ensemble du tissu relationnel des deux conjoints.

Il s'agira donc de définir les principaux enjeux de ces procès, de présenter les caractéristiques sociologiques des justiciables engagés dans un combat judiciaire devant une Cour d'appel, et de retracer leur parcours judiciaire préalable à leur passage devant cette juridiction. Aussi, pourra-t-on se demander en fonction de différents critères sociologiques (origine sociale, âge, niveau de ressources économiques, etc.), comment est investi le deuxième échelon de l'institution judiciaire par les couples se séparant.

DEUXIEME PARTIE

Le passage devant la Cour d'appel : De la mise à distance des justiciables à la structuration de l'affrontement judiciaire

Dans cette deuxième partie, nous souhaitons fixer notre focal d'analyse sur l'affrontement judiciaire de couples sollicitant l'intervention de l'institution judiciaire pour qu'elle tranche les modalités de leur séparation et de ses conséquences à travers les procédures judiciaires devant une Cour d'appel de l'Ouest de la France. Pour approcher les logiques d'affrontement judiciaire dans lesquelles se trouvent engagés ces couples, il s'agit avant toute chose, d'appréhender les pratiques judiciaires encadrant ces justiciables. Interjeter appel d'une décision d'un juge aux affaires familiales n'est pas un acte anodin. Il induit des stratégies spécifiques – encadrées ou non par les conseils juridiques – de la part des justiciables lesquels, en s'engageant dans une procédure devant une Cour d'appel, font face à une organisation judiciaire bien différente de celle dans laquelle ils ont pu évoluer en première instance. Un nouvel acteur, l'avoué près la Cour d'appel, et surtout un mode de régulation judiciaire différent voire opposé par certains aspects à celui instauré en première instance, caractérisent notamment le passage devant la Chambre familiale d'une Cour d'appel. L'objectif général de cette seconde partie est de définir les éléments qui fondent le processus d'affrontement judiciaire et de montrer en quoi le passage par une Cour d'appel peut conduire à nourrir un combat judiciaire et à renforcer la distance de ces séparations au modèle de la bonne séparation précédemment décrit dans la première partie. En appel, la régulation judiciaire sur le mode négocié se trouve très limité. Place, dès lors, à une justice imposée qui se joue à différents niveaux et par différents agents judiciaires, du magistrat à l'enquêteur social en passant par l'avoué près la Cour d'appel.

Pour présenter ces affrontements judiciaires, nous ne nous limiterons pas à la seule approche du procès en appel, mais à l'ensemble des temps et espaces composant la trame des procédures judiciaires devant une Cour d'appel. Ainsi, à la manière dont Benoît Bastard nous fait rentrer dans les coulisses du travail des démarieurs³⁹² ou encore Patricia Benec'h-Le Roux dans celles d'un Tribunal pour enfants³⁹³, nous présenterons différentes scènes sociales composant et structurant les procédures judiciaires d'appel. Ces scènes sociales ne se limitent pas à celles se déroulant au sein du Palais de Justice (audience, conférence de mise en état, auditions d'enfant, échanges entre confrères devant les cases des avocats et avoués ou à la chambre des avoués, etc.). L'univers judiciaire décrit intègre également les scènes se jouant dans les cabinets et études des conseils juridiques (entretiens entre les justiciables et leurs

³⁹² Bastard Benoît, *op. cit.*

³⁹³ Benec'h-Le Roux Patricia, *op. cit.*

avocats, échanges téléphoniques entre avocats et avoués, ou entre justiciables et leurs conseils) où se préparent les stratégies judiciaires pour mener à bien « le combat ».

Dans le quatrième chapitre, nous nous intéresserons, dans un premier temps, à l'étape charnière que constitue l'engagement dans une procédure d'appel pour les justiciables. En effet, le « jeu relationnel » entre professionnels du droit et justiciables à l'origine de la décision d'interjeter appel d'une décision de première instance détermine le mode d'appropriation que les justiciables vont avoir de leur « affaire ». Par « jeu relationnel », nous entendons, ici, la manière dont les conseils juridiques définissent et négocient leur mission – dans le sens de « mandate » défini par Everett Huges³⁹⁴ – vis-à-vis, en premier lieu de leurs clients. Par ailleurs, l'entrée dans le deuxième niveau de juridiction de l'institution judiciaire se réalise à travers un nouvel agent judiciaire, l'avoué près la Cour, jouant le rôle d'un véritable filtre dans l'accès des justiciables aux procédures d'appel. Ensuite, après avoir présenté les principaux enjeux sur lesquels se fixent les affrontements judiciaires présentés devant le deuxième degré de juridiction, nous montrerons que l'enjeu des procès en appel se différencie clairement selon notamment les caractéristiques sociodémographiques des justiciables.

Dans un cinquième chapitre consacré à caractériser la configuration spécifique des procès civils en appel, nous présenterons l'organisation et le « mandat » des avoués près la Cour d'appel et surtout les relations qu'ils entretiennent avec les autres professionnels du droit et les justiciables pour comprendre leur position singulière et dominante dans l'organisation des procès en appel. Ce professionnel du droit, représentant des parties en appel, s'avère être un véritable pivot entre les différents professionnels du droit (avocats, magistrats, experts et enquêteurs sociaux) pour « produire » la procédure d'appel. La position de ce professionnel du droit est un premier facteur d'explication de la mise à distance progressive des justiciables de leur affaire qui s'engage devant la Cour d'appel. Disposant des marges de manœuvre les plus importantes pour maîtriser le temps judiciaire, les magistrats donnent et/ou imposent véritablement le rythme de la procédure d'appel, et ce malgré les stratégies des conseils juridiques des parties pour ajuster ce rythme en fonction des intérêts de leurs clients. Les avoués près la Cour, représentants des parties, mais surtout intermédiaires entre les avocats plaideurs et les magistrats, jouent un double rôle qui peut paraître ambivalent aux yeux des justiciables. En effet, d'un côté, par une étroite collaboration avec les magistrats et les greffiers, l'avoué assure le déroulement de la mise en état du procès, et de l'autre, mandaté

³⁹⁴ Huges E.C., *Men and their Work*, Glencoe, The Free Press, 1958.

pour représenter une partie, il se doit de défendre les intérêts de ses clients. On verra que ses deux missions ne sont pas sans susciter des incompréhensions de la part des différents acteurs du procès, et plus précisément des justiciables et des avocats. Si les avoués représentent les parties et ont le monopole de cette représentation, les avocats restent, en appel, les « véritables » défenseurs des parties, du moins du point de vue des justiciables. Porteur de l'affaire en première instance, le principal rôle de l'avocat est d'encadrer les instructions des clients et de les transmettre à l'avoué. Toutefois, dans un contexte de réforme de la postulation devant les Cours d'appel, nous avons pu observer l'amorce d'une nouvelle configuration de la relation entre l'avocat et l'avoué. Ces derniers, anticipant la réforme, ont pu chacun modifier leur rôle dans la gestion du dossier en amont de la décision et pouvant rendre d'autant moins lisibles leurs rôles pour les justiciables.

Ensuite, un sixième chapitre aura pour objectif d'appréhender les temps et pratiques judiciaires structurant les affaires en appel et produisant ainsi une forme de justice imposée. Le principal aspect imposé de la régulation judiciaire en appel est notamment lié à la primauté de l'écrit sur l'oral. En effet, le passage d'une procédure devant un juge aux affaires familiales à celle devant une chambre familiale d'une Cour d'appel marque des transformations dans l'articulation des phases orales et écrites de la procédure. Si le mode écrit des échanges entre les différents acteurs du procès est relativement similaire à celui ayant cours lors des procédures devant les juges aux affaires familiales, avec la présence d'un nouvel acteur en appel – l'avoué près la Cour, les échanges écrits se retrouvent ainsi démultipliés entre les différents acteurs du procès (parties, avocats, avoués, magistrat, greffier). Cette démultiplication des échanges écrits en appel, notamment dans la chaîne relationnelle composée du justiciable, de son avocat et de son avoué, vise à produire l'acte central de la défense en appel : les conclusions. En appel tout comme en première instance, une audience vient clôturer les échanges entre les parties. Mais, à la différence des audiences devant les juges aux affaires familiales où les plaidoiries ont un enjeu tout particulier, les audiences devant une Chambre familiale d'une Cour d'appel renferment un enjeu moindre. Ainsi, les plaidoiries en appel se trouvent, d'une certaine manière, dépréciées. Une des conséquences de cette prééminence des phases écrites de la procédure d'appel sur ses phases orales est de déposséder d'autant plus les justiciables de leur affaire qu'ils éprouvent des difficultés à s'exprimer par l'écrit. Aussi, du fait de la technicité des procédures et de la complexité de la nouvelle chaîne relationnelle entre les différents acteurs en présence en appel, les justiciables se trouvent le plus souvent à produire des documents ou des écrits qui « ne conviennent pas »

et qui ne sont pas toujours dirigés au « bon acteur »³⁹⁵. Qui plus est, les modalités de la régulation judiciaire en appel et les stratégies des différents agents qu'elle implique conduisent ainsi le plus souvent à cristalliser les positions des parties, à voir disparaître ou avorter les pratiques de médiation familiale, et à limiter l'intervention d'accord entre les parties durant la procédure. Le président et les conseillers de la Chambre familiale de la Cour étudiée, pour produire leur décision, font ainsi face à des parties engagées dans un combat judiciaire, et à une codification de la procédure d'appel limitant les possibilités de trouver un consensus ou un accord entre les parties. Au final, cette deuxième partie cherchera à montrer qu'en même temps que les justiciables s'engagent dans une procédure d'appel, un processus progressif de mise à distance de leur affaire - s'il n'était pas déjà engagé en première instance – s'amorce ou du moins, s'en trouve renforcé.

³⁹⁵ Boltanski Luc, Darré Yann, Schiltz Marie-Ange, « La dénonciation », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 51, Mars 1984, p.3-40.

Chapitre 4. Les modalités et les enjeux de l'entrée dans un procès en appel

« Passer devant la Cour d'appel », « faire appel », sont différentes expressions que l'on a pu entendre lors de nos différents échanges avec les justiciables amenés à interjeter appel d'une décision d'un Juge aux affaires familiales. Mais quel processus décisionnel se cache derrière ces différentes formules ? Comment se joue l'engagement dans un procès en appel ? Et, surtout, qu'est-ce qu'interjeter appel ? Pour cela, nous nous intéresserons tout particulièrement au passage du dossier juridique, véritable traceur³⁹⁶ de toute l'activité des différents acteurs du procès en appel, du cabinet de l'avocat à l'Etude d'un avoué. En appel, notamment dans le cadre des affaires de dissociations conjugales et familiales, l'avoué près la Cour constitue un maillon singulier de la chaîne judiciaire. Le transfert du dossier juridique de première instance se fait en premier lieu du cabinet de l'avocat ayant représenté le justiciable devant le juge aux affaires familiales vers une Etude d'un avoué près la Cour. Afin d'appréhender les modalités de l'entrée des justiciables dans un procès en appel, nous étudierons ainsi les éléments – et les temps judiciaires dans lesquels ils s'inscrivent – structurant la constitution du dossier juridique en appel. S'intéresser au transfert du dossier juridique d'une procédure de première instance vers une procédure d'appel recouvre un autre intérêt sociologique puisqu'il correspond à une étape charnière dans un processus de mise à distance des justiciables de leur affaire, le plus souvent déjà engagé en première instance. Dès lors, avec l'engagement dans un procès appel, se trouve limitée la possibilité de revenir sur un mode autorégulé de la gestion de la séparation.

Par ailleurs, nous ne pouvons pas traiter des modalités de l'entrée dans un procès en appel sans s'interroger sur les enjeux que recouvre l'engagement dans une telle procédure. Il convient ainsi d'appréhender les principaux enjeux sur lesquels se fondent la décision des conseils juridiques (avocats et avoués) et/ou des justiciables de relever appel d'une décision de première instance. Ensuite, il s'agira, à partir d'une quarantaine d' « histoires judiciaires » de couples reconstruites lors d'entretiens ou à partir de dossiers judiciaires, de montrer

³⁹⁶ Latour Bruno, *op. cit.*, p.83.

comment ces principaux enjeux recouvrent des significations différentes selon notamment les caractéristiques sociologiques et familiales des justiciables concernés.

1. Les logiques sociales et judiciaires au fondement de la décision de « faire appel »

Avant de saisir les modalités de l'entrée dans un procès en appel, se pose d'abord la question du volume d'affaires présentées devant les juges aux affaires familiales faisant l'objet d'une procédure d'appel. Aussi, a-t-il été difficile d'évaluer précisément le taux d'appel des décisions des juges aux affaires familiales des juridictions étudiées. Si en 1999, une étude nationale³⁹⁷ avait permis d'observer que les affaires ayant attrait au droit de la famille faisaient l'objet d'un faible niveau d'appel (12,6%) par rapport au taux d'appel d'autres types de contentieux (le taux d'appel en 1997 en matière de droits des contrats et des affaires s'élevait à plus de 40%), celle-ci est trop ancienne pour faire de ses résultats les nôtres. Néanmoins, cette étude montrait que « *la nature plus ou moins contentieuse de la demande en divorce explique le niveau des taux d'appel* »³⁹⁸. Ainsi, le taux d'appel des procédures de divorce pour faute s'élevait à 19,6% contre 7,0% pour le taux d'appel des procédures de divorce sur demande acceptée. Enfin, l'étude du Ministère de la Justice montrait que les taux d'appel de la Cour étudiée s'inscrivaient dans les tendances nationales puisque notamment la structure locale des contentieux et les taux d'appel correspondant étaient semblables à la structure nationale des contentieux.

Cette difficulté de produire des données chiffrées sur le niveau de demande de révision des décisions des juges aux affaires familiales est étroitement liée à la manière dont les différentes juridictions produisent des statistiques sur leurs activités. Ainsi, notre objectif était, sur une année, de calculer le rapport entre le nombre d'affaires ouvertes devant la chambre familiale de la Cour d'appel étudiée (ayant pour objet les modalités ou les conséquences de dissociations conjugales ou familiales) et le nombre d'affaires terminées,

³⁹⁷ Infostat Justice n°55 « Les appels des jugements civils des tribunaux de grande instance en 1997 », décembre 1999, Ministère de la Justice.

³⁹⁸ Infostat Justice n°55, *op. cit.*, p.3.

cette même année, devant les juges aux affaires familiales des différents tribunaux de grande instance attachés à la Cour. Ayant pu rencontrer au moins un juge aux affaires familiales de chaque tribunal de grande instance attachée à la Cour d'appel étudiée, nous avons disposé des registres statistiques répertoriant l'activité des juges aux affaires familiales de ces différentes juridictions. Par exemple, un des tribunaux de grande instance répertorie sur trois années les différents types d'affaires traitées par les juges aux affaires familiales du tribunal selon le type de divorce (« divorce pour faute », « divorce par consentement mutuel », « divorce accepté », et « divorce pour altération définitive lien conjugal ») et une autre modalité intitulée « juge aux affaires familiales contentieux » où l'on retrouve sous cette catégorie les affaires « après divorce » et les « contentieux de concubins ». Un autre tribunal de grande instance du territoire judiciaire a un tout autre mode de codification de l'activité judiciaire de ses juges aux affaires familiales en la décomposant en trois grands secteurs : « divorce », « hors divorce », « autres ». Par ces exemples, on comprend, dès lors, la difficulté pour développer une approche statistique homogène de l'activité judiciaire des juges aux affaires familiales attachés à la Cour d'appel. Qui plus est, les données statistiques produites par la Cour d'appel tous les ans, ne permettent pas d'appréhender les affaires de dissociations conjugales et leurs conséquences parmi l'ensemble des contentieux présentés devant sa chambre familiale. Alors que les données de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel sont nombreuses et font l'objet d'un traitement nettement plus détaillées, les données sur l'activité civile de la Cour se limitent à un seul tableau sans même distinguer l'activité de ses différentes chambres (dont notamment celle qui nous intéresse, la chambre familiale). Par ailleurs, le Président de la Chambre familiale de la Cour nous a transmis le volume d'affaires traitées³⁹⁹ par sa chambre les différentes années durant lesquelles l'enquête de terrain s'est déroulée. Ces données ne permettent pas d'isoler le contentieux qui nous intéresse des autres types de contentieux traités par cette chambre (successions, filiation, reconnaissances de paternité). Finalement, face à la diversité et l'hétérogénéité des données produites par les juridictions de première instance, il nous est ainsi difficile de produire un taux d'appel suffisamment fiable des affaires objets de notre recherche. Dès lors, nous concentrerons notre travail sur une description des « origines procédurales » des justiciables ayant présenté une affaire devant la Cour d'appel et sur une analyse des modalités pratiques et des contraintes qui pèsent sur la décision de « faire appel ».

³⁹⁹ Environ 700 affaires par an, entre 2005 et 2009, ont été traitées par la chambre familiale de cette Cour, sans grande variation pendant ses cinq années (plus ou moins 30 selon les années).

1.1. Les « origines » judiciaires des couples engagés dans un procès en appel

L'audience devant le juge aux affaires familiales a eu lieu maintenant depuis plusieurs semaines, et les justiciables sont en attente du délibéré, c'est-à-dire de la décision judiciaire que va rendre le magistrat. La décision tombe. Les avocats des parties, si ces dernières ont été représentées par un conseil devant le juge aux affaires familiales, sont les premiers à recevoir la décision du JAF. Pour certaines affaires où la représentation par un avocat n'est pas obligatoire⁴⁰⁰, ou pour des divorces où la partie défenderesse n'a pas constitué avoué, les justiciables reçoivent du Greffe du Tribunal de Grande Instance, directement à leur domicile, la décision prise par le juge aux affaires familiales. Dans le courrier du greffier reçu par les justiciables sont précisées les modalités pour former appel de la décision (recours à un avoué, délai pour interjeter appel). Cependant, il est important de noter que, devant les juges aux affaires familiales, les divorçants sont pour une large majorité représentés par un avocat⁴⁰¹, même si depuis 2005, la part des divorces dans lesquels les deux conjoints prennent un avocat a baissé⁴⁰². Ainsi, on peut supposer que la décision de former appel d'une décision du juge aux affaires familiales se joue, le plus souvent, dans le bureau de l'avocat ayant représenté les justiciables en première instance. Nous chercherons, ici, à vérifier cette hypothèse. Pour les justiciables qui n'ont pas été représentés par un avocat devant le juge aux affaires familiales, la décision de former appel, si elle est souhaitée par le justiciable, va se jouer dans les Etudes des avoués lesquels vont évaluer les chances que l'appel « prospère » devant la Cour.

1.1.1. La matérialité des décisions dont appel

Une fois la décision traitant d'une séparation et/ou de ses conséquences rendue par un juge aux affaires familiales, celle-ci est distribuée, le plus souvent le jour-même, dans les cases des avocats au Palais de Justice pour les affaires où les justiciables ont été représentés par un avocat pendant la procédure. Les justiciables n'ayant pas été représentés pendant la

⁴⁰⁰ On pense, ici, notamment aux affaires dénommées par les différents professionnels du droit : « procédures enfants naturels », c'est-à-dire des affaires faisant l'objet d'un litige entre un couple de concubins à propos de leurs enfants (choix de la résidence, modalité d'exercice des droits de visite et d'hébergement, niveau du montant des pension alimentaires, etc.).

⁴⁰¹ En 2007, dans 66,4% des divorces contentieux, les deux conjoints sont représentés tous les deux par un avocat, avec un taux qui s'élève à 77% pour les seuls divorces pour faute (Source : Chaussebourg Laure, Carrasco Valérie, Lermenier Aurélie, *Le divorce*, op. cit., p33.)

⁴⁰² En 2005, le taux de représentation des deux parties par un avocat devant le juge aux affaires familiales, pour les divorces contentieux était de 76,9% contre 66,4% en 2007.

procédure devant le juge aux affaires familiales – soit parce que le type de procédure n’était pas soumise à une obligation de représentation par un avocat, soit parce qu’ils étaient « défendeurs » au procès et ne se sont pas constitués à la procédure – reçoivent la décision par lettre recommandée avec accusé de réception du Greffe du tribunal de grande instance. Cette décision peut être de différentes natures selon la procédure choisie, selon l’étape de la procédure de l’affaire traitée et le type de lien conjugal liant le couple (mariage ou concubinage). Ainsi, cette décision peut s’intituler « ordonnance de non conciliation », « jugement de divorce », « jugement du juge aux affaires familiales », « ordonnance du juge aux affaires familiales », « ordonnance de référé » (le juge aux affaires familiales prenant le rôle de juge des référés », « ordonnance du juge de la mise en état » (le juge aux affaires familiales endossant le rôle de juge de la mise en état). Dès lors, pour notre enquête, se posait la question de savoir comment repérer les affaires ayant pour objet le règlement de dissociations conjugales et/ou de leurs conséquences. L’intitulé des décisions prises par le juge aux affaires familiales faisant l’objet d’un appel peut s’avérer un indicateur sociologique pertinent. Notamment, la première page de la décision du juge aux affaires familiales permet de distinguer le statut matrimonial des couples au moment de la procédure selon que les conjoints ou ex-conjoints sont mariés, divorcés ou concubins : ordonnance de non conciliation et jugement de divorce pour les couples mariés (cf. annexe 7 : figure A), et jugement ou ordonnance du juge aux affaires familiales pour les couples divorcés (cf. annexe 7 : figure C) ou concubins (cf. annexe 7 : figure B) ; l’état civil des justiciables, en première page de la décision, permettant qui plus est, de distinguer les affaires de couples de concubins ou de divorcés (cf. annexe 4 : différence entre figure B et figure C).

Les figures A et B ont été rendues par des juges différents mais d’un même tribunal de grande instance tandis que la figure C est une décision d’un juge aux affaires familiales d’un autre tribunal. Nous avons effacé les noms et prénoms des différents acteurs du procès (juge, avocats, justiciables), l’état civil des parties ainsi que le lieu de la juridiction. Chaque décision, et ce quelque soit le tribunal de grande instance en question, se présente de la même façon. Seuls quelques signes permettent de les distinguer.

Le type de tribunal ayant rendu la décision (tribunal de grande instance), la juridiction (juge aux affaires familiales), la date de la décision, le numéro de l’affaire (« affaire n° » ou « RG n° »), le type de décision (« jugement de divorce », « jugement du juge aux affaires familiales »), le nom des deux parties réparti entre les positions de « demandeur » et de « défendeur », l’état civil des parties (plus ou moins complet selon les informations données

par les parties), le bénéfice de l'aide juridictionnelle des parties, la représentation par un avocat ou non, sont les indications que l'on retrouve systématiquement sur toutes les décisions judiciaires objets d'un appel. Ainsi, est-il difficile de distinguer les trois décisions présentées tant les signes et les indications qui la composent sont similaires. Surtout, aucun élément de ces premières pages de décisions ne permet a priori d'appréhender l'objet du litige entre les parties. Pour autant, ces trois décisions traitent de configurations familiales bien distinctes que l'on peut détecter à travers différents indices présents dans ces premières pages⁴⁰³. La plus simple, la figure A, correspond à la première page d'un jugement de divorce issu d'une procédure contentieuse puisqu'est noté en marge de cette décision « autre qu'un divorce par consentement ». Celle-ci vient donc clôturer une procédure de divorce, suite à une première décision, une ordonnance de non conciliation. Plus difficile, est la distinction entre les figures B et C. Le seul indice qui permette de différencier ces deux décisions est le statut de « divorcée » de la partie défenderesse dans la décision C. La figure C correspond donc à une décision « post divorce » alors que la figure B est une décision d'une affaire qui oppose deux concubins.

1.1.2. La diversité des origines procédurales des justiciables

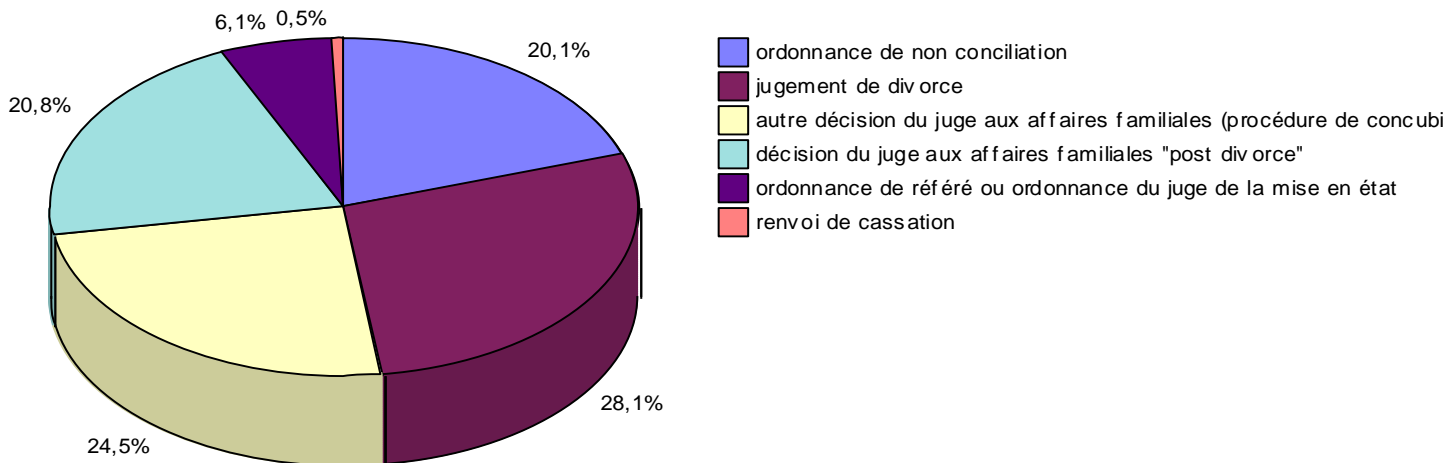
A partir de notre échantillon d'affaires traitées par la Chambre familiale de la Cour sur dix ans, nous avons distingué six grandes catégories de décisions faisant l'objet d'une procédure d'appel (voir tableau 4 ci-dessous). Les appels d'ordonnances de non conciliation – premières décisions rendues par les juges aux affaires familiales dans le cadre de procédure de divorce contentieuse – représentent 20,1% des affaires de dissociations conjugales et familiales traitées par la chambre familiale de la Cour. Toujours pour les procédures visant à réguler les séparations de couples mariés, les appels de jugement de divorce (28,1%) correspondent au premier poste des affaires traitées par la Chambre familiale de la Cour. Par ailleurs, les appels de décisions des juges aux affaires familiales de couples divorcés – les « post-divorces » – constituent le troisième pôle d'affaires (20,8%). Derrière la catégorie

⁴⁰³ Si ces trois décisions permettent de repérer les trois principales configurations familiales et conjugales présentées devant les instances judiciaires (couples mariés en cours de divorce, ex-conjoints divorcés revenant devant les instances judiciaires pour trancher notamment les pensions alimentaires pour les enfants et/ou les modalités de « garde », et couples de concubins demandant à la justice de trancher les conséquences de leur séparation), elles ne représentent pas l'ensemble des décisions judiciaires traitant de dissociations conjugales et familiales faisant l'objet d'une procédure d'appel.

« autre décision d'un juge aux affaires familiales », on retrouve les affaires en appel opposant des couples de concubins laquelle catégorie représente près du quart des affaires traitées par la chambre familiale (24,5%). Aussi, la catégorie « ordonnance de référé ou ordonnance du juge de la mise en état » (6,1% des affaires en appel) correspond à des décisions prises par des juges aux affaires familiales en leur qualité de « juge de la mise en état » ou de « juge des référés » au sein desquelles le statut matrimonial des conjoints (époux ou concubins) n'est pas toujours décelable. Ces décisions correspondent à des affaires introduites en parallèle de procédures traitant du litige « au fond ». Pour le référé, procédure d'urgence par excellence, elles visent le plus souvent à transférer la résidence des enfants ou à supprimer un droit de visite et d'hébergement suite à un évènement intervenu pendant le déroulé de la procédure au fond (violence d'un des parents sur les enfants, importants problèmes de santé d'un des conjoints entraînant des difficultés pour maintenir la résidence des enfants à son domicile, etc.). Pour les appels d'ordonnances du juge de la mise en état, il s'agit le plus souvent de réformer la décision de première instance en ce qu'elle a ordonné une expertise psychologique ou psychiatrique, une enquête sociale, ou plus généralement des mesures provisoires (résidence des enfants, pension alimentaire, etc.). Cette catégorie d'appel est d'autant plus intéressante pour notre recherche sur la difficulté de la régulation judiciaire à s'ajuster aux conflits conjugaux et familiaux que ces affaires révèlent l'irruption de conflits et l'ouverture d'une nouvelle procédure judiciaire en parallèle d'une autre déjà engagée sur « le fond ».

Enfin, la Cour d'appel est également une juridiction de renvoi. Elle traite ainsi d'affaires ayant traversé les différents échelons de l'institution judiciaire en matière civile : juge aux affaires familiales en première instance, chambre familiale d'une Cour d'appel, et Chambre civile de la Cour de Cassation. Cette dernière ayant cassé la décision d'une Cour d'appel, renvoie l'affaire devant une autre Cour pour réexaminer les dispositions de l'arrêt de la Cour d'appel « cassées » par la Cour suprême. Les affaires de dissociations conjugales et familiales s'inscrivant dans cette trajectoire judiciaire sont peu nombreuses (seulement 0,5% des affaires devant la chambre familiale de la Cour). Deux facteurs corrélés expliquent cette faible part des affaires de renvoi parmi l'ensemble de celles traitées par la chambre familiale de la Cour. Il s'agit, en premier lieu, du coût économique qu'engendre l'engagement dans une telle trajectoire judiciaire, et en second lieu, des réticences des conseils juridiques (avocats et avoués près la Cour) à conseiller un pourvoi en cassation en raison des faibles chances de succès d'un pourvoi dans des affaires dites de « masse » que constituent les affaires de dissociations conjugales et familiales.

Tableau 4. Répartition des types de décision faisant l'objet d'une révision devant la Chambre familiale de la Cour d'appel

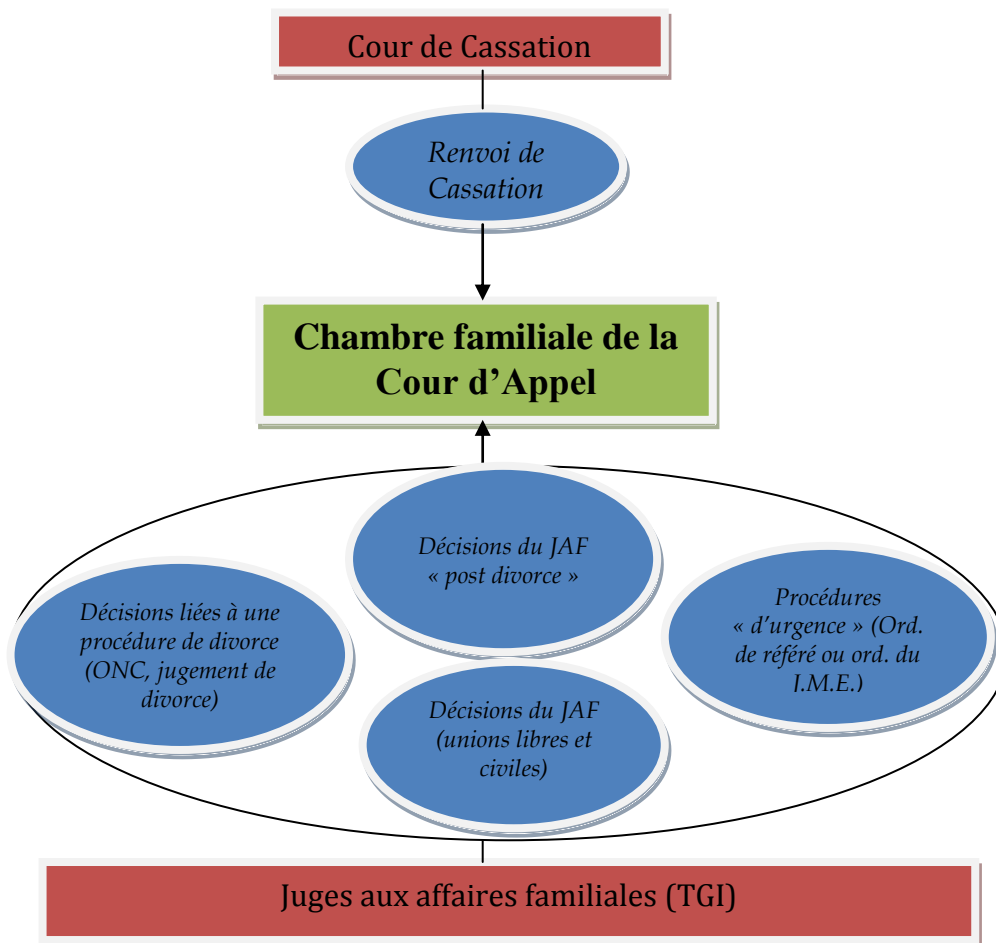


Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une Etude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (ayant pour objet le traitement d'une séparation ou de ses conséquences) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=412.

Lecture : 28,1% des décisions faisant l'objet d'une procédure d'appel sont des jugements de divorce.

Figure 13. Les voies de recours devant la Chambre familiale de la Cour



1.1.3. Les effets de la transformation de la régulation judiciaire du divorce sur les contours du contentieux en appel

Quelques années après la réforme du divorce, on peut se demander, à un niveau local, quel a été l'effet de la loi de 2004 sur la structure des décisions faisant l'objet d'un appel devant la Chambre familiale de la Cour étudiée. Notre corpus d'affaires permet ainsi d'observer que la nouvelle loi sur le divorce visant à une pacification de la régulation judiciaire des dissociations conjugales a pu avoir pour effet, dans une certaine mesure, de renforcer la césure entre le traitement judiciaire des séparations autorégulées et celui des séparations contentieuses. Ainsi, observe-t-on une augmentation de la part des appels de décisions où la représentation par un avocat est obligatoire et où les litiges recouvrent potentiellement les enjeux les plus forts (appel de l'ordonnance de non conciliation, appel d'une ordonnance du Juge de la mise en état ou du Juge des référés).

Tableau 5. Répartition des décisions présentées devant la Cour d'appel avant et après la réforme du divorce

lancement de la procédure judiciaire stade de la procédure	Avant le 31 décembre 2004	A partir du 1er Janvier 2005	TOTAL
appel de l'ONC	16,7% (48)	28,2% (35)	20,1% (83)
appel du jugement de divorce	29,2% (84)	25,8% (32)	28,2% (116)
appel d'une décision du JAF (procédure de concubins)	26,0% (75)	21,0% (26)	24,5% (101)
appel d'une décision du JAF "post divorce"	23,6% (68)	14,5% (18)	20,9% (86)
appel d'une ordonnance de référé ou du Juge de la mise en	4,2% (12)	10,5% (13)	6,1% (25)
renvoi de cassation	0,7% (2)	0,0% (0)	0,5% (2)
TOTAL	100% (289)	100% (124)	100% (413)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une Etude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (ayant pour objet le traitement d'une séparation ou de ses conséquences) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=413.

Lecture : Après le 1^{er} Janvier 2005, 28,2% des décisions faisant l'objet d'une procédure d'appel sont des ordonnances de non conciliation.

Notamment, la part des appels d'ordonnances de non conciliation connaît la plus forte progression passant de 16,7% à 28,2%. Cette progression s'explique notamment par la refonte du droit du divorce avec la loi de 2004, à travers le rôle central donné à cette première décision rendue par le juge aux affaires familiales pour l'ensemble des procédures de divorces contentieux. Aussi, les conseils juridiques (avocats et avoués) préfèrent-ils recommander l'appel d'une ordonnance de non conciliation où les mesures provisoires (résidence des enfants, niveau des pensions alimentaires) prises par le juge aux affaires familiales peuvent s'avérer définitives plutôt que d'attendre la deuxième décision du juge aux affaires familiales,

à savoir le jugement de divorce. Par contre, la part des appels de jugement de divorce marque un léger recul passant de 29,2% des procédures judiciaires de dissociations conjugales lancées avant 2005 à 25,8% pour les procédures judiciaires lancées après 2005.

Aussi, la baisse de la part des appels « d'une décision post-divorce » et « d'une décision du JAF (procédure de concubins) » peut être interprétée comme la conséquence du fait qu'en première instance, dans ce type de procédures, de plus en plus, les justiciables utilisent la possibilité de se présenter en personne devant le juge aux affaires familiales. Ainsi, ne disposent-ils pas de conseils d'un professionnel quant à l'opportunité d'engager une procédure d'appel. Indirectement, cette interprétation s'appuie également sur une enquête des services statistiques du Ministère de la justice faisant état de l'augmentation de la part des appels de décisions où la représentation par un avocat est obligatoire⁴⁰⁴.

Enfin, on remarque une progression importante de la part des appels d'ordonnance du Juge de la Mise en Etat ou du Juge des référés ; cette part se situant à 4,2% de l'ensemble des procédures judiciaires lancées avant 2005 passe à 10,5% pour celles lancées après 2005. On peut interpréter l'augmentation de la part prise par ce type de décision en appel pour les mêmes raisons que celles invoquées pour les appels d'ordonnance de non conciliation. Les ordonnances du Juge de la mise en état, ou les ordonnances de référés intervenant en parallèle d'une procédure sur le fond peuvent mettre en place des mesures (attribution de la résidence des enfants à un des parents, fixation du niveau de la pension alimentaire, etc.) qui pourront être reprises dans les décisions au fond (par exemple, les mesures prises dans le cadre d'une ordonnance de référé pourront être reprises plus tard dans le cadre du jugement de divorce). Aussi, l'appel a un autre effet non négligeable pour interpréter cette répartition des décisions dont appel. Il s'agit de son caractère suspensif. Les ordonnances du Juge de la Mise en Etat et les ordonnances de référé sont des procédures visant à prendre des mesures d'urgence, comme par exemple suspendre un droit de visite et d'hébergement d'un des parents, ou transférer la résidence des enfants d'un parent à un autre, ou encore ordonner une enquête sociale ou une expertise psychiatrique. Interjeter appel d'une telle décision peut ainsi permettre de suspendre les mesures (sous certaines conditions juridiques en fonction des types de procédure et de l'objet de la décision) prises « au fond ».

Par ailleurs, si l'on isole les affaires de divorçants et si l'on regarde non plus la décision dont appel mais le type de procédure dans lequel se sont engagés initialement les justiciables, le tableau suivant permet d'observer une importante transformation de l'origine

⁴⁰⁴ Infostat Justice n°55, « Les appels des jugements civils des tribunaux de grande instance en 1997 », op. cit.

procédurale des affaires présentées devant la chambre familiale de la Cour d'appel suite à la réforme du divorce appliquée le 1^{er} janvier 2005.

Tableau 6. Répartition des affaires en appel selon le type de procédure de divorce

origine procédurale	lancement de la procédure judiciaire	Avant le 31 décembre 2004	Après le 1 ^{er} janvier 2005	TOTAL
divorce par consentement mutuel		12,2% (26)	21,0% (22)	15,1% (48)
divorce pour faute		67,6% (144)	41,9% (44)	59,1% (188)
divorce "accepté"		9,9% (21)	28,6% (30)	16,0% (51)
divorce "altération définitive du lien conjugal" (ex "rupture de la vie com		10,3% (22)	8,6% (9)	9,7% (31)
TOTAL		100% (213)	100% (105)	100% (318)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une Etude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires de divorçants présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=318.

Lecture : Après le 1^{er} Janvier 2005, 21,0% des décisions faisant l'objet d'une procédure d'appel sont issues d'une procédure de divorce par consentement mutuel.

Avant la promulgation de la réforme du divorce en 2005, plus des deux tiers des affaires de divorçants présentées devant la chambre familiale de la Cour (67,6%) était le fait de couples engagés dans une procédure de divorce pour faute. Suite à la réforme du divorce, la part des couples engagés initialement dans une procédure de divorce pour faute tombe à 41,9%. Si cette part en appel reste importante au regard de la proportion des procédures de divorce pour faute en première instance parmi l'ensemble des procédures de divorce (15% sur le plan national⁴⁰⁵), elle s'avère être un indicateur d'une transformation de la régulation judiciaire des dissociations conjugales en appel qui impose aux couples de trouver par eux-mêmes les solutions à leur litige. Aussi, les effets de l'incitation à l'autorégulation sur la structure des contentieux présentés à la Cour d'appel s'observent par l'augmentation de la part des couples s'étant initialement engagée dans une procédure de divorce accepté (passant de 9,9% à 28,6%) et celle des couples revenant sur leur convention de divorce dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel (passant de 12,2% à 21,0%). L'augmentation de la part de ces deux types de procédures s'appuyant notamment sur l'acceptation de la rupture par les deux conjoints révèle, d'une certaine manière, les limites du modèle de décision fondée sur l'autorégulation conjugale à travers les difficultés pour certains couples de répondre à cette nouvelle norme.

Après avoir présenté les types de décisions judiciaires et de procédures présentés devant la chambre familiale de la Cour, il s'agit à présent, d'un point de vue ethnographique,

⁴⁰⁵ Chaussebourg Laure, Carrasco Valérie, Lermenier Aurélie, *Le divorce*, op. cit., p13.

d'appréhender les logiques socio-judiciaires conduisant les justiciables à interjeter appel d'une décision du juge aux affaires familiales. On a pu présenter dans cette partie, quelques éléments pouvant expliquer les décisions de « faire appel » (ou non) des justiciables (le fait d'être représenté par un avocat en première instance, l'effet suspensif de l'appel, l'enjeu de la décision de première instance, etc.). Ces différents éléments permettent de montrer que l'engagement dans une procédure d'appel ne peut être interprété de façon univoque. Appréhender les modes d'engagement des justiciables dans une procédure d'appel d'un jugement ou d'une ordonnance d'un juge aux affaires familiales dans le cadre d'une approche ethnographique doit permettre de présenter une analyse plus fine des logiques et enjeux socio-judiciaires à l'origine des décisions de « faire appel » ... ou non.

1.2. La décision d'interjeter appel : l'avocat comme initiateur et comme filtre

Si la représentation par avoué est obligatoire devant la Cour d'appel, la représentation par avocat ne l'est pas. Pour autant, les justiciables conservent, en plus de l'avoué près la Cour, un avocat (le plus souvent celui qui l'a conseillé en première instance devant le juge aux affaires familiales) pour leur procès en appel. Le seul fait que les avocats conservent le monopole des plaidoiries devant la Cour d'appel ne suffit pas à expliquer le taux très élevé des justiciables représentés par un avocat devant la Cour (91,1%) tel que précisé dans le tableau suivant. La procédure d'appel se caractérisant par la prédominance de l'écrit sur l'oral, les plaidoiries devant la chambre familiale de la Cour revêtent un enjeu nettement moindre que celles se déroulant lors des audiences des juges aux affaires familiales. Aussi, pour les affaires entre concubins, alors qu'en première instance devant les juges aux affaires familiales la représentation par avocat, dans la majorité des procédures, n'est pas obligatoire, on aurait pu s'attendre à ce que ces justiciables en appel ne sollicitent pas les conseils d'un avocat. Or, le taux de représentation par un avocat pour les concubins devant la Cour d'appel, s'il est légèrement inférieur à celui des couples mariés (87,2% contre 92,3%), reste quoi qu'il en soit très élevé. Pour expliquer le niveau élevé du taux de représentation des concubins par un avocat en appel, nous pouvons émettre l'hypothèse que ces justiciables étaient déjà représentés par un avocat en première instance compte tenu de la conflictualité et du caractère

litigieux de ces affaires nécessitant notamment les services d'un conseil juridique afin d'isoler le débat judiciaire de toutes les aversions personnelles⁴⁰⁶ portées par les ex-conjoints.

Tableau 7. Représentation des parties par un avocat devant la Cour d'appel selon le type d'union des parties

Représentation par un avocat devant la cour d'appel	Oui	Non	TOTAL
Type d'union			
Mariage	92,3% (587)	7,7% (49)	100% (636)
Concubinage	87,2% (164)	12,8% (24)	100% (188)
TOTAL	91,1% (751)	8,9% (73)	100% (824)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une Etude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (ayant pour objet le traitement d'une séparation ou de ses conséquences) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=824.

Lecture : 92,3% des justiciables se séparant dans le cadre d'un mariage sont également représentés par un avocat devant la Cour.

Ces taux élevés de représentation des justiciables par un avocat en appel, malgré le caractère non obligatoire de cette représentation, est à appréhender comme la première étape d'une mise à distance des justiciables du traitement de leur affaire en appel. Cette importante représentation des justiciables par un avocat est à mettre en parallèle avec leur mode d'entrée dans une procédure d'appel. Lorsque la décision de première instance est rendue, le greffier du tribunal de grande instance notifie la décision soit aux avocats ayant représenté les parties, soit aux justiciables non représentés par un avocat pendant la procédure par la voie postale en lettre recommandée avec accusé de réception. Suite aux instructions précisées dans le courrier du greffier du tribunal de grande instance (à savoir qu'il est possible de former appel de la décision dans un délai de quinze jours ou un mois selon la nature juridique de la décision), parmi les justiciables souhaitant former appel de la décision de première instance, une minorité va directement se diriger vers un avoué près la Cour pour engager une procédure d'appel. La notification du greffier ne précisant pas toujours que l'appel de la décision doit s'effectuer par la voie d'un avoué, certains justiciables vont se rapprocher d'un avocat pour lancer la procédure d'appel. Pour cette raison et parce que la plupart des décisions de première instance sont directement distribuées par les greffiers aux avocats, l'engagement dans une procédure d'appel se joue, en premier lieu, dans le cabinet des avocats. Les avocats disposant en premier des décisions judiciaires vont donner un avis à leur client sur le délibéré.

⁴⁰⁶ Simmel Georg, *Le conflit*, op. cit., p.50.

Pour certains avocats, cet avis sera donné de vive voix au client lors d'un entretien au cabinet. Pour d'autres, cet avis sera donné par courrier postal. Cet avis, quelque soit la forme qu'il prend, n'est pas anodin. Il revêt une fonction de régulation au sein de l'espace judiciaire car les avocats disposent d'un véritable pouvoir pour ouvrir ou fermer l' « espace judiciaire des appels » à leur client. Aussi, les avocats et à un second niveau, les avoués près la Cour, par les conseils qu'ils vont prodiguer pour entamer ou non une procédure d'appel, s'avèrent être les garants de la frontière entre les justiciables pouvant prétendre à présenter leur affaire devant la Cour d'appel et ceux qui, de leur point de vue, n'ont pas intérêt à s'engager dans un procès en appel. Cette frontière est aussi au principe de l'institution du monopole des professions judiciaires pour traiter du droit. Le rôle central joué par les avocats pour réguler les appels, et reprenant les termes utilisés par Pierre Bourdieu lorsqu'il définit les fondements de la constitution du champ juridique, se matérialise par la disqualification et la révocation de la construction des faits, de la « vision de l'affaire »⁴⁰⁷ produites par les justiciables souhaitant s'engager dans un procès appel. Par ailleurs, on peut observer, chez les avocats, différentes manières de s'approprier ce rôle et de placer le curseur de la frontière entre affaires « méritant » d'être présentées devant la Cour d'appel et celles au contraire pour qui « cela ne vaut pas le coût » « économiquement » et « humainement » (*sic*) d'interjeter appel (ex : les justiciables qui ont un niveau de revenu juste au dessus des barèmes de l'aide juridictionnelle et sollicitant une modification du montant d'une pension alimentaire devant la Cour d'appel, ou encore les justiciables pour qui la demande se limite à une réformation de la décision de première instance concernant l'attribution des fautes). Nous nous appuyons ici davantage sur les entretiens réalisés avec les conseils juridiques puisque nous n'avons pu assister qu'à deux rendez-vous entre un avocat et son client portant sur l'opportunité d'engager une procédure d'appel contre une décision d'un juge aux affaires familiales.

1.2.1. Des avocats aux pratiques limitatives en matière d'appel, au nom de la paix familiale

Un premier type d'avocats envisage leur rôle de conseil pour engager (ou non) une procédure d'appel, de manière directive autour de pratiques limitatives. Il s'agit pour eux d'expliquer à leur client la décision rendue par les magistrats quel qu'en soit le résultat (favorable ou défavorable à leur client). On retrouve derrière cette catégorie, en majorité des

⁴⁰⁷ Bourdieu Pierre, « La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique », op. cit.

« jaffettes », autrement dit des femmes avocates spécialistes à proprement parlé du droit de la famille (dans le sens où il s'agit du domaine du droit au centre de leur activité). Maître Gandon (A12 : femme, 58 ans, spécialiste en droit privé, exerce dans un petit cabinet de trois avocats), avocate ayant pourtant la réputation professionnelle de « croiser le fer » dans les dossiers conjugaux et familiaux, relate la manière dont elle discute de la décision rendue par le juge aux affaires familiales avec ses clients pointant ses pratiques limitatives en matière d'appel de décisions des juges aux affaires familiales. Si dans les affaires contentieuses, elle joue pleinement « le jeu » de l'affrontement judiciaire. Par contre, une fois la décision rendue par le juge aux affaires familiales, Maître Gandon envisage davantage son rôle auprès de son (ou sa) client(e) comme un rôle de traducteur de la décision du juge aux affaires familiales en faisant preuve de pédagogie. Qui plus est, il s'agit, selon elle, « *de faire accepter aux gens la décision qui est rendue* » surtout, explique-t-elle, « *depuis que les magistrats ne rendent plus les décisions directement aux justiciables et motivent de plus en plus brièvement leur décision* ». En jouant ce rôle, cette avocate réalise une forme de contrôle d'accès aux procès en appel des justiciables qu'elles représentent. Elle n'accepte ainsi d'interjeter appel que dans deux principaux cas de figure : soit stratégiquement pour faire durer certains délais (pour prolonger, par exemple, le versement de pensions alimentaires), soit lorsqu'elle estime que l'appel, selon les connaissances dont elle dispose de la jurisprudence de la Cour d'appel (par la voie de « son » avoué), a des chances de prospérer. De plus, lorsqu'un client souhaite s'engager dans une procédure en appel malgré ses réticences, elle préfère ne plus « porter le dossier » considérant que son mandat est, dès lors, remis en cause. Selon elle, le rôle de l'avocat doit être tant d'aider les justiciables à revenir à une forme de paix familiale en leur « faisant accepter la décision » du juge aux affaires familiales que de garantir les intérêts de ses clients en l'empêchant d'aller au « *casse-pipe* » devant la Cour d'appel en introduisant une nouvelle affaire ayant peu de chances de prospérer. Aussi, en « suivant » ses clients en appel lesquels souhaitant présenter, par exemple, des demandes financières démesurées ou irraisonnables par rapport à la connaissance qu'elle a des jurisprudences en appel, Maître Gandon explique qu'elle risquerait de jouer sa « réputation » et sa « crédibilité » professionnelles vis-à-vis des différents agents judiciaires de sa juridiction (notamment ses confrères avocats et les différents magistrats de la juridiction où elle exerce). La position de cette avocate s'explique également par son assise professionnelle au sein du « marché juridique local » au sein duquel elle exerce. En effet, à la différence d'autres avocats exerçant souvent à titre individuel et bénéficiant d'une faible visibilité sur le marché local, elle n'est

pas soumise à des contraintes économiques et marchandes ayant pu la conduire à avoir une « politique active » en matière d'appel. L'extrait d'entretien suivant permet de revenir sur le positionnement de Maître Gandon vis-à-vis des procédures d'appel :

Nicolas : Suite à l'audience, une fois que la décision est tombée, est-ce que vous revoyez vos clients ?

Maître Gandon : Ah, oui, oui. Dès que l'on a la décision, on leur renvoie la décision et on leur demande de prendre rendez-vous et à ce moment-là, on étudie la décision ensemble en sachant que le délai d'appel, c'est à partir de la signification. Donc, on a du temps. Et puis on voit ensemble. Mais, je fais très peu appel, moi. Je trouve que ce n'est pas ... Enfin, je ne fais pas souvent appel. Je trouve que souvent, c'est bien jugé sauf quelques exceptions. Rares ont été les magistrats où je trouvais qu'ils jugeaient mal. [...] Avant, jusqu'à il n'y a pas très longtemps d'ailleurs, les magistrats, au moment de l'ordonnance de non conciliation, rendaient leur décision devant les personnes et leur expliquaient. Ça, c'était drôlement important, parce que la décision, soit en notre faveur ou en notre défaveur, les gens, ils comprenaient. Maintenant, ils ne le font plus. Ils rendent leur décision parce qu'ils n'ont plus la réaction immédiatement. Ils rendent leur décision après, donc notre rôle à nous et à mon avis, c'est un rôle très important, c'est de faire accepter aux gens la décision qui est rendue. Leur expliquer pourquoi, elle a été rendue de cette façon-là. La Chancellerie dit maintenant de ne plus motiver les ordonnances de non conciliation, je trouve que c'est une erreur terrible sur le plan de la paix sociale. Vous savez, ils vont peut-être supprimer toute cette fonction-là, mais je trouve que c'est une fonction qui a un rôle déterminant pour la paix sociale. Et les magistrats de la chambre de la famille, ont un rôle déterminant. Et lorsqu'on ne motive plus les décisions, les gens, ils ne comprennent pas, ils ne savent pas. Il faut que les gens sachent que ce soit en leur faveur ou en leur défaveur pourquoi cette décision a été prise dans ce sens-là. Pourquoi, ça c'est très important et ça, ça fait partie de notre rôle aussi. Moi, je trouve que l'on a ici un rôle fondamental, c'est de leur dire pourquoi le magistrat a pris telle ou telle décision et pourquoi dans ce sens-là et pourquoi pas dans l'autre. Et ça, au niveau du conflit, pour permettre au conflit de s'apaiser, c'est très important. Je trouve que ce moment-là a un rôle très important.

Nicolas : Et que faites-vous dans le cas où certains veulent néanmoins se lancer dans un procès en appel ?

Maître Gandon : Je n'accepte pas, c'est rare, c'est très rare. Mais, je ne suis pas. Quand je suis persuadée d'aller qu'ils vont aller au casse-pipe, s'ils ne sont pas d'accord et veulent faire appel, tant pis, ils changent. Ça c'est un principe que j'ai eu depuis toujours, depuis que j'ai commencé ma profession. Lorsque je leur dis « je ne suis pas d'accord », je leur dis « vous reprenez votre dossier ». C'est un principe que j'ai, quand je ne suis pas d'accord, je ne garde pas le dossier. Je demande de partir, je ne les garde pas comme clients. »

1.2.2. Des avocats donnant à leur client les clefs de la décision

Dans le deuxième mode d'appropriation du rôle de l'avocat en matière de conseil pour interjeter appel, la directivité de l'avocat dans la conduite de « l'affaire » est nettement moins marquée que pour la première figure. Il s'agit, ici, d'une figure de l'avocat déjà décrite par

Benoît Bastard dans son ouvrage sur *Les démarieurs*. Ainsi, précise-t-il pour ce type de professionnel, « *le pouvoir du professionnel ne réside pas dans une capacité qu'il aurait d'imposer une ligne de conduite au client et de lui faire adopter sa propre vision des choses* »⁴⁰⁸. Lorsqu'ils ont en main la décision rendue par le juge aux affaires familiales, ces professionnels, tout en précisant, soit par écrit, soit à l'oral au téléphone ou lors d'un rendez-vous au cabinet, leur « sentiment » sur la décision, laisse une plus grande marge de manœuvre au client et surtout ne se substitue pas à celui-ci dans la prise de décision. Donner « son sentiment » à leur client pour ces avocats ayant une activité couvrant très souvent plusieurs domaines du droit, à l'image de Maître Rolland (A7, 38 ans, femme, exerce dans un petit cabinet avec une autre avocat, exerçant dans les domaines du droit privé, droit pénal et droit des étrangers), consiste en apprécier la décision du juge aux affaires familiales au regard des éléments de défense dont elle dispose dans « son dossier » (autrement dit, si elle dispose d'autres éléments et preuves à faire valoir qui n'ont pas été prises en compte en première instance) et au regard de la jurisprudence de la Cour d'appel (autrement dit, si la Cour a pu répondre différemment que le juge de première instance dans le cadre de conflit s'inscrivant dans des configurations d'affaire similaires). Selon Maître Rolland, en donnant « son sentiment » sur une décision, il s'agit également de préciser les différentes contraintes (économiques par un coût du procès en appel nettement plus élevé, durée de la procédure, etc.) et les principaux risques (décision pouvant être plus défavorable en appel qu'en première instance, condamnation à verser à la partie adverse des indemnités pour procédure abusive, etc.) sous-jacents à l'engagement dans une procédure d'appel.

« Quand j'ai la décision en main, je la leur (à ses clients) adresse bien sûr et je leur fais un compte rendu et d'emblée dans le compte rendu écrit que je fais, sauf si je les ai eu au téléphone, je leur dis d'emblée si cela me paraît satisfaisant ou pas satisfaisant. Je leur donne mon sentiment. Maintenant, ils en font ce qu'ils veulent. Je leur explique aussi que se lancer dans un procès devant la Cour d'appel a un coût, un coût financier puisqu'il y a mes honoraires éventuellement et les frais de l'avoué, mais pas simplement financier. Ils peuvent avoir l'aide juridictionnelle, il peut y avoir aussi des frais qui sont demandés par les partis adverses : cela représente un coût déjà, mais il y a aussi un coût au niveau humain, au niveau psychologique, parce que c'est lourd de porter à nouveau un procès en appel. Ce n'est jamais anodin. Donc il faut qu'ils comprennent tout cela, tout ce que représente un appel, je dirais. Mais, à partir du moment où ils ont en main tous ces éléments-là, où ils souhaitent malgré tout, même en dépit de mon avis faire appel, je fais appel. Mais en leur ayant au préalable expliqué les tenants et les aboutissants si je peux dire. »

Maître Rolland, (A7), 38 ans, avocate dans un petit cabinet généraliste où les affaires familiales est le principal domaine du droit exercé.

⁴⁰⁸ Bastard, Benoît, *op. cit.*, p.129.

Dans différents entretiens avec les avocats appartenant à ce profil de conseillers, nous avons pu relever souvent un même discours. Il s'agit, selon eux, que leurs clients « *prennent leur décision en toutes connaissances de cause* ». Derrière cette expression, se cache un enjeu central dans l'exercice du conseil juridique, celui de la réputation professionnelle. Face à des situations conjugales et familiales conflictuelles, à une méconnaissance du « jeu judiciaire » des justiciables, et à une décision judiciaire en défaveur de leur client, les avocats peuvent être perçus comme « les principaux responsables » de cet échec judiciaire, « d'être de connivence » avec l'avocat adverse ou avec le magistrat. La stratégie de ces avocats est de replacer le client au centre de la décision afin que celui-ci ne se retourne pas contre eux notamment si l'appel ne prospère pas ou si la Cour rend une décision plus défavorable qu'en première instance. Si, dans ce deuxième profil de conseillers, le pouvoir de l'avocat sur son client est indéniable quant à la décision de s'engager dans un procès en appel, il est exercé d'une manière flottante de telle sorte que le client se trouve en situation de décision finale ; l'avocat ne « servant » que de « révélateur » de la volonté⁴⁰⁹ de ce dernier.

1.2.3. Les avocats instigateurs des procédures d'appel

Enfin, si nous n'avons pas rencontré en entretien des avocats appartenant à cette catégorie, il existe néanmoins une troisième catégorie d'avocats qui se trouve véritablement moteur de la décision d'interjeter appel. Plusieurs indices nous ont laissé supposer l'existence de ce troisième profil. Le principal indice se traduit par des observations réalisées au sein de l'Etude d'avoué où des justiciables apprenaient qu'ils étaient engagés dans une procédure d'appel après avoir reçu un courrier provenant de l'Etude. Il s'agissait le plus souvent de justiciables bénéficiant de l'aide juridictionnelle et pour qui un appel avait été formé par leur avocat à l'encontre d'une décision ayant pour principal enjeu la fixation d'une pension alimentaire. Dans ce type d'affaire, l'avocat prenant la décision d'engager son client sur la voie d'un appel sait que le risque financier pour son client est très faible puisque sachant que la politique de la Cour d'appel dans ce type d'affaire étant à laisser à la charge des deux parties leur propre frais, dès lors pris en charge par l'aide juridictionnelle. Nous avons ainsi pu remarquer qu'il s'agissait le plus souvent de jeunes avocats exerçant très souvent à titre

⁴⁰⁹ Bastard, Benoît, *op. cit.*, p.128.

individuel ou dans de petits cabinets dont on peut supposer la fragilité économique de leur activité.

Par ailleurs, la plupart des avocats avec qui nous avons pu mener un entretien travaillaient avec l'Etude de l'avoué. Or, il existe notamment une autre Etude parmi les cinq Etudes attachées à la Cour d'appel ayant la réputation d'être « très combatif » dans sa défense. Aussi, certains avocats proposant le même type de défense transfèrent leur dossier de première instance à cette Etude. Il serait intéressant de savoir quelles sont les caractéristiques socioprofessionnelles de ces avocats et de voir comment se joue, chez ces avocats, l'interaction avec leur client au moment de la décision d'interjeter appel. Nous pouvons faire l'hypothèse que ces avocats davantage que leur client sont moteurs dans la décision d'interjeter appel.

Après avoir esquissé différents idéaux-types de pratiques et stratégies judiciaires d'avocats dans leur manière de réguler, contrôler ou engager leur client dans une procédure d'appel, il s'agit de s'intéresser au deuxième maillon de la chaîne judiciaire en appel, les avoués près la Cour qui, eux aussi, peuvent limiter l'accès aux appels ou au contraire, conseiller une procédure d'appel. En effet, une fois la décision entérinée entre l'avocat et son client d'interjeter appel de la décision de première instance, l'avocat transmet l'affaire à un avoué près la Cour. Il transfère l'affaire à un avoué avec qui il a l'habitude de travailler, ou s'il n'est pas coutumier des procédures d'appel, à un avoué recommandé par un confrère en fonction de plusieurs critères : sa réputation professionnelle, son engagement dans une firme juridique, son engagement dans une organisation professionnelle et/ou syndicale. Le transfert du dossier de l'avocat à l'avoué près la Cour, éloigne matériellement le justiciable de « son dossier ». Une deuxième étape s'opère ainsi dans le processus de mise à distance des justiciables de leur affaire devant la Cour d'appel.

1.3. *Le transfert de l'affaire à l'avoué près la Cour*

La prise en charge du « dossier » par l'avoué près la Cour se joue, en premier lieu, à travers la production d'un acte juridique spécifique : la déclaration d'appel. L'approche ethnographique de cette pratique judiciaire permet de saisir l'enjeu principal de la production d'un tel acte, à savoir la codification de l'engagement du justiciable dans une procédure d'appel. Les avoués produisent cet acte dans deux types de configuration relationnelle, soit

par la voie de mandats directs donnés par les justiciables, soit par la voie de mandats indirects transmis par les avocats.

1.3.1. Les enjeux de la codification de l'engagement dans une procédure d'appel

Le vendredi 24 octobre 2008, il est 8h30 lorsque j'entre dans l'Etude. A mon arrivée, le photocopieur, allumé jour et nuit, est en cours de réception d'une télécopie. Du papier vert en sort. Le vert dans le « code des couleurs » des papiers de l'Etude est la couleur de la télécopie, du « fax ». Le « papier vert », tel qu'il est usuellement dénommé par les différents membres de l'Etude, signale l'urgence. La principale est quand le papier vert porte une décision de justice d'une juridiction de première instance à laquelle sont jointes les instructions d'un avocat mentionnant le délai qu'il reste pour régulariser un appel. Mais ce peut être également des pièces transmises par un avocat demandant qu'elles soient versées aux débats alors que l'ordonnance de clôture marquant la fin des échanges entre les parties est proche. Il peut également s'agir des conclusions ou des pièces transmises par un autre avoué représentant une partie adverse à quelques jours de l'ordonnance de la clôture. L'urgence est, dès lors, de transmettre ces nouveaux éléments à l'avocat qui représente le client afin de savoir s'il est opportun ou non de répliquer à ces nouveaux éléments. Ce jour, l'urgence appartient à la première catégorie décrite. La télécopie est composée de neuf pages. La première correspond à une lettre à en-tête d'une avocate installée dans une ville d'un autre département appartenant au territoire de compétence de la Cour d'appel (détail important puisque le premier élément que l'avoué va regarder est le lieu de la juridiction ayant rendu la décision pour savoir si la Cour est compétente – territorialement – à prendre en charge cet appel). Les huit pages suivantes correspondent à un jugement prononcé par un juge aux affaires familiales de ladite ville. La lettre d'instruction⁴¹⁰ de l'avocat précise ainsi :

« Mon Cher Maître

Je vous prie de trouver, sous ce pli, copie du jugement rendu dans cette affaire par le Juge aux affaires Familiales de X le 20 Septembre 2008.

Je vous remercie de bien vouloir IMMEDIATEMENT REGULARISER APPEL au nom et pour le compte de :

⁴¹⁰ La typographie est conservée.

- Monsieur Y, né le ... à ..., de nationalité ..., demeurant ...

et ce à l'encontre de :

- Madame Z, née le ... à ..., de nationalité ..., demeurant ...

Le délai d'appel **expire CE JOUR**.

Je vous fais suivre par la voie postale mon entier dossier.

Je compte sur vous pour me tenir, bien évidemment, au courant de l'évolution de cette procédure et me donner votre avis sur nos chances de succès.

Je vous serais reconnaissant de bien vouloir m'indiquer le montant de la provision qu'il vous serait agréable de recevoir.

Votre bien dévoué. »

Les instructions de l'avocat sont claires : il est nécessaire d'interjeter appel aujourd'hui de cette décision quelles que soient ses « chances de succès ». En précisant que « le délai expire ce jour », cela signifie que Monsieur Y, le nouveau client de l'avoué, a reçu, le 24 Septembre 2008, un acte de signification du jugement du juge aux affaires familiales du TGI de X par un huissier de justice. Or, le délai d'appel pour un jugement d'un juge aux affaires familiales est d'un mois suite à la signification de la décision par voie d'huissier de justice. Le 24 Octobre 2008, est donc le jour où ce délai expire. Toutes les données sur l'état civil des deux parties précisées par l'avocat sont d'une importance capitale car, sans elles, l'acte d'appel, plus communément appelé « déclaration d'appel », peut être considéré comme caduque.

Reprenant les huit autres pages composant la décision dont appel, il s'agit, de vérifier si le jugement est complet, et si celui-ci est « assorti de l'exécution provisoire », autrement dit si l'appel suspend l'exécution de la décision de première instance. Comme la plupart des décisions des juges aux affaires familiales, celle-ci est assortie de l'exécution provisoire. Elle s'explique par le fait que l'objet du litige est le transfert de la résidence des enfants chez la mère (résidence qui était fixée depuis le divorce prononcé en 2004, chez Monsieur Y) suite à des « actes de violence » du père envers les enfants. Je sors une « cote », c'est-à-dire une chemise cartonnée, de couleur rouge (couleur signalant l'année de l'ouverture du dossier) que je plie et sur laquelle je pose la télécopie entourée d'un élastique. Avant de déposer la cote en évidence sur le bureau de l'avoué, je regarde sur le logiciel professionnel (dont disposent tous les membres du personnel de l'Etude) pour vérifier si Monsieur Y n'est pas présent dans la

liste des justiciables répertoriés dans le logiciel. Trois cas de figure peuvent se présenter. Le plus courant, la personne n'est pas présente dans le listing (ce qui est le présent cas) et l'avoué interjettera appel pour cette personne. Les deux autres cas de figure correspondent à la situation où le justiciable est présent dans le listing du logiciel, ce qui signifie que l'avoué a eu affaire à cette personne dans un procès devant la Cour d'appel soit comme client, soit comme adversaire. S'il a eu cette personne comme cliente, ce qui constitue le deuxième cas de figure, l'avoué ressort les dossiers correspondant aux anciens procès et vérifie que son mandat pour cette personne s'est déroulé sans difficulté (reproches du client, non recouvrement de ses frais, etc.). Il est très rare que l'avoué ne se constitue pas pour une partie qu'il a déjà représentée. Dans le cas contraire, il demande à un autre de ses confrères de se saisir du dossier. Enfin, si la personne est inscrite dans le listing comme adversaire, l'avoué, respectant une des « règles de la confraternité » entre avoués, envoie une lettre confidentielle à son confrère avoué ayant représenté cette personne lors du précédent procès afin que celui-ci se saisisse de l'affaire ou accepte de le laisser se constituer pour son ancien client.

Après avoir constaté que Monsieur Y était un nouveau client auquel l'avoué n'avait jamais eu affaire dans un précédent procès, je lui dépose le dossier en évidence sur son bureau avec un « post-it » répertoriant toutes mes observations. L'avoué arrive à 10 heures, après une audience au Palais de Justice. Il prend le dossier et demande à une secrétaire d'interjeter appel dans la matinée à partir des informations contenues dans la lettre de l'avocat. Il dicte à sa secrétaire la lettre suivante qu'il lui demande de faxer dans la journée à l'avocat *« pour bien lui confirmer que l'appel a été interjeté dans les délais »* :

« Mon Cher Maître

« Je reçois votre courrier de ce jour et vous en remercie.

« Je vous confirme régulariser appel du jugement du Juge aux Affaires Familiales en date du 20 Septembre 2008 au nom de votre client, Monsieur Y.

« J'aurai à conclure à l'appui de l'appel au plus tard en février prochain.

« Je prends bonne note que vous allez m'adresser votre entier dossier et je vous remercie de bien vouloir m'adresser tous les éléments complémentaires que pourrait vous donner le client pour me permettre de critiquer ce jugement pour lequel je ne puis vous donner un avis en l'état.

« Enfin, je vous propose de fixer le montant de ma provision à la somme de 900,00 euros TTC selon mémoire ci-joint.

« Votre bien dévoué. »

L'avoué réserve donc son jugement sur la décision de première instance pour plus tard. Ainsi, ce n'est pas à ce moment de la procédure où l'avoué joue pleinement son rôle de filtre dans l'accès aux procès en appel. S'il lui arrive de déconseiller un appel sur la seule connaissance de la décision de première instance, en matière familiale, le plus souvent, l'avoué conseille ou dissuade (en préconisant un désistement d'appel) de poursuivre la procédure d'appel une fois consultée l'ensemble des pièces du dossier de première instance et ce, au regard de la jurisprudence de la Cour d'appel. Le dossier de l'avocat lui parvient généralement quelques semaines plus tard après le dépôt de la déclaration d'appel.

Pour produire la déclaration d'appel, la secrétaire a ouvert un nouveau dossier dans le logiciel professionnel de l'avoué. En ouvrant ce nouveau dossier informatiquement, elle va également procéder à l'ouverture matérielle du dossier en remplissant la côte « rouge » cartonnée. Sur cette côte, elle note en haut à gauche le numéro du dossier généré par le logiciel informatique. En dessous, elle précise la nature et la date de la décision : « *appel du jugement du juge aux affaires familiale du TGI de X du 20 Septembre 2008* », et juste en dessous la date de la déclaration d'appel « *suivant déclaration en date du 23 Octobre 2008* ». Au centre du dossier, elle précise le nom des parties et celui de l'avocat ayant transmis l'affaire. Cette côte tout au long de la procédure s'agrémentera de nouvelles informations : le nom de l'avoué qui se constituera pour la partie adverse, le numéro de rôle attribué à l'affaire par le greffier de la Cour, l'aide juridictionnelle si le client en bénéficie, les dates de la plaidoirie et de l'ordonnance de la clôture une fois qu'elles seront fixées par le greffier de la Cour, la date de l'arrêt une fois la décision rendue par la Cour, etc. Cette côte et les inscriptions qui y sont apportées donnent corps à l'affaire et sont au fondement de l'organisation du travail au sein de l'Etude de l'avoué. En effet, les côtes sont manipulées par les différents professionnels de l'Etude (avoué, collaboratrices, secrétaires) et doivent permettre à ces derniers de repérer les informations centrales de l'affaire à la seule lecture de cette côte sans avoir à ouvrir le dossier. Si la création de la côte matérialise l'ouverture du dossier au sein de l'Etude de l'avoué, juridiquement, l'affaire s'ouvre devant la Cour d'appel, dès lors que la déclaration d'appel déposée au greffe de la Cour par l'avoué est visée par le greffier. Le visa du greffe consiste en l'application d'un tampon par le greffier sur la déclaration d'appel produite par l'avoué près la Cour, à l'attribution d'un numéro à cette déclaration d'appel, et surtout au paraphage de cet acte par le greffier. Ce dernier paraphé l'acte d'appel après avoir vérifié que la déclaration porte la signature de l'avoué, le (ou les) parti(e)s appelante(s) et intimée(s) y sont bien identifiées, la décision d'appel est bien précisée

sur l'acte et jointe à celui-ci, et la Cour d'appel compétente pour prendre en charge le procès est indiquée. S'il manque une de ces informations, soit le greffier ne visera pas l'acte ou soit la partie adverse (intimée) s'emparera de ces carences pour solliciter la nullité de l'acte et donc l'annulation de la procédure dont appel. Ainsi, une des responsabilités fondamentale de l'avoué est de vérifier scrupuleusement l'acte d'appel. Au sein des Etudes d'avoué, le fait que les déclarations d'appel soient les seuls actes juridiques systématiquement relus par l'avoué permet de saisir l'enjeu de la mise en forme de l'acte d'appel dans les « bonnes » normes juridiques. Par ailleurs, lorsque l'avoué est absent de l'Etude (audience au Palais, réunions à l'extérieur, congés, etc.), les actes d'appel comme les autres actes produits par l'Etude sont transmis à un de ses confrères pour signature « par empêché ». Pareillement, dans ce cas de figure, les actes d'appel sont ceux qui suscitent la plus grande attention de l'avoué signant par empêché.

La description de cette ouverture d'un dossier en appel est typique de la manière dont se joue le mandatement d'un avoué près la Cour. La représentation par un avoué étant obligatoire devant la Cour d'appel pour les affaires étudiées, le justiciable est obligé de donner mandat à un avoué pour engager une affaire en appel. L'avoué peut être saisi de manière directe par le justiciable ou de manière indirecte par un « correspondant » (autrement dit, pour les affaires familiales, un avocat). Dans la très grande majorité des affaires, l'avoué est saisi par un correspondant soit par courrier postal soit par télécopie. Le fait que la décision d'interjeter appel se joue le plus souvent dans le cabinet de l'avocat ayant suivi l'affaire en première instance explique la fréquence de la saisine indirecte de l'avoué. Les justiciables sont le plus souvent peu à même de choisir l'avoué qui va les représenter devant la Cour d'appel. La décision du choix de l'avoué est très souvent le fait de l'avocat ayant suivi l'affaire en première instance qui est habitué de collaborer avec « son » Etude parmi les cinq exerçant auprès de la Cour d'appel. Les avocats travaillent ainsi principalement avec un avoué privilégié ainsi qu'un second lorsque le premier est déjà engagé dans l'affaire, c'est-à-dire lorsque, par exemple, celui-ci a déjà été saisi par la partie adverse. Parmi les quarante et un justiciables avec qui nous avons pu nous entretenir, seulement trois ont déclaré avoir choisi leur avoué, indépendamment des prescriptions de leur avocat. Les justiciables ayant déjà eu l'expérience d'un procès en appel avec un avoué ou disposant d'une connaissance du « marché juridique » local et de la « réputation professionnelle » des différentes Etudes semblent les plus à même de contrecarrer le choix de leur avocat.

1.3.2. Le mandat indirect donné aux avoués par les avocats

Le transfert de l'affaire à un avoué particulier fait l'objet de différentes justifications selon les avocats. Pour la Cour d'appel, les avocats ont le choix entre cinq Etudes d'avoués lesquelles se partagent le « marché » des procédures d'appel civiles et commerciales. L'engagement dans une même organisation ou groupement professionnel peut être un premier motif pour un avocat de choisir un avoué près la Cour particulier à qui transmettre ses dossiers en appel. Le groupe auquel appartient Maître Vallon (A8 : Femme, 59 ans, avocate spécialiste des affaires familiales), et l'ensemble des avocats de son cabinet (l'un des plus importants de la ville) est une association de juristes composée principalement d'avocats, mais également d'avoués près la Cour, de notaires ou encore d'huissiers de justice. Ce regroupement professionnel s'il vise en premier lieu à proposer des formations professionnelles à ses adhérents, constitue surtout un réseau d'interrelations professionnelles prêtes à être investies par les différents juristes.

Maître Vallon : Je suis dans un groupe qui s'appelle X. Et on a depuis très longtemps, si vous voulez, on travaille comme un partenariat avec les avoués à la Cour, c'est-à-dire que dans chaque ville en France où il y a une Cour d'Appel, j'ai une Etude d'avoué.

Nicolas : **Donc vous avez tout un réseau d'avoués attirés sur le territoire ...**

Maître Vallon : Oui, oui, c'est ça, j'ai au moins une Etude d'avoué par Cour. Mais, vu que les affaires que je traite en matière familiale sont pour la plupart localisée sur cette Cour d'appel, je travaille souvent avec le même avoué. Par contre, quand mon avoué est pris par quelqu'un d'autre et bien, je vais chez un autre si vous voulez. Mais j'aime bien travailler avec le même, il y a une habitude professionnelle quand même.

La réputation professionnelle des avoués peut être un autre motif de justification cité par les avocats pour choisir le professionnel avec qui collaborer devant la Cour d'appel. Du point de vue des avocats, la bonne ou mauvaise « réputation » d'une Etude d'avoué à la Cour se définit selon différents critères. Le premier de ces critères est pourrait-on dire la « plus-value » apportée par l'avoué à l'affaire transmise par l'avocat. Les avocats définissent la « plus-value » de l'avoué par « la nouvelle approche » ou « le nouveau regard » qu'il va proposer sur l'affaire autrement dit le traitement et l'exploitation qu'il va effectuer des pièces produites en première instance, les incitations à produire de nouvelles pièces et la production des conclusions qu'il va présenter devant la Cour. Il est important de préciser que les Etudes

d'avoué de la Cour d'appel étudiée disposent d'une ressource qui leur permet de nourrir une bonne réputation du point de vue des avocats. Cette ressource est liée au fait que ces Etudes rédigent les conclusions d'appel, ce qui n'est pas le cas de toutes les Etudes d'avoué sur le territoire national. En effet, dans d'autres Cours d'appel, les Etudes d'avoué ne « prennent » pas les conclusions et ont pour principal rôle de signifier les actes juridiques en grande partie déjà préparés par les avocats. Ce type de pratiques a été décrié par de nombreux avocats au moment de la réforme de la postulation devant les Cours d'appel engagée dès 2007. Dans différentes prises de position d'avocats au sein de revues spécialisées ou de publications produites par des mouvements professionnels pour voir supprimer le monopole de la représentation des avoués devant les Cours d'appel, ainsi que dans quelques entretiens avec des avocats, sont pointées du doigt les Etudes d'avoués « *boîte aux lettres* » (sic) de certaines Cours d'appel. Ce point explique notamment la relative bienveillance des avocats entretenus vis-à-vis des avoués de la Cour d'appel étudiée alors que notre recherche se déroulait en pleine réforme de la profession des avoués avec une opposition d'intérêts très forte entre ces deux professions judiciaires. On pourrait, ici, reprendre les propos de Maître Gandon présentant son point de vue sur la profession d'avoué près la Cour d'appel.

Maître Gandon (A12) : « On a beaucoup de chances ici, parce que contrairement aux avoués d'autres Cours d'appel, ce qui a coûté d'ailleurs leur profession, ici, les avoués, eux, ils concluent. Ils sont payés pour leur boulot. Tandis que dans certaines Cours d'appel, c'est une boîte aux lettres ! Donc, ils ont perdu leur fonction parce que malheureusement certains ne faisaient pas leur travail, parce que les avocats concluaient alors que c'est aux avoués de conclure. »

Bien évidemment, le fait de rédiger les conclusions d'appel ne suffit pas à constituer la « bonne » ou « mauvaise » réputation d'une Etude d'avoué. Le type de « plus-value » apportée par l'avoué au dossier reste au fondement de l'appréciation que va porter l'avocat sur le travail de celui-ci. Maître Charpentier (A4) exerce au sein d'une petite société (SCP) d'avocates (quatre avocates). Elle n'est pas engagée dans un groupement professionnel. Cette dernière a constitué une forme de hiérarchie parmi les cinq Etudes d'avoué pour transmettre ces dossiers en appel. Cette hiérarchie est définie par Maître Charpentier, selon un critère principal, le « nouveau regard » que l'avoué va apporter au dossier. « *C'est ça qui est intéressant en appel, ils peuvent prendre des éléments que moi, je n'avais pas vu ou les prendre différemment* » précise-t-elle. Ainsi, lorsqu'elle est amenée à introduire une affaire devant la Cour d'appel, elle s'adresse à Maître A, le plus « sérieux » selon elle, ou Maître B si

jamais Maître A est déjà constitué pour la partie adverse. En bas de sa hiérarchie, se situe une Etude qui, selon elle, apporte une faible plus-value au dossier, et à qui elle n'adresse jamais de dossier. Elle déplore à son sujet qu'ils ne « *fassent que du copier-coller* ».

Si Maître Charpentier détermine le choix d'un avoué sur la potentielle « plus-value » qu'il peut apporter au dossier, d'autres avocats vont s'arrêter sur d'autres critères pour choisir l'avoué en appel. Notamment, des avocats sont attentifs à la relation que l'avoué va instaurer pendant la procédure d'appel pour le suivi du dossier, autrement dit aux « *habitudes professionnelles* » pour reprendre l'extrait d'entretien (plus haut) avec Maître Vallon. Le type de relation instaurée avec l'avoué (« véritable partenariat » entre l'avocat et l'avoué, domination de l'avoué sur l'avocat dans la conduite de l'affaire, respect du rôle de conseil privilégié de l'avocat auprès du justiciable) et les modalités des échanges professionnels entre ces deux conseils (envoi des informations sur l'affaire par message électronique, par télécopie, ou par voie postale, rapidité de la transmission des conclusions et des pièces adverses, ou encore des différentes décisions rendues par la Cour d'appel, etc.) sont des critères permettant d'évaluer, du point de vue des avocats, de la qualité de la relation professionnelle instaurée avec l'avoué.

1.3.3. Le mandat direct donné aux avoués par les justiciables

Par ailleurs, nous n'avons pas évoqué les justiciables mandatant directement un avoué à la Cour sans l'intermédiaire d'un avocat. Parmi la quarantaine de justiciables avec qui nous avons pu mener un entretien, aucun n'avait directement mandaté un avoué à la Cour. Les avoués ayant assuré la défense devant la Cour d'appel de tous les justiciables entretenus ont été mandatés par l'avocat de ces derniers. Les avocats sont ainsi de véritables « passeurs »⁴¹¹ de dossiers aux avoués près la Cour. Le tableau ci-dessous montre la répartition des justiciables engagés dans un procès en appel selon qu'ils bénéficient de l'aide juridictionnelle et qu'ils sont représentés par un avocat devant la Cour d'appel. Il exprime cette tendance.

⁴¹¹ Tonneau Jean-Philippe, « L'accès au droit et à la justice durant les années 1970, ou lorsque les avocats deviennent des passeurs », in Michel Hélène et Willemez Laurent (dir.), *La justice au risque des profanes*, Paris, PUF, Coll. « CURAPP », 2007.

Tableau 8. Représentation par un avocat devant la Cour d’appel des justiciables selon qu’ils sont bénéficiaires ou non de l’aide juridictionnelle

Représentation par un avocat	Oui	Non	Total
Bénéfice de l’aide juridictionnelle			
Oui	98,9% (435)	1,1% (5)	100% (440)
Non	82,3% (316)	17,7% (68)	100% (384)
TOTAL	91,1% (751)	8,9% (73)	100% (824)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une Etude d’avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d’appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (ayant pour objet le traitement d’une séparation ou de ses conséquences) présentés devant la Cour d’appel entre 1999 et 2009, N=824.

Lecture : 98,9% des justiciables bénéficiant de l’aide juridictionnelle devant la Cour d’appel sont représentés par un avocat devant la Cour.

Si nous avons déjà pu voir qu’une très nette majorité de justiciables sont représentés par un avocat en plus de l’avoué, on relève que le fait de bénéficier de l’aide juridictionnelle renforce cette tendance puisque 98,9% des bénéficiaires de l’aide juridictionnelle devant la Cour d’appel sont représentés par un avocat contre seulement 82,3% pour les justiciables n’en bénéficiant pas. On peut expliquer cette règle du jeu judiciaire par le fait qu’en première instance, le bureau d’aide juridictionnelle nomme d’office un avocat pour conseiller le justiciable bénéficiaire de l’aide juridictionnelle. Les avocats nommés sont, dès lors, de véritables courroies de transmission des « dossiers AJ » vers les avoués lorsque s’engage un procès en appel. L’intérêt pour les avocats de jouer ce rôle de transmission est d’être assuré de disposer de la représentation devant la Cour d’appel puisque les avoués sollicitent auprès du bureau d’aide juridictionnelle de la Cour d’appel le maintien de la représentation de l’avocat dans le cadre du procès d’appel.

Mais, dès lors, qui sont ces quelques justiciables mandatant directement les avoués à la Cour sans l’intermède d’un avocat ? On pourrait s’attendre à ce que les couples de concubins donnent mandat directement aux avoués près la Cour puisque la représentation par un avocat n’est pas obligatoire dans la majorité des procédures en première instance devant le juge aux affaires familiales. Or, le tableau 7 (page 255) sur la représentation des parties par un avocat devant la Cour d’appel montre au contraire qu’il n’existe pas de différence tendancielle en matière de représentation par un avocat devant la Cour d’appel selon le statut matrimonial des justiciables. En effet, 92,3% des justiciables mariés et 87,2% des justiciables en situation de concubinage sont représentés par un avocat devant la Cour d’appel.

Aussi, à partir du tableau ci-dessous, peut-on relever que les justiciables de sexe masculin (11,7%) mandatent davantage directement un avoué que les justiciables de sexe

féminin (6,1%). On peut comprendre cette tendance par le fait que les femmes (70,1%) sont davantage bénéficiaires de l'aide juridictionnelle que les hommes (36,9%) et sont donc davantage conseillées par des avocats désignés par un bureau de l'aide juridictionnelle. De ce fait, elles disposent donc moins de marges de manœuvre pour mandater directement un avoué à la Cour que les justiciables masculins. Néanmoins, il convient de pondérer cette analyse étant donné le faible écart que l'on observe, ici, entre les justiciables masculins et féminins.

Tableau 9. Représentation par un avocat devant la Cour d'appel selon le sexe du justiciable

Représentation par un avocat	Oui	Non	Total
Profession du justiciable			
Homme	88,3% (364)	11,7% (48)	100% (412)
Femme	93,9% (387)	6,1% (25)	100% (412)
TOTAL	91,1% (751)	8,9% (73)	100% (824)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une Etude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (ayant pour objet le traitement d'une séparation ou de ses conséquences) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=824.

Lecture : 93,9% des femmes sont représentés par un avocat devant la Cour.

Comme pour la question du genre, l'affiliation à un groupe socioprofessionnel des justiciables n'est pas, à première vue, un facteur significatif pour décrire la population des justiciables amenée à mandater directement un avoué. On peut, malgré tout, à la lecture du tableau ci-dessous, rendre compte de certaines variations entre les différents groupes socioprofessionnels. En premier lieu, les justiciables appartenant au groupe socioprofessionnel « Cadres et professions supérieure et intellectuelle » sont ceux qui font le moins appel à un avocat (17,3%) pour les représenter et conseiller devant la Cour. Juste derrière, les « artisans, commerçants, chefs d'entreprise » peuvent également faire fi de la représentation d'un avocat devant la Cour mais ce, toujours dans des proportions très relatives (13,6%). A l'opposé, les justiciables « sans emploi » sont peu nombreux (4,4%) à se dispenser des conseils d'un avocat devant la Cour. On peut l'expliquer par le fait que ces justiciables sont pour une très grande majorité bénéficiaires de l'aide juridictionnelle. Par contre, cette dernière explication ne permet pas d'expliquer le taux des ouvriers (9,9%), légèrement au-dessus de la moyenne (8,9%) alors que ces derniers sont, avec les employés les deux groupes socioprofessionnels bénéficiant dans les plus larges proportions de l'aide juridictionnelle. La

dispense des conseils d'un avocat devant la Cour d'appel ne peut être interprétée uniquement comme une stratégie de la part des justiciables notamment des catégories sociales les plus favorisées pour limiter leur mise à distance du traitement de leur affaire en appel. D'autres contraintes, économiques, organisationnelles ou encore interactionnelles viennent peser sur le « choix » des justiciables de se faire représenter ou non par un avocat devant la Cour au côté de l'avoué.

Tableau 10. Représentation par un avocat devant la Cour d'appel selon le groupe socioprofessionnel du justiciable

Représentation par un avocat	Oui	Non	Total
Profession du justiciable			
Non renseigné	93,3% (56)	6,7% (3)	100% (59)
Agriculteur	92,9% (13)	7,1% (1)	100% (14)
Artisan, Commerçant, Chef d'entreprise	86,4% (51)	13,6% (8)	100% (59)
Cadre, profession sup. et intellectuelle	82,7% (86)	17,3% (18)	100% (104)
Profession intermédiaire	93,6% (44)	6,4% (3)	100% (47)
Employé	91,8% (191)	8,2% (17)	100% (208)
Ouvrier	90,1% (137)	9,9% (15)	100% (152)
Sans emploi	95,6% (173)	4,4% (8)	100% (181)
TOTAL	91,1% (751)	8,9% (73)	100% (824)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une Etude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (ayant pour objet le traitement d'une séparation ou de ses conséquences) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=824.

Lecture : 82,7% des justiciables appartenant au groupe socioprofessionnel « Cadre, profession supérieure et intellectuelle » sont représentés par un avocat devant la Cour.

A partir de nos observations, nous avons pu relever que les justiciables mandatant directement l'avoué l'ont effectué, le plus souvent, à partir d'une liste des Etudes d'avoué de la Cour transmise par le Greffe du Tribunal ayant rendu la décision de première instance. Nous pouvons regretter, ici de n'avoir pas pu mesurer le rôle que pouvaient jouer les greffiers dans l'aiguillage des justiciables vers tel ou tel avoué. Ces justiciables, pour la plupart, n'étaient pas représentés par un avocat en première instance, soit parce qu'ils étaient défailants devant le juge aux affaires familiales, soit parce que la procédure dans laquelle ils

étaient engagés en première instance ne nécessitait pas la représentation d'un avocat. Pour les autres, un désaccord avec l'avocat qui les a représentés en première instance est à l'origine de cette prise de contact directe avec un avoué. Nous avons ainsi pu relever trois types de désaccord avec l'avocat qui sont à l'origine de la prise de contact directe avec l'avoué : un avocat refusant de les « suivre » en appel, un mécontentement de la défense proposée par l'avocat en première instance, et une rupture d'une relation de confiance liant le justiciable et son avocat. Généralement, ces justiciables ne connaissent pas le rôle et la fonction judiciaires spécifiques de l'avoué. Le plus souvent, ils arrivent perdus, n'osant pas rentrer dans l'enceinte de l'Etude, mais sont portés par une volonté de « faire appel ». Pour illustrer ce mode direct de mandatement de l'avoué, on peut, ici, relater une scène observée au sein de l'Etude.

Mandater directement un avoué

Un mardi de septembre 2009, vers 12h30, Monsieur Renouard sonne à la porte de l'Etude. Cet homme de 37 ans, ouvrier du bâtiment, est engagé dans une procédure de divorce pour faute depuis deux ans, laquelle arrive à son terme. Notamment, un jugement de divorce à ses torts exclusifs vient d'être prononcé à son encontre. Ce mardi, Monsieur Renouard travaille sur un chantier à une dizaine de kilomètres de l'Etude, et a pris son temps de pause du midi pour demander à l'avoué d'interjeter appel de son jugement de divorce. Il arrive en tenue de travail, chaussures de sécurité au pied. Essoufflé et inquiet de respecter les « délais d'appel » dont lui a parlé la greffière du tribunal, il dispose entre ses mains d'une copie du jugement de divorce qu'il a annotée à plusieurs endroits pour critiquer la décision du juge aux affaires familiales, et du courrier reçu du greffe du Tribunal. Monsieur Renouard, à qui l'avoué a ouvert la porte reste devant le pas de la porte de l'Etude, comme si l'entrée dans ce monde judiciaire que représente l'Etude lui était interdite. Après des salutations respectives, Monsieur Renouard, toujours devant le pas de la porte, lui précise « *Je suis désolé d'arriver en pleine heure du déjeuner mais on m'a dit que j'avais plus beaucoup de temps pour faire appel de mon jugement de divorce. Au Tribunal, on m'a dit aussi qu'il fallait passer par un avoué. On m'a donné une liste et c'est pour ça que je m'adresse à vous ! Mais, je ne sais absolument pas ce qu'il faut faire ...* ». Maître Durand, l'invite à rentrer et prends de ses mains la décision de première instance. Après lui avoir reproché d'avoir pris des notes directement sur la décision justice (ce qui peut rendre l'appel caduque) sans lui en expliquer les conséquences juridiques, il relève que ce dernier était représenté par une avocate et lui demande « *Vous êtes toujours conseillé par Maître X ?* ». Monsieur Renouard lui répond « *Non, justement, je ne souhaite plus travailler avec elle. Et, au Tribunal (Le Greffier), on m'a dit que l'important en appel, c'est d'avoir un avoué !* ». Maître Durand lui confirme : « *En effet, devant la Cour d'appel, seule la représentation par un avoué est obligatoire !* ».

A partir de cet instant, en donnant mandat à Maître Durand, Monsieur Renouard lui donne le pouvoir exclusif de le représenter devant la Cour d'Appel tant pour la conduite du procès en son nom que pour la production de tous les actes de la procédure. Ce point est crucial dans le processus de mise à distance du justiciable de « son affaire » s'engageant dans

un procès devant une Cour d'appel puisqu'il en résulte l'interdiction du justiciable, durant tout le procès en appel, de présenter lui-même, et même par l'intermédiaire de son avocat s'il en dispose, une demande ou de faire un acte de procédure sans le concours de son avoué constitué⁴¹². Au final, que ce soit dans le cadre d'un mandat indirect ou d'un mandat direct, une fois l'acte d'appel produit, l'affaire se trouve entre les mains des avoués, véritables maîtres d'œuvre du procès en appel. Après avoir saisi les modalités pratiques de l'entrée dans une procédure d'appel, il convient dorénavant d'appréhender les enjeux que recouvre le procès en appel pour les justiciables s'y engageant.

2. Les enjeux socialement différenciés des procès en appel

Les contentieux présentés devant la Chambre familiale de la Cour d'appel se caractérisent par une importante hétérogénéité des situations d'affrontement judiciaire. L'objectif général est, ici, d'appréhender les enjeux des procès en appel autrement dit les motifs qui conduisent les justiciables à aller si loin dans la procédure. En partant des enjeux des procès en appel, il s'agit de faire émerger des types d'affrontement judiciaire en prenant en compte une série de facteurs distinctifs. L'âge des conjoints, le milieu social d'affiliation des justiciables, le type de lien conjugal (mariage ou union libre), la configuration familiale (couple avec ou sans enfant, enfants à charge ou enfants indépendants, etc.), et le parcours judiciaire préalable au passage devant la Cour d'appel sont les différentes variables retenues pour décrire les différentes logiques d'affrontement judiciaire. Le croisement et l'intrication de ces facteurs doivent permettre de dessiner les contours des contentieux présentés devant le deuxième degré de juridiction.

2.1. *Les différents objets du conflit judiciaire devant la Cour d'appel*

Les moyens d'appel⁴¹³ soulevés par les parties au procès permettent directement de cerner les principaux enjeux des procès en appel. Cette perspective d'analyse ne permet pas de saisir certains ressorts ayant pu « pousser » les justiciables à faire appel (notamment ceux

⁴¹² Gallet Jean-Louis, *La procédure civile devant la Cour d'appel*, Paris, Litec, 2010.

⁴¹³ Les moyens sont les raisons dont une partie se prévaut pour fonder ses demandes devant la Cour. Au sein d'un même procès, plusieurs moyens peuvent être soulevés par les parties.

qui ont un rôle actif dans la décision de faire appel). On pense par exemple à des sentiments d'injustice, de vengeance, etc. ayant pu être moteurs dans la décision de faire appel. Ici, par enjeux, il faut entendre les « objets » sur lesquels se concentre le débat judiciaire devant la Cour d'appel. Le tableau 11 sur les moyens soulevés par les parties vise à saisir ces enjeux. Il révèle ainsi l'importance des questions liées à la prise en charge matérielle des enfants dans les procès en appel. Ainsi, dans près des deux tiers de notre corpus d'affaire, la question de la fixation d'une pension alimentaire pour l'entretien des enfants a été soulevée devant la Cour d'appel. Au second rang, concernant plus de deux affaires sur cinq, on retrouve les questions liées à la « garde » des enfants (exercice de l'autorité parentale, fixation de la résidence des enfants et du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien) que l'on a regroupées sous le terme générique de « prise en charge relationnelle des enfants ». Bien loin derrière les deux précédents moyens, un autre type d'enjeu financier lié à la fixation d'une prestation compensatoire ou d'une pension alimentaire au titre du devoir de secours et un enjeu davantage d'ordre moral autour de la question de la détermination de comportements fautifs (dans le cadre d'une procédure de divorce pour faute) interviennent dans environ 15% des affaires. Enfin, dans des proportions relativement faibles (moins de 10% des affaires), on retrouve des débats judiciaires portant sur l'attribution de dommages et intérêts (le plus souvent liés à une procédure de divorce pour faute), sur la répartition des biens du couple, sur l'usage du nom marital ou encore sur la désignation d'un expert.

Tableau 11 : Part des différents moyens soulevés devant la Cour d'appel

Moyens soulevés par les parties	Nb. Cit.	Fréq.
Pension alimentaire pour les enfants	267	64,8%
Prestation compensatoire et/ou devoir de secours	64	15,5%
Attribution de dommages et intérêts	25	6,1%
Répartition des biens	18	4,4%
Prise en charge relationnelle des enfants (résidence, DVH, autorité parentale)	172	41,7%
Définition des comportements fautifs à l'origine de la séparation	58	14,1%
Autres moyens (usage du nom marital, désignation d'un expert, etc.)	28	6,8%
TOTAL	412	

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une Etude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (ayant pour objet le traitement d'une séparation ou de ses conséquences) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=412.

Lecture : 15,3% procès en appel ont vu le moyen d'appel « définition de la faute » soulevé devant la Cour.

Bien entendu, une même affaire peut traiter de plusieurs moyens. Par exemple, un débat autour de la fixation du lieu de résidence des enfants est très souvent complété par un débat autour de la fixation d'une contribution alimentaire du parent non gardien. Aussi, on retrouve de nombreux appels de jugement de divorce pour faute où un débat sur la fixation d'une prestation compensatoire s'articule avec un autre sur la définition de comportements fautifs des deux conjoints. Ainsi, partant de ces enjeux, et à partir de l'analyse de nos entretiens avec les justiciables et de notre corpus d'affaires, nous avons répertorié trois principaux types d'affaire : les combats judiciaires autour de la prise en charge des enfants, les enjeux financiers et conjugaux des procès opposant des couples sans enfant en charge, et les affrontements judiciaires totaux ; ces différentes typologies se déclinant elles-mêmes selon notamment les caractéristiques sociales des justiciables. Ces typologies sont ainsi constituées de groupes d'affaires de taille inégale, et permettent, de rendre compte de la diversité des types d'affrontements judiciaires présentées devant la Cour d'appel. Pour chaque groupe d'affaires, nous avons présenté un cas qui nous paraissait exemplaire. Ces différents cas traduisent une synthèse de différentes dimensions structurant et déterminant les types d'affrontement judiciaire. Le milieu social d'origine des justiciables, les positions sociales des deux conjoints ou ex-conjoints, le type d'union conjugal, l'âge social des conjoints, l'âge social des enfants, le « contexte conjugal » (entendu comme les causes définies par les justiciables) à l'origine de la séparation, sont différentes dimensions qui déterminent le (ou les) objet(s) et la (ou les) modalité(s) de l'affrontement judiciaire du couple. Au final, cette analyse de cas doit nous permettre d'ordonner la complexité de la réalité des différentes affaires présentées devant la Cour d'appel. A la manière dont François Dubet a décrit différentes dimensions et figures de l'expérience étudiante, nous avons fait le choix « d'illustrer des expériences par quelques publics identifiables qui ne sont que des ensembles aux frontières incertaines, en associant données qualitatives et quantitatives »⁴¹⁴.

2.2. Les combats judiciaires autour de la prise en charge des enfants

Une majorité d'affaires présentées devant la Cour d'appel ont pour principal enjeu des questions liées aux prises en charge matérielle et relationnelle des enfants. On pourrait ici

⁴¹⁴ Dubet François, « Dimensions et figures de l'expérience étudiante dans l'université de masse », in *Revue française de Sociologie*, 1994, n°35-4, p.511-532.

multiplier les différents cas pour saisir la variété de ce type de procès en appel. Nous avons finalement retenu trois cas qui nous semblent révéler les principales logiques d'affrontements judiciaires à l'origine de ces procès.

2.2.1. Les « prix » de l'enfant dans les milieux populaires

L'affrontement judiciaire des époux Leboucher autour du montant de la pension alimentaire pour leurs enfants :

Monsieur (J1) et Madame (J4) Leboucher se sont mariés en 2002 à 26 et 25 ans, après six ans de vie commune. Madame Leboucher est originaire de Vendée. Elle a eu « un parcours d'enfance dans la maladie » puisque son père, ouvrier ébéniste, est tombé gravement malade alors qu'elle n'avait que 14 ans. La famille vit, tant bien que mal, avec la pension d'invalidité de son père et le salaire d'assistante maternelle de sa mère. Elle quitte, à 16 ans, le foyer familial, et rentre en apprentissage comme serveuse. Après avoir obtenu son CAP et son BEP, elle est embauchée directement dans un bar pizzeria. Elle y travaille pendant deux ans et y rencontre son futur mari, Monsieur Leboucher. Ce dernier originaire des Mauges (région choletaise) est issu d'une famille ouvrière : son père, chaudronnier et sa mère travaillant dans une usine de chaussures. Après une scolarité difficile au collège (plusieurs redoublements), Monsieur Leboucher a intégré un lycée professionnel mais n'obtient pas son BEP usinage. Il décide de « partir à l'armée », y passe différents permis de conduire et intègre une entreprise dans l'agroalimentaire comme intérimaire. Monsieur et Madame Leboucher se rencontrent en 1996 sur le lieu de travail de Madame. Ils cohabitent rapidement quelques mois après leur rencontre. Pendant les trois ans qui suivent, leur situation professionnelle respective se stabilise, Madame comme serveuse, Monsieur comme intérimaire dans l'agroalimentaire malgré une proposition de contrat à durée indéterminée. Madame Leboucher tombe enceinte de leur premier enfant en 1999. Pendant la grossesse, elle fait l'objet d'un licenciement suite à la vente du commerce par ses employeurs. Monsieur Leboucher décide de passer une formation en soudure et obtient par équivalence un BEP en soudure. Il choisit l'« intérim de profession »⁴¹⁵ face à un marché de l'emploi local favorable dans son secteur professionnel. Suite à la naissance de leur garçon, Madame trouve un emploi à la chaîne dans l'agroalimentaire « à temps plein, au trois huit ». Après quelques mois d'activité, Madame souffre de tendinites, multiplie les arrêts de travail face à cette pathologie « mal traitée », et « décide » de démissionner juste avant son mariage. En Juillet 2002, Monsieur et Madame Leboucher se marient civilement et religieusement. Madame Leboucher tombe enceinte de leur fille juste après le mariage. Déjà, pendant la grossesse, des tensions apparaissent au sein du couple notamment à propos de l'avenir professionnel de Madame Leboucher. Madame souhaite reprendre rapidement une activité professionnelle comme serveuse, se refusant à endosser le rôle de mère au foyer, ce que souhaite Monsieur Leboucher. Ce dernier, toujours en intérim, se met à la recherche d'un CDI pour « assurer (nos) leurs arrières ». A la naissance de leur fille, Madame Leboucher prend un congé parental tandis que Monsieur se fait embaucher en contrat à durée indéterminée comme soudeur dans une usine près de leur domicile. Pendant près de deux ans, Madame « vit mal sa situation de mère au foyer » et des conflits apparaissent sur les pratiques éducatives respectives des deux parents, revenant de plus en plus régulièrement. En Mai 2005, le couple se sépare, Monsieur retournant vivre chez ses parents, « laisse la résidence des deux enfants » à son épouse. Il explique « *sur la question de la garde, on était d'accord. Les enfants étaient en bas âge, c'est normal que les enfants*

⁴¹⁵ Faure-Guichard, *L'emploi intérimaire. Trajectoires et identités*, Rennes, P.U.R., 2000, p.111.

aillent chez leur mère. Le seul point qui a bloqué, c'est la pension alimentaire ». Le couple s'engage alors dans une procédure de divorce accepté. La question du montant de la pension alimentaire pour les deux enfants est l'objet central de l'affrontement judiciaire du fait notamment des significations différentes données par les deux ex-conjoints à cette somme d'argent. De plus, la remise en couple rapide des deux ex-conjoints avec de nouveaux partenaires pendant la procédure judiciaire – la remise en couple étant plus rapide pour les jeunes divorçants de milieux populaires – a pu tendre les échanges autour du montant de la pension alimentaire, du fait de déséquilibre des ressources économiques des deux nouvelles configurations familiales reformées. Ainsi, trois décisions (ordonnance de non conciliation en mars 2006, ordonnance du Juge de la Mise en Etat en février 2007, jugement de divorce en avril 2008) ont été rendues, en première instance, par le juge aux affaires familiales diminuant le montant des pensions alimentaires dues par Monsieur Leboucher au fur et à mesure des décisions (240 euros, 200 euros et 180 euros). C'est, finalement, du jugement de divorce que Madame Leboucher fera appel en juillet 2008 pour voir augmenter le montant de la pension alimentaire pour les deux enfants.

Ce type de litige autour du seul montant de la pension alimentaire pour les enfants présenté devant la Cour d'appel a pu être observé dans de nombreuses autres affaires (88 affaires, soit 21% de notre corpus). Trois caractéristiques des époux Leboucher : des conjoints appartenant aux catégories d'âge les moins élevées (les moins de 40 ans), l'appartenance de ces derniers aux milieux populaires, et des couples avec des enfants plutôt en bas âge définissent ce type d'affrontement judiciaire. Par ailleurs, le type de lien conjugal (mariage ou union libre) ne semble pas déterminant quant aux logiques d'affrontements judiciaires de ce type d'affaires. On retrouve, en effet, pour ces jeunes couples de milieux populaires, quelque soit leur type d'union, un conflit judiciaire centré sur le montant de la pension alimentaire versée le plus souvent par le père à la mère – a qui a été attribuée la résidence des enfants. Dans ce type d'affaire, le plus souvent, l'homme exerce un emploi d'ouvrier (qualifié ou non qualifié) ou encore d'employé subalterne tandis que la femme soit occupe un travail à temps partiel en tant qu'employée ou ouvrière, soit se trouve sans emploi ou soit encore se déclare être mère au foyer. Il est également intéressant de relever que les causes de la séparation, notamment pour les couples mariés, sont rarement évoquées dans le débat judiciaire. Par ailleurs, très souvent, les hommes ont, d'une certaine manière, intériorisé la domination des compétences maternelles sur celles paternelles et ont laissé à leur ex-conjointe la charge des enfants au moment de la séparation. Mais, lorsque le conflit judiciaire se prolonge, on observe un nombre important de pères qui se battent devant la Cour d'appel notamment pour limiter le montant de la pension alimentaire pour différentes raisons (fragilité des économies domestiques, relation conflictuelle avec les enfants, refus de voir l'ex-conjointe « profiter » personnellement de la pension alimentaire). Réciproquement, des femmes telle Madame

Leboucher peuvent être à l'origine de la procédure d'appel face à un ex-conjoint ayant pu obtenir devant le juge aux affaires familiales la fixation d'un montant perçu comme insuffisant de sa contribution alimentaire.

2.2.2. Les classes moyennes et l'investissement éducatif des pères

Le conflit parental de Monsieur OISEAU et Madame MELAINE autour de la « garde » de leur enfant :

Madame MELAINE (J3), après avoir vécu ses vingt premières années en Anjou au sein d'une famille de commerçants (coiffeurs) et obtenu deux BTS en secrétariat et en informatique, intègre un cabinet d'avocat en tant que secrétaire juridique. Elle fonde une première union avec un homme rencontré à Paris. Elle se marie à 23 ans et divorce par consentement mutuel quatre ans plus tard, en 1994. « *Un vrai consentement mutuel* » précise-t-elle. De cette union, aucun enfant n'est né. Suite à cette séparation, elle décide de quitter la capitale pour se rapprocher de ses parents restés en Anjou. Elle rencontre Monsieur OISEAU lors d'un mariage en 1996. Entre temps, elle a intégré un cabinet d'avocat au sein duquel elle obtient rapidement une promotion, devenant ainsi assistante juridique. Après son premier divorce, elle ne souhaite pas s'engager dans un mariage, mais décide de cohabiter quelques mois après leur rencontre. Monsieur OISEAU, du même âge que Madame MELAINE, est éducateur spécialisé. Issu d'une famille de petits fonctionnaires (père, facteur et mère, employée de mairie), il engage avec Madame MELAINE sa première union établie. Agés tous les deux de 31 ans, nait de leur union Pierre en 1998. Leur séparation intervient trois ans après la naissance de Pierre. Madame MELAINE explique que la séparation n'a pas été brutale. Cette séparation est, selon elle, le fait « *d'une incompatibilité de personnalité* ». Dès la naissance de Pierre, Monsieur OISEAU s'était investi dans l'éducation de son fils, préférant déléguer certaines responsabilités professionnelles pour prendre du temps avec son fils. Ainsi, au moment de la séparation, le couple s'accorde sur la résidence principale de Pierre au domicile de Madame MELAINE mais avec un droit de visite et d'hébergement élargi pour Monsieur OISEAU. Cet arrangement pourrait être quasiment assimilé à une résidence alternée. En 2002, le couple passe une première fois devant le juge aux affaires familiales pour faire homologuer cet accord. Avec la scolarisation de Pierre, Madame MELAINE repère des difficultés d'intégration de son fils à l'environnement scolaire qu'elle analyse comme une conséquence de l'organisation parentale. Elle lit différents articles de vulgarisation de psychiatres, psychologues et pédopsychiatres sur les « méfaits de la résidence alternée » pour les enfants en bas âge. A l'entrée en CP de Pierre, Madame MELAINE amène son fils voir un pédopsychiatre. Suite aux différents entretiens avec ce professionnel, Madame MELAINE se rapproche de Monsieur OISEAU pour lui demander de revoir leur organisation afin que Pierre réside chez elle pendant tous les jours d'école pour « maintenir une même résidence » en période scolaire. Monsieur OISEAU entend le malaise de Pierre mais n'accepte pas cette réorganisation « au profit » de Madame MELAINE. Parallèlement, les deux parents se sont remis en couple. Avec ces nouvelles recompositions et face à l'impossibilité de revenir sur l'accord initial alors que la situation scolaire de Pierre se dégrade, Madame MELAINE décide d'engager une procédure devant le juge aux affaires familiales pour voir fixer la résidence de Pierre à son domicile. Monsieur OISEAU, qui a choisi de résider dans un village à proximité de celui où demeure Madame MELAINE, demande l'instauration d'une résidence alternée. Les deux ex-conjoints investissent leurs réseaux familiaux, amicaux et professionnels pour produire une multitude d'attestations ayant pour objectif moins de disqualifier l'autre parent

que de mettre en lumière leurs compétences parentales. Face à cette situation, le juge aux affaires familiales ordonne une enquête sociale en demandant à l'enquêteur d'auditionner l'enfant afin de connaître son sentiment. Les parents respectifs, la nouvelle de compagne de Monsieur OISEAU et le nouveau compagnon de Madame MELAINE – les liens forts des deux parents – sont également auditionnés par l'enquêteur social. Ce dernier conclut de cette manière « *l'enfant semble dérouté par les recompositions familiales avec des inquiétudes quant à sa place* ». Surtout, l'enquêteur social se fondant sur une approche psychologique de la notion d'intérêt de l'enfant, s'il met en lumière le mal être de Pierre, ne se positionne pas sur l'organisation parentale. Ainsi, le juge aux affaires familiales s'appuyant sur ce rapport d'enquête, déboute Madame MELAINE de sa demande de fixation de la résidence de Pierre à son domicile et entérine une résidence alternée. Quinze jours après le délibéré du juge aux affaires familiales, Madame MELAINE régularise appel de cette décision pour présenter les mêmes demandes qu'en première instance.

Nous avons choisi de présenter l'affrontement judiciaire du couple MELAINE-OISEAU autour de la fixation de la résidence de leur enfant en ce qu'il est, d'une certaine manière, représentatif de ceux opposant des couples appartenant aux catégories sociales intermédiaires. La part de ce type d'affaires parmi l'ensemble de celles traitées par la Cour d'appel est relativement limitée par rapport notamment au précédent cas traité (29 affaires, soit 7% des affaires de notre corpus). On peut l'interpréter par le fait que ces groupes sociaux adhèrent dans de larges proportions au modèle de la séparation autorégulée. Mais, il demeure qu'au nom de leur conception de l'intérêt de l'enfant certains couples s'engagent dans un affrontement judiciaire en appel. Ces couples relativement homogames sont composés d'un homme exerçant la profession d'enseignant dans le primaire ou le secondaire, de kinésithérapeute, d'éducateur spécialisé, de contremaître ou encore de technicien et d'une femme exerçant la profession de maître des écoles, d'infirmière, de secrétaire de direction, d'assistante comptable, d'assistante sociale, de conseillère en insertion, etc. Malgré cette forte tendance à l'homogamie sociale, il n'en reste pas moins des écarts importants de revenus entre hommes et femmes au sein de ces couples. Ces dernières travaillent très souvent à temps partiel, et/ou disposent de revenus salariés inférieurs à ceux de leur conjoint. Ces couples sont relativement jeunes lors de leur passage devant la Cour d'appel. Les deux conjoints ont très souvent moins de quarante ans et corrélativement, leurs enfants sont généralement âgés de moins de dix ans. Autre caractéristique spécifique de ces affaires est le nombre d'enfants de ces couples. En effet, 16 affaires sur 29 correspondent à des familles à enfant unique, comme d'ailleurs dans le cas précédemment relaté. Cette tendance semble spécifique à ce type d'affrontement judiciaire. Comme pour le premier type d'affaires, la nature du lien conjugal entre les conjoints ne semble pas déterminante sur le type d'affrontement judiciaire opposant

les deux conjoints. Finalement, le principal trait de ces cas est le fort investissement des pères dans l'éducation de leurs enfants. Au moment de la séparation, avant l'engagement dans une procédure judiciaire, certains de ces couples ont pu s'accorder sur une place importante laissée au père auprès des enfants à travers soit un droit de visite et d'hébergement élargi, ou soit directement à travers la fixation de la résidence des enfants chez celui-ci. Alors que l'on aurait pu s'attendre à l'instauration de résidence alternée dans ce type de configuration en amont du passage devant les instances judiciaires, il s'avère que ce type de résidence n'a été mise en place dans aucune des 29 affaires étudiées. On peut considérer cette non-pratique de la résidence alternée comme un indicateur de tensions sous-jacentes au sein du couple quant à la prise en charge relationnelle des enfants. Même si ce n'était pas le cas de l'affaire « MELAINE-OISEAU », il ne faut pas omettre dans certaines affaires le poids des contraintes géographiques ; une distance trop importante entre les deux foyers parentaux rendant malaisée la mise en place d'une résidence alternée.

Par ailleurs, il se trouve que lorsqu'un accord a pu être entériné entre les deux conjoints en amont du procès, très souvent deux projets éducatifs distincts se cristallisent et se trouvent être au centre du conflit parental. En effet, ces couples ont très souvent entériné un accord (total ou partiel) sur la prise en charge des enfants lors d'un premier passage devant les instances judiciaires. Plusieurs mois après la première décision judiciaire, l'accord se délite. Le type d'encadrement scolaire, la gestion des soins des enfants, la manière de les vêtir, le type d'investissement de chaque parent pour maintenir ou au contraire disqualifier l'autre parent auprès des enfants sont les principaux arguments soulevés par chaque parent pour rompre l'accord original. Les pères n'hésitent pas à s'engager dans une nouvelle procédure judiciaire pour maintenir une place importante auprès de leur(s) enfant(s). Ces couples arrivent donc devant la Cour d'appel après très souvent différents passages devant le juge aux affaires familiales qui ont mis à jour un conflit parental portant principalement sur la définition de la résidence du ou des enfants et de ses corollaires, le droit de visite et d'hébergement du parent non gardien et la pension alimentaire versée au parent gardien. Aussi, les relations familiales, amicales et professionnelles dont dispose chaque conjoint peuvent être, ici, convoquées à deux principaux titres. En premier lieu, ces relations peuvent produire des attestations ayant très souvent pour fonction de justifier les compétences parentales du parent versant aux débats lesdites attestations ou au contraire de disqualifier l'autre parent en ce qu'il ne respecte pas notamment la norme de coparentalité. Par ailleurs, ce

tissu relationnel, et notamment les liens les plus forts⁴¹⁶ sont investis lorsque les magistrats ordonnent une enquête sociale ou une expertise psychologique ou psychiatrique⁴¹⁷ parfois utilisées dans ce type de configuration. Le ou (les) enfant(s) au centre de ces conflits judiciaires se trouvent ainsi très souvent être auditionnés par les magistrats (sur la demande du juge ou sur la demande des enfants). Ainsi, le couple arrive en appel avec un dossier judiciaire très souvent volumineux qui ne fera que gonfler avec la procédure d'appel.

2.2.3. Les effets de la recomposition et les nouveaux besoins des enfants

Le retour devant les instances judiciaires des ex-époux MARTIN, dix ans après le prononcé de leur divorce :

Les époux Martin se sont mariés en 1988 et de leur union sont nés, en 1991, deux garçons, jumeaux, Clément et Olivier. Madame Petit divorcée Martin (J15) est issue d'une famille de notaires de l'Ouest de la France. Bonne élève, elle suit un cursus de droit et obtient rapidement suite à ses études universitaires, son concours de cadre A. Avec le soutien de membres de sa famille éloignés et installés sur Paris, elle intègre un cabinet ministériel en 1981. Elle fait ainsi carrière au sein de différents ministères, travaille même pendant deux ans à Matignon jusqu'à son divorce en 1999. En région parisienne, elle rencontre Monsieur Martin. Ce dernier, parisien d'origine, est l'enfant unique d'une famille aisée (père : ingénieur en électronique, mère : expert comptable). Il obtient un diplôme d'ingénieur en pétrochimie et intègre une société multinationale au sein de laquelle il mènera carrière dans des « postes-clé » de l'entreprise jusqu'en 2004. Le couple et les deux enfants vivent à Versailles jusqu'au divorce. Madame Petit est à l'origine de la séparation, elle n'a plus de « sentiment pour son mari » et se rend compte que leurs deux garçons souffrent des multiples disputes du couple. En 1998, le couple se sépare, souhaite que la procédure soit rapide pour que les enfants souffrent le moins de cette situation. Leur divorce par consentement mutuel est prononcé en 1999. La résidence des deux garçons est fixée au domicile de la mère avec un droit de visite et d'hébergement classique pour le père. Les parents s'accordent pour le versement d'une pension alimentaire de 500 euros par le père pour la prise en charge des deux garçons. Avec le divorce, Madame souhaite se rapprocher de ses parents et trouve un poste de chef de service au sein du Conseil Général du département où réside ses parents. Monsieur Martin, reste domicilié sur Paris. Ainsi, lors de la rédaction de la convention de divorce, subsiste un désaccord sur la prise en charge des frais de déplacement des deux garçons sur Paris pour l'exercice du droit de visite et d'hébergement du père. Finalement, alors que Madame Petit laisse l'ensemble du mobilier du couple à Monsieur Martin, le père accepte de prendre en charge intégralement les frais de déplacement des deux garçons. Fin 2001, Monsieur Martin reforme un couple avec Madame Sekiguchi, riche héritière issue d'une famille japonaise. Madame Sekiguchi, journaliste de profession, est écrivain et possède notamment un grand appartement à Saint Germain des Pré. Monsieur Martin se remarie en juillet 2002 et devient père d'un troisième enfant en avril 2005. Avec la naissance de sa fille, il quitte son emploi d'ingénieur en 2005, pour vivre de différentes rentes. De son côté, Madame Petit, juste après son divorce, a investi dans un

⁴¹⁶ Granovetter Mark S., *Le marché autrement : les réseaux dans l'économie*, Paris, Desclée de Brouwer, 2000.

⁴¹⁷ Les experts ou enquêteurs sociaux demandent très souvent aux deux parents de leur préciser le « nom de proches » ayant été témoin de leur vie quotidienne avec les enfants.

immeuble où elle réside avec les deux garçons. En 2005, elle rencontre par des relations professionnelles Monsieur Louis, éducateur spécialisé auprès d'adultes handicapés. Ce dernier est également divorcé et père de trois jeunes enfants. Le couple cohabite à partir de 2006. Pour ce qui est des deux garçons du couple, Clément et Olivier, la relation avec leur belle-mère est difficile. Monsieur Martin tente de créer des liens entre ces deux fils et sa nouvelle femme à travers de nombreux voyages à l'étranger. Avec la naissance de leur demi-sœur, les visites des deux garçons chez leur père s'espacent de plus en plus. C'est dans ce contexte qu'en 2008, alors que Clément et Olivier s'apprête à intégrer une classe préparatoire et une école de commerce coûteuse, que Madame Petit demande à son ex-mari une augmentation de la pension alimentaire pour l'aider au financement des études. Monsieur Martin refuse cette augmentation invoquant son licenciement et la prise en charge d'un troisième enfant et craignant que cette augmentation profite directement à Madame Petit. Finalement, cette dernière décide de lancer une procédure judiciaire pour demander une augmentation de la pension alimentaire. Devant le juge aux affaires familiales, Monsieur Martin invoque son licenciement. Le juge, prenant en compte la situation présentée par Monsieur Martin, déboute finalement Madame Petit de sa demande d'augmentation de la pension alimentaire. Mécontente des services de son avocat en première instance, Madame Petit se dirige vers un nouvel avocat qui lui conseille de former appel de cette décision.

Ce type d'affaires traitant de la prise en charge des enfants et revenant quelques années après un premier passage devant les instances judiciaires concerne 95 affaires, soit près d'un quart des affaires constituant notre corpus (23 %). Elle est le fait de couples revenant sur leur accord initial ou sur les décisions judiciaires entérinées à propos de leurs enfants [modes de garde (exclusive, alternée), définition du lieu de résidence des enfants, droits de visite et d'hébergement du parent non gardien, montant de la pension alimentaire], lors d'un premier passage devant les instances judiciaires alors que les enfants étaient très souvent en bas âge. Ces couples avaient majoritairement fait le choix du concubinage (63 affaires sur 95). Pour les couples initialement mariés (32 affaires), ils ont divorcé plusieurs années avant ce nouveau passage devant les instances judiciaires et ont fait le choix pour certains d'une procédure de divorce contentieuse, la majorité s'étant dirigée vers une procédure de divorce gracieuse tel le couple MARTIN. Que ce soit pour les couples mariés ou les couples de concubins, la vie de couple a duré très souvent moins de dix ans. Lors de ce nouveau passage devant les instances judiciaires, ces justiciables ont, en majorité, entre 30 et 45 ans et leurs enfants âgés maintenant de plus de quinze ans réclament de nouveaux besoins. L'objet de l'affrontement judiciaire centré sur la question de la « garde » des enfants et de la pension alimentaire pour ces derniers, peut être lié à la difficile praticabilité de l'accord ou de la décision judiciaire initiale du fait de la recomposition familiale de chacun des conjoints, de ruptures dans les trajectoires professionnelles de parents, de nouveaux besoins des enfants

(financement d'études, frais de transports, d'activité de loisirs, etc.), de conflits nés entre un des parents et les enfants du fait d'une conception éducative différente de l'autre parent.

On retrouve, dans ce type d'affaires, une majorité de couples de concubins de milieux populaires où l'affrontement judiciaire se concentre sur une remise en cause du lieu de résidence des enfants et son corollaire le droit de visite et d'hébergement au parent non gardien ainsi que sur la fixation du montant de la pension alimentaire. L'affrontement judiciaire peut se fixer autour de multiples scénarios judiciaires. Un premier type de scénario, minoritaire, est le fait d'hommes prenant l'initiative d'une nouvelle procédure judiciaire pour s'impliquer davantage auprès de leurs enfants en demandant un droit de visite et d'hébergement élargi ou directement le transfert de la résidence face à des mères qu'ils considèrent comme défaillante. Au contraire, d'autres hommes, plus nombreux que les précédents, engagent une procédure judiciaire pour être déchargés du versement de la pension alimentaire alors qu'ils ne voient pratiquement plus leurs enfants. Les femmes, dans de moindre proportion, peuvent réintroduire une procédure judiciaire pour demander une augmentation de la pension alimentaire alors que le budget consacré aux enfants nécessite une augmentation et/ ou que la situation matérielle de leur ex-conjoint s'est améliorée (suite à une recomposition familiale ou à une meilleure situation professionnelle) ou pour solliciter la suppression du droit de visite et d'hébergement du père ou la fixation de la résidence des enfants au domicile maternel dans les quelques cas où la résidence avait été initialement fixée chez le père. Face à ces affrontements judiciaires (notamment ceux portant sur la résidence des enfants et du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien), les magistrats ont tendance à auditionner les enfants ou à ordonner une enquête sociale pour avoir une idée de l'organisation des parents pour prendre en charge les enfants. Ces mesures d'instruction sont souvent mal reçues par les ex-conjoints les percevant comme une stigmatisation de l'exercice de leur fonction parentale. Elles peuvent ainsi nourrir, au contraire, l'affrontement judiciaire. Ce sont dans ces différents contextes, que ces couples arrivent devant la Cour d'appel.

Pour les ex-conjoints de milieux plus favorisés, tel le cas des époux MARTIN, que la femme exerce ou non une activité professionnelle, le nouveau foyer formé par cette dernière subit davantage l'appauvrissement engendré par la séparation du couple que le nouveau foyer formé par son ex-conjoint. Ainsi, lorsque les enfants arrivent en âge de s'engager dans des cursus scolaires ou universitaires plus coûteux, la pension alimentaire initialement fixée ne suffit plus à recouvrir les nouveaux besoins des enfants appartenant à ces milieux sociaux. Pour ces couples parentaux, l'affrontement judiciaire se cristallise donc autour du montant de

la pension alimentaire. Ce nouveau conflit s'articule très souvent autour d'un même scénario judiciaire. Dans ce scénario, la femme introduit une nouvelle procédure judiciaire en première instance pour demander une augmentation de la pension alimentaire. Dans ce cas, si la preuve judiciaire des nouveaux besoins des enfants est établie et si les conditions matérielles du père le permettent, les juges aux affaires familiales « suivent » la demande de la mère et accordent une augmentation de la pension alimentaire, et les pères se trouvent alors le plus souvent à l'initiative de la procédure en appel pour revoir à la baisse cette pension alimentaire. Au contraire, dans le cas où le juge de première instance maintient le niveau de la contribution alimentaire précédemment fixée, la femme, telle Madame PETIT, se trouve être à l'initiative de la procédure d'appel afin de renouveler sa demande devant la juridiction de révision.

2.3. *Les enjeux financiers et d'honneur des procès opposant des couples sans enfant en charge*

On a pu remarquer que les enjeux liés à la prise en charge des enfants concernent une majorité d'affaires présentées devant la Cour d'appel. Néanmoins, il demeure, devant le deuxième degré de juridiction, d'autres types d'enjeux sur lesquels se concentre une part non négligeable de conflits. Il s'agit notamment des conflits s'articulant autour de deux principaux enjeux : la redistribution du patrimoine et des économies domestiques du couple et la définition des comportements fautifs du (ou des) conjoint(s) ayant entraîné la séparation. On comprend dès lors que ce type de procès ne concerne que les couples engagés dans une procédure de divorce.

2.3.1. La conflictualité des séparations des agriculteurs et des « petits » indépendants intervenant en fin de carrière parentale

Le divorce des époux CHASTEIGNER : évaluer l'investissement de l'épouse dans la « bonne tenue » de l'entreprise artisanale

Je rencontre Madame Chasteigner (J2), âgée de 53 ans, deux ans après son passage devant la Cour suite à l'appel régularisé par son ex-mari de leur jugement de divorce. Je retrace avec elle sa trajectoire de vie ainsi que celle de son ex-mari. Madame Chasteigner est native du Nord de la Mayenne. Ses parents, petits agriculteurs, avec cinq enfants, n'ont pas pu financer les études d'infirmière qu'elle souhaitait mener et lui trouvent un travail d'employée de maison. Elle quitte cet emploi et la Mayenne deux ans plus tard, pour rejoindre les Deux-

Sèvres où elle trouve un emploi d'aide cuisinière dans un hôpital. Elle réside dans une ville moyenne dans un petit appartement. Elle rencontre Monsieur Chasteigner d'un an son aîné, par des relations amicales. Ce dernier est issu d'une famille de petits artisans de Loire-Atlantique (père boulanger, mère employée au sein du commerce). Après avoir obtenu un CAP de couvreur, et une expérience professionnelle parisienne, il revient dans sa région natale suite à la rencontre de sa future épouse pour s'installer à son compte dans une petite commune rurale. Ils se marient l'année suivante. Quittant son emploi en Deux-Sèvres, Madame Chasteigner ne se fait pas à ce nouvel environnement. Isolée et l'entreprise de son mari n'étant en mesure financièrement de l'employer comme secrétaire, elle n'arrive pas à trouver d'emploi. Elle se consacre, dès lors à l'éducation de ses trois enfants, tout en aidant son mari dans son entreprise (gestion du courrier, réception des communications téléphoniques au domicile conjugal, etc.). Alors que leur dernier enfant rentre au collège, elle trouve un emploi d'ATSEM à mi-temps au sein de l'école communale. En 2002, après vingt quatre ans de mariage, Monsieur Chasteigner demande le divorce. La séparation du couple intervient alors que leurs trois fils âgés de 20, 23 et 26 ans, sont autonomes financièrement (artisan boulanger, informaticien et technicien de maintenance). Le couple s'engage dans une procédure de divorce pour faute. Après l'ordonnance de non conciliation, alors que les arguments et les preuves invoqués par chaque partie (le départ du domicile conjugal pour l'épouse et l'adultère pour l'époux) risquent de ne pas suffire pour obtenir le prononcé d'un divorce pour faute, les avocats des deux époux se rapprochent et obtiennent du couple qu'il s'accorde pour que le divorce soit prononcé aux torts partagés. Par contre, l'affrontement judiciaire persiste sur la question du montant de la prestation compensatoire. Madame Chasteigner demande devant le juge aux affaires familiales une prestation compensatoire de 50.000 euros en invoquant son investissement et son rôle joué « en coulisses » pour aider à la bonne tenue de l'entreprise détenue par son ex-mari. Finalement, le jugement de divorce condamne Monsieur Chasteigner à verser à son ex-épouse la somme de 25.000 euros au titre de la prestation compensatoire. Déçue de cette décision, Madame Chasteigner me confie *« je pense qu'il a été aidé par son comptable, parce qu'il était artisan et je sais très bien qu'il pouvait truquer ses revenus, je sais très bien comment il fonctionnait pour ne pas déclarer cette somme. Pour vous dire, pendant la procédure, il déclarait moins que moi, ce que je gagnais, alors que je travaillais à mi-temps ! »*. Madame Chasteigner fait, ici, référence à certaines pratiques économiques propres aux artisans et commerçants (« stratégies d'épargne », le « black », « les petits à côté ») décrites notamment par Caroline Mazaud⁴¹⁸. Finalement, alors qu'elle s'apprêtait à accepter cette décision, c'est finalement Monsieur Chasteigner qui engage une procédure en appel pour voir supprimer le versement de la prestation compensatoire auquel il a été condamné.

L'affaire opposant le couple Chasteigner est loin d'être la seule de ce type présentée devant la Cour d'appel. Nous avons ainsi relevé 42 affaires (soit près de 10% de notre échantillon) se rapprochant par différents traits du cas Chasteigner. On peut regrouper ces affaires en ce qu'elles font l'objet de mêmes enjeux, à savoir la fixation d'une prestation compensatoire pour l'épouse, la répartition des biens du couple et très souvent le prononcé d'un divorce pour faute. Dans ces procès, le conjoint se trouve à la tête soit d'une exploitation agricole, soit d'un commerce ou d'une petite entreprise artisanale. Ces couples ont le plus

⁴¹⁸ Mazaud Caroline, « La confusion entre argent de l'entreprise et argent de la famille chez les artisans », Colloque « les usages sociaux de l'argent », Nantes, CENS et MSH Ange Guépin, 6 et 7 Juin 2011.

souvent fait le choix du mariage. Ils se sont mariés civilement et religieusement souvent très jeunes et ont nettement plus d'enfants que les couples des autres types d'affaire. Sur ce dernier point, on peut différencier les couples dont le mari est agriculteur, et les couples dont le mari est à la tête d'un commerce ou d'une petite entreprise artisanale. Les premiers ont tous plus de trois enfants tandis que les seconds ont soit deux ou trois enfants. Le divorce intervient après une période relativement longue de mariage (par rapport à notre échantillon total). La durée du mariage dépasse ainsi très souvent vingt ans et la séparation s'engage lorsque les enfants quittent le foyer familial et alors qu'il reste plusieurs années de travail pour chaque conjoint avant que de prendre leur retraite. Une des principales spécificités de ce type d'affaires est l'important écart de revenus entre les deux conjoints. Ainsi, le salaire moyen des hommes s'élève à plus 1900 euros (avec un écart type relativement élevé) tandis que celui des femmes dépassent tout juste les 800 euros (avec un écart-type faible). Si parmi la population totale composant notre échantillon, les femmes sont bénéficiaires dans de large proportion de l'aide juridictionnelle (69%), pour ces affaires spécifiques, cette tendance est encore plus nette puisque 80% des femmes disposent de l'aide juridictionnelle et surtout près de 70% de celles-ci bénéficient de l'aide juridictionnelle totale. Les femmes de ces indépendants participent sous trois formes différentes à l'activité de l'entreprise familiale. Premier cas de figure, elles sont déclarées comme salariées au sein de l'exploitation ou du commerce familial et sont très souvent rémunérées au niveau du SMIC. Elles peuvent également se déclarer comme femme au foyer tout en participant à l'activité de l'entreprise familiale sans toucher de rémunération déclarée. Enfin, certaines femmes, comme Madame Chasteigner, exercent un emploi à l'extérieur (employé de bureau, aide soignante, Atsem, etc.) le plus souvent à temps partiel mais participent néanmoins à l'activité de l'entreprise familiale en dehors de ce temps salarié. L'importance prise par le débat sur la fixation d'une prestation compensatoire est notamment lié au fait que les professions indépendantes posent des problèmes particuliers pour l'estimation de revenus mensuels réguliers⁴¹⁹ et pour appréhender l'investissement de l'épouse dans l'activité de l'entreprise familiale. Pour évaluer ces formes « d'argent du divorce »⁴²⁰, le conflit judiciaire se joue ainsi très souvent autour des stratégies de dissimulation de la réalité des revenus tirés de l'entreprise familiale et de la difficulté pour les épouses d'apporter la preuve matérielle des différentes dimensions de leur participation à

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ Rafin Nicolas, « Les fondements de la régulation judiciaire de « l'argent du divorce » : du maintien des positions sociales des divorçants à la moralisation des usages de l'argent », Colloque « les usages sociaux de l'argent », Nantes, CENS et MSH Ange Guépin, 6 et 7 Juin 2011.

l'entreprise ou l'exploitation dirigée par leur mari. Par ailleurs, la séparation intervient très souvent de manière brutale (de par le caractère inattendue de la séparation et du contexte parfois violent dans lequel a pu se décider ou s'annoncer la séparation). Le couple s'engage alors dans une procédure contentieuse (divorce pour faute ou divorce pour altération définitive du lien conjugal). Même si pour « l'affaire Chasteigner », l'enjeu du procès en appel n'était pas de déterminer les comportements fautifs des conjoints à l'origine des séparations, il demeure que de nombreuses affaires de ce type voient en appel articuler un débat autour de « la faute » avec un autre autour de la fixation d'une prestation compensatoire ou d'une pension alimentaire au titre du devoir de secours. La figure de la femme « bafouée » et « sans le sous » est très souvent dépeinte par les conseils juridiques des femmes engagées dans ce type de procès. Ainsi, et du fait également que ces couples disposent d'une importante visibilité localement, d'importants enjeux d'honneur sont présents dans ces affaires.

2.3.2. Les couples hétérogames arrivant à la retraite

L'affrontement judiciaire des époux TESSIER autour de la fixation du montant de la prestation compensatoire et de la répartition du patrimoine du couple

Madame TESSIER (J38), d'origine bretonne, est issue d'une famille fortunée. Son père, assureur, sa mère, au foyer, ont eu trois enfants ; Madame Tessier étant l'aînée de la fratrie. A ses 17 ans, sa famille déménage après que son père ait obtenu une promotion. Elle intègre un lycée où elle rencontre Monsieur TESSIER, de cinq ans son aîné. Ce dernier, issu d'une famille bourgeoise catholique (père : notaire ; mère au foyer), est le cadet d'une fratrie de sept enfants. Suite à leur rencontre, pendant que Madame Tessier termine des études d'infirmière, Monsieur Tessier poursuit des études en droit des affaires « après Sciences Po Paris », et un long service militaire. Ils se marient en 1967 alors que Monsieur Tessier n'a pas achevé ses études. Madame Tessier, après avoir travaillé deux ans comme infirmière au sein d'un hôpital le rejoint sur Paris enceinte de leur première fille, Anne. Au moment de la naissance d'Anne, Monsieur Tessier intègre un groupe bancaire au sein duquel il va mener toute sa carrière. Avec son arrivée sur Paris et la naissance de leur première fille, Madame Tessier abandonne sa carrière d'infirmière. Dans les années qui suivent, elle donne naissance à deux autres filles, Anne-Cécile et Claire, trois ans et six ans après la naissance d'Anne. De son côté, Monsieur Tessier progresse au sein de son entreprise. Alors que les trois filles sont scolarisées dans des collèges et lycées privés réputés de la capitale, il obtient un poste-clef dans la direction de son groupe bancaire. A la fin des années 1980, alors qu'il atteint la cinquantaine, sa carrière professionnelle est à son apogée, il multiplie les voyages à l'étranger (notamment au Moyen-Orient et au Proche Orient) et les temps passés avec ses trois filles et sa femme sont de plus en plus courts. La famille réside à Paris, dans un grand appartement du cinquième arrondissement. Madame Tessier prend en charge l'éducation des trois filles et en parallèle, donne quelques cours particuliers à des amis de la famille. Le couple possède également un petit appartement à Saint Germain des Prés et une villa en Provence. Au milieu des années 1990, les trois filles ont quitté le foyer familial et sont toutes en activité (cadre administratif, journaliste et professeur de français dans le secondaire). Madame Tessier se retrouve seule alors qu'elle est âgée de 55 ans et les échanges avec son mari sont de plus en plus limités. En

1997, quelques temps après le mariage de leur fille aînée, Madame Tessier découvre par différents documents (tickets d'hôtel, de restaurant, etc.) que son mari entretient une relation extraconjugale. Le couple se sépare sans pour autant lancer de procédure de divorce. Pendant plusieurs mois, Monsieur Tessier, à la retraite, réside dans leur villa en Provence tandis que Madame Tessier fait face à une grave dépression. Deux ans après leur séparation effective, Monsieur Tessier lance devant les instances judiciaires parisiennes une procédure de divorce pour altération définitive du lien conjugal. Madame Tessier a quitté Paris et réside depuis quelques mois chez sa sœur dans une ville de l'Ouest de la France. Madame Tessier lance une procédure reconventionnelle en divorce dans le cadre d'une procédure pour faute. Le règlement judiciaire de la séparation engagé en 1999, va durer près de dix ans. De 1999 à 2003, le procès se déroule sur Paris et le conflit judiciaire se cristallise autour du montant de la pension alimentaire au titre du devoir de secours du par Monsieur Tessier à son épouse en attendant le prononcé définitif du divorce. A Paris, le couple passe plusieurs fois devant le juge aux affaires familiales et une fois devant la Cour d'appel de Paris. A partir de 2003, le procès se poursuit devant la juridiction où réside Madame Tessier. Monsieur Tessier change plusieurs fois de conseils, multiplie les recours pour voir baisser la pension alimentaire au titre du devoir de secours et, par la suite, de la prestation compensatoire. En 2007, suite à plusieurs passages devant les différents notaires pour le partage des biens du couple avec la vente des appartements parisiens et l'attribution de la villa en Provence à Monsieur Tessier, le juge aux affaires familiales prononce le divorce des époux Tessier aux torts de l'époux pour des « faits d'adultère constituant une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage » et fixe la prestation compensatoire due à Madame Tessier par son époux à la somme de 900.000 euros. Monsieur Tessier régularise appel de cette décision quelques semaines après le prononcé du divorce par le juge aux affaires familiales.

Comme le montre le parcours judiciaire des époux Tessier, ce type d'affaires (39 affaires, soit 9% de notre corpus) est le fait d'une génération particulière, des femmes et des hommes en âge de prendre leur retraite ou tout juste à la retraite, et le fait de couples se caractérisant par une forme d'hétérogamie sociale établie à travers différents aménagements et ajustements conjugaux et familiaux (notamment avec la mise entre parenthèse d'une potentielle carrière professionnelle et l'engagement dans une carrière domestique de l'épouse au profit de la carrière professionnelle du conjoint). Aussi, comme pour le précédent type d'affaires, ces couples sont le plus souvent mariés depuis plusieurs décennies, ont eu plusieurs enfants, lesquels sont indépendants lors du lancement de la procédure judiciaire en divorce. Pour traiter de ces 39 cas particuliers, nous avons fait, ici, le choix de prendre pour focal d'analyse, la position sociale des deux conjoints à la fin de la carrière conjugale (c'est-à-dire lors de l'engagement du couple dans une procédure judiciaire en divorce) et non celle au moment de la mise en couple car nous ne disposons pas d'éléments suffisants dans notre base de donnée pour définir précisément l'origine sociale (notamment la profession des parents) des justiciables. Ainsi, nous retrouvons particulièrement des couples où l'époux appartient aux catégories socioprofessionnelles les plus hautes (professions libérales, chef d'entreprise, cadres bancaires, cadres, commerciaux, cadres administratifs, gros viticulteurs, etc.) et où

l'épouse s'est investie dans une carrière domestique (femmes au foyer, assistante maternelle, animatrice de vente à domicile) ou a limité son activité professionnelle « extérieure » en prenant un emploi à temps partiel, dans les secteurs administratif, sanitaire et social (aide à domicile, employée de bureau, infirmière, agent hospitalier, etc.). La séparation du couple s'amorce alors que la carrière professionnelle de l'époux s'achève. Ainsi, on devine que le procès en appel va se concentrer notamment sur d'importants enjeux financiers. Si comme pour les autres types d'affaires déjà présentés, les femmes sont le plus souvent à l'origine de la procédure judiciaire, les hommes, prennent néanmoins l'initiative de la procédure judiciaire dans des proportions relativement importantes (41%) au regard de l'ensemble des affaires de notre échantillon (23%). Qui plus est, s'ils ne sont pas à l'origine de la procédure judiciaire, les hommes sont généralement à l'origine de la séparation. Il ne s'agit pas de laisser à penser que ces derniers prennent systématiquement la décision de la séparation. Mais, le fait que ce sont davantage les époux qui quittent le domicile conjugal ou s'engagent dans une autre relation, font de ces derniers les initiateurs de la séparation du couple. Lorsque les hommes sont à l'initiative de la procédure judiciaire, ils choisissent particulièrement la procédure de divorce pour altération définitive du lien conjugal afin que notamment, pour des enjeux d'honneur, les causes de la séparation ne soient pas abordées devant les instances judiciaires. A l'opposé, les femmes à l'initiative de la procédure judiciaire, préfèrent la procédure de divorce pour faute afin que soit reconnue la responsabilité de leur conjoint dans la rupture du contrat implicite les ayant notamment conduit à mettre entre parenthèse une potentielle carrière professionnelle. Dès lors, le conflit judiciaire articule très souvent la question de la définition des « fautes » à l'origine de la séparation, et celle de l'évaluation de l'important montant de la prestation compensatoire du par l'époux à son épouse. Tout comme le précédent type d'affaires, la définition de la signification sociale donnée à la prestation compensatoire est au centre de l'affrontement judiciaire. Par contre, à la différence de l'affrontement judiciaire chez les « petits » indépendants se concentrant principalement sur l'« évaluation » du rôle joué par l'épouse dans l'activité de l'entreprise familiale, le conflit judiciaire autour du montant de la prestation compensatoire de ces couples se focalise autour de la définition et de l'évaluation de l'investissement dans la sphère domestique de l'épouse. Pour les épouses, il s'agit ainsi, devant les instances judiciaires, de prouver leur investissement dans une carrière domestique, à travers la production de preuves écrites (attestations de proches, anciens bulletins de salaire ou diplômes prouvant une potentielle carrière professionnelle mise en suspens, etc.) qui sont loin d'être évidentes à obtenir ou tout

simplement à retrouver. L'écart des positions professionnelles et économiques des deux conjoints instauré durant la vie conjugale conduit ainsi à des conflits judiciaires autour des montants de prestation compensatoire les plus élevés à trancher par les instances judiciaires. Face à de tels enjeux financiers et économiques, on comprend mieux les multiples recours judiciaires (souvent plusieurs procédures en appel) de ces justiciables pour voir diminuer ou augmenter le montant de cette prestation compensatoire selon leur position au sein du couple.

2.4. Des procès en appel aux enjeux entremêlés

Il est d'autres affaires traitées par la Cour d'appel dont l'entremêlement de différents d'enjeux ne nous permet pas de procéder de la même manière que pour les précédents types d'affaires présentés. Les deux types d'affaires concernées, le combat de femmes victimes de violences conjugales et le conflit judiciaire total, se rejoignent en ce que d'une part, elles traitent d'une multitude d'enjeux et, d'autre part, elles révèlent les plus grands écarts observés entre le méta-conflit qui oppose le couple et sa traduction en litige devant les instances judiciaires.

2.4.1. Le combat judiciaire des femmes victimes de violences conjugales

Le combat judiciaire de Madame Saturnin : Sauvegarder les enfants et s'assurer des conditions matérielles décentes

Les époux Saturnin sont âgés tous les deux de 39 ans lors de l'engagement du procès en appel en 2009. Ils se sont mariés à 25 ans, en 1994. Madame Saturnin est issue d'une famille ouvrière, son père travaillant à la chaîne dans une entreprise agroalimentaire, sa mère au foyer ayant éduqué leurs quatre enfants. Madame Saturnin, âgée de 19 ans, après avoir obtenu un BEP-CAP de secrétariat est embauchée en CDD dans un garage. Elle rencontre Monsieur Saturnin sur son lieu de travail ; ce dernier étant un ami de son employeur. Monsieur Saturnin est également issu d'une famille ouvrière, son père chaudronnier ayant fait carrière dans une entreprise de métallurgie, sa mère élevant leurs trois enfants et « faisant des ménages ». Monsieur Saturnin, est rentré, dès ses quatorze ans, en apprentissage dans un garage, et a suivi une formation professionnelle de mécanicien. Le couple s'est marié civilement en 1995. Deux enfants sont issus de cette union, David né en 1996 et Benoît, né en 1997. Suite aux deux grossesses, Madame Saturnin effectue différentes missions intérimaires. En 1998, Monsieur Saturnin prenant la gérance d'un garage, embauche son épouse comme secrétaire. La situation financière du couple se dégrade très rapidement, la gestion des comptes de l'entreprise devient complexe pour faire face aux emprunts souscrits par le couple. Parallèlement, l'entente conjugale se dégrade. En 2001, alors qu'elle s'aperçoit que « l'entreprise va dans le mur » et tente d'en faire prendre conscience son mari, Madame Saturnin subit des scènes de plus en plus violentes jusqu'à ce que son époux en vienne aux mains et la « chasse du garage en la

lacérant et en la frappant de plusieurs coups de poing ». A compter de cet instant, précise-t-elle « il voulait tout garder, enfants, maison ». Quatre jours après avoir subi cette scène de violences physiques, Monsieur Saturnin disparaît avec les deux enfants pendant quarante huit heures. Sous les conseils d'amies et de ses parents, elle se rend à la gendarmerie ce qui a eu pour effet de lancer l'intervention de la Brigade des mineurs. Dès lors, Madame lance deux procédures au pénal pour des faits de violences conjugales et au civil, pour engager une procédure de divorce pour faute. En même temps que s'engagent les procédures judiciaires, Monsieur Saturnin met en vente son garage et licencie son épouse. Madame Saturnin, ayant quitté le domicile conjugal, se trouve dans une situation économique très précaire. Au pénal, Monsieur Saturnin est condamné à six mois de prison avec sursis et au versement de dommages et intérêts. Fin 2003, devant le juge aux affaires familiales, dans le cadre de l'ordonnance de non conciliation, Madame Saturnin obtient que la résidence des deux garçons soit fixée à son domicile et qu'un simple droit de visite, le premier samedi de chaque mois dans un « Point Rencontre », soit accordé à Monsieur Saturnin. Si le juge aux affaires familiales ne fixe pas de pension alimentaire au titre du devoir de secours au profit de Madame Saturnin, il fixe à 160 euros la pension alimentaire due par Monsieur Saturnin à son épouse pour l'entretien et l'éducation des deux garçons. Séparé de ses enfants, Monsieur Saturnin se lance dans un harcèlement auprès de son épouse. Il téléphone à plusieurs reprises en pleine nuit, à son ex-épouse pour la « menacer de mort ». Il la prend également « en chasse avec un véhicule ». La situation aboutit à un jugement correctionnel pour menace de mort, mise en danger d'autrui et le condamne à deux mois de prison avec sursis, et à l'indemnisation de Madame Saturnin et ses deux garçons qu'il a violentés. Au civil, le juge aux affaires familiales lui suspend son droit de visite. Monsieur Saturnin fait appel de cette décision, confirmée par la Cour. L'audience devant le juge aux affaires familiales en vu du prononcé du divorce intervient en 2005. Pendant ces années de procédure, Madame Saturnin vit la séparation avec des difficultés de sommeil, une modification profonde de ses habitudes alimentaires. Hantée par la crainte d'une nouvelle agression, elle subit d'importantes et profondes crises d'angoisse ce qui l'a conduit à s'accoutumer aux anxiolytiques. Madame Saturnin arrive très fragilisée à l'audience devant le Juge aux affaires familiales. Le juge prononce le divorce aux torts de Monsieur Saturnin maintient les mesures financières fixées lors de l'ordonnance de non conciliation, à savoir le débouté de la demande de Madame Saturnin quant à la fixation d'une prestation compensatoire étant donné « la durée limitée du mariage » et la fixation à 160 euros de la pension alimentaire due par Monsieur Saturnin pour la prise en charge des deux garçons. Si le juge reconduit la suspension du droit de visite de Monsieur Saturnin, face à la fragilité psychologique de Madame Saturnin pour prendre en charge les deux garçons, il transmet le dossier au juge des enfants pour la mise en place de mesures éducatives après avoir ordonné une expertise psychologique des deux parents et des deux garçons. Monsieur Saturnin régularise appel du jugement de divorce pour qu'un droit de visite et d'hébergement sur ses deux garçons lui soit accordé et que soit supprimée la pension alimentaire. Madame Saturnin forme également appel de cette décision pour demander le versement d'une prestation compensatoire et surtout l'augmentation de la pension alimentaire pour les deux garçons.

Le cas judiciaire des époux SATURNIN s'apparente à un type d'affaires (59 affaires de notre corpus, soit 14% de l'échantillon total) qui est le fait de couples issus principalement de milieux populaires au sein desquels les femmes ont pu être victimes des violences conjugales. Ces femmes sont âgées de la trentaine ou de la quarantaine tout comme leur conjoint. Ces couples sont très souvent en situation précaire. Les femmes sont employées à temps partiel, femmes au foyer ou encore sans emploi tandis que leurs conjoints occupent une

situation professionnelle fragile ou instable (ouvrier jonglant entre phase d'emploi et phase de chômage, petit artisan ayant des difficultés à générer un véritable salaire, etc.) ou subissent une longue période de chômage. Ces couples sont généralement mariés et ont des enfants à charge. Les femmes appartenant à cette catégorie se sont dégagées de l'emprise masculine non sans difficultés pour quitter le domicile conjugal et se sont ainsi lancées dans un combat judiciaire, non seulement pour faire reconnaître les violences qu'elles ont subies en engageant une procédure de divorce pour faute (en parallèle pour certaines d'une procédure au pénal), mais également pour limiter les droits de visite et d'hébergement du père sur les enfants voire pour remettre en cause l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le combat judiciaire s'étend également aux questions financières. Si, les femmes mariées demandent généralement aux instances judiciaires que leurs conjoints leur versent une prestation compensatoire qui d'ailleurs leur est rarement accordée étant donné les situations d'insolvabilité leur ex-conjoint, elles vont davantage se battre pour la fixation d'une pension alimentaire pour les enfants. En première instance, elles obtiennent très souvent le divorce aux torts de leur époux pour violences conjugales et la résidence des enfants est fixée à leur domicile avec parfois la fixation d'un simple droit de visite dans un point rencontre pour le père. Par contre, malgré la demande de certaines, il est rare que le juge aux affaires familiales leur donne l'exclusivité de l'exercice de l'autorité parentale. Aussi, dans la moitié des cas étudiés, elles ne bénéficient pas du versement d'une pension alimentaire pour la prise en charge des enfants étant donné les faibles capacités financières de leur ex-époux. Au final, ces femmes font généralement appel du jugement de divorce pour voir fixer une prestation compensatoire et une pension alimentaire. Et même lorsque leurs conjoints sont à l'initiative de la procédure d'appel, elles ont tendance à également former un appel reconventionnel pour présenter leurs propres demandes. A la différence des jeunes femmes de milieux populaires (appartenant à la première catégorie présentée) entrées dans la voie d'un recours en appel pour solliciter une augmentation de la contribution alimentaire du père et/ou d'une limitation du droit de visite et d'hébergement de ce dernier, celles-ci se sont rarement réengagées dans une nouvelle union pendant la procédure judiciaire et subissent ainsi d'autant plus les conséquences matérielles de la séparation.

2.4.2. L'affrontement judiciaire total

Le « conflit judiciaire total » des époux GUEDON:

Madame Guédon (J11) a trente-huit ans et Monsieur Guédon trente-neuf ans, en 2007, lorsque la Cour d'appel rend son arrêt mettant fin à la procédure de divorce les opposant. Issu d'une famille modeste (père : cuisinier au sein d'une maison de retraite, mère : au foyer) et catholique pratiquante, Madame Guédon est la quatrième d'une fratrie de six enfants. Les trois garçons « ont eu le droit aux études » (formation professionnelle en boulangerie, maçonnerie et menuiserie) tandis que les trois filles (agent hospitalier, ouvrière, ATSEM) ont du quitter l'école dès leurs 16 ans. Madame Guédon obtient, ainsi, son BEPC et est embauchée comme agent hospitalier au sein de la maison de retraite où travaille son père. A dix-sept ans, elle rencontre son premier mari, chauffeur routier à l'international, avec qui elle se marie religieusement et civilement trois ans plus tard. Ils ont ensemble un enfant, Laurent. Ils divorcent alors que Laurent a deux ans. Madame Guédon rencontre Monsieur Guédon en 1994, par des relations amicales communes. Monsieur Guédon est issu d'une famille ouvrière catholique (Père : chaudronnier, mère : couturière) résidant dans le même village que les parents de Madame Guédon. Il est l'aîné des trois enfants. Après avoir obtenu un bac professionnel en électricité, il intègre une entreprise artisanale dans le bâtiment. Ils cohabitent à partir de 1997. Naît Romain en 1998. Ils se marient en 1999 et ont, Alban en 2001. Madame Guédon, avec la naissance d'Alban, diminue son temps de travail à la résidence. A partir de 2002, Monsieur Guédon s'implique tous les week-ends dans son activité de musicien, se détachant de la vie familiale. Le couple n'est pas d'accord sur la manière d'éduquer leurs deux garçons. Monsieur Guédon reproche à son épouse « sa démission » et son « impuissance » pour éduquer les deux garçons. Début 2003, Monsieur Guédon quitte le domicile conjugal après une altercation avec son épouse et laisse les deux garçons à son épouse. Il présente une requête en divorce en Juin 2003. Monsieur Guédon, bénéficiant de l'aide juridictionnelle partielle, invoquant différentes attestations produites par ses parents, et sa sœur mettant en avant les dispositions paternelles de ce dernier et critiquant aux contraires celles maternelles de Madame Guédon, demande lors de ce premier passage devant le juge aux affaires, le transfert de la résidence des deux garçons à son domicile. Madame Guédon, bénéficiant de l'aide juridictionnelle totale, présentant des attestations d'amies et de ses sœurs invoquant la « brutalité » de la séparation dont Monsieur Guédon serait à l'origine, demande le maintien de la résidence des deux enfants à son domicile, le paiement d'une pension alimentaire tant pour les deux garçons qu'au titre du devoir de secours. Le juge aux affaires familiales face à la conflictualité de la séparation, enjoint le couple à se rendre à une réunion d'information sur la médiation familiale, et ordonne une enquête sociale. Le couple se rend à cette réunion d'information mais n'engage pas une médiation familiale. Suite à la restitution de l'enquête sociale, dans le cadre de l'ordonnance de non conciliation, le juge aux affaires familiales fixe la résidence des garçons chez la mère avec un droit de visite et d'hébergement classique pour le père et fixe à 240 euros la somme que Monsieur Guédon doit payer à son ex-conjointe à titre de part contributive pour l'entretien de Romain et Alban mais déboute Madame Guédon de sa demande de pension alimentaire au titre du devoir de secours. Pendant la procédure judiciaire, le transfert des deux garçons est l'objet de multiples disputes entre les deux parents. Madame Guédon forme appel de l'ordonnance de non conciliation pour voir limité le droit de visite et d'hébergement de son mari. Ce dernier, quant à lui, demande, lors ce premier passage devant la Cour d'appel, une diminution du montant de la pension alimentaire qu'il doit verser et demande à la Cour d'enjoindre son épouse à lui donner les documents nécessaires (carnet de santé, courriers de l'école, etc.) à un exercice conjoint de l'autorité parentale. Face à ce conflit exacerbé, et à la demande de régulation du couple, les magistrats se trouvent en charge de codifier strictement les modalités de la séparation. Suite à ce premier passage devant la Cour d'appel, le couple se retrouve devant le juge aux affaires familiale pour le prononcé du divorce. L'engagement dans une procédure de divorce amplifie l'exposition des griefs de

chacun des conjoints devant les instances judiciaires. Chaque conjoint exploite son réseau amical et familial - en demandant à différentes personnes de leur entourage respectif de produire des attestations – pour notamment critiquer l'exercice de la fonction parentale par l'autre conjoint. Le conflit judiciaire opposant le couple se concentre sur de multiples objets : les fautes entraînant la séparation, le versement de dommages et intérêts par l'époux fautif, le lieu de résidence des enfants, le montant de la pension alimentaire pour les deux garçons, le versement d'une prestation compensatoire pour Madame Guédon, l'« usage du nom marital » par cette dernière et encore, les frais engagés par les époux devant l'institution judiciaire. Après avoir auditionné les deux enfants du couple, le juge aux affaires familiales maintient la résidence chez la mère avec un droit de visite et d'hébergement classique pour le père, fixe à 340 euros la pension alimentaire pour les deux garçons, prononce le divorce aux torts de Monsieur Guédon, le condamne à verser à Madame Bossé 6000 euros à titre de prestation compensatoire et 500 euros à titre de dommages et intérêts et enfin autorise Madame Guédon à conserver l'usage du nom du mari après le divorce. Les familles des deux époux sont impliquées à plusieurs titres dans le parcours judiciaire du couple. Elles produisent non seulement des attestations pouvant servir de preuves judiciaires mais également soutiennent chaque conjoint à différents niveaux (financier, moral, entraide pour la garde des enfants, dons matériels pour aménager le nouveau domicile, etc.). C'est ainsi que Monsieur Guédon empruntera une somme d'argent auprès de ses parents – qui ne sont pas au courant de la destination de la somme versée – pour engager une nouvelle procédure devant la Cour appel, en demandant la révision du jugement du divorce sur tous les points.

Comme le conflit qui oppose les époux GUEDON, les 45 autres affaires appréhendées sous le terme d'« affrontement judiciaire total » sont le fait de couples âgés de la trentaine ou de la quarantaine avec des enfants encore à charge, scolarisés dans le primaire ou le secondaire. Ces couples, mariés ou en concubinage, connaissent une rupture après une relative longue vie commune (entre 10 à 20 ans). Cette configuration est le fait des justiciables les plus procéduriers et pour qui le conflit judiciaire s'articule autour de multiples objets (mesures financières, fixation de la résidence des enfants et des droits de visite et d'hébergement du parent non gardien, cause de la séparation, mesures d'instructions imposées par les magistrats, etc.). Ainsi, l'affrontement judiciaire est, ici, qualifié comme total autant parce qu'il se cristallise autour de multiples motifs qu'il implique un tissu relationnel souvent très important pour les deux conjoints (voisins, amis, parents, frères et sœurs, famille élargie, collègues de travail, professionnels scolaires et périscolaires, etc.). Ce conflit aboutit très souvent à une césure du réseau relationnel⁴²¹ du couple avec un repli des familles et amis respectifs autour de chaque membre du couple. Par ce type d'affrontement judiciaire, on pense, ici, notamment à l'approche du conflit⁴²² développée par Georg Simmel, lequel précise que les conflits les plus exacerbés sont ceux qui opposent les proches, les intimes. Ces justiciables ont notamment la particularité d'être engagé dans les affrontements judiciaires les plus longs

⁴²¹ Martin Claude, *L'après divorce, Lien familial et vulnérabilité*, op. cit., p.169.

⁴²² Simmel Georg, *Le conflit*, Saulxures, Editions Circé, 1992.

(plus de cinq ans en général). Ils sont ainsi amenés à présenter plusieurs procédures devant la Cour d'appel au cours de leur affrontement judiciaire. Certains peuvent être amenés à se pourvoir devant la Cour de Cassation. Ils restent néanmoins peu nombreux à avoir utilisé ce recours étant donné le coût financier d'une telle procédure. Face à ces justiciables, les magistrats utilisent tous les moyens (médiation familiale, enquête sociale, audition des enfants, expertise psychologique, etc.) mis à leur disposition pour régler ces conflits. Le financement de ces différentes procédures est, pour ces couples, « le nerf de la guerre ». Par conséquent, on retrouve d'une part, les justiciables aux revenus les plus élevés, lesquels ont les moyens financiers de ce véritable combat judiciaire et d'autre part, les justiciables aux revenus les plus faibles pour qui, une grande part de l'affrontement judiciaire est pris en charge par l'aide juridictionnelle. Aussi, sont tout particulièrement exclus de cette configuration d'affrontement judiciaire les couples au niveau de revenus intermédiaire.

* *

*

Après avoir présenté les modalités pratiques de l'entrée des justiciables dans un procès en appel et esquissé les différents types d'enjeux sur lesquels se fondent la variété d'affaires traitées par la chambre familiale de la Cour d'appel, il convient maintenant d'analyser la chaîne relationnelle judiciaire propre aux procédures d'appel ayant en charge la régulation judiciaire de ces affaires. Il s'agira d'appréhender le rôle des différents maillons qui composent cette chaîne et notamment un de ses maillons forts, l'avoué à la Cour, véritable pivot du procès en appel. La présence de ce nouvel acteur judiciaire et les différentes composantes du rôle spécifique qu'il joue dans la régulation judiciaire en appel participent à la mise à distance progressive des justiciables du traitement judiciaire de leur affaire, notamment ceux les moins pourvus en différents types de ressources (économiques, juridiques, rédactionnelles).

Chapitre 5. L'avoué près la Cour comme pivot du procès en appel

Pour appréhender le processus de mise à distance progressive des justiciables de leur affaire – successivement par leur avocat et par leur avoué à la Cour – comme un élément de compréhension des logiques d'affrontement judiciaire, une description du rôle et des fonctions de l'avoué près la Cour est nécessaire pour définir la nouvelle chaîne relationnelle judiciaire devant la chambre familiale de la Cour d'appel. Il s'agira ainsi de comprendre comme les différents acteurs du procès en appel sont liés entre eux et sur quoi se fonde leur interdépendance. Notamment, notre analyse portera sur le poids du maillon constitué par la profession d'avoué vis-à-vis des autres maillons de cette chaîne. Au préalable, il sera nécessaire de produire, sous forme d'esquisse, une histoire et une présentation générale de la profession d'avoué près la Cour étant donné notamment la quasi absence de travaux sociologiques sur cette profession. Grâce à l'affiliation de cette profession au statut d'officiers ministériels, nous pourrions établir des comparaisons avec d'autres professions judiciaires tels les huissiers de justice ou les commissaires priseurs lesquelles ont davantage fait l'objet de travaux sociologiques ou historiques. Les avoués sont, comme les avocats, des auxiliaires de justice. Ce qui distingue les avoués près la Cour des avocats est, en premier lieu, leur statut d'officiers ministériels. D'autres officiers ministériels sont nettement plus connus des sociologues du fait des enquêtes dont ces professions ont fait l'objet⁴²³. Non affiliés au statut de fonctionnaire, les officiers ministériels détiennent un office grâce à l'agrément du Gouvernement et exercent leur profession dans le cadre d'un monopole. Ainsi, l'Etat est garant de la régulation des professions détenant le statut d'officiers ministériels en décidant de la création ou de la suppression des offices. Les principales professions disposant de ce statut d'officiers ministériels sont les huissiers de justice, les avoués près la Cour, les avocats au Conseil et à la Cour de Cassation, les notaires, ou encore les commissaires-priseurs. Le modèle professionnel dans lequel s'inscrivent les avoués près la Cour mérite d'être étudié spécifiquement puisqu'il est notamment déterminant pour appréhender les différentes contraintes pesant sur l'exercice des différents rôles et fonctions de l'avoué près la Cour vis-à-vis des différents acteurs (avocats, justiciables, magistrats) composant la configuration socio-

⁴²³ On pense, ici, notamment aux travaux d'Alexandre Mathieu-Fritz sur les huissiers de justice (Mathieu-Fritz Alexandre, *Les huissiers de justice*, Paris, PUF, 2005) ou encore ceux d'Alain Quemin sur les commissaires-priseurs (Quemin Alain, *Les commissaires-priseurs : la mutation d'une profession*, Paris, Anthropos, 1997).

judiciaire du procès en appel. L'analyse des relations d'interdépendance entre les avoués près la Cour avec les avocats, leurs clients et, les magistrats, a pour objectif de définir les rôles dévolus aux avoués et les marges de manœuvre dont ces derniers disposent avec chacun des maillons de cette chaîne relationnelle judiciaire.

Par ailleurs, l'avoué près la Cour se trouvant à la rencontre des autres acteurs du procès en appel (avocats, magistrats et justiciables), joue ainsi le rôle d'un véritable pivot dans la chaîne judiciaire en appel malgré les contradictions des intérêts de la profession d'avoué avec ceux des autres acteurs du procès. La position de l'avoué au sein de la configuration du procès en appel à l'intermède des avocats le mandatant et des magistrats avec qui se joue une relation privilégiée dans l'instruction des affaires, aboutit ainsi à une forme de double mise à distance des justiciables du traitement de leur affaire. En effet, soumis à une première mise à distance par leurs avocats à travers la traduction judiciaire que ces derniers ont réalisé de leur « affaire », l'avoué conduisant l'affaire en appel en collaboration avec l'avocat le mandatant n'engage que très rarement une relation directe avec les justiciables qu'ils représentent. Ce sont au final les justiciables les moins dotés en ressources juridiques, économiques ou encore rédactionnelles qui subissent d'autant plus cette double mise à distance de leur affaire.

Enfin, on relèvera que la chaîne judiciaire en appel conserve une caractéristique semblable de celle de première instance : la surreprésentation féminine au sein des Etudes d'avoué ayant en charge l'encadrement et le suivi des affaires familiales. Nous nous attarderons, dans ce dernier point, sur la division du travail et la hiérarchisation des domaines du droit au sein des Etudes d'avoué conduisant à la domination des professionnels de ces Etudes prenant en charge les affaires familiales et reléguant ces affaires aux pratiques de conseils les plus routinières et les moins prestigieuses.

1. Organisation, statut et rôles de la profession d'avoué près les Cours d'Appel

Les avoués près les Cours d'appel sont le produit de l'histoire des institutions judiciaires françaises. On peut faire remonter cette histoire des avoués près les Cours d'appel au Moyen Âge avec l'apparition des procureurs produits d'un double processus : la technicité

croissante du droit, et le « *relâchement de l'obligation de comparution personnelle* »⁴²⁴ des justiciables. Mais, surtout, le Moyen Âge est le lieu de l'affirmation du pouvoir royal face aux justices ecclésiastiques et seigneuriales à travers la constitution de la justice royale et de ses auxiliaires de justice⁴²⁵.

1.1. L'histoire de la profession des avoués : entre Etat et Marché

Au XVI^e siècle, avec l'ordonnance royale du 15 Janvier 1528 faisant la possibilité de plaider par procureur un principe de droit commun, la charge de procureur – profession à laquelle on rattache la filiation des avoués près la Cour – devient, par ailleurs, un office vénal transmissible. Dès lors, « *les deux activités juridiques de la plaidoirie et de la postulation sont pratiquées respectivement par les avocats et les avoués (procureurs)* »⁴²⁶. Au cours du XVII^e siècle, par différentes réformes, le modèle d'organisation de la profession d'avoué, connue aujourd'hui, s'esquisse (le ministère par procureur devient obligatoire, le nombre d'offices de procureurs est limité). S'engage dès lors une période définissant comme règles, la représentation par des mandataires devant les justices royales et l'érection des charges comme mode d'accès à la profession des procureurs⁴²⁷. Les travaux de Jean-Louis Halpérin⁴²⁸ sur les modèles d'organisation des professions judiciaires et juridiques permettent de distinguer les modèles corporatif, associatif et étatique. Halpérin différencie ainsi :

- le modèle corporatif en ce qu'il regroupe des professions judiciaires « *regroupés dans des ordres ou des compagnies rattachés aux tribunaux auprès desquels ils exercent* »⁴²⁹
- le modèle associatif où l'activité professionnelle s'exerce sur un mode libéral mais est contrôlée par des associations, garantes disciplinaires et déontologiques, de la profession

⁴²⁴ Karpik Lucien, *Les avocats : Entre l'Etat, le public et le marché : XIIIe-XXe siècle*, Paris, Gallimard, 1995, p.43.

⁴²⁵ Mathieu-Fritz Alexandre et Quemin Alain, « Les officiers ministériels face à l'Etat et à l'Europe. Commissaires-priseurs, huissiers de justice et notaires », in Demazière Didier et Gadéa Charles (dir.), *Sociologie des groupes professionnels, acquis récents et nouveaux défis*, Paris, La découverte, 2009.

⁴²⁶ Karpik Lucien, *op. cit.*, p.16.

⁴²⁷ Bataillard Charles, *Les origines de l'histoire des procureurs et des avoués, depuis le Ve siècle jusqu'au XVe (422-1483) suivies de notices sur quelques procureurs célèbres et de textes*, Paris, Librairie Cotillon, 1868.

⁴²⁸ Halpérin Jean-Louis (dir.), *Avocats et notaires en Europe : Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, Volume 19, 1996.

⁴²⁹ *Ibid*, p.55.

- le modèle étatique correspondant « *aux professionnels du droit, sans être considérés nécessairement comme des fonctionnaires, sont soumis à la réglementation et au contrôle de l'Etat* »⁴³⁰.

Directement soumis à la réglementation et au contrôle de l'Etat Royal, la profession de procureur s'inscrit, à partir du XVIIe siècle, dans le modèle étatique ébauché par Halpérin. Alors que les charges des procureurs ont été supprimées au début de la période révolutionnaire, les décrets du 29 Janvier et du 20 Mars 1791 instituent les avoués, dont la mission est de représenter les parties à un procès en justice. A peine trois ans après l'institution de la profession, le 24 octobre 1793, la fonction d'avoué est supprimée, le pouvoir napoléonien, par la Loi du 27 Ventôse An VIII (18 Mars 1800), rétablit la fonction judiciaire d'avoué près les juridictions de première instance, d'appel et de cassation. Cette loi attribue aux avoués le monopole de la postulation et du dépôt des conclusions devant tous les degrés de juridiction tant en matière pénale qu'en matière civile. La profession d'avocat est rétablie par la loi du 22 Ventôse an XII, les avocats récupérant le monopole des plaidoiries tandis que les avoués conservent le monopole de la postulation et du dépôt des conclusions devant les différentes juridictions. Cette loi a également pour effet de scinder la profession entre avoués de première instance et avoués près les Cours d'appel. Au début du XIXe siècle, le statut d'officiers ministériels des avoués est pratiquement définitivement codifié ; codification qui ne sera profondément remaniée qu'en 1971 avec la suppression des avoués de première instance. L'inscription de la profession d'avoué dans le troisième modèle d'organisation des professions judiciaires, à travers les normes étatiques qui régissent la profession. De plus, depuis la période napoléonienne, la profession d'avoué comme les autres officiers ministériels fait l'objet d'un *numerus clausus*, et leurs tarifs sont en partie déterminée par l'institution étatique. Pour autant, comme le précise Halpérin, il ne faut pourtant pas conclure à une totale dépendance des avoués vis-à-vis de l'Etat⁴³¹. Notamment, dès 1816, une loi de finances reconnaît aux officiers ministériels le droit de présenter leur successeur. Aussi, les Chambres d'avoués, bien que soumises à une forme de contrôle par les procureurs généraux, conservent, dans la pratique, une marge de manœuvre importante pour réguler les questions d'ordre principalement déontologique. L'Ordonnance du 2 Novembre 1942 et le Décret du 19 Décembre 1945, est symptomatique de l'ambiguïté des relations entre les avoués

⁴³⁰ *Ibid*, p.55.

⁴³¹ *Ibid*, p.83.

et l'Etat. D'un côté, ces nouveaux dispositifs législatifs et juridiques renforcent la dépendance des avoués à l'Etat en les soumettant à un tarif réglementaire et en maintenant le système de *numerus clausus*. Mais, d'un autre côté, ils donnent une plus grande autonomie à la profession en imposant le regroupement des avoués de première instance, d'une part, et des avoués près les Cours d'Appel d'autre part, au sein de chambres définies selon le découpage des territoires judiciaires. Enfin, la réforme des professions juridiques et judiciaires entreprise par la Loi du 31 décembre 1971 consacre la fusion entre la profession d'avocats et celle des avoués près les Tribunaux de Grande Instance et agréés près les Tribunaux de Commerce. Cette fusion peut s'expliquer notamment par la volonté d'une nouvelle génération d'avocats « modernistes »⁴³² d'instaurer un nouveau rapport au marché des causes juridiques (création de firmes juridiques, assouplissement des règles d'exercice professionnelle, fusion entre avocats, avoués de première instance et d'appel, et conseils juridiques, etc.) en créant une grande profession du droit. Aussi, s'expliquent la suppression des avoués de première instance et le maintien de la profession d'avoués près les Cours d'Appel par une différenciation de leurs stratégies de défense de leur monopole. Les premiers ont joué la carte de l'argument financier, et ont ainsi préféré négocier de bonnes conditions d'indemnisation de leurs Etudes. Les seconds ont davantage proposé des arguments techniques en mettant en avant leur position dominante au sein des relations d'interdépendance entre les différents acteurs composant la configuration des procès en appel. L'arrivée de gouvernements socialistes au pouvoir à partir de 1981 a pu susciter l'inquiétude des professions bénéficiant du statut d'officiers ministériels. Envisageant la suppression des officiers ministériels, les gouvernements socialistes utilisent l'argument du caractère antidémocratique du système de *numerus clausus* dont les officiers ministériels bénéficient, hésitant entre libéralisation totale et fonctionnarisation de ces professions⁴³³. Alexandre Mathieu-Fritz et Alain Quemain montrent comment les différentes professions judiciaires disposant du statut d'officiers ministériels – on pense, ici, notamment aux huissiers de justice, aux notaires et aux commissaires-priseurs – ont pu investir différentes stratégies notamment politiques et économiques pour échapper à une suppression de leur monopole. Si les avoués près les Cours d'Appel ont pu retarder l'échéance de leur fusion avec les avocats notamment en utilisant les arguments de leurs compétences techniques usqu'au début des années 2000, l'arrivée de Nicolas Sarkozy à la Présidence de la République va changer la donne. Dès 2007, il met en place la « commission de libération de la croissance française »

⁴³² Karpik Lucien, *op. cit.*, p.207-208.

⁴³³ Mathieu-Fritz Alexandre et Quemain Alain, *op. cit.*, p.112.

avec à sa tête Jacques Attali. Cette commission rend son rapport le 23 Janvier 2008, où l'on retrouve énumérées pas moins de 300 décisions destinées à « relancer la croissance économique française ». Les professions juridiques réglementées sont directement visées par ce rapport. Notamment, les avoués près les Cours d'Appel font l'objet de la décision n°213 dont l'intitulé est reproduit ci-dessous :

« **DECISION 213**

- **Supprimer totalement les avoués près les cours d'appel (444 avoués regroupés en 235 offices.** » Extrait du rapport Attali du 23 Janvier 2008

Suite à la restitution de ce rapport, Nicolas Sarkozy, avocat de profession, donne mission à une Commission dirigée par Jean-Michel Darrois, avocat à la Cour d'appel de Paris, lui-même membre de la Commission Attali, de proposer une réforme des professions du droit visant à « ouvrir » et « moderniser » les professions réglementées (avoués à la Cour, notaires, avocats à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat, administrateur judiciaire, greffiers des Tribunaux de Commerce) et élargissant le « périmètre d'activité » des avocats⁴³⁴. L'objectif du Gouvernement est ainsi de lancer une réforme en vue d'opérer « la grande fusion » des professions judiciaires qui avait échoué en 1971. Parmi, l'ensemble des officiers ministériels visés par ces projets de réforme, seul le monopole des avoués près les Cours d'Appel sera finalement supprimé fin 2010. Notre enquête s'est ainsi déroulée dans ce contexte spécifique de projet gouvernemental de voir supprimer la profession d'avoué près la Cour. Nous ne pouvons, dès lors, omettre les effets de ce contexte sur la configuration socio-judiciaire des procès en appel, autrement dit, sur les relations se jouant entre les avoués près les Cours d'Appel avec les autres acteurs composant cette configuration sociale.

1.2. Les caractéristiques du mandat des avoués près les Cours d'appel

Spécialiste de la procédure d'appel, l'activité de l'avoué s'exerce exclusivement dans le domaine judiciaire et plus précisément dans le cadre d'appel de décisions issues des

⁴³⁴ Darrois Jean-Michel, *Vers une grande profession du droit : rapport sur les professions du droit*, Paris, La découverte, 2009.

différentes juridictions de l'ordre judiciaire en droit civil et commercial⁴³⁵. Le mandat des avoués près les Cours d'appel est en premier lieu un mandat de représentation en justice leur donnant pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant (justiciables ou avocats) les actes de procédure⁴³⁶. Il entraîne un devoir de conseil, de représentation et de défense. Le mandat des avoués près les Cours d'Appel est salarié ; ces derniers étant rémunérés selon la tarification fixée par décrets. L'avoué accomplit ainsi tous les actes de la procédure devant la Cour au nom de son client, et évalue notamment l'opportunité et la recevabilité de l'appel de la décision de justice rendue en première instance ; l'avocat conservant le monopole des plaidoiries. Si l'on a pu voir précédemment comment, dès la transmission du dossier en appel aux avoués, s'amorçait un processus de mise à distance des justiciables de leur affaire en appel, les avoués, qui plus est, exercent une fonction « filtre » en limitant l'accès aux procès en appel de par leurs connaissances tant des jurisprudences de leur Cour que des règles de procédure spécifiques devant le deuxième degré de juridiction. Responsable de la procédure engagée devant la Cour d'Appel, les avoués ont également la charge de veiller à l'exécution de la décision obtenue en faveur de leurs clients. Aussi, le mandat de l'avoué ne s'arrête pas à partir du moment où la décision est prononcée par la Cour d'Appel. Le mandat des avoués se poursuit jusqu'à l'exécution de la décision de la Cour. Il importe, par ailleurs, de préciser que le mandat de l'avoué (comme celui d'ailleurs des autres conseils juridiques) est révocable à tout moment de la procédure. Dans la pratique, la révocation du mandat de l'avoué près la Cour est relativement rare. Enfin, à partir de cette description du mandat de l'avoué, il s'agit dorénavant de comprendre la pratique de ce mandat dans les relations qui se jouent avec les principaux acteurs du procès en appel (justiciables, avocats et magistrats).

1.3. Morphologie sociale d'une compagnie d'avoués près d'une Cour d'appel

Pour appréhender le rôle de pivot joué par les avoués près les Cours d'appel dans la configuration socio-judiciaire des procès en appel notamment en matière familiale, il s'agit de déployer la méthode ethnographique afin de décrire l'organisation d'une compagnie d'Etudes

⁴³⁵ En France, la justice s'organise autour de deux types de juridiction : les juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif. Les juridictions judiciaires regroupent notamment les juridictions civiles, commerciales, sociales ainsi que les juridictions pénales, lesquelles sont soumises au contrôle de la Cour de Cassation.

⁴³⁶ A noter que dans certains départements français soumis à des régimes juridiques spécifiques (départements composant la région Alsace-Lorraine : Bas Rhin, Haut Rhin, Moselle, et les départements d'Outre Mer), la postulation est effectuée par les avocats.

d'avoués attachée à une Cour d'Appel. Sur le plan national, on dénombre 28 compagnies d'avoués, lesquelles sont attachées chacune à une Cour d'appel⁴³⁷. La composition en effectif des compagnies varie fortement d'une Cour à l'autre. Par exemple, la plus grande compagnie (Paris) compte 83 avoués tandis que seuls 4 avoués appartiennent à la plus petite compagnie (Bourges). La taille des compagnies définie par le Garde des Sceaux sur proposition de la Chambre Nationale des avoués est directement en lien avec le volume d'affaires présentées devant la Cour d'Appel à laquelle est attachée chaque compagnie. Ainsi, on retrouve les plus grandes compagnies au sein des Cours d'Appel de Paris (83 avoués), de Versailles (31), ou encore d'Aix-en-Provence (37), c'est-à-dire au sein des Cours ayant les volumes d'affaire les plus importantes⁴³⁸. Pour autant, ces « grandes compagnies » sont minoritaires par rapport aux « petites compagnies » et aux « compagnies de taille intermédiaire » (cf. tableau 14 ci-dessous). En effet, les petites compagnies, autrement dit celles comptant moins de 10 avoués, correspondent au modèle dominant (46%), juste devant les « compagnies de taille intermédiaire » (39%).

Tableau 12. Composition en effectif des compagnies d'avoués

Taille en effectif des Compagnies	Nombre de Compagnies	Part (en pourcentage)
« Petite Compagnie » (Moins de 10 avoués)	13	46,42%
« Compagnie de taille intermédiaire » (Entre 11 et 20 avoués)	11	39,29%
« Grande Compagnie » Plus de 20 avoués	4	14,29%
TOTAL	28	100%

Source : Tableau effectuée à partir des données mises à disposition par la Chambre Nationale des Avoués près les Cours d'Appel - 2010

La compagnie au sein de laquelle nous avons mené nos recherches empiriques, compte neuf avoués répartis dans cinq Etudes⁴³⁹. Elle appartient ainsi à la configuration des « petites compagnies ». Par ailleurs, cette compagnie correspond au modèle dominant

⁴³⁷ Voir Annexe n°8 : Carte judiciaire des Cours d'Appel en France métropolitaine.

⁴³⁸ Selon les statistiques judiciaires produites par le ministère de la Justice pour chaque juridiction, les Cours d'appel de Paris, d'Aix en Provence et de Versailles sont celles qui traitent le plus d'affaires avec des volumes respectifs, pour l'année 2006, de 39000, de 28000 et de 16000 (affaires terminées).

⁴³⁹ Pour une présentation globale des données présentées, ici, sur la Compagnie d'avoués, voir annexe 9 : « Tableau synoptique des Etudes d'avoué affiliées à la Compagnie de la Cour d'appel ».

d'organisation professionnelle des avoués par deux autres caractéristiques : le niveau de féminisation de la compagnie et le mode d'exercice professionnel des avoués (individuel ou associé). Si comme l'a montré Alexandre Mathieu-Fritz pour les huissiers de justice⁴⁴⁰, les avoués ont connu une importante féminisation de la profession depuis la loi du 20 Mars 1948 (n°48-460) ouvrant notamment l'accès des femmes à différentes professions d'officiers ministériels (avoués, huissiers de justice, notaires, etc.). En 2010, la part des femmes au sein de la profession d'avoué s'élève à 34%, soit 150 femmes pour 291 hommes. Par comparaison, le taux de féminisation de la profession d'huissier de Justice était tout juste de 20%⁴⁴¹ au tournant du XXI^e siècle. La compagnie étudiée s'inscrit dans cette tendance puisque deux femmes avouées exercent contre sept hommes, soit un taux de féminisation légèrement inférieur au taux national. Par ailleurs, une autre spécificité de la profession d'avoué est le mode d'exercice en « associés ». En 2008, 374 avoués (87,2%) exerçaient à titre associés contre 55 avoués exerçant à titre individuel (12,8%). La compagnie étudiée est précisément ajustée à cette répartition, puisqu'un avoué exerce à titre individuel tandis que les huit autres avoués exercent au sein de sociétés civiles professionnelles (SCP).

Si nous ne disposons pas de données statistiques nationales sur le recrutement social des avoués près la Cour, à partir de la monographie de cette compagnie, nous pouvons néanmoins relever des tendances similaires au mode de recrutement social des huissiers de justice ou encore à celui des commissaires-priseurs. En effet, comme pour ces autres officiers ministériels, on retrouve des lignées familiales d'avoués près la Cour. Notamment, le coût très élevé pour acquérir une charge d'avoué⁴⁴² favorise le maintien de ces charges dans les familles de ces juristes. Comme l'a montré Alain Quemin pour les commissaires-priseurs⁴⁴³, il suffit de s'arrêter sur les patronymes des avoués pour comprendre que ces derniers appartiennent à de véritables lignées familiales. Parmi les cinq Etudes de la compagnie étudiée, deux Etudes s'inscrivent clairement dans cette perspective. Il s'agit des deux principales Etudes de la Compagnie que ce soit en termes d'affaires traitées (plus de 1000 par

⁴⁴⁰ Mathieu-Fritz Alexandre, *Les huissiers de justice*, op. cit., p.65.

⁴⁴¹ *Ibid*, p.66.

⁴⁴² Les organisations professionnelles (Compagnies et Chambre Nationale) des avoués près les Cours d'appel restent très discrètes sur le niveau du montant des charges des études, ce qui, d'ailleurs, constitue un autre facteur de fermeture de la profession et d'un niveau important de reproduction sociale. Pour autant, avec la récente réforme de la postulation devant les Cours d'appel, les avoués ont du publier une évaluation du prix de leurs Etudes pour se faire indemniser leur charge. S'il existe d'importantes variations du prix des Etudes selon le niveau d'activité, il n'en reste pas moins que pour un nouveau diplômé, il lui est nécessaire de déboursier plusieurs centaines milliers d'euros pour acquérir une charge d'avoué. On comprend, dès lors, pourquoi, de nombreuses Etudes se transmettent d'une génération à l'autre au sein d'une même famille.

⁴⁴³ Quemin Alain, *op. cit.*, p.69.

an pour chacune de ces études) qu'en termes de nombre de salariés (13, pour la première et 14, pour la seconde). A la tête de la première de ces deux « grandes » Etudes se trouvent deux avoués associés au sein d'une même société civile professionnelle, tous les deux, fils et petits-fils d'avoués à la Cour. Maître Chêne et Maître Menard s'inscrivent clairement dans deux lignées familiales précisément d'avoués près la Cour. Au sein de la compagnie, ils disposent d'une position influente. Le premier représente la compagnie au sein de la Chambre Nationale des avoués, et le second, bien qu'il ne soit pas engagé politiquement, dispose de ressources locales politiques importantes. Ses ressources politiques ont notamment pu être observées lorsque s'est engagé en 2008 le projet de réforme du gouvernement Fillon (1) visant à la suppression des avoués près la Cour, à travers la rapidité et la facilité dont il a pu obtenir le soutien local de différents représentants politiques (notamment les députés et sénateurs de l'UMP) et médiatiques (presse écrite et audiovisuelle).

Deux autres avoués, Maître Barrot et Maître Chauvière, héritiers également (l'un est fils d'avoué près la Cour, petit-fils d'avocat ; l'autre, fils de premier clerc de notaire, est marié à une avocate, fille de magistrate) forment la seconde « grande » Etude de la Compagnie. Moins impliqués dans la Compagnie que les deux avoués précédents, notamment lors de la période de réforme visant à la suppression de la profession, ils sont porteurs d'une mentalité conservatrice ancrée dans une forme d'immobilisme social, et révèlent, ainsi, une mentalité professionnelle portée par un important segment de la profession. La prise de parole de son confrère, Maître Chauvière, dans un quotidien local, en Juillet 2008, suite à l'annonce du Gouvernement de voir réformer les modalités de la postulation devant les Cours d'appel, met en scène tant une défense d'une position sociale familiale que les apports de la profession au fonctionnement de l'institution judiciaire ou encore à l'économie locale. En faisant attention à ne pas se dépeindre comme un nanti, l'avoué tente, ici, de justifier sa position sociale, selon lui, davantage méritée qu'héritée, reprenant, ici, toute la rhétorique politique autour de la valeur « travail » de Nicolas Sarkozy lors de la campagne présidentielle de 2007. De plus, cette lettre ouverte adressée au Président de la République, et ce positionnement politique clairement opéré, dévoilent la relation clientéliste que les avoués entretiennent avec les représentants politiques sur laquelle s'est fondée jusqu'alors le maintien de leur profession malgré les différents projets de suppression depuis notamment, le début des années 1980.

« Monsieur, le Président... »

M. CHAUVIERE

avoué à la

Cour

* Lettre ouverte à M. le Président Nicolas Sarkozy *

* Je vous fais une lettre, que vous lirez peut-être...

Mes enfants, 15 et 19 ans, sont allés vous écouter lors de votre meeting à Angers, en campagne électorale, et en sont revenus enthousiasmés : * Remise à l'honneur du travail, travail récompensé, travailler plus pour gagner plus *.

Le travail, ils connaissent :

- leur mère, avocat en droit de la famille, travaille (à l'aide juridictionnelle pour l'essentiel, c'est-à-dire pour une indemnisation dérisoire) sans compter ses heures, porte et supporte ses clients à longueur d'audience au titre d'un véritable sacerdoce ;

- leur père, avoué à la Cour, travaille 12 à 14 heures par jour, six jours par semaine (s'y ajoutant parfois le dimanche) pour conclure dans la quasi-totalité de ses dossiers ainsi entièrement réétudiés devant la Cour.

Mai 2007 : vote de toute la famille pour le candidat Sarkozy.

Mai-juin 2008 : annonce de la déjudiciarisation du divorce ; de la suppression des avoués à la Cour.

Le tout dans le mépris le plus complet, sans l'ombre d'un dia-

logue, ni même d'une explication et sans le moindre respect de son interlocuteur, la profession n'ayant même pas eu le droit à la parole.

C'est, au moins pour l'avoué que je suis, la fermeture d'une PME employant 16 personnes, générant une TVA de 211 939 € pour l'année 2007, une taxe professionnelle de 10 547 €. Pour la profession, la fermeture de 235 PME et le chômage pour 2 600 salariés.

La raison de cette mise à mort : ni l'utilité de la profession connue et reconnue ; ni le fonctionnement de l'entreprise, embauchant et participant à l'économie locale et nationale ; mais la prétendue mondialisation de l'économie et la justice à l'anglo-saxonne ; ne pouvant s'agir d'une rancune ancienne de l'avocat Sarkozy auquel un quelconque avoué aurait eu le malheur de déplaire.

A l'injustice, à l'irrespect du travail, au mépris envers de futurs chômeurs, vous ajoutez le dégoût des jeunes générations pour la chose publique ! Car mes enfants ne comprennent pas que vos actes soient contraires à vos discours.

Monsieur le Président, je vous ai fait cette lettre, mais elle n'importe guère, car vous ne la lirez pas *.

14

Courrier de l'Ouest, 25 Juillet 2008, « Paroles de lecteurs »

Une troisième Etude, celle de Maître Durand, se trouve à l'intermède des deux « grandes » Etudes et des deux « petites » de la Compagnie. Maître Durand, fils d'un avocat du Nord de la France, est à la tête d'une Etude de 6 salariés. Son Etude traite, environ 500 affaires par an, ce qui le place au troisième rang des Etudes de la Compagnie en termes d'affaires traitées. Il a repris cette Etude, en 1983, suite au décès de son prédécesseur issu d'une longue lignée d'avoué. Lors de sa prise de fonction, il était prévu qu'il s'associe avec la fille de son prédécesseur après que cette dernière ait validé sa formation d'avoué. Ayant échoué à plusieurs reprises aux examens d'entrée dans la profession, l'association n'a jamais pu s'opérer, mais dans l'organigramme de l'Etude, elle occupe une véritable position d'associée.

Enfin, les deux dernières Etudes que l'on qualifiera de « petites » du fait du nombre d'affaires traitées (300 en moyenne par an) et du faible nombre de salariés (2 pour chacune de ses Etudes), ont à leur tête, pour la première, deux hommes, Maître Martin et Maître Dupont, et pour la seconde, deux femmes, Maître Le Dauphin et Maître Dubois ; cette dernière occupant la fonction de Présidente de la Compagnie notamment pendant toute la période de notre enquête. Maître Dubois, fille de magistrat, a fait toute sa carrière au sein de différentes Etudes. Après avoir exercée en tant que collaboratrice dans deux Etudes d'une ville du Nord de la France puis de l'Ouest, elle prend la tête d'une Etude dans l'Ouest, en s'associant, dès lors, avec Maître Le Dauphin. Cette dernière, fille d'officier militaire, n'est pas issue d'une lignée de juristes comme la plupart de ses confrères. Il est d'ailleurs révélateur que lors de l'élection de la Présidence de la Compagnie, où il est de coutume que la fonction passe d'Etude en Etude, celle-ci s'est effacée au profit de son associée, Maître Dubois, laquelle dispose davantage de ressources professionnelles, sociales et politiques.

Enfin, Maître Martin, fils d'un gros commerçant de la région nantaise, est comme Maître Le Dauphin, en retrait dans le fonctionnement de la Compagnie. Il s'est d'ailleurs retiré de toute fonction électorale de la Compagnie, laissant son associé, Maître Dupont, fils de conseiller juridique, assurer ces fonctions au nom de leur Etude. Au final, la morphologie sociale de cette compagnie d'avoués près la Cour permet d'appréhender l'importance de l'héritage familial dans le positionnement des avoués entre les « petites » et « grandes » Etudes. Si de cette morphologie, on ne peut faire ressortir des règles s'appliquant systématiquement à toutes les compagnies d'avoué du fait notamment de contextes locaux différents, il n'en reste pas moins qu'au regard de la composition sociale de quelques autres compagnies⁴⁴⁴, une tendance forte se dessine : les « grandes » Etudes semblent davantage tenues par des héritiers – lesquels s'inscrivent dans de véritables lignées familiales d'avoué au sein de « SCP familiales »⁴⁴⁵ – tandis que les femmes avouées et les membres de la profession les moins dotés en héritage professionnel se trouvent être à la tête des « petites » et « moyennes » Etudes.

Par ailleurs, il est intéressant d'observer que la compagnie d'avoués étudiée est une compagnie composée d'avoués engagés dans la fin de leur carrière professionnelle. Seul, un avoué, Maître Dupont, a moins de cinquante ans. Ce caractère vieillissant de la compagnie

⁴⁴⁴ Pour appréhender le caractère familial et hérité de la profession d'avoué, à la manière dont ont procédé Alain Quemin, pour les Commissaires-Priseurs, et Alexandre Mathieu-Fritz, pour les huissiers de justice, nous avons dénombré au sein des différentes compagnies d'avoué les individus portant le même nom patronymique et exerçant au sein d'une même Etude (notamment au sein d'une même SCP).

⁴⁴⁵ Mathieu-Fritz Alexandre, *op. cit.*, p.53.

ajouté au poids des deux « grandes » Etudes issues de lignées de familiales dans le fonctionnement et l'organisation de la compagnie font de celle-ci une compagnie que l'on pourrait qualifier de « traditionaliste » au regard d'autres compagnies plus « modernistes » et davantage « audacieuses ». Si le sentiment d'appartenir à une élite sociale ou à une aristocratie locale semble être le fait de tous les avoués, ce qui distingue les compagnies « modernistes », des compagnies « traditionalistes » est l'implication dans une nouvelle approche de la profession à travers l'investissement dans de nouvelles technologies (informatisation des Etudes, usage des boîtes électroniques, création d'un site internet, investissement dans la communication électronique avec le Greffe de la Cour, etc.), et conséquemment, dans une nouvelle organisation du travail à travers la redéfinition de la division du travail au sein des Etudes avec l'apparition de nouveaux enjeux de pouvoir du fait de ces nouvelles activités.

Après ce bref retour historique sur la constitution et l'organisation de la profession d'avoué près la Cour, et à partir de l'exemple d'une compagnie d'avoués dont on a pu dresser les traits de sa morphologie sociale et professionnelle, il convient dorénavant d'appréhender la position singulière de l'avoué près la Cour au sein de la chaîne relationnelle judiciaire caractérisant la forme du procès en appel. C'est ainsi sous l'angle de cette position que nous aborderons la configuration judiciaire du procès en appel.

2. La position de l'avoué dans le procès en appel ou la double mise à distance des justiciables ?

La position de pivot de l'avoué entre les différents acteurs du procès en appel se caractérise par différents niveaux de « maillons relationnelles » selon les acteurs en question conduisant à des relations privilégiées notamment entre les avoués et les avocats pour la construction et la constitution du dossier judiciaire en appel. Il existe d'autres liens forts⁴⁴⁶ au sein de cette configuration judiciaires entre les avoués et les instances centrales de la régulation judiciaire (magistrats et greffiers de la Cour d'appel) ; les avoués jouant un véritable rôle de « médiateur procédural » constituant ainsi un collègue d'interlocuteurs restreint sur lequel s'appuient les magistrats pour mener à bien l'instruction des affaires en appel. Par ailleurs, alors que le traitement du dossier judiciaire se joue principalement dans la

⁴⁴⁶ Granovetter Mark S., *Le marché autrement : les réseaux dans l'économie*, op. cit.

relation entre l'avocat et l'avoué, une première traduction judiciaire de l'affaire s'opère en amont dans une relation flottante et de plus en plus distendue en appel, entre l'avocat et son client. De ce fait, les autres relations que si jouent dans le procès en appel (à travers les relations des avocats et/ ou des justiciables avec les instances judiciaires ou celles des justiciables avec les avoués) se trouvent limitées à de courtes interactions. Pour autant, le caractère limité de ces relations n'est pas sans effet sur la conduite du procès en appel. Aussi, certains justiciables arrivent à contrecarrer ce processus progressif de mise à distance de leur affaire en faisant valoir auprès de l'avoué et ses différents salariés différents types de « qualités ».

2.1. L'avocat comme interlocuteur privilégié de l'avoué

Comme on a déjà pu l'observer dans le précédent chapitre lors du transfert du dossier de première instance en appel, les avoués sont le plus souvent dépendants des réseaux qui les lient aux avocats, puisque ce sont ces derniers qui dirigent leurs clients vers leur avoué « attitré ». La répartition du marché des affaires d'appel, notamment pour les affaires familiales⁴⁴⁷, se fait, rappelons-le, le plus souvent à partir de ressources et de réseaux relationnels et professionnels cumulés et tissés par les avoués auprès des avocats et fondés sur différents éléments (réputation professionnelle, affiliation commune à des organisations professionnelles, type de collaboration mise en place dans la conduite de précédentes affaires, etc.). Dans la conduite de l'affaire, s'opère une division du travail judiciaire entre les avoués et les avocats. Cette division du travail judiciaire si elle respecte certains principes juridiques tel le respect du monopole des plaidoiries pour les avocats et celui de la postulation pour les avoués, ne s'ajuste pas à une seule et simple règle mais revêt différentes formes selon la manière dont se négocie la place de l'avocat et de l'avoué dans la conduite de la défense du client et les différents types de ressources (travail d'écritures, qualité de la construction des dossiers judiciaires, réputation professionnelle, engagement dans des organisations professionnelles, etc.) dont disposent tant l'avocat que l'avoué. C'est ainsi dans ce travail de collaboration – de la plus étroite à la plus flottante – entre avocat et avoué que se fondent un des maillons centraux et une des relations fortes de la configuration du procès en appel.

⁴⁴⁷ Pour les autres Chambres de la Cour, les mécanismes sont différents, les avoués se partageant le marché des contentieux bancaires, ou encore liés aux assurances par des affiliations auprès des sociétés bancaires, d'assurances, ou de protection juridique lesquelles sont les principales distributrices de dossiers.

2.1.1. Une division du travail sur la base de compétences orales et écrites

En appel, la représentation par un avoué est obligatoire devant toutes les chambres civiles. Cette obligation de représentation, notamment devant la Cour d'appel, est pensée dans le droit français, comme un gage de sûreté et de sécurité pour les justiciables par la présence à leur côté d'un professionnel du droit aguerri à la pratique juridictionnelle⁴⁴⁸. Tous deux auxiliaires de justice au service d'un même client, avocats et avoués à la Cour exercent leur activité devant la Cour dans le cadre d'un monopole d'activité sur la base de mandats spécifiques. Les avoués ont le droit exclusif de postuler – c'est-à-dire de représenter en Justice leur client – et de prendre des conclusions devant la Cour auprès de laquelle ils sont établis tandis que les avocats, devant cette juridiction, conservent le monopole des plaidoiries. Ces deux conseils juridiques participent donc d'un même travail d'assistance auprès des justiciables qu'ils représentent. Si les mandats attribués respectivement aux avocats et aux avoués opèrent déjà une division du travail dans cette activité d'assistance et de conseils, l'étude des pratiques professionnelles effectives de ces mandats permet d'appréhender une division du travail d'assistance sur la base de compétences orales et écrites.

Nous pouvons, ici, reprendre les travaux de Philip Milburn sur les avocats⁴⁴⁹ précisant que leur professionnalité se définit, en premier lieu, dans la maîtrise de l'interaction avec leur client. Les avocats disposent de savoirs et savoir-faire leur permettant de maîtriser les interactions avec leurs clients favorisant ainsi l'instauration d'une relation de confiance, l'encadrement et la modération des demandes et prétentions de ces derniers afin notamment de produire une défense présentable devant les instances judiciaires. Sans dénier les compétences écrites de ces conseils juridiques, la division du travail de conseil devant la Cour, s'opérant entre eux et les avoués se joue, au-delà d'une division sur la base de leur monopole, sur une répartition du travail en termes d'une part, de compétences orales et, d'autre part, de compétences écrites. Ainsi, le travail des avocats, dans le cadre de procédures devant la Cour d'appel, se concentre principalement autour de la gestion relationnelle du client et de l'intervention orale lors des plaidoiries. A l'opposé, les avoués sont les véritables spécialistes du « formalisme » de la procédure. Cet « esprit processif » des avoués est à la fois leur force – ce qui fonde leur légitimité professionnelle – et en même temps, le principal élément de critique sur lesquels s'appuient leurs détracteurs (notamment certains justiciables

⁴⁴⁸ Tudela Roger, « Doit-on sacrifier les avoués sur l'autel de la réforme judiciaire ? », in *Gazette du Palais*, 12-13 Octobre 2007, p.2-7.

⁴⁴⁹ Milburn Philip, « La compétence relationnelle : maîtrise de l'interaction et légitimité professionnelle. Avocats et médiateurs. », *Revue française de sociologie*, vol. 43, n°1, 2002, p.47-72.

mécontents de l'absence de relation avec leur avoué, ou encore les avocats favorables à la fusion de la profession d'avoué à la cour avec celle d'avocat, etc.) pour dénoncer cette position professionnelle privilégiée « *se cachant derrière la procédure* » (sic, les propos d'une avocate (A8) en entretien) et n'ayant pas à prendre en charge la relation avec les clients.

Les avoués apportent ainsi une compétence particulière devant les Cours d'appel à travers leurs connaissances spécifiques de la procédure d'appel et de la jurisprudence de la Cour au sein de laquelle ils exercent. Dans le cadre d'une approche wéberienne de l'activité juridique, on peut interpréter la position professionnelle tenue par les avoués du fait de la rationalisation croissante et de l'importance du formalisme⁴⁵⁰ des procédures d'appel. Porteurs du formalisme juridique, les avoués ont en charge la rédaction – ou du moins la mise en forme – de tous les actes de procédure d'appel (déclaration d'appel, constitution, conclusions, sommation de communiquer, etc.). D'ailleurs, le fait que certaines compagnies d'avoués aient laissé aux avocats la charge de la rédaction des conclusions d'appel – le principal acte d'appel avec la déclaration d'appel – en se contentant de signer et signifier les conclusions rédigées par l'avocat a transformé en profondeur la division du travail entre ces deux professionnels, faisant ainsi de l'avocat, le véritable maître d'œuvre du procès. Il s'agit, d'ailleurs, d'un des arguments central utilisé par les opposants au maintien du monopole des avoués lors de la réforme de la postulation devant la Cour d'appel. A la différence des plus importantes Cours d'appel où la rédaction des conclusions est laissée aux avocats, devant la Cour d'appel étudiée, les avoués ne sont pas des « avoués boîtes aux lettres » et prennent en charge la rédaction des conclusions d'appel.

Exerçant au sein d'une Cour d'appel où s'opère une division du travail entre avocats et avoués sur des bases strictes de compétences orales et écrites, l'avocate, Maître Gandon, distingue clairement les activités dévolues respectivement aux avocats et aux avoués dans le travail de conseil en appel. Elle les considère comme de véritables juristes en ce qu'ils « font du droit », autrement dit, en ce qu'ils traitent du fond des affaires et pas seulement de la procédure.

« Ils sont pointus les avoués, ce sont des juristes, ils font du droit. Juridiquement, ils sont pointus. Pour les conclusions, je trouve qu'ils sont plus compétents que nous. Par contre, nous, on garde toute la relation avec le client, ce qui fait qu'il est rare que le client rencontre son avoué. Mais, c'est normal, ça on leur explique bien aux clients que eux, les avoués, c'est la procédure, et, nous, les avocats, c'est vraiment le travail de conseil, en amont, et des plaidoiries devant la Cour, s'il y a. », **Maître Gandon (A12), avocate.**

⁴⁵⁰ Weber Max, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 2007.

Cette division du travail sur la base de compétences orales et écrites se traduit également par la manière dont, notamment, les avoués et leurs collaborateurs justifient leur entrée dans la profession. Développant d'importantes ressources juridiques et rédactionnelles du fait très souvent d'un héritage familial, ils justifient leur engagement dans une carrière au sein d'une Etude d'avoué par un manque de goût pour les plaidoiries et pour la gestion relationnelle auprès des justiciables.

Nicolas : Qu'est ce qui vous plaisait en ce métier par rapport à celui d'avocat quand vous avez fait le choix d'intégrer l'Etude ?

Agathe (A13), collaboratrice au sein d'une « petite » Etude d'avoué, fille d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 53 ans : Peut être un souci de protection de moi-même parce que je ne suis pas très à l'aise à l'oral et parce que la relation aux clients, ce n'est pas toujours évident ... Par contre, j'aime bien bosser les dossiers au bureau. C'est la partie que je préfère donc comme je ne me voyais pas du tout arpenter les salles d'audience et les couloirs en attendant pour plaider, je ne me sentais pas du tout ... Cette partie du métier d'avocat ne me convient pas du tout et comme je savais que l'on pouvait faire entre guillemet la même chose tout en étant au bureau en ayant des relations quand même avec les magistrats. Pour moi, c'était ce qui me convenait le plus.

Ces modes de justification cachent, pour de nombreux avoués, souvent la principale raison les ayant amenés à s'engager dans la profession à savoir la transmission de la charge d'une Etude de génération en génération au sein de lignée familiale. Par ailleurs, il est important de revenir sur le mode d'accès à la clientèle des avoués à la Cour, au fondement de la division du travail de conseil opéré avec les avocats. A la différence des avocats, les avoués ont une clientèle réduite ; qui plus est dans le cadre d'affaires familiales où les parties sont des particuliers⁴⁵¹. Ainsi, pour les affaires étudiées, les avoués reçoivent principalement les dossiers par l'intermédiaire des avocats. Cette dépendance des avoués aux avocats dans la constitution de leur clientèle contrebalance la position de domination des avoués comme maître d'œuvre du procès d'appel. Lors de la « passation » des dossiers des avocats aux avoués se dessine cette dépendance des avoués qui les oblige à tenir informé les avocats pourvoyeurs de dossiers des différents déroulements de la procédure. Surtout, et il s'agit d'un aspect loin d'être anecdotique, les avoués dépendent directement des avocats pour obtenir du client la rémunération de leur service avec lequel ils sont très peu souvent en contact direct. A travers, le courrier suivant adressé par un avoué à un avocat pourvoyeur d'un nouveau

⁴⁵¹ La clientèle propre des avoués se circonscrit à certains types d'affaires civiles et commerciales. Il s'agit principalement d'entreprises bancaires ou de compagnies d'assurances disposant d'un avoué attitré.

dossier, on observe clairement cette dépendance. D'une part, la multiplication de différentes formules de politesse – lesquelles ne répondent pas seulement à des règles de bienséance propres aux échanges entre les professions judiciaires – révèle une forme de soumission au correspondant. D'autre part, l'engagement écrit de l'avoué à « *tenir informé* » son correspondant « *de l'évolution de la procédure* » peut être pensé – au-delà des règles organisant cette relation professionnelle spécifique – comme une forme de contre-don de l'avoué au travail réalisé par l'avocat pour recouvrer ses frais auprès du client.

Maître VERDON
Avocat

Le 21 Novembre 2008,

Mon Cher Maître,

J'ai bien reçu votre courrier du 21 Novembre me confiant cette affaire nouvelle et vous en remercie vivement.

Je vous confirme me constituer pour Madame Bernadette DESPRES née BRETON sur l'appel que Monsieur DESPRES a formé à l'encontre d'une ordonnance de non conciliation rendue le 9 Juin 2008 par le Juge aux Affaires Familiales du Tribunal de Grande Instance de X.

Bien entendu, je ne manquerai pas de vous tenir informé de l'évolution de la procédure devant la Cour et notamment de vous transmettre les conclusions de l'appelant dès qu'elles me seront signifiées.

Compte tenu des frais et débours que j'expose, je vous serais obligé de solliciter de la cliente le règlement d'une provision de 1100 euros TTC suivant mémoire joint.

Je vous en remercie d'avance.

Votre bien dévoué.

Courrier d'Accusé de réception d'un nouveau dossier rédigé par Maître Durand, avoué à la Cour, à destination de Maître Verdon, avocat, en date du 21 Novembre 2008.

Par cette division du travail autour des activités de conseil entre avocats et avoués à la Cour, se matérialise un des principaux maillons de la chaîne judiciaire en appel. Mais, déjà, on appréhende la position privilégiée de l'avocat auprès du justiciable face à un avoué

cantonné à l'encadrement de la procédure et à la retraduction juridique des demandes du justiciable et des consignes de son correspondant, l'avocat.

2.1.2. Les avocats : le « véritable » interlocuteur du justiciable

La prise en charge des dimensions orales de l'activité de conseil par les avocats induit, par ailleurs, un accord tacite entre avocats et avoués pour le maintien d'un monopole de la réception des paroles du client. Si cette relation entre avocats et justiciables est secondaire à ce niveau de la procédure par rapport notamment à la relation entre avocats et avoués, elle n'est pas dépourvue d'enjeu dans la conduite du procès en appel. L'avocat joue le rôle d'un médiateur entre le justiciable et les autres agents de la régulation judiciaire. Dès lors, la première tâche des avocats est d'expliquer le caractère obligatoire de la représentation par un avoué devant la Cour d'appel que, la plupart du temps, le client ne rencontrera pas. Pour revenir sur les dernières phrases du précédent courrier, il revient à l'avocat, un « sale boulot » - tel celui des huissiers de justice pour le recouvrement des créances⁴⁵² - à savoir justifier et demander le règlement des états de frais de l'avoué à la Cour auprès du client. En règle générale, les avocats ne rechignent pas à cette tâche. C'est ainsi grâce à leur compétence relationnelle qu'ils justifient la présence de l'avoué en appel auprès de leur client en donnant quelques éléments de l'histoire de l'organisation judiciaire française et du caractère obligatoire de la représentation par un avoué, en présentant les compétences procédurales spécifiques de l'avoué ou encore leur proximité avec les magistrats tout en expliquant la nécessité de conserver les services d'un avocat, qui sera leur interlocuteur privilégié. Si face à la demande d'une provision de l'avoué dès le début de la procédure d'appel, les avocats se trouvent contraints de déployer ces différents arguments auprès de leur client, lorsque le justiciable bénéficie de l'aide juridictionnelle et que, dans ce cas, les avoués ne sollicitent aucune provision, les avocats ne ressentent pas toujours la nécessité de justifier la présence de l'avoué et d'expliquer la fonction de ce professionnel avec qui, leurs clients n'auront aucun contact.

⁴⁵² Mathieu-Fritz Alexandre, « La compétence relationnelle dans l'application des décisions judiciaires. Eléments pour une sociologie de l'action des huissiers de justice dans le cadre du recouvrement des créances », *Réseaux*, n°121, 2003, p.173-202.

Nicolas : Vous expliquez la présence de l'avoué en appel à vos clients et la nécessité de passer par lui pour un procès en appel ?

Maître Rolland (A7), avocate : Oui, je l'explique et je le justifie par les textes. Ils ne comprennent pas toujours la nécessité d'avoir un avoué. Par contre, quand ils ont l'aide juridictionnelle ça ne leur pose pas de problèmes puisqu'ils ne posent même pas la question. C'est vrai ils ne posent même pas cette question quand ils ne paient pas d'honoraires. Mais en revanche quand ils règlent les honoraires à l'avoué, c'est vrai qu'ils posent des questions, là, c'est compliqué, très compliqué. Donc j'explique d'un point de vue historique la présence des avoués en appel, et je pense que comme ça, ils comprennent un peu mieux. Et puis la grosse difficulté c'est qu'ils ne le voient jamais. Ils ne le voient jamais parce que de toute façon ils établissent des écritures, mais c'est moi qui suis en contact avec le client et ensuite c'est moi qui suis amenée à plaider le dossier, donc c'est vrai qu'ils ne le voient jamais.

De leur côté, les avoués et leurs collaborateurs font attention à maintenir l'avocat – plus spécifiquement lorsque l'affaire leur a été transmise par celui-ci – dans cette position d'interlocuteur privilégié avec le même client qu'ils défendent. Il s'agit pour les avoués de respecter la division du travail de conseil en laissant à l'avocat la prise en charge de la relation au client afin que cette collaboration puisse se renouveler dans de nouvelles affaires et en même temps, de se maintenir dans une position confortable au sein de la chaîne judiciaire d'appel, à distance du justiciable. Pour autant, représentants des justiciables, les avoués et leurs collaborateurs doivent eux aussi faire preuve de compétences relationnelles et notamment de « tacts » pour faire comprendre au client que leur principal interlocuteur est leur avocat et que pour eux, la gestion de leur affaire se joue dans la relation à leur avocat. Ainsi, les avoués et le plus souvent, leurs collaborateurs, dans les rares interactions avec leurs clients, et pour ne pas les « frustrer » face à cette double mise à distance de leur affaire, apportent des réponses spécifiquement procédurales en faisant attention d'évoquer le moins possible le « fond » de l'affaire qui est du ressort des relations « avoué-avocat » puis à un deuxième niveau, « avocat-client ».

Nicolas : Lorsque vous êtes amenée à rentrer en contact avec le client, comment gérez-vous cette relation ?

Anne-Laure (A1), collaboratrice au sein d'une « petite » Etude d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 41 ans : Il y en a quelques fois qui me téléphonent directement pour me poser des questions parce qu'ils n'arrivent pas à voir leur avocat. Donc, moi en leur répondant, il faut que je pense à deux choses. D'une part, de ne pas mettre l'avocat en porte à faux parce que c'est lui qui nous envoie le dossier, et il ne nous envoie pas que le dossier de cette personne-là. On a des avocats pourvoyeurs réguliers. Et puis, il y a quand même l'intérêt du client, il faut qu'il sache comment cela se passe. Donc je lui donne des informations objectives sur la manière dont va se dérouler le procès pour lui, en expliquant les grandes lignes de la procédure ... Et puis ensuite, il faut quand même qu'il puisse se cadrer entre guillemets avec son avocat, c'est l'avocat son interlocuteur privilégié. [...] Donc ce qui est très désagréable pour l'avoué et très souvent l'avocat, c'est que nous du côté avoué, on est en porte à faux, entre l'avocat et le client, au niveau pratique. »

Par ailleurs, les interactions entre l'avocat et son client engagées bien avant le procès en appel et souvent plusieurs années avant le lancement d'une procédure d'appel sont à l'origine d'une relation de confiance privilégiée à laquelle ne peut prétendre l'avoué à la Cour. Qui plus est, l'instauration de cette relation de confiance confère à l'avocat une autorité professionnelle – sans négliger les ressources des justiciables les plus dotés en maîtrise du droit et des procédures juridiques – lui permettant de jouer le rôle d'un premier filtre. Cette position particulière tenue par l'avocat dans la configuration du procès d'appel permet de soumettre à l'avoué la première traduction juridique de la « vision » de l'affaire du justiciable qu'il a opérée. La réalisation de cette première traduction juridique aboutit à la production d'un dossier juridique constitué des conclusions de première instance échangées entre les parties, de la décision rendue par le Tribunal et surtout des pièces juridiques – préalablement sélectionnées par l'avocat pour construire la défense de son client. A partir de ce dossier juridique, l'avoué va pouvoir apporter un second regard sur l'affaire afin de faire réformer – ou confirmer lorsque la partie représentée « subit » la procédure d'appel – la décision de première instance ne convenant pas – ou convenant – à l'avocat et au client en consolidant ou en étoffant l'argumentation développée en première instance par l'avocat.

« Sur la pratique en elle-même, c'est là que l'on voit la différence avec une Etude d'avoué, c'est que quand on travaillait pour un cabinet d'avocat, d'abord le dossier, tu reçois le client, d'abord, le dossier commence par ça. Alors que dans une étude d'avoué toutes ces démarches là, tous ces préalables ont déjà été faits. Donc ça, c'est quand même une grosse différence. Nous, à notre niveau, à l'Etude, c'est vraiment d'apporter un deuxième regard sur l'affaire, sur ce que n'a peut être pas vu l'avocat en première instance », **Caroline (A10), collaboratrice au sein d'une « grande » Etude d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 36 ans, a commencé sa carrière de juriste au sein d'un cabinet d'avocat.**

L'apport de ce « second regard » sur lequel se sont fondés les avoués notamment pour défendre le maintien de leur profession⁴⁵³ se pense à plusieurs niveaux. En premier lieu, les avoués à la Cour se présentent comme une profession experte des procédures civiles et commerciales en appel et par là même – du fait de leur position de pivot au sein de la chaîne

⁴⁵³ Les avoués répugnent à parler de « valeur ajoutée » pour évoquer la manière dont ils se saisissent du dossier de première instance, faisant ainsi attention à inscrire leur profession dans une mission de service public, et préfèrent parler davantage de « second regard » au service des intérêts de leur client tout en étant garant de la régularité et du bon déroulement du procès en appel. On observe cette distinction entre l'usage de « valeur ajoutée » et de « second regard » pour évoquer l'apport de l'avoué au procès en appel dans la production d'un document, au printemps 2008, par la Chambre Nationale des avoués près la Cour présentant un argumentaire adressé à tous les avoués et sur lesquels ces derniers ont la consigne de s'appuyer pour défendre le maintien de la profession auprès d'une liste d'acteurs définie par cette même Chambre Nationale (« parlementaires », « médias », « officiers publics et ministériels », « magistrats », « greffiers », « directeurs de contentieux », « syndicats », « avocats »)

judiciaire d'appel – seule capable de comprendre les enjeux internes du procès d'appel et donc investie d'un mandat moral : agir dans l'intérêt général⁴⁵⁴. C'est par cette connaissance des rouages du procès d'appel et de la production jurisprudentielle de la Cour au sein de laquelle ils exercent que les avoués apportent ce « second regard » au dossier juridique reçu de leur avocat-correspondant et déjà travaillé par ce dernier en première instance. On observe particulièrement cet aspect lorsque l'avoué s'engage dans l'écriture des conclusions d'appel en retravaillant les conclusions de première instance de l'avocat avec une autre focale d'analyse déterminée notamment par sa connaissance de la manière de juger des magistrats de la Cour. Par exemple, lorsque l'enjeu de l'affaire est la définition du montant d'une contribution alimentaire ou d'une prestation compensatoire, les avoués veillent à produire un budget le plus précis et récent possible de leur client afin que les magistrats de la Cour disposent d'une description intégrale et actualisée des conditions matérielles de leur client. Ils peuvent ainsi être amenés à présenter de nouvelles pièces justificatives permettant d'actualiser le budget présenté aux magistrats de la Cour et, parfois, de nouveaux postes budgétaires auxquels l'avocat n'avait pas fait référence en première instance.

Par ailleurs, la deuxième dimension du « second regard » apporté par l'avoué à l'affaire s'incarne dans une forme d'objectivité du traitement qu'il opère du dossier. Cette « objectivité » est notamment permise par une distance au client plus importante que celle entre l'avocat et ce dernier. Cette distance au client s'explique par la position tenue par les avoués au sein de la configuration du procès en appel. Bien qu'engagés eux-mêmes dans le procès d'appel en tant que représentants des justiciables, leur position de pivot entre tous les acteurs du procès leur permet de se saisir de la configuration que les différents acteurs du procès forment ensemble tandis que les autres acteurs du procès d'appel, et en premier lieu, les justiciables, « *sont le plus souvent hors d'état de se percevoir comme des éléments dans cette configuration qui les englobe* »⁴⁵⁵. Les avoués accèdent à cette posture dans le traitement des affaires grâce au monopole du marché des contentieux d'appel dont disposent ces officiers ministériels, surtout en matière familiale où la clientèle n'est pas, de manière générale, coutumière des procédures d'appel, et où les affaires sont principalement transmises aux avoués par les avocats.

Maître Dubois (A2), avouée à la Cour : « La différence sans doute entre l'avoué et l'avocat, c'est qu'il a plus de distance. Il a plus de distance parce que Madame X ne sera jamais un client récurrent. Nous, on ne l'investit pas comme un client récurrent même si c'est un appel

⁴⁵⁴ Sheinman Leslie, « Ethique juridique et déontologie », *Droit et Société*, n°36/37, 1997, p.265-275.

⁴⁵⁵ Elias Norbert, *engagement et distanciation*, op. cit., p.20.

d'ordonnance, il est peu probable qu'on la retrouve dans un an, dans cinq ans, enfin, donc on a plus de distance et on est certainement plus objectif avec ce que l'on nous dit. Bon, s'il faut y aller, on y va. S'il ne faut pas y aller, on dit qu'il ne faut pas y aller. Maintenant si le client veut y aller, c'est le client qui décide au final, mais ... Alors que l'avocat, le client travaille avec lui, aussi sur la pérennité de la clientèle. Alors là, on vient à la différence de statut parce que nous, le client, Monsieur ou Madame CHMOLDU, ce n'est pas un client. C'est l'avocat qui est pourvoyeur de dossiers, on s'en souvient de ça, mais on est aussi beaucoup plus libre aussi. Attendez, je ne veux pas dire que les avocats pipent tous les dés, ce n'est pas du tout ça. Mais de fait, il faut vivre et qu'à un moment donné, si lui ne le fait pas, le client va aller voir l'autre et qui fera. Il ne faut pas non plus être naïf, les avocats c'est une profession libérale, c'est du marché, c'est du commerce. C'est du commerce de service, mais c'est du commerce. Et voilà, et nous, on est quand même, quoi qu'ai dit Monsieur Attali, on n'est quand même pas dans une situation de commerce, parce que l'on n'a pas de liberté de prix ; que l'on en fasse plus ou moins dans un dossier, donc on n'en gagne pas plus. Du coup, comme on n'a pas ce rapport à l'argent, je pense que cela a forcément une incidence sur l'objectivité parce que le dossier ne doit pas rapporter, plus ou moins, c'est un dossier de plus. »

Par les propos de Maître Dubois, on comprend que la position des avocats entre engagement et distanciation vis-à-vis de leurs clients est plus délicate. En contact direct avec les justiciables, les avocats ont ainsi la complexe tâche de se positionner, entre engagement pour la cause de leurs clients et distance vis-à-vis de cette cause, « au service du bon fonctionnement » de l'institution judiciaire. Si la position distanciée des avoués est relativement homogène, autrement dit tenue par une majorité de ces officiers ministériels, il en n'est pas de même pour les avocats. Engagés dans le marché fortement concurrentiel des contentieux familiaux, les avocats se trouvent tiraillés entre deux positions opposées : d'un côté, la défense de causes, en étant pleinement engagé auprès de leur client et de l'autre côté, la fonction d'auxiliaire de justice au service de l'organisation judiciaire, et du modèle de régulation judiciaire apaisée des dissociations conjugales, mettant à distance l'histoire relatée par leur client.

Maître Rolland (A7), avocate : « Il faut apprendre à prendre ses distances. Il faut apprendre à s'impliquer, à faire en sorte que le client quelque part soit satisfait, mais il faut se garder, je dirais de toute relation on va dire trop proche, de tous sentiments de compassion, de tous sentiments qui sont tout à fait légitimes mais qui peuvent nous entraîner dans la mauvaise pente d'un point de vue professionnel et d'un point de vue personnel. Professionnel parce qu'il faut toujours faire la part des choses et il faut justement garder une distance pour en quelque sorte garder la tête froide et voilà donc moi, c'est ma façon de faire. On n'a pas tous la même façon de faire. Il y a des confrères qui prennent fait et cause pour leurs clients envers et contre tout. Voilà, chacun voit midi à sa porte, ce n'est pas comme ça que je vois les choses. Et moi, je ne vois pas les choses de cette façon non plus. Parce que si on va dans le sens du client, j'essaie d'aller dans le sens du client mais j'essaie que le client vienne aussi vers moi. C'est à dire que j'essaie de faire comprendre un certain nombre de choses au client. Je ne dis pas entre guillemets « amen » à tout ce qu'il me dit. Donc, j'essaie de lui faire comprendre certaines choses voilà. Et j'essaie que notre relation, elle soit constructive parce que je considère qu'à

partir du moment où on va forcément dans le sens du client ça ne va pas forcément dans son intérêt. »

Au final, il ne s'agit pas de penser la profession d'avocats comme clivée autour de ces deux positions. Un même avocat, selon les affaires qu'il a à traiter, peut embrasser ces deux positions. On pense, ici, notamment, à des avocates spécialistes de la défense des enfants, prenant en charge également des dossiers de divorce. Lorsque celles-ci représentent les enfants dans des affaires civiles, elles portent la cause et la parole de l'enfant. Et quand il s'agit de représenter des justiciables dans le cadre d'affaires de divorce, ces dernières auront tendance à mettre à distance l'histoire relatée par leurs clients et à refuser de présenter certaines de leurs demandes pour remettre au centre du débat, la question de l'intérêt de leurs enfants, au fondement de la régulation judiciaire des dissociations conjugales et parentales.

2.1.3. Une relation sous tension : la division du travail de conseil remise en cause

Déjà en abordant la question de la division du travail de conseil entre avocats et avoués ou encore la position tenue par ces deux professions judiciaires auprès du justiciable, s'esquissait en filigrane une relation sous tension. Cette tension est, en premier lieu, visible dans ce jeu relationnel à trois acteurs entre le justiciable, l'avocat et l'avoué. La prise en charge relationnelle du client par les avocats, autrement dit les tâches les moins prestigieuses – du moins dans le cas des procédures d'appel – du travail de conseil (solliciter le paiement des honoraires, établir un tri de toutes les pièces transmises par le client, gérer les mécontentements, et les « humeurs » du client, etc.), conduit certains d'entre eux à s'établir auprès du justiciable comme son conseil exclusif, sans évoquer la présence de l'avoué comme autre conseil dans la procédure d'appel. De plus, la complexe et délicate question de la position des avoués tenue dans le procès en appel est, pour certains avocats, souvent à l'origine de la relation exclusive de conseil qu'ils instaurent avec leur client. Même si, comme on a pu le voir précédemment, les avoués apprécient de ne pas rentrer directement en relation avec le client qu'ils représentent, ces derniers sont pour autant attachés à ce que les justiciables aient connaissance du travail qu'ils accomplissent en leur nom, ne serait ce que pour justifier leur « état de frais ».

Agathe (A13), collaboratrice au sein d'une « petite » Etude d'avoué, fille d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 53 ans : « Quand ils ont un avocat et qu'ils reçoivent la facture de l'avoué, moi, j'en ai eu quelques uns au téléphone, qui ont appris à ce moment-là qu'ils avaient un avoué. C'est quand même pas normal, l'avocat aurait dû leur expliquer au moment où ils ont décidé, dans leur cabinet de faire un appel. Ils auraient donc du leur expliquer « bon, il vous faut un avoué, l'avoué c'est telle profession voilà comment ça fonctionne » et ils auraient dû en toute honnêteté expliquer, « moi, je ne suis pas obligatoire devant la Cour tout en faisant valoir les avantages que cela a ». Et majoritairement, les gens ne savent pas. Et c'est quand même outre le fait, bon, c'est compréhensible d'avoir du mal, vu de l'extérieur, d'avoir du mal à comprendre le rôle de l'avoué et le rôle de l'avocat. Mais, c'est pas difficile de comprendre que seul l'avoué est obligatoire et que la Cour est tenue par ce qu'il y a dans les écritures. Elle n'est pas tenue par ce qu'il y a dans les plaidoiries. »

La légitimité du monopole de la postulation devant la Cour d'appel des avoués est, comme on peut le voir dans cet extrait d'entretien, l'enjeu de cette relation sous tension entre avocats et avoués. Pour notamment les avocats appartenant à des « gros » cabinets d'affaire prêts à investir le marché des procédures d'appel, opposés au monopole dont disposent les avoués, leur prise en charge notamment des tâches les moins nobles dans le travail de conseil en appel – à la différence du travail d'écriture laissé aux avoués – les conduit à se positionner vis-à-vis de leur client comme principal et unique conseil du justiciable. D'ailleurs, ces derniers n'hésitent pas à participer directement au travail d'écriture en appel en proposant à l'avoué des projets de conclusion. Cette tension dans la relation « avocat-avoué » sur la question de la répartition des tâches du travail de conseil en appel s'observe notamment lorsque l'avoué ou ses collaborateurs modifient les projets de conclusion transmis par leur avocat correspondant. Les modifications apportées aux conclusions par l'avoué est l'une des manières de justifier de l'apport de son second regard sur le dossier. A l'opposé, ces modifications peuvent être perçues par les avocats comme une forme d'affront au travail effectué en amont. Aussi, les avoués tentent de faire preuve de « tact » lorsqu'ils présentent les modifications des conclusions à leur correspondant en valorisant le travail de ce dernier tout en présentant les améliorations qu'ils ont apportées.

Anne-Laure (A1), collaboratrice au sein d'une « petite » Etude d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 41 ans : Dans les dossiers que l'on reçoit et où les avocats concluent, c'est très rare qu'il y en ait qui maîtrisent, il y en a quelques uns qui maîtrisent le truc. Mais c'est très rare qu'il y en ait qui maîtrisent ces règles de procédures et qui en en tirent profit. Et puis pour les avocats qui concluent, ce n'est pas toujours évident de corriger leurs conclusions, que ce soit sur le fond ou la forme, d'ailleurs. Certains peuvent le prendre comme un véritable affront professionnel donc il faut faire attention à faire preuve de tacts pour les amener à changer leurs écritures parce qu'aussi, au final, c'est l'avoué qui a la responsabilité de la signification des écritures. Donc, finalement, l'un dans l'autre, avoir quelqu'un de spécialiser,

un conseiller juridique pour employer un terme très, très général qui est spécialisé dans les techniques procédurales d'appel et qui en plus sur le fond du dossier, va avoir un regard tout neuf à la lecture des pièces de première instance, des conclusions de première instance de chacune des parties sans avoir le relationnel avec le client qui au bout d'un certain moment doit pouvoir fausser le regard, c'est quand même, enfin pour moi, c'est essentiel. »

D'autres avocats, notamment ceux travaillant dans un cabinet individuel, pensent la relation de conseil en appel à trois têtes (client, avocat, avoué) d'une manière toute autre. Ces avocats exerçant seuls, optimisant le temps consacré à leurs différentes charges professionnelles afin de traiter toutes leurs affaires, utilisent la présence d'un deuxième conseil à leur côté en appel pour se décharger d'un certain nombre de tâches qui leur sont normalement dévolues (réception et traitement des pièces du client, entretiens avec le client, etc.). Plutôt favorables au maintien du monopole de la postulation des avoués devant la Cour d'appel, ces avocats ont eu tendance à profiter du contexte de réforme de la postulation pour accentuer cette décharge aux avoués de certaines missions de conseil et notamment en ne faisant plus jouer leur rôle de filtre auprès des clients. De leur côté, les avoués ne peuvent se permettre de refuser ces nouvelles missions au risque de renforcer la position des avocats opposés au maintien de leur monopole.

Caroline (A10), collaboratrice au sein d'une « grande » Etude d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 36 ans : « Maintenant dans les études d'avoués, parce que moi je fais la matière familiale, les gens, normalement, ils devraient passer par l'avocat pour transmettre leurs instructions et pièces. Mais, maintenant par facilité, les avocats demandent, et par rapidité aussi, et ce n'est pas parce qu'ils ne s'y intéressent pas mais maintenant tout est balancé à l'avoué. Moi, ça fait que je reçois de plus en plus les coups de fil et les instructions directement par les clients ce qui nous demandent un travail supplémentaire de traitement des pièces. On devrait recevoir le dossier en l'état par l'avocat qui a déjà fait un tri et nous on aura à le traiter avec ce qui nous paraît utile. Or maintenant, c'est rarement ce qui est fait.

Nicolas : Et comment tu expliques ce changement ?

C'est par gain de temps pour les avocats et puis aussi, ils disent souvent que comme l'avoué, il suit le dossier autant qu'il ait directement les instructions et pièces même si parfois, ça nous fait un peu grogner parce qu'on aimerait un premier tri ce qui éviterait de recevoir d'un coup, toutes les instructions et observations du client souvent inutiles. Et puis un tri des pièces parce que notamment en matière familiale, il y a le tri de toutes les attestations et il faut faire très attention à ce qui est produit pour ce qui est de la recevabilité des pièces. Et puis surtout, je pense qu'il y a l'effet du contexte actuel. Je suis sûre que certains avocats doivent se dire « les avoués veulent garder leur monopole, et bien qu'ils se débrouillent du client et de tout faire le dossier » ! »

Finalement, dans ce contexte de réforme de l'activité de conseil en appel, les relations professionnelles sous tension entre avocats et avoués, peuvent conduire à une forme de

brouillage dans la division des tâches dévolues en principe à chacun de ces deux conseils juridiques. Ce brouillage de la division du travail de conseil est ainsi à l'origine de différents types de collaboration professionnelle entre avocats et avoués sur la base des domaines de spécialisation des avocats. D'une part, on observe des avocats véritables spécialistes des affaires familiales (dans le sens où leur activité se concentre quasi exclusivement dans ce domaine du droit), conserver une relation exclusive avec le client et investir les travaux d'écriture réservés en principe aux avoués. D'autre part, des avocats très souvent généralistes ou du moins pratiquant différents domaines du droit ne disposant pas toujours de personnels pour mettre en forme les actes juridiques, profitent de la présence d'un deuxième conseil à leur côté, pour se décharger de différentes tâches auprès des avoués, tout en conservant néanmoins, une relation privilégiée avec le client.

Caroline, (A10) collaboratrice d'avoué, chargée des affaires familiales au sein d'une « grosse » Etude, 36 ans : « Il y a des avocats qui vont suivre très précisément l'évolution de la procédure et l'évolution de la vie familiale, qui sont vraiment très efficaces en donnant des explications précises sans que l'on ait besoin de leur demander. On leur donne les dates auxquelles on doit déposer nos conclusions, ou celles des adversaires, la date à laquelle le dossier sera clôturé et plaidé. Et on en a quelques uns qui régulièrement avant les dates butoirs, nous disent, bon bien voilà, j'ai fait le point avec le client et qui ont déjà réfléchi à un argumentaire sur les faits ou que ce soit sur un argumentaire juridique et qui nous envoient spontanément à l'avance un certain nombre de documents. Après ça, rien n'empêche de discuter, cela reste une base, c'est quand même l'avoué qui est responsable du dossier, sur le plan de la responsabilité professionnelle. Donc, ce que nous dit l'avocat, on peut en discuter. Après finalement, il faut le faire avec doigté. Mais par contre on a d'autres avocats qui nous donnent le bébé au début, en disant bon bien voilà, vous faites appel pour untel de telle décision ou vous vous constituez pour mon client, et puis après je vous envoie mon dossier. Et puis ensuite, je ne vais pas dire que c'est le silence radio mais on n'a plus du tout de nouvelles. C'est-à-dire que l'on demande telle ou telle pièce, il faut à chaque fois initier à nouveau l'argumentaire et l'évolution des preuves dont on a besoin. Donc, il y a deux types de relations, il y a ceux qui suivent à fond le dossier, et puis il y a ceux qui, on a l'impression, qui font juste la boîte aux lettres et qui s'occupent du dossier au moment de venir plaider. Cela peut se concevoir comme un comportement un peu par intérêt ou à l'opposé comme une confiance donnée à la manière dont on va traiter le dossier. Ce n'est pas forcément négatif, mais il y a deux manières de travailler, il y a ceux qui sont très directifs, qui donnent des observations très précises, qui font des observations de trois ou quatre pages et qui parfois peuvent être quasiment reprises en termes d'argumentations et ceux qui se déchargent totalement sur nous et avec qui on sera véritablement en contact au moment des plaidoiries. »

Après avoir présenté ce premier maillon de la configuration du procès en appel constitué de la relation entre avocat et avoué près la Cour, il convient d'appréhender la deuxième relation forte de la chaîne judiciaire d'appel, la relation liant les avoués près la Cour aux représentants de la régulation judiciaire : les magistrats et les greffiers de la Cour.

2.2. *Le seul conseil vers lequel se tournent les magistrats*

Intermédiaires entre d'une part, les juges et les greffiers à la Cour, et d'autre part, les justiciables et leur avocat, les avoués près la Cour contribuent directement à la rationalisation du traitement de l'ensemble des affaires présentées devant la Cour en participant à la mise en état du procès. Au sein de chaque Cour d'appel, les avoués constituent un collège restreint de professionnels exerçant leur activité uniquement dans le cadre de cette juridiction (différence avec les avocats). Tous les avoués sont ainsi personnellement connus des magistrats et des greffiers de la Cour. Le contact permanent entre les avoués et les magistrats produit une relation exclusive dans l'instruction des affaires en appel, mettant à distance, tant les avocats que les justiciables des acteurs centraux de la régulation judiciaire en appel. En effet, la relation de ces derniers avec les magistrats et les greffiers de la Cour se limitent le plus souvent aux interactions lors de l'audience de plaidoirie. Qui plus est, les avocats ne plaident pas systématiquement les affaires en appel, et les justiciables n'assistant, d'une manière générale, que peu souvent à l'audience, il arrive régulièrement que les avocats et les justiciables ne soient jamais rentrés directement en relation avec les magistrats de la Cour durant tout le déroulement du procès en appel.

Enfin, un autre élément fondamental de cette relation étroite entre avoués et magistrats de la Cour consiste dans les différents ajustements des avoués dans la conduite de l'instruction de leurs dossiers face aux caractéristiques sociales et professionnelles des magistrats. En effet, leur connaissance du travail d'instruction des affaires par les différents magistrats de la Cour, et surtout des logiques qui sont au fondement de leur action de juger conduit les avoués à adapter leur stratégie de défense en fonction de ce socle de pré-savoirs professionnels.

2.2.1. Une collaboration étroite et exclusive au service d'une « bonne » instruction des procès en appel

Le *numerus* limitant le nombre d'avoués à prendre en charge les affaires civiles et commerciales devant les Cours d'appel est perçu par les différents magistrats de la Cour comme un facteur de « bonne administration de la justice ». Les considérant comme des collaborateurs précieux dans l'instruction des procès d'appel, les magistrats s'appuient sur les avoués lors des différentes étapes du procès d'appel. De leur côté, les avoués envisagent cette

relation privilégiée avec les magistrats et leurs greffiers au sein d'une unique juridiction comme un gage de loyauté du procès et surtout d'équité des parties face au procès.

« Il est indispensable que les représentants des parties (les avoués) soient en contact permanent avec le juge pour que le débat, qui se déroule pendant toute la durée du procès, soit véritablement loyal et contradictoire. C'est pour cette raison que ces professionnels ont une compétence limitée non seulement à une circonscription territoriale mais à une seule juridiction. »

Site Internet de la Chambre Nationale des Avoués près la Cour d'appel (www.chambre-nationale.avoues.fr, site consulté le 13 août 2010)

Cette collaboration étroite permise grâce au monopole de la postulation des avoués, s'engage dès le lancement des procédures d'appel. L'avoué joue ainsi le rôle d'un véritable « filtre », en ne présentant aux magistrats de la Cour, en principe, que les affaires ayant une chance de prospérer en appel. Cette fonction de « filtre » ne s'arrête pas au moment où se décide de produire l'acte d'appel. En effet, on a pu voir précédemment (chapitre 4) que lorsque l'avoué reçoit de l'avocat l'instruction de former appel d'une décision du juge aux affaires familiales, il n'a pas toujours à disposition les éléments du dossier lui permettant de produire son conseil quand aux chances de succès d'un nouveau procès en appel. Ainsi, il peut opérer son rôle de filtre face à un dossier qui selon lui n'a aucune chance de prospérer, alors que la procédure d'appel est lancée depuis plusieurs mois. Dans ce cas précis, il conseille à l'avocat-correspondant et à son client de se désister de leur appel ou bien d'attendre la radiation par les magistrats de leur appel. Bien que dans ce type d'affaires, il revient aux avocats et aux justiciables de prendre la décision de la poursuite du procès en appel, les avoués participent donc, d'une manière générale, à la limitation du nombre des affaires présentées devant la Cour d'appel. Pour reprendre les propos d'une collaboratrice d'avoué, les avoués permettent ainsi, aux greffiers et aux magistrats de la Cour « *de n'avoir à traiter, pourrait-on dire, que des affaires qui ont une chance d'être révisée en appel* ». Le tableau suivant donne en quelque sorte raison à cette collaboratrice d'avoué puisque, parmi notre corpus de dossiers étudiés, près de trois affaires sur cinq ont vu la décision de première instance être révisée (totalement ou partiellement). On observe également le rôle de filtre des avoués par la part non négligeable des procédures n'allant pas à leur terme (13,8%).

Tableau 13. La révision des décisions de première instance devant la Cour d'appel

Résultat de la procédure d'appel	Part en % (Effectif)
Décision de première instance confirmée	27,7 (114)
Décision de première instance infirmée	58,5 (241)
Procédure n'allant pas à son terme (radiation de l'appel, désistement d'appel, accord des parties)	13,8 (57)
TOTAL	100 (412)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une Etude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (ayant pour objet le traitement d'une séparation ou de ses conséquences) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=412.

Lecture : 58,5% des décisions présentées devant la Chambre Familiale de la Cour d'appel ont été réformées.

Davantage que son rôle de « filtre », l'avoué facilite à plusieurs niveaux le travail des magistrats de la Cour et de leurs greffiers. En préparant les dossiers juridiques en amont des plaidoiries, en se tenant à un strict respect des différentes étapes de la procédure, et d'une manière générale, en instruisant les affaires dans les formes attendues par les magistrats, il a également pour mission de mettre en œuvre et en forme l'équation que les magistrats de la Cour seront appelés à résoudre. L'extrait de l'ouvrage de la Compagnie des Avoués de Paris, en 1957, évoquant tant les avoués de première instance et près de la Cour d'appel, est encore d'actualité pour évoquer la relation que les avoués près les Cours d'appel entretiennent avec les magistrats.

« [...] il est réconfortant de constater que, si les Avoués ont toujours manifesté une très déférente affection et un complet dévouement à leurs Magistrats, ceux-ci se sont toujours plu à reconnaître la haute conscience professionnelle et le précieux concours qu'ils trouvaient parmi eux.

Cette conscience professionnelle et ce concours incessant se manifestent dans l'accomplissement par l'Avoué de toutes les règles à suivre, depuis l'introduction de la demande en justice jusqu'à l'exécution de la sentence. Le juge ne doit pas se voir soumettre, en effet, un conglomérat informe de faits hétérogènes, et c'est l'Avoué qui aura à pratiquer ce travail de discernement et d'analyse juridique qui permettront de le saisir de faits clairement exposés, et des seuls faits qui constituent le litige.

Aussi un éminent Magistrat du Tribunal de la Seine pouvait-il ajouter : « L'Avoué n'est pas l'auxiliaire du Juge, il est son collaborateur indispensable, à tel point que c'est lui qui, par ses écritures, le lie dans sa décision ». »⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ Compagnie des Avoués de Paris, *L'avoué dans la vie moderne*, Lyon, Edition Audin, 1957, p.24.

Par ailleurs, se jouent en toile de fond de cette relation privilégiée entre avoués et magistrats tant la réputation et la légitimité professionnelles de l'avoué que l'autorité du magistrat et le bon fonctionnement de l'organisation judiciaire dont ils sont garants. En effet, c'est la forte dépendance mutuelle de ces deux acteurs qui, pourrait-on dire, leur impose une relation de confiance. Ainsi, les magistrats se reposent sur les avoués lesquels garantissent leur autorité devant l'avocat et le justiciable et prennent en charge différentes tâches (notamment un important travail de transmission d'informations sur le déroulement de la procédure aux avocats et aux justiciables) dévolues en première instance aux greffiers. Dans ce sens, en 2008, suite à une décision du bureau de la Chambre Nationale des avoués, les différentes Etudes d'avoués de la Cour ont investi dans un outil informatique permettant le transfert vers le Greffe de la Cour de différents actes juridiques et de différentes correspondances dématérialisés. La stratégie sous-jacente de la Chambre Nationale en prenant une telle décision était d'affermir la position particulière des avoués dans la configuration du procès en appel, en renforçant ainsi la dépendance des greffiers de la Cour vis-à-vis des Etudes des avoués. Du point de vue des magistrats, la légitimité du monopole des avoués près la Cour tient précisément à cette relation privilégiée. Sans ce rapport particulier aux magistrats, il serait d'autant plus difficile pour les avoués de justifier leur position au sein de la chaîne judiciaire en appel auprès des avocats et de leurs clients. Par ailleurs, et il s'agit d'un aspect non négligeable, la tarification de la rémunération des avoués par le législateur est directement mise en œuvre sous le contrôle des magistrats de la Cour. Ainsi, mieux vaut pour les avoués entretenir de « bonnes » relations avec les magistrats, lesquels s'ils ne peuvent pas influencer sur le montant des tarifs, peuvent faire courir des délais, retardant la mise en paiement des états de frais des avoués.

C'est ainsi, que tout logiquement, pendant la réforme visant à la suppression de la profession d'avoué près la Cour, ces derniers se sont appuyés sur cette relation étroite avec les magistrats pour faire entendre leur cause. Les magistrats ont été ainsi les premiers acteurs vers lesquels se sont dirigés les avoués pour demander leur soutien suite au dépôt du rapport Attali. L'extrait du courrier de la Présidente de la Compagnie des Avoués au Président de la Cour d'appel et des différents magistrats composant la Cour met ainsi en avant cette relation d'interdépendance tissée entre avoués et magistrats.

« Monsieur le Président,

Qu'il nous soit permis d'attirer votre attention sur la décision 213 du rapport rédigé par Monsieur Attali. [...]

A X, le rôle des avoués ne se limite pas au rôle ectoplasmique dans la gestion des affaires de la cour que certains leur prêtent, et contrairement à la caricature de la « décision 213 » du rapport Attali, mais interviennent activement et effectuent des apports intellectuels autant d'ailleurs en matière de procédure civile que sur le droit substantiel lui-même.

Et les avoués ont le plaisir d'entretenir des relations de confiance et proximité avec l'ensemble des magistrats et de la Cour et des personnels du greffe, ce qui permet d'assurer une gestion saine et efficace des dossiers.

Par l'effet de la suppression envisagée, les délais de traitement des affaires s'accroîtraient immanquablement, et ce en contravention avec le droit européen.

En outre, l'Etat devrait supporter des coûts de personnels pour assurer les tâches actuellement supportées par les avoués [...]

La Compagnie des Avoués d'X et au-delà la profession toute entière sollicitent que vous preniez en considération les termes de ce courrier et vous invitent à exprimer votre soutien à la profession en un démenti aux considérations du rapport Attali.

Votre respectueusement dévouée. »

Lettre de la Présidente de la Compagnie des Avoués d'X adressée à Monsieur le Président de la Chambre familiale de la Cour d'Appel

Si seulement quelques magistrats de la Cour ont soutenu publiquement la cause des avoués – plusieurs magistrats invoquant leur devoir de réserve, par contre, tous ont facilité les différentes mobilisations des avoués, en reportant des conférences de mise en état, en renvoyant à plusieurs reprises des audiences les obligeant à repenser tous les calendriers procéduraux.

D'autres indicateurs révèlent la relation de proximité des avoués avec les magistrats. Il s'agit notamment des célébrations qu'organisent les magistrats ou les greffiers de la Cour pour fêter un départ en retraite, une mutation vers une autre juridiction après plusieurs années passées à la Cour, etc. d'un magistrat ou d'un greffier, auxquelles sont conviés systématiquement tous les avoués de la Cour. Réciproquement, lorsqu'un avoué prend sa retraite, ou voire, marie un de ses enfants, il est de coutume que les magistrats et/ou les greffiers de la Cour soient invités à ces célébrations.

Si l'on revient à notre configuration du procès en appel, il est enfin important de préciser que la relation étroite entre les avoués et les magistrats revêt également d'une forme d'exclusivité. Autrement dit, à la manière dont les avoués sont réticents à engager une relation directe avec les justiciables, les magistrats préfèrent s'appuyer sur la position de l'avoué, véritable pivot du procès d'appel à l'interface de tous les acteurs en présence, pour atteindre précisément les avocats et les justiciables. Lorsque les magistrats fixent les calendriers de procédure (date de la conférence de mise en état, d'une éventuelle audition d'enfant, de l'ordonnance de clôture et des plaidoiries, etc.), sollicitent une provision pour rémunérer un expert judiciaire, demandent le versement aux débats de certaines pièces judiciaires, etc., ils se tournent systématiquement et exclusivement vers les avoués lesquels ont en charge de répercuter les informations transmises à l'avocat-correspondant et/ou à son client. Cette exclusivité s'exprime notamment alors que se profilent les audiences de plaidoirie devant la Cour qui concernent davantage les avocats puisque, rappelons-le, ces derniers en ont le monopole. On pense, ici, notamment à quelques affaires où des avocats peu coutumiers des procédures d'appel s'adressaient directement aux greffiers de la Cour ou même aux magistrats pour solliciter un report de la clôture, pour aviser du dépôt du dossier de leur client, etc. Cette façon de procéder de ces avocats a souvent pour conséquence « d'indisposer » en premier lieu, les greffiers de la Cour et ensuite, les magistrats. Le plus souvent, ces derniers renvoient les avocats vers l'avoué qu'ils ont constitué ou bien, leur rappellent qu'ils ne traitent des questions de procédure qu'avec les avoués. Ainsi, pour exemple, lors d'une conférence de mise en état, à laquelle nous avons pu assister, le Président de la chambre familiale s'adressait aux avoués leur relatant un entretien téléphonique avec une avocate et les difficultés qu'il avait à lui faire comprendre qu'il ne pouvait être en contact avec tous les avocats et préférait qu'elle passe par son avoué pour les différentes questions de procédure.

Ce dernier exemple évoque indirectement, la difficulté pour certains avocats d'appréhender les liens d'interdépendances entre avoués et les agents de la régulation judiciaire en appel que sont les magistrats et les greffiers de la Cour. Il convient, dorénavant de saisir l'ambivalence des différents rôles des avoués à la Cour, endossant, d'une part, le rôle d'un collaborateur privilégié du juge d'appel, et d'autre part, le rôle de représentant d'une partie au procès.

2.2.2. L'ambivalence des rôles de l'avoué : entre collaborateur du juge d'appel et représentant du justiciable

Un rapport de la commission de réflexion de l'association nationale des jeunes avoués près les Cours d'appel (AJA) datant de 1990 définissait la profession d'avoué près la Cour de la façon suivante : « *Représentants d'intérêts privés, ils veillent à la défense des droits de leurs clients. Investis d'une mission de service public, ils évitent que ces droits dégénèrent en abus* ». Si ces deux missions se rejoignent autour d'un même rôle de ce professionnel : celui d'expert juridique, les avoués, pour les exercer simultanément, doivent disposer d'autres types de compétences, notamment des compétences relationnelles et rédactionnelles. Les rôles de collaborateur du juge d'appel et de représentant du justiciable sont d'autant plus difficiles à tenir simultanément que les affaires dont les avoués ont à traiter sont très souvent l'objet d'un conflit intense les parties au procès. Les avoués se trouvent, en effet, en tension entre les instructions des avocats retraduisant les demandes du client et les attentes des juges de recevoir des écrits au soutien de l'appel facilitant leur action de juger. Leur situation relationnelle⁴⁵⁷ à l'interface d'une part, du justiciable et son avocat, et d'autre part, des magistrats et des greffiers de la Cour conduit les avoués à jouer le rôle d'un modérateur des demandes du client, habituellement réservé aux avocats. Ces derniers, devant la Cour d'appel, ont à gérer une relation souvent délicate avec leur client. Notamment, les justiciables à l'origine de la procédure d'appel suite à une décision en première instance n'allant pas dans le sens de leurs prétentions, peuvent se mettre à douter du travail de défense de leur avocat, voire à l'extrême, en changer pour la procédure d'appel. Ainsi, toute la difficulté pour les avocats, est de maintenir une relation de confiance, au fondement de l'activité de conseil, avec leur client. Pour cela, ils se trouvent contraints de faire entendre le point de vue de leurs clients, laissant aux avoués l'opération de traduction juridique. Le rôle de modérateur des demandes du client tenu par l'avocat en première instance, s'il existe encore dans les procédures d'appel, se joue, par conséquent, également à un deuxième niveau, par l'avoué. L'engagement de l'avocat auprès du client et au contraire, la distance de l'avoué au client et son interdépendance avec les magistrats, conduit à deux conceptions différentes d'une « stratégie de défense efficace »⁴⁵⁸ retraduites à travers l'extrait d'entretien suivant avec Maître Dubois, avoué à la Cour. Pour les avocats, l'efficacité de la défense en appel se pense tant en rapport aux magistrats qu'aux justiciables. Si la défense proposée par l'avocat doit

⁴⁵⁷ Freidson Eliot, *La profession médicale*, Paris, Payot, 1984.

⁴⁵⁸ Milburn Philip, *op. cit.*

ajuster les prétentions du client aux modalités de l'action de juger des magistrats, elle doit, par ailleurs, tenir compte de la forte dimension émotionnelle de la séparation. « *Une séparation doit être une page que l'on tourne et pour tourner une page, il faut l'évoquer dans les écrits judiciaires* » explique à ce propos, une avocate coutumière des procédures d'appel. Par contre, les avoués engagés dans une relation interpersonnelle durable avec les magistrats – à la différence de la relation avec le client qui est souvent le fait d'une seule affaire devant la Cour – et dans laquelle se joue leur « crédibilité » professionnelle, envisagent leur stratégie de défense, en premier lieu, au service d'une « bonne » instruction judiciaire du procès. Autrement dit, il s'agit pour les avoués de faciliter le travail de régulation judiciaire des magistrats par un travail d'ajustement des demandes du client à la jurisprudence de la Cour et de retraduction juridique des conclusions de première instance des avocats ou, de l'histoire de l'affaire proposée par le client en se limitant à « qualifier les faits ». Il est, par ailleurs, important de préciser que cette conception restrictive des « stratégies de défense efficaces » des avoués peut s'articuler autour de différents modèles selon les caractéristiques sexuelles, sociales et familiales des justiciables sur lesquels nous reviendrons par la suite.

Nicolas : Comment procédez-vous pour rédiger vos conclusions d'appel ?

Maître Dubois (A5) : Il faut qualifier les faits et moi je n'utilise que les faits qui sont qualifiables juridiquement, utilisables juridiquement. Après le pathos, et c'est là où les conclusions d'avocats et d'avoués sont totalement différentes parce que les conclusions d'avoués ne doivent qu'être que des conclusions de procédure même si on utilise les faits, mais ce n'est que des conclusions de procédure. Donc à partir de là, normalement, il n'y a pas de pathos. Que ce soit le pire des salauds, c'est une chose mais s'il n'a que 1200 euros, il a des charges. Et objectivement ... c'est pour ça que je vous dis qu'il faut qualifier les faits, il faut bien donner une qualification juridique aux faits. Que ce soit le pire des salauds, pour une pension alimentaire, ce n'est pas qualifiable.

Nicolas : Est-ce que ce n'est pas un nœud pour les personnes ? Pour eux, cela doit être difficile de ne pas utiliser leur ressenti ?

Maître Dubois : Oui, oui, il y a l'affect. Il y a une autre dame aussi qui m'explique qu'il faut que je reconclue dans son dossier parce que je n'ai pas longuement expliqué les conditions de la séparation. Ça c'est pareil, on est ici pour une pension alimentaire pour un fils de dix sept ans et pour l'autre de quinze ans. Qu'il se soit séparé en cassant toute la vaisselle du ménage, ce n'est pas le problème dont est saisie la Cour. Alors et c'est là, où l'on en revient à la relation avocat-avoué. Moi que je conclus là-dessus ou pas, je n'ai aucun intérêt, ça ne me rapportera rien de plus. La seule chose que cela puisse me faire perdre, c'est ma crédibilité vis-à-vis du juge et comme je suis officier ministériel, c'est ce qui m'importe le plus, garder cette crédibilité. Moi, quand j'étais stagiaire dans une Etude d'avoué, le maître-mot de mon maître de stage était « il ne faut jamais tromper le juge ». C'est important ça, donc dans les conclusions, il ne faut jamais mettre des choses dont on n'est pas sûr et surtout pas des choses qui s'avèreraient fausses. La seule chose que je puisse faire, c'est la tasse à moitié pleine, à moitié vide. Donc elle est à moitié pleine, mais l'autre dirai, elle est à moitié vide, mais je ne trompe pas quand je dis qu'elle est à moitié pleine et ça, c'est une éducation, une formation avoué « pur jus » quoi, formée par un avoué. Donc tout ça pour dire que c'est la façon de

conclure d'un avoué. L'avocat conclut davantage pour son client et non pas pour le juge. Quand un avocat me demande, comme par exemple aujourd'hui, sur les instructions de la Madame de raconter les conditions de la séparation, ce qui n'apporte rien aux débats dont est saisie la Cour, là, si je pense uniquement au droit, à la procédure, là, aujourd'hui, je ne fais rien. Vous allez me dire, si je le fais, je ne vais pas atteindre ma crédibilité, je ne trompe pas le juge, je raconte un truc qui ne sert à rien et dont le juge ne va pas s'occuper, c'est tout. Je ne mens pas, je ne trompe pas. Je raconte que Monsieur et Madame ont cassé beaucoup de vaisselles mais ça ce n'est uniquement pour faire plaisir à la personne.

Nicolas : et cela peut avoir un effet contre-productif ?

Maître Dubois : Oui, en un sens. Surtout, ça va agacer le juge puisqu'il aura cinq pages inutiles, parce qu'en plus, il faut inventorier les tasses et les sous-tasses. Mais bon là, je pousse à l'extrême. Mais si on part là-dessus, effectivement ... mais dans le meilleur des cas, il comprend même si c'est inutile, il tourne les pages et laisse de côté. C'est aussi ce rapport, cette distanciation, le fait que l'on ait un statut différent et cette absence de rapport à l'argent, on en revient toujours au même parce que là, raconter le nombre de tasses et de sous-tasses cassées, c'est pour la cliente, ce n'est pas pour le juge. En fait, ce n'est pas pour la solution du procès parce que l'on ne demandera pas à l'adversaire de l'argent pour racheter des sous-tasses cassées donc qu'on le dise ou que l'on ne le dise pas, ça ne change pas ... Mais, je comprends qu'un avocat dans ce rapport à la clientèle veuille qu'on l'écrive noir sur blanc. Nous, on n'a pas cette concurrence. Quand je suis arrivée en 1994, il y avait à peine 100 avocats au barreau, aujourd'hui ils sont pratiquement 300. Le gâteau que je sais, la population ne s'est pas modifiée en proportion. Donc le gâteau et bien le gâteau, il est ce qu'il est. Mais si on est de plus en plus dessus, pour garder une part convenable, ça amène du coup quelque part un peu à vendre son âme parce que c'est peut être des grands mots, mais il y a de ça. Donc, nous avoué, si on peut comprendre la position des avocats, il reste que l'on a une position différente et qui, d'une certaine manière, va tout autant dans le sens de l'intérêt du client.

Pour tenir cette position, en plus de ces compétences rédactionnelles, les avoués doivent s'appuyer sur d'autres ressources. Il s'agit des compétences relationnelles investies particulièrement dans le travail de collaboration avec l'avocat, précédemment présentées dans la description de la relation avocat-avoué. De l'autre côté de la chaîne judiciaire, les avoués dans leur relation aux magistrats d'appel ne font pas face à un corps monolithique du point de vue de ces caractéristiques sociales. Si une relation de confiance lie intrinsèquement les avoués aux magistrats, il n'en demeure pas moins que les avoués doivent ajuster leurs pratiques professionnelles aux différentes caractéristiques des magistrats traitant des affaires familiales devant la Cour.

2.2.3. L'ajustement des pratiques professionnelles des avoués aux caractéristiques socioprofessionnelles des magistrats

La composition de la Cour d'appel est un élément fondamental sur lequel reposent les stratégies de défense développées par les avoués. La plupart des décisions de la Cour d'appel sont rendues de manière collégiale, par trois magistrats : le président chambre et deux autres

magistrats (conseillers, vi-président ou président de la Cour). La composition collégiale de la Cour pour les affaires étudiées est imposée par le législateur. Pour les affaires familiales, la Cour fait application de l'article 786 du CPC⁴⁵⁹, à savoir que l'audience de plaidoirie est tenue par un seul magistrat lequel est chargé de produire un rapport sur cet audience aux deux autres magistrats qui rendront l'arrêt. A la lecture d'un arrêt de la Cour, on trouve mentionnée la composition de la Cour avec le nom des trois juges dont le magistrat rapporteur ainsi que le nom du greffier. Pour autant, lorsque les avoués sélectionnent des arrêts pour constituer leur « classeur » de jurisprudences de la Cour, ces derniers retiennent le nom du magistrat rapporteur et non, la composition de la Cour. Cette pratique professionnelle des avoués révèle l'influence du magistrat rapporteur dans la production du délibéré par la formation collégiale de la Cour.

Par ailleurs, si c'est seulement lors de l'audience que le juge rapporteur informe les avocats et les justiciables du nom des deux juges de la chambre qui seront amenés à délibérer à ses côtés, les avoués connaissent ou du moins peuvent prévoir la composition de la Cour (notamment le nom du magistrat rapporteur), plusieurs mois avant, lors de la conférence de mise en état où les affaires sont réparties autour de différentes compositions de la Cour. Dès lors, ayant connaissance du magistrat rapporteur tenant audience plusieurs mois avant la clôture de l'affaire, les avoués ou leurs collaborateurs peuvent adapter leurs pratiques de conseil et plus spécifiquement leurs écritures aux modalités de conduite du procès et à la jurisprudence du magistrat rapporteur. Par exemple, des conclusions trop longues, et qui plus est n'apportant pas de nouveaux éléments par rapport au procès de première instance, peuvent indisposer certains magistrats. D'autres magistrats sont réputés pour être réfractaires à la garde alternée, notamment en appel face à des couples parentaux en conflit. Dès lors, les avoués vont essayer de négocier avec leur client souhaitant solliciter une garde alternée, pour proposer plutôt au magistrat un élargissement de son droit de visite et d'hébergement. Encore, des magistrats de la Cour (le plus souvent des magistrates) passées par la fonction de Juge des Enfants sont particulièrement vigilants à ce que les parties envisagent leurs demandes en fonction de l'intérêt des enfants. Sachant ces magistrats rapporteurs à l'audience, les avoués auront tendance à expliciter davantage qu'à coutumier que les prétentions et demandes de leur client sont pensées dans l'intérêt des enfants (en le rappelant, par exemple, à plusieurs reprises dans les conclusions d'appel que leur client respecte le principe de coparentalité).

⁴⁵⁹ L'article 786 du Code de Procédure Civile précise : « *Le magistrat chargé du rapport d'audience, tient seul l'audience pour entendre les plaidoiries. Il en rend compte aux autres magistrats composant la Cour dans son délibéré.* »

Ces ajustements des pratiques professionnelles des avoués aux caractéristiques sociales et professionnelles des magistrats doit nous amener à les penser en fonction de l'évolution du mode de recrutement des magistrats et de leur répartition au sein des différentes juridictions selon leurs caractéristiques sociologiques. En effet, les travaux d'Anne Boigeol⁴⁶⁰ sur la magistrature ont montré la transformation du recrutement social et sexué des magistrats depuis l'Après Guerre. La transformation du recrutement des magistrats est surtout le fait d'un processus de féminisation de ce corps professionnel. Anne Boigeol montre que si l'on retrouve des métiers typiquement féminins et d'autres masculins⁴⁶¹ au sein de la magistrature obéissant aux principes qui structurent traditionnellement la division sexuelle des tâches⁴⁶², elle observe, néanmoins, que les femmes conquièrent une place de plus en plus importante dans certains secteurs valorisés de l'activité judiciaire. Notamment, l'activité judiciaire au sein des chambres des Cours d'appel est un des espaces où l'on observe une importante féminisation. Par contre, les femmes magistrates n'exercent pas n'importe quelle fonction au sein de la Cour, qui plus est en province où la féminisation des Cours est moins importante qu'en région parisienne. Elles occupent, ainsi, majoritairement les fonctions les moins prestigieuses au sein des Cours à savoir, la fonction de conseiller ; les hommes magistrats conservant un large monopole des fonctions de présidents de chambre ou de président et de vice-président de Cour. Il est, par ailleurs, intéressant de relever que s'il n'existe pas de répartition des affaires selon leurs natures (divorces, procédures enfant naturel, successions, etc.) entre les magistrats de la chambre familiale de la Cour, il reste néanmoins certaines tâches réservées prioritairement aux femmes magistrates. On pense notamment aux auditions d'enfant, tâche judiciaire spécifiquement réalisée par les femmes magistrates. Cette tâche, dans l'inconscient de certains magistrats, fait référence aux dispositions sociales de contact avec les enfants habituellement attendues des femmes.

« Au niveau de la Chambre familiale, nous sommes actuellement trois, mais s'ajoutent également les président et vice-président de Cour pour la composition des formations collégiales. Mais, moi, je suis un élément permanent depuis six ans. Oui, cela fait six ans que je préside cette chambre ; Mais les conseillers, eux ont tourné, là, j'ai un collègue, ça fait trois ans qu'il est avec moi. Mais sinon, les gens font en général deux ans, deux ans et demi et après ils sont mutés ou ils vont dans une autre chambre. Et donc, on a des compositions avec un homme/deux femmes, deux hommes/une femme. Là, on va être trois hommes, ça c'est rare.

⁴⁶⁰ Voir notamment : Boigeol Anne, « La formation des magistrats : de l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°76-77, mars 1989, p.49-64. Ou encore, Boigeol Anne, « La magistrature au féminin : entre spécificité et banalisation », *Droit et Société*, n°25, 1993, p.489-522.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p.504.

⁴⁶² Bourdieu Pierre, « La domination masculine », *Actes de la recherche en sciences sociales*, N°84, Septembre 1990, p.6, cité par Anne Boigeol.

Mais sinon, on se répartit, je dirai équitablement le contentieux. Je dirai, il y en a pas un qui prend les divorces et il y en a un qui prend les procédures enfant naturel, tout le monde touche à tout. Par contre, pour ce qui est de l'audition des enfants, ça a été partagé à une époque entre les deux collègues femmes qui étaient à la Chambre et puis, là, il y en a une qui a été mutée qui va partir au mois de janvier (2008) et l'autre qui va partir maintenant (*en Septembre 2007*). Donc, depuis le mois de septembre, c'est moi qui fais toutes les auditions d'enfants. »
Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel (M1), entretien du 28 Juin 2007.

Cette féminisation de la composition de la Cour a été observée par les avoués qui ont pris acte de cette transformation de la morphologie sociale de la magistrature en appel en ajustant leurs pratiques professionnelles. Cet ajustement des avoués a été d'autant plus aisé que la profession a connu, dans une nette moindre mesure, un processus de féminisation. Surtout, cette féminisation de la profession d'avoué s'est conjuguée avec une spécialisation de ces femmes entrantes dans la profession (avouées ou collaboratrices d'avoué issues des classes moyennes) dans les activités judiciaires familiales. La configuration socio-judiciaire de la Cour d'appel étudiée est éclairante pour appréhender cet ajustement des avoués aux caractéristiques sociales des magistrats par un effet d'homologie. En effet, au sein d'un territoire judiciaire où la divortialité est l'une des plus faibles de France, avoués et magistrats, représentants de la bourgeoisie traditionnelle catholique, jusque dans les années 1980, s'avéraient un maillon judiciaire au service d'une forme d'ordre moral et patriarcal. A la fin des années 1980, l'entrée quasi simultanée des premières femmes dans des postes clés des Etudes d'avoué et au sein des compositions de la Cour se couplant avec la transformation des dispositions juridiques encadrant les dissociations conjugales, a entraîné une rupture avec la conception précédente de l'ordre moral porté par les avoués et les magistrats.

Nicolas : Cela va vous paraître évident mais est-ce que vous avez observé des différences dans la manière de juger des magistrats ? Et aussi, est-ce que vous avez observé une évolution de cette manière de juger ?

Agathe (A13), fille d'avoué, collaboratrice au sein d'une « petite » Etude d'avoué, 53 ans :
Oui, complètement notamment d'un point de vue moral, la société évolue aussi à travers les décisions de justice. Oui, oui parce que c'est lié à l'âge des magistrats, à leur mode de vie parce qu'il y a 20 ans, c'étaient des gens qui avaient 50 ans qui étaient à la Cour d'Appel, enfin, des âges des gens de maintenant. Il n'y avait pas de femmes ou quasiment pas, et il n'y avait pas de divorcés, et on le sentait dans l'arrêt ça. C'était au travers du filtre déformant de la vie que le magistrat menait et que tous les autres magistrats de la Cour menaient leur délibération. Il n'y en avait aucun qui était divorcé et il y avait peu de femmes ...

Nicolas : Ils s'inscrivaient, pourrait-on dire, dans un modèle familial traditionnel ?

Agathe : Oui, c'est ça, traditionnel. Alors qu'aujourd'hui, ce type de composition de la Cour exclusivement masculine est exceptionnel. Un homme, chef de famille avec une femme qui ne

travaille pas, avec 25 ans de mariage, et qui quitte le foyer familial, c'était forcément l'homme qui sortait gagnant, du moins financièrement du procès, et l'arrêt retranscrivait bien cette perception sociétale moralisatrice. Enfin, ce que je veux dire c'est que cela correspondait à l'avis de la société. Ce Monsieur-là, cette image-là n'est plus représentative des divorces, aujourd'hui. Et, il n'est pas certain qu'il obtienne de la Cour qu'elle suive ses prétentions aussi facilement, aujourd'hui. Bon, vous allez me dire, il y a un peu un magistrat qui est un peu comme ça, mais il est un peu comme ça dans son coin, parce que vous regardez précédemment, Monsieur Y, était divorcé. Enfin, on a des hommes divorcés qui s'occupent de leurs enfants, ça c'est nouveau et qui font partie dorénavant des compositions de la Cour. On a de plus en plus de femmes, donc on a du coup aussi un autre arbitrage des prestations compensatoires et des pensions alimentaires.

Si l'entrée des femmes au sein des Etudes d'avoué et au sein de la magistrature en appel a participé en partie à l'assouplissement de l'encadrement moral des justiciables, il reste que l'organisation de la chaîne judiciaire en appel n'a pas subi de transformation profonde, avec notamment le maintien du justiciable à (double) distance du traitement de son affaire du fait de la présence de deux conseils en appel, l'avocat et l'avoué. Il convient, dès lors, de se saisir de cette double mise à distance des justiciables, et de la fonction de cette forme de dépossession du justiciable dans l'instruction de son procès pour appréhender la difficulté de l'instauration d'une relation entre l'avoué et son client.

2.3. *L'avoué et son client : une relation difficile à construire*

La double mise à distance entre le justiciable et le traitement judiciaire de son affaire en appel ne pourrait se réaliser sans l'intervention d'actrices au rôle singulier, les secrétaires des Etudes d'avoué, véritables « filtres » pour sélectionner les demandes et communications des justiciables méritant d'être soumises aux avoués ou aux collaborateurs. Ainsi, il convient d'appréhender la division du travail au sein même des Etudes d'avoué pour éclairer, sous un autre angle, ce processus de double mise à distance. Par ailleurs, si les avoués et leurs collaborateurs ont tendance à éviter l'entrée en relation directe avec leur client tant pour respecter la position privilégiée de l'avocat auprès de celui-ci que pour maintenir une distance nécessaire à la production d'« un second regard » sur l'affaire, certains types d'affaires à forts enjeux incitent les avoués à se rapprocher de leurs clients pour une plus grande réactivité face aux productions d'écritures ou de pièces de la partie adverse, pour justifier directement d'une stratégie judiciaire, ou encore pour justifier du travail effectué en leurs noms et ainsi faciliter l'acceptation du paiement d'importants états de frais.

De leur côté, en appel, les justiciables, s'ils ne disposent que de marges de manœuvre très limitées pour participer à la décision qui les concerne⁴⁶³ en premier chef, peuvent faire valoir auprès de leurs avoués différents types de ressources (juridiques, rédactionnelles, etc.) leur permettant de s'impliquer davantage dans leur procès d'appel. Bien qu'ils soient peu nombreux, on peut noter que les justiciables disposants de ces ressources sont souvent ceux qui s'abstiennent des conseils d'un avocat. Au final, cette règle de double mise à distance du justiciable, si elle s'applique à pratiquement l'ensemble des justiciables (plus de 90%, voir tableaux 7, 8, 9 et 10) s'engageant dans un procès en appel, se trouve appliquée de manière plus ou moins souple selon les caractéristiques sociales et les parcours judiciaires des justiciables.

2.3.1. La double mise à distance des justiciables en appel

La distance aux justiciables sur laquelle s'appuie les avoués pour permettre la production d'un « second regard » sur les affaires qu'ils reçoivent se matérialise, en premier lieu, par l'intermédiaire du premier « filtre » que constitue l'avocat dans la chaîne judiciaire du procès en appel. Ainsi, les principaux contacts entre les justiciables et leur avoué sont des contacts écrits transmis par leur avocat. La relation professionnelle entre le client et son avoué se réalise moins, comme pour son avocat à travers leur lieu de rencontre dans un cabinet privé, qu'à travers les diverses correspondances écrites (comptes rendus de l'avoué ou critiques du client sur les conclusions adverses, instructions du client, demande de production de pièces de l'avoué) le plus souvent retraduites par l'avocat à l'intermédiaire de ces deux acteurs.

Nicolas : Comment cela se passe la relation avec votre avocate et votre avoué ?

Madame Pasteur, 40 ans, préparatrice en pharmacie : Elle demande beaucoup de papiers. Donc çà, je fournis. Autrement c'est vrai que c'est elle qui s'occupe de tout. C'est vrai que quand on arrive au tribunal, on ne sait pas trop ce qu'elle a préparé. Par contre, quand il y a après des appels, on a les comptes rendus des avoués. Donc là, on suit un petit peu ce qu'ils disent. Mais par rapport à l'avocate, non c'est vrai qu'on n'est pas, on lui fait entièrement confiance de toute façon. Moi, je lui ai fait entièrement confiance parce que je ne savais pas où je m'en allais. Je ne savais pas entre guillemets « ce qu'elle valait ». Elle m'appelle très rarement. Elle fait son boulot et puis moi, je suis vraiment extérieure à tout çà quoi. J'ai l'impression.

⁴⁶³ Israël Liora, « Les mises en scène d'une justice quotidienne », *Droit et société*, n°42/43, 1999, p.393-419.

Nicolas : Justement est-ce qu'on n'a pas l'impression d'être dépossédée un peu, alors que c'est une affaire très personnelle ?

Madame Pasteur : On est un petit peu éjecté, oui. Certainement, oui, parce qu'on a les contacts qu'on peut avoir avec l'avocate quand on se met des rendez vous. Mais ouais on n'est pas au courant de grand chose, de notre histoire quoi. Et puis, l'avoué, si on a des comptes rendus, on n'a aucun contact avec eux. Je ne sais pas du tout qui il est, quelle tête il a.

Entretien du 9 Janvier 2009.

Cette relation écrite entre les avoués et leurs clients se traduit par l'absence de rencontre de visu. A la différence des avocats, les avoués ne reçoivent quasiment jamais leurs clients en leur Etude. Les clients sans avocats font, par contre, exception, même si le plus souvent, la réception de ces clients se limite à un seul rendez-vous lors de l'engagement de la procédure d'appel. Aussi, un avocat pourvoyeur régulier de dossiers à l'avoué quand il est amené à conseiller un « client important » en appel, et face à la demande pressante de ce dernier de rencontrer « son » avoué, peut solliciter un rendez-vous à trois têtes, client-avocat-avoué, à l'Etude de l'avoué. La figure du « client important » pour un avocat – on pourrait l'appliquer également pour les avoués – peut s'incarner en différents profils : un proche de l'avocat (collègue, confrère, ami, membre de la famille), un client régulier de l'avocat, ou encore un client aux ressources financières importantes (l'image typique du « gros » client). Cette demande de rendez-vous fait rarement l'objet de négociation entre l'avocat et l'avoué. Sachant l'importance du client du point de vue de l'avocat, l'avoué accepte le rendez-vous sans difficulté. Pour autant, ces rendez-vous à trois têtes restent relativement rares ; la règle restant une relation écrite entre l'avoué et son client. Pour preuve, il suffit de comparer l'agenda d'un avocat et d'un avoué pour observer le faible temps consacré par les avoués aux rendez-vous avec les clients. Si l'agenda – le plus souvent tenu par leur secrétaire – est un outil fondamental de la planification de l'activité pour l'avocat et pour l'avoué, à la lecture de leurs agendas respectifs, le temps consacré aux rendez-vous aux clients par les avocats est incomparablement plus long que celui par les avoués. Alors que les avocats consacrent des plages entières de leur agenda aux rendez-vous avec les clients (voir également les analyses⁴⁶⁴ de Lucien Karpik sur l'importance de l'exercice des consultations orales chez les avocats des particuliers), les avoués codifiant nettement moins leurs activités dans un agenda – leur agenda ayant uniquement une fonction de suivi des procédures – ne dédie aucune plage horaire aux rendez-vous avec les clients. D'ailleurs, il est intéressant de relever qu'aucune des

⁴⁶⁴ Karpik Lucien, *op. cit.*, p.308.

Etudes de la Compagnie étudiée ne dispose d'une salle d'attente alors que cette pièce est quasiment une règle dans la composition spatiale des cabinets d'avocat. Néanmoins, dans les bureaux des avoués et de leurs collaborateurs, on retrouve des sièges pour recevoir la clientèle ... mais qui sont rarement utilisés.



Un siège « vide » dans le bureau d'un avoué près la Cour

Un autre facteur vient renforcer la distance physique entre l'avoué et son client. Il s'agit de l'implantation géographique des Etudes d'avoués au regard de la grandeur de l'espace que recouvre leur compétence territoriale. Les Etudes d'avoués affiliées à la Cour d'appel étudiée se concentrent au sein d'un même quartier, le long de deux rues contigües, longeant la Cour d'appel. Il suffit d'ailleurs de consulter les fiches de correspondance des différentes Compagnies d'avoués sur le site internet de la Chambre Nationale pour voir que les Etudes sont systématiquement situées à proximité de la Cour d'Appel à laquelle elles sont affiliées. Cette proximité des Etudes d'avoué à leur Cour d'affiliation s'explique, en premier lieu, par l'importance que revêt la relation des avoués aux magistrats et aux greffiers de la Cour dans l'exercice de leur activité professionnelle. Ainsi, le cadre géographique d'exercice de la profession d'avoué renforce la distance physique entre l'avoué et son client. Il suffit de prendre, pour exemple, la clientèle de Maître Durand, pour observer qu'une majorité de ses clients résident en dehors de l'agglomération où est implantée la Cour. S'il existe bien entendu une distance géographique entre l'avocat et le client, le maillage des cabinets d'avocat autour d'une dizaine de villes réparties sur l'ensemble du territoire judiciaire de la Cour pallie en partie cette contrainte géographique.

**Tableau 14. Répartition géographique de la clientèle (affaires familiales)
de l'Etude de Maître Durand**

Lieu de résidence du client pendant le procès en appel	Nb. Cit.	Fréq.
Agglomération où est implantée la Cour	91	22,1%
Reste du territoire judiciaire de la Cour	247	60,0%
Régions et/ou départements limitrophes de la Cour	34	8,3%
Autres régions françaises	36	8,7%
Pays étrangers	4	1,0%
TOTAL	412	100,0%

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une Etude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (ayant pour objet le traitement d'une séparation ou de ses conséquences) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=412.

Lecture : 22,1% des clients de Maître Durand résident pendant la procédure d'appel dans l'agglomération où est implantée la Cour d'appel.

Une autre caractéristique de la configuration de la chaîne judiciaire en appel venant renforcer cette distance du client à son avoué est la division du travail au sein même des Etudes d'avoué. En appel, est maintenu un encadrement féminin des justiciables. Au sein des Etudes d'avoué, du fait d'une division du travail sur une base sexuée notamment en fonction de la nature des dossiers en appel, les affaires de dissociations conjugales sont principalement prises en charge par les collaboratrices et secrétaires des avoués à la Cour. L'encadrement judiciaire féminin des justiciables en appel a pour corollaire de reléguer au second plan les dossiers familiaux notamment vis-à-vis des dossiers commerciaux ou de responsabilité alors que, d'une manière générale, ils constituent la principale source d'activité de toutes les Etudes d'avoué. Ainsi, les dossiers de matière familiale viennent rarement entre les mains de l'avoué en personne, lequel se consacre aux domaines du droit les plus prestigieux (affaires commerciales, affaires de responsabilité, etc.). Tout d'abord, cet encadrement féminin des affaires familiales dans les Etudes d'avoués s'explique, tout simplement, par la très forte féminisation des salariés des Etudes⁴⁶⁵. Il est ainsi logique que les femmes occupent une position hégémonique à tous les niveaux de postes : intermédiaires (collaborateur) ou subalternes (secrétaires, autres employés). La composition sociale des Etudes est ainsi marquée par une césure sexuée avec d'une part, les avoués majoritairement des hommes, et les salariées quasi exclusivement des femmes.

⁴⁶⁵ Une étude commanditée par l'Association Nationale des Personnels d'Avoués Non Syndiqués (ANPANS) et réalisée par la société Iddem, datant de juillet 2008 (N=618), révélait que plus de 90% des salariés des Etudes d'avoués étaient des femmes.

**Tableau 15. Composition sociale et sexuée des Etudes d'avoués de la Compagnie
(en effectif)**

Sexe	Homme	Femme	TOTAL
Poste occupé			
Avoué à la Cour	7	2	9
Collaborateur	1	10	11
Secrétaire juridique	1	23	24
Autre employé	0	2	2
TOTAL	9	37	46

La présence féminine sur les postes subalternes au sein des Etudes n'est pas un phénomène nouveau. Très souvent, les femmes d'avoué occupaient ces postes avant que l'accroissement de l'activité judiciaire des avoués les oblige à recruter, à la fin des années 1960, à l'extérieur du groupe familial. L'entrée massive des collaboratrices au sein des Etudes remonte à une période plus récente. En effet, au cours des années 1980, les femmes sont recrutées pour occuper les postes de collaborateurs. Avec ce recrutement, elles vont donner un nouveau sens à ce poste puisque certaines d'entre elles vont y faire carrière alors que jusque-là, le poste de collaborateur était souvent un poste transitoire occupé par un futur avoué, avocat ou même magistrat en formation.

Lorsque ces femmes intègrent les Etudes, les avoués leur délèguent le plus souvent les affaires familiales, un contentieux de masse où la configuration du procès est « relativement simple » (sic). La prise en charge de ce contentieux, selon les avoués, permet à ces nouvelles entrantes, de s'aguerrir aux rouages des règles procédurales en appel. Il semblerait ainsi que c'est davantage le mode d'entrée à l'Etude que la question du genre qui est déterminant dans la division du travail au sein des Etudes.

Maître Dubois (A5), avouée à la Cour, exerçant dans une Etude composée de deux avouées et de deux secrétaires : « Quand j'étais stagiaire à Rouen, mon patron, enfin mon maître de stage, pour employer les mots justes, n'était pas particulièrement intéressé par les affaires familiales. Mais en revanche, les affaires familiales, c'est deux parties et pour les appels, c'est beaucoup plus simple que quand on arrive dans un dossier de droit de la construction avec des appels en garantie partout et des appels provoqués et tout ce genre de choses, ... les déclarations de créances, et les interventions de mandataires judiciaires. Donc les petits jeunes, j'ai remarqué qu'on les mettait beaucoup aux affaires familiales, un, pour libérer les patrons sur les grosses affaires, enfin moi, c'est mon expérience personnelle, et puis, deux parce que c'est plus facile pour commencer à apprendre la procédure, donc c'est

moins glorieux que d'autres types d'affaire que les avoués ont tendance à se réserver. Mais à mon avis, c'est une bonne chose pour se faire à la procédure. »

On peut relever que les collaboratrices s'engageant dans ce poste pour faire carrière ont tendance à conserver cette activité judiciaire tandis que celles ou ceux qui envisagent le poste de collaborateur comme une étape d'une carrière de juriste avant, par exemple, de s'installer comme avocat ou comme avoué, sont amenés à prendre en charge d'autres types de contentieux.

Anne-Laure (A1), collaboratrice au sein d'une « petite » Etude d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 41 ans : « Au niveau de l'Etude, on est organisé pour suivre les dossiers par rapport aux Chambres de la Cour à laquelle on est rattachée. Et, Maître Durand m'a demandé lors de mon entrée à l'Etude, de suivre les dossiers affectés à la mise en état de la B. Et à la B, sont affectées notamment les affaires familiales. Ce qui fait que par priorité, je fais plutôt ces dossiers-là. Donc avec le temps, j'ai été amené à faire beaucoup plus de familial que d'autres dossiers. Au début, c'est vrai que quand on donne un dossier, avec les quelques collègues avec qui j'ai pu en parler, ça a été un peu la même chose, on commence plutôt par des dossiers où la technique juridique n'est pas trop, trop importante et où on a beaucoup plus à discuter les points de fait. D'ailleurs, je me rends compte que toutes celles qui ont commencé comme moi aux affaires familiales, sont restées à traiter ces affaires. Bon, on touche à d'autres types d'affaires mais le cœur de notre activité, ça reste quand même les affaires familiales. »

Pour revenir sur la relation entre la division du travail au sein des Etudes et la distance entre l'avoué et son client, il convient d'observer que les collaboratrices faisant carrière dans ce poste et prenant en charges le contentieux familial disposent de compétences et ressources sociales spécifiques sur lesquelles s'appuient les avoués pour garder à distance ses clients. Les collaboratrices prenant en charge les affaires familiales dans la durée sont rarement issues du milieu judiciaire. Certaines collaboratrices issues de milieux populaires appartiennent aux premières générations de la démocratisation scolaire. Elles expliquent avoir choisi le droit à l'université pour garantir leur insertion professionnelle. Elles précisent que le poste de collaboratrice leur convenait car elles ne « *se sentaient pas prêtes à se lancer dans une carrière d'avocate* » (sic) et surtout n'avaient pas « *les reins assez solides financièrement* » (sic) pour s'installer à leur compte. D'autres collaboratrices issues des classes moyennes se sont engagées dans une Etude d'avoués avec pour volonté de traiter spécifiquement du droit des personnes. Celles-ci, telle Caroline, pour justifier leur goût pour les affaires familiales, mettent en avant leurs compétences sociales et relationnelles, ou encore leurs dispositions humanistes.

Nicolas : Comment expliques-tu ton goût pour les affaires familiales ?

Caroline (A10), collaboratrice d'avoué, chargée des affaires familiales au sein d'une grande Etude de la Compagnie, 36 ans : « quand j'ai commencé à exercer même déjà, les études, j'aimais bien le droit familial. Je me faisais un peu charrier par mon entourage parce qu'aimer les divorces, c'est pas Généralement, cela fait sourire. Alors je trouve, je trouve toujours que cela touche plus l'humain que tout ce qui est droit commercial parce que j'ai fait un peu tout ce qui est crédit à la consommation et cela me plaisait moins. Déjà je n'aime pas trop les chiffres même si en familial, tu en fais pas mal pour analyser les situations des gens parce qu'il y avait toute une partie mesure financière qui est importante. Et donc pour en revenir à mes parents, mon père il est directeur d'un foyer qui reçoit les enfants de la DDISS donc anciennement DDASS, donc voilà. Mon père à la base, il est éducateur et puis gentiment, il a monté les échelons ce qui fait que maintenant, il dirige un établissement et j'ai toujours été ce côté social que j'appréciais ce qui fait que c'est pour ça aussi que, dans les dossiers familiaux, il y a tout un aspect avec les enfants, il y a toutes les enquêtes sociales etc. Et tout ça cela fait que j'ai toujours eu le goût pour ça, pour analyser ce type de contentieux. »

Ce goût « pour le social », « pour les affaires familiales », ou encore la faible distance sociale avec une grande partie de la clientèle des affaires familiales issue des classes populaires et des classes moyennes, conduit ces collaboratrices à appliquer avec souplesse la règle de mise à distance des justiciables. Si elle ne pratique pas davantage les rendez-vous avec les clients que les avoués, par contre, elles n'hésitent pas à prendre des communications téléphoniques avec leurs clients pour prendre le temps d'expliquer les différents temps de la procédure, les forces ou faiblesses de leur dossier tout en veillant à ne pas empiéter le territoire de compétence de l'avocat. Le rapport à la clientèle de ces collaboratrices se différencie nettement de celui des quelques collaboratrices issues du sérail judiciaire lesquelles se sont appropriées les pratiques des avoués de mise à distance des clients en s'appuyant notamment sur les secrétaires de l'Etude pour filtrer les appels des clients qu'elles prennent en charge.

Pour exemple, au sein de l'Etude où nous nous sommes engagés comme assistant juridique (poste correspondant approximativement à celui de secrétaire juridique), nous avons pu observer cette différence de rapport à la clientèle de deux collaboratrices prenant en charge toutes les deux le contentieux familial. Anne-Laure, 41 ans, est fille de routier et de femme de ménage, petite-fille d'agriculteurs et, Martine, 78 ans, fille d'avoué, s'est mariée à un avoué, lequel est décédé il y a une vingtaine d'années. Après le décès de son mari, Martine qui travaillait comme secrétaire comptable à l'Etude, s'est vu proposer par Maître Durand, le successeur de son mari, un poste de collaboratrice pour prendre en charge une petite partie du contentieux familial de l'Etude, celle-ci ne souhaitant pas prendre sa retraite et conserver une

activité professionnelle. La même année de l'entrée en poste de Martine comme collaboratrice, Anne-Laure intègre l'Etude pour prendre en charge l'autre partie du contentieux familial et la gestion de l'ensemble des affaires de la Chambre familiale. Réceptionnant les communications téléphoniques, et ayant pu assister ces deux collaboratrices dans la gestion de leurs dossiers, nous avons pu observer tant des stratégies judiciaires que des rapports à la clientèle différents de celles-ci. Anne-Laure explique ainsi, de son point de vue, que « *les affaires familiales, ce n'est pas se retrancher derrière une technique juridique et qu'elles nécessitent d'être à l'écoute des clients face à la charge émotionnelle de ces affaires* ». Cette conception du travail de conseil se traduit par un temps consacré dans son emploi du temps professionnel à des entretiens téléphoniques avec les clients dont elle prend en charge l'affaire. Néanmoins, elle s'appuie sur les secrétaires de l'Etude pour filtrer les appels de certains clients tels les « *procéduriers* », les « *agressifs* », ou encore ceux « *la prenant de haut* » s'attendant à être conseillé par l'avoué en personne et faisant valoir un fort capital culturel et social. A l'opposé, Martine applique à la lettre le monopole des avocats à prendre en charge la parole du client. Elle est ainsi imperméable aux communications téléphoniques avec les clients et s'appuie sur les secrétaires et leurs compétences relationnelles pour filtrer tous les appels de ses clients. Elle demande ainsi aux secrétaires de renvoyer systématiquement les clients vers les avocats avec qui elle communique.

On comprend, dès lors, qu'en filigrane, les avoués et plus spécifiquement les collaboratrices des avoués prenant en charge les affaires familiales se reposent sur les secrétaires de l'Etude, véritables opératrices de la mise à distance des justiciables du traitement de leur affaire. Ces « *chevilles ouvrières* » du travail de mise à distance du client à son avoué prennent ainsi en charge « *la gestion de la souplesse des relations sociales et des échanges avec l'extérieur* » de l'Etude, caractéristique propre au métier de secrétaire décrite par Josiane Pinto⁴⁶⁶. Cette mission des secrétaires se cristallise principalement autour de la gestion des relations téléphoniques avec les clients et les avocats de l'Etude. Les communications téléphoniques posant le plus de difficultés aux secrétaires sont celles avec les clients lesquels se plaignent très souvent du processus de mise à distance du traitement de leur affaire qu'ils subissent. La gestion de ces relations téléphoniques suit souvent un même « *protocole* ». La secrétaire, dès le début de la communication, coupe court à tout développement du client et lui demande le numéro de son affaire à l'Etude. Avec ce numéro,

⁴⁶⁶ Pinto Josiane, « Les secrétaires et la nouvelle économie des bureaux », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°134, 2000, p.62-65.

elle peut ainsi consulter le dossier informatique de ce client et voir le nom de la collaboratrice traitant cette affaire. Connaissant les caractéristiques du rapport à la clientèle des différentes collaboratrices, elle peut, dès lors, déployer les compétences relationnelles adéquates. Lorsqu'il s'agit d'une collaboratrice disposée aux relations à la clientèle, il suffit à la secrétaire de transmettre la communication. Par contre, lorsque la collaboratrice n'est pas à même de prendre la communication, elle doit faire preuve de tact, pour faire patienter le client ou le convaincre de rappeler plus tard. Les situations relationnelles les plus complexes à gérer pour les secrétaires, sont celles où les collaboratrices refusent systématiquement de prendre la communication téléphonique. Ainsi, doit-elle résoudre ses tensions relationnelles sans pour autant avoir la position hiérarchique lui permettant d'avoir autorité sur le client. Garante de la représentation de l'Etude, elle doit déployer alors des savoir-faire, des compétences relationnelles (convaincre le client d'écrire un courrier ou un message électronique, ou encore persuader le client qu'il est dans son intérêt qu'il se retourne vers son avocat) pour faire accepter au client cette distance au traitement de son affaire.

Du côté des justiciables, cette différence de traitement génère des relations différentes avec l'Etude d'avoué prenant en charge leur affaire. Les deux extraits d'entretien suivants avec Madame Bondu, et Madame Arnould permettent de distinguer différentes formes d'application de la mise en distance entre l'avoué et son client. Si ces deux femmes ont subi toutes les deux un processus de double mise à distance de leur affaire (par l'avocat puis par l'avoué), par contre, cette double mise à distance ne s'accompagne pas pour les deux, d'une dépossession de leur affaire. Notamment, Madame Arnould, en s'appuyant sur une secrétaire d'un avoué et ayant eu « la chance » que son affaire soit traitée par une collaboratrice d'avoué appliquant avec souplesse cette règle de mise à distance a pu davantage que Madame Bondu, participer à l'élaboration de son dossier juridique d'appel.

Madame Bondu (J23), aide soignante : « N'ayant pas de nouvelles de mon avocat, j'ai essayé de rentrer en contact avec mon avoué mais sa secrétaire m'a dit il fallait que je lui écrive. J'ai donc écrit à mon avoué comme on m'a dit en disant que je ne comprenais pas pourquoi mon dossier n'était pas si mieux compris et pourquoi on me rejetait comme ça lorsque j'appelais. Et je n'ai eu aucune réponse. »

* * *

Nicolas : Et si vous avez été en appel, vous avez eu un avoué comme conseil ?

Madame Arnould (J5), assistante maternelle (ancienne aide soignante), 37 ans : Ah oui. Alors, c'était un Monsieur, j'ai oublié le nom. Et donc, j'ai essayé de l'appeler cet avoué d'ailleurs car je n'avais aucune nouvelle de mon affaire, ni par mon avocat, ni par l'avoué. Donc j'ai réussi à avoir sa collaboratrice et elle a été compréhensive, c'est vrai. Elle a faxé des choses à mon bureau, elle comprenait ce que je lui disais, elle interprétait comme il faut. Et j'ai vraiment... là, j'ai vraiment l'impression d'avoir eu quelqu'un en face de moi qui comprenait ce que je lui disais.

Nicolas : Et vous connaissiez son rôle à l'avoué ?

Madame Arnould : Sans plus. Sans plus, j'ai juste su après que normalement, on n'avait jamais de liens directement avec les avoués en tant que client entre guillemets.

Nicolas : Et donc, comment vous avez pu rentrer en contact avec cette collaboratrice ?

Madame Arnould : Et bien, c'est la secrétaire de l'avoué, qui a eu une véritable écoute et qui m'a permis de rentrer en contact avec elle. Parce qu'au bout d'un moment, je n'arrêtais pas de l'appeler, je n'arrêtais pas. Et elle a bien compris l'importance de cette affaire pour moi, et mes enfants.

Ces deux extraits d'entretien posent question, de manière sous-jacente, quant aux différents types de ressources dont disposent les justiciables pour contrecarrer tant la double mise à distance du travail d'élaboration de leur dossier d'appel que le processus de dépossession du traitement de leur affaire.

2.3.2. Les qualités et ressources des justiciables pour accéder à l'avoué et participer à la construction de leur affaire

Le contentieux familial en appel à la différence d'autres types de contentieux (on pense, ici, par exemple, au domaine du droit de la consommation touchant particulièrement les classes populaires ou à l'opposé, le droit des affaires davantage le fait de certaines élites économiques) concerne les différentes strates sociales de la population. De plus, ce contentieux où la technique juridique est moins complexe que pour d'autres domaines du droit permet à certains justiciables les plus dotés en capital culturel de s'approprier davantage leur dossier d'appel. Il convient, dès lors de s'interroger sur le rapport au droit que développent les justiciables, et sur la prise en compte par les avoués et leurs collaboratrices des différentes formes de socialisation judiciaire et juridique des justiciables tout en veillant à maintenir une frontière entre professionnels du droit et profanes. Certains profils de clients ont davantage de chance de participer à l'élaboration de leur dossier et de rentrer en relation avec leur avoué ou

ses collaboratrices. Ces clients disposent de « qualités » spécifiques leur permettant de réduire la distance à leur avoué.

Il s'agit, en premier lieu, des clients pour lesquels l'enjeu financier du procès en appel est important. On pense notamment aux affaires où est discutée devant la Cour la fixation d'une importante prestation compensatoire. Le montant des états de frais de l'avoué étant fixé en proportion du montant du litige, les avoués et leurs collaboratrices, pour une certaine manière justifier de leur état de frais, prennent soin d'écouter les instructions et les demandes de ces clients, de leur écrire régulièrement ou à leur avocat pour les informer précisément de l'évolution de la procédure.

D'autres cas de figure plus rares concernent les dossiers à effet de jurisprudence. Il s'agit de configurations de procès atypiques pouvant aboutir à une décision judiciaire faisant jurisprudence (lorsque, par exemple, la Cour retient un fait singulier pour définir les fautes dans le cadre d'une procédure de divorce). Les avoués ont tendance à vouloir entendre ou lire l'histoire conjugale par la cliente sans la première traduction juridique opérée par l'avocat. Ainsi, exceptionnellement, les avoués et plus spécifiquement leurs collaboratrices peuvent être amenés à solliciter un entretien le plus souvent téléphonique avec ce client.

Enfin, lorsqu'il s'agit d'une affaire où l'Etude représente un client appartenant aux relations amicales, familiales ou professionnelles de l'avoué, l'avoué prend en charge personnellement le dossier avec le plus souvent, le soutien procédural d'une collaboratrice spécialiste des affaires familiales.

Se trouvant jetés dans le jeu judiciaire sans maîtriser la posture linguistique ni disposer de la maîtrise technique et des compétences rédactionnelles spécifiques constitutifs notamment de l'institution du monopole des avocats et des avoués de dire le droit au sein de « l'espace judiciaire »⁴⁶⁷, certains clients des avoués tentent de lutter contre le processus de mise à distance du traitement de leur affaire par leurs conseils en leur faisant valoir des formes de compétences rédactionnelles ou des savoirs juridiques « vulgaires » fruits le plus souvent d'une conversion d'un capital scolaire ou d'un capital professionnel spécifique en capital juridique. Aussi, retrouve-t-on particulièrement parmi ces justiciables, les clients des avoués appartenant au groupe socioprofessionnel des cadres et professions intellectuelles supérieures et plus spécifiquement, les enseignants du secondaire et du supérieur, les médecins, ou encore les ingénieurs. On retrouve également d'autres catégories professionnelles telles les chefs d'entreprise ou les professions intermédiaires du travail social

⁴⁶⁷ Bourdieu Pierre, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *op. cit.*, p.9.

et de l'enseignement. Pour ces deniers, cette conversion de capitaux scolaire et professionnel en capital juridique s'esquisse le plus souvent à partir d'une socialisation judiciaire engagée dans le cadre de leur activité professionnelle. On pense notamment à certains travailleurs sociaux coutumiers des procédures devant le Juge des enfants, à des chefs d'entreprise, tel Monsieur Rousseau ayant eu a exercé des fonctions judiciaires au sein de Tribunaux de Commerce ou de Conseil de Prud'homme. Ils font valoir des connaissances, par exemple, dans la constitution d'un dossier judiciaire en présélectionnant des pièces ou justificatifs sans attendre les demandes de leur avoué ou de leur avocat.

Monsieur Rousseau (J26), chef d'entreprise : « Grâce à mon passage par le tribunal de commerce, j'ai pu comprendre le fonctionnement judiciaire. Et c'est pour ça que je monte mes dossiers notamment dernièrement pour mon passage devant la Cour d'appel. J'ai passé deux ou trois jours à constituer mon dossier. Franchement, sans me vanter, j'ai monté un dossier complet. Quand j'ai envoyé le dossier à mon avouée, elle m'a dit que cela lui avait vraiment facilité la tâche. Si vous voulez, je ne voulais pas louper ce coup-là parce que c'était pour le triplement de la pension alimentaire. »

A côté de ces quelques « initiés » au fonctionnement de certaines institutions judiciaires, les avoués dans leur relation aux clients tentant de limiter la distance qui les éloigne du traitement de leur affaire, ont finalement davantage affaire à des autodidactes⁴⁶⁸. Ces clients ayant déjà eu l'expérience au moins d'un premier procès en première instance investissent leur procès d'appel en ré-exploitant des savoir-faire initiés notamment dans la relation à leur avocat. Ils tentent ainsi à partir de ces pré-savoirs de devancer les demandes de l'avoué en rédigeant, par exemple, des observations écrites sur les conclusions de la partie adverse, ou une forme de projets de conclusions à l'appui de leur propre défense, ou encore des correspondance relatant leur vision de l'affaire, etc. Ils peuvent par ailleurs développer également des savoirs juridiques « vulgaires » en sélectionnant pour leur avoué des articles de presse relatant d'affaires judiciaires similaires à la leur, ou, en allant chercher des décisions judiciaires faisant jurisprudence sur le site internet répertoriant l'ensemble de la jurisprudence « Légifrance ». Certains clients arrivent à développer de telles compétences juridiques qu'ils viennent à remettre en cause la frontière du professionnel et du profane.

En venant concurrencer les avoués sur le terrain même de l'interprétation juridique, ils défient ainsi, pour reprendre les termes de Pierre Bourdieu, le droit exclusif des avoués de dire le droit en appel. Certains avoués, telle Maître Dubois, se sont vu dicter, par un de leur client,

⁴⁶⁸ Hoggart Richard, *La culture du pauvre*, Paris, Editions de Minuit, 1970, p.357.

la stratégie judiciaire à suivre. Mais l'autodidactisme de ces justiciables a ses limites. En remettant en cause la frontière qui travaille l'espace judiciaire entre les conseils juridiques et les justiciables, ces autodidactes, d'une certaine manière, vident de son contenu le mandat donné à leur avoué et par là-même viennent rompre la distance symbolique et parfois physique avec celui-ci (distance physique que n'a pas réussi à rompre le client de Maître Dubois), au principe même de l'équilibre de la configuration relationnelle du procès en appel.

Maître Dubois (A5), avouée à la Cour : Avec internet vous accédez à un maximum d'information et avec internet, vous devenez « le petit juriste ». Et ces gens-là, ils savent tout ! Pour vous dire, dans un dossier contre Maître Durand, j'ai fini par signifier des conclusions sur modèle que m'a transmis ce client médecin, parce que c'est un type qui a tout lu, tout su, tout vu. Et je lui explique que la liquidation de communauté, ça ne va pas avec l'appel d'un jugement fixant une pension alimentaire. A chaque fois je lui envoie une lettre, il me répond « Ah non, c'est comme ça ! Je vous paye ». Le discours, c'est celui là « je vous paye, vous avez accepté mon dossier, vous devez faire ce que je vous dis ». Donc là, c'est révélateur aussi de l'absence de reconnaissance de connaissances supérieures de l'intervenant. Lui, il a été sur internet, il a du taper trois trucs et donc forcément il en sait autant que moi, enfin autant que moi, autant qu'un avoué, c'est d'une façon générale.

Nicolas : C'est nouveau, ce profil de clients ?

Maître Dubois : Ah c'est nouveau, oui. En l'état, je suis sauvée par la distance parce qu'il habite dans le Vaucluse ou dans le Var, quelque part par là-bas donc je suis sauvée sur ce cas particulier-là. Mais sinon ceux-là, ils vous arrivent à la porte !

Ces justiciables, par leur forte implication dans l'élaboration de leur dossier judiciaire et de leur stratégie de défense en appel, génèrent un brouillage du jeu relationnel entre les différents acteurs du procès en appel. Ils contrecarrent, en quelque sorte, le fonctionnement de la situation judiciaire en empêchant notamment les avoués d'opérer le processus de distanciation qu'implique la transformation de l'affrontement direct des justiciables en dialogue entre conseils juridiques et magistrats jouant le rôle de véritables médiateurs judiciaires⁴⁶⁹. Finalement, pour ces justiciables tels celui évoqué par le magistrat Dulac dans l'extrait d'entretien suivant, la conversion de leurs ressources juridiques en capital juridique ne s'opère que très partiellement étant donné la faible reconnaissance que notamment les magistrats donnent à ces ressources. Si ces justiciables peuvent développer une maîtrise relativement fine du jeu judiciaire, pour autant, en limitant la distance qui les sépare du traitement de leur affaire, ils se trouvent le plus souvent subir une disqualification de leur

⁴⁶⁹ Bourdieu Pierre, *op. cit.*

ressources juridiques par les magistrats et les avoués, principaux garants du jeu judiciaire en appel.

Monsieur Dulac (M1), Président de la Chambre familiale de la Cour : Il y a des gens très intelligents qui sont autodidactes, qui se sont plongés dans le Code sauf qui n'ont pas de formations juridiques donc ils lisent ça, et ils interprètent comme ils ont envie de l'interpréter. Maintenant tout le monde y a accès. Tout le monde peut aller sur Légifrance, donc ils ont les textes. Ils ont, pour les plus malins, l'accès à la jurisprudence puisque Légifrance avec l'accès à Internet, vous l'avez. Mais il y a d'autre, qui eux, imposent à leur avocat et à leur avoué le cas échéant, ce qu'il faut dire, ce qu'il faut faire. Le cas limite, j'en ai eu un, c'est un monsieur qui rédige quasiment ses conclusions lui-même. L'avoué ne sert que de boîte aux lettres. Au début de la procédure, il a eu deux avocats successifs qu'il a virés immédiatement, l'un après l'autre. Le premier ne lui plaisait pas, il l'a viré, et le deuxième, hop dehors ! Et après, il a tout compris, il s'est dit « moi je suis capable de faire ça moi-même ». Il demande même devant la Cour, même si la représentation est obligatoire, de pouvoir se représenter lui-même mais là, il a été obligé d'avoir un avoué. Il a demandé comme le texte le lui permet à être autorisé à présenter lui-même ses observations. Et donc il a présenté lui-même ses observations à l'appui de ses intérêts et les conclusions, c'est lui qui les fait.

Nicolas : Et ça, vous le ressentez dans les écritures ?

Monsieur Dulac : Ah oui, ça se voit tout de suite, ce n'est pas du tout le même style. Mais lui, il est hyper intelligent. Mais, celui-là, c'est le cas le plus difficile que l'on n'ait jamais eu. C'est un type qui a une belle écriture mais il est en train de ne vivre plus que pour ça. Il veut la résidence de l'enfant, il n'a pas accepté la rupture, c'est le combat de sa vie. On est dans un cas de figure très inquiétant. Je pense que c'est pathologique, et ce que je crains, c'est que l'on est en face de quelqu'un de « jusqueboutiste » jusqu'à ce qu'il explose, ou il implose, je ne sais pas. Et donc là, on a un dossier qui est partie en gerbe.

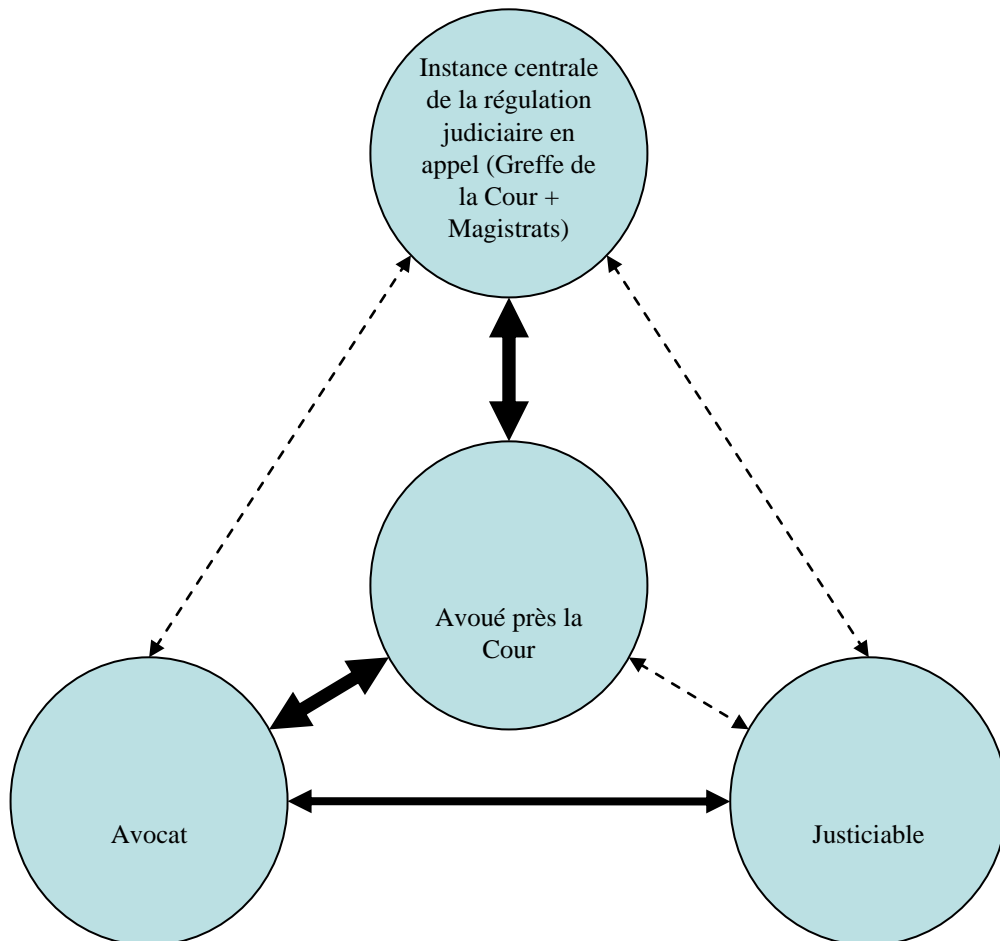
* * *

A travers cette présentation du jeu relationnel entre les différents acteurs du procès en appel (reproduite par le schéma suivant), il s'agissait notamment de pondérer la force des liens interpersonnels entre les différents acteurs de cette configuration judiciaire spécifique. Nous avons ainsi dégagé différents niveaux de liens s'échelonnant du plus fort (ex : relations avoués-avocats et relations magistrats-avoués) au plus faible : (ex : relation magistrats-justiciables). La force d'un lien interpersonnel, tel que le définit Granovetter, est une combinaison de la quantité de temps, de l'intensité émotionnelle, de l'intimité (la confiance mutuelle) et des services réciproques qui caractérisent ce lien⁴⁷⁰. L'ensemble de ces liens interpersonnels définit une dynamique relationnelle construite autour du rôle de pivot de l'avoué. Le terme dynamique est, ici, important, car cette configuration relationnelle est loin d'être figée. Nous avons, en effet, tenté de montrer dans ce chapitre que chaque acteur au sein

⁴⁷⁰ Granovetter Mark, *Le marché autrement*, op. cit., 2000, p.46-47.

de cette dynamique relationnelle dispose de marges de manœuvre plus ou moins importantes selon sa position au sein de cette configuration et le lien interpersonnel en question.

Figure 14. La configuration relationnelle judiciaire du procès en appel



Après avoir présenté sous différents aspects le rôle singulier joué par les avoués à la Cour et la spécificité de la chaîne relationnelle judiciaire dans les procès en appel, il s'agit de présenter les différentes spécificités de la régulation judiciaire devant les Cours d'appel s'incarnant dans un « modèle d'exercice de la fonction de justice comme méta-garant » du social se différenciant du « modèle d'exercice de la fonction de justice comme opérateur du social »⁴⁷¹ proposé par les juges aux affaires familiales en première instance.

⁴⁷¹ Commaille Jacques, « Ethique et droit dans l'exercice de la fonction de justice », *Société Contemporaine*, n°7, 1991, p.87-101.

Chapitre 6. Le caractère imposé de la régulation judiciaire en appel

« Imaginons un groupe de romanciers qui se lancent dans une entreprise peu commune. Ils jouent au sort le tour de chacun. Celui qui a tiré le numéro le plus faible écrit le premier chapitre d'un roman, qu'il renvoie alors à celui qui a le numéro suivant. La tâche de ce dernier va être d'ajouter un chapitre à l'histoire tout en faisant en sorte que le roman en cours soit le meilleur roman possible. Quand il a terminé son chapitre, il adresse les deux chapitres au romancier suivant, auquel une tâche identique est assignée, et ainsi de suite. Il incombe ainsi à chaque romancier, à l'exception du premier, d'interpréter le matériau qu'il doit considérer comme faisant partie intégrante du roman à la rédaction duquel il participe. Il doit déterminer quelles motivations et quel caractère attribuer à chacun des personnages fictifs qu'il rencontre dans les pages du roman ; quelle contribution, un certain procédé ou une certaine forme littéraire, dont l'utilisation a pu être délibérée ou non, apporte à l'expression de celle-là ou de celui-ci et dans quelle mesure il conviendrait, en conséquence, soit d'en étendre l'emploi, soit de l'affiner, soit de l'élaguer, soit encore de l'abandonner. Bien évidemment, il tient compte, dans ces décisions, de l'apport qu'il sera en mesure de réaliser lui-même dans chacun de ces domaines et de l'œuvre de ceux qui viennent derrière lui, pourront à leur tour, accomplir sur cette nouvelle base. Ce qu'il doit faire, c'est contribuer, autant qu'il peut, à ce qu'à la fin, le roman réalisé soit le meilleur possible. »⁴⁷²

Reprenant la description de la chaîne relationnelle judiciaire d'appel, le troisième temps de cette partie aura pour objectif d'appréhender les règles spécifiques de procédure devant les Cours d'appel définissant ainsi une nouvelle régulation judiciaire en appel distincte de celle effective en première instance. La codification de la régulation judiciaire en appel se caractérise en premier lieu par le rôle central de l'écrit sur l'oral à tous les niveaux de la chaîne judiciaire en appel. Entre l'avocat et l'avoué, entre l'avoué et le greffier, entre le justiciable et l'avocat, etc., l'écrit est le mode privilégié de communication et d'échanges entre les différents acteurs du procès en appel. A la différence des procédures devant les juges aux affaires familiales où l'oralité a une place singulière dans les procédures de première instance, la place de l'oralité dans le cadre de procès en appel reste très limitée. Les

⁴⁷² Dworkin Ronald, « La chaîne du droit », *Droit et société*, N°1, 1985, p.61-98.

caractéristiques particulières des procédures en appel et notamment le rôle prédominant de l'écrit, conduisent à une différenciation notamment sociale des modes d'investissement et d'engagement des justiciables dans leur procédure d'appel. Ce point est ainsi un autre élément structurant du processus d'affrontement judiciaire. S'ajoute, par ailleurs, la relégation au second plan des phases orales de la procédure d'appel. Notamment, l'audience de plaidoirie en appel, si elle fait partie entière de l'action de juger, s'avère moins déterminante dans la production de la décision d'appel que l'audience, en première instance, devant le juge aux affaires familiales. Néanmoins, les audiences en appel peuvent prendre des fonctions inattendues, moins symboliques que pratiques.

Dans le précédent chapitre, nous avons cherché à décrire les fondements de l'organisation relationnelle de l'espace judiciaire en appel. Ici, nous envisagerons davantage le rapport différencié au temps de ces multiples acteurs en appel. Nous tenterons de montrer, à la manière de Marc Bessin, comment ces différents acteurs développent des temporalités contradictoires se juxtaposant dans une même affaire⁴⁷³. Ce rapport différencié des multiples acteurs du procès d'appel à la temporalité judiciaire et aux différentes temporalités sous-jacentes à celle-ci peut s'avérer un véritable catalyseur de l'affrontement judiciaire. Surtout, il s'agira de penser le temps judiciaire saccadé par des accélérations et des décélérations et articulé avec le rythme davantage linéaire du temps quotidien des justiciables. On comprendra mieux, dès lors, l'enjeu pour les différents acteurs du procès de maîtriser ce temps judiciaire⁴⁷⁴ à travers notamment, un temps singulier des procédures, l'audience de conférence de mise en état. Cette audience, véritable instance de contrôle des temps judiciaires, permet de saisir les stratégies des différents acteurs du procès pour fixer le « sacrosaint » calendrier procédural.

Enfin, nous tenterons de démontrer que les particularités procédurales de la régulation judiciaire en appel peuvent avoir pour effet de renforcer la cristallisation des affrontements judiciaires en appel. Différents indicateurs tel que la quasi disparition des pratiques de médiation familiale devant les Cours d'appel, l'inflation des mesures d'instruction (enquête sociale, expertise psychologique, audition de l'enfant), ou le gonflement de certains dossiers judiciaires en pièces versées aux débats par les parties et en actes juridiques avec le passage devant la Cour d'appel, viendront étayer cette hypothèse. Cette cristallisation de l'affrontement judiciaire en appel n'est pas à envisager comme un facteur de dérégulation

⁴⁷³ Bessin Marc, « La temporalité de la pratique judiciaire : un point de vue sociologique », *op. cit.*

⁴⁷⁴ Garapon Antoine, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, *op. cit.*

sociale des dissociations conjugales. Bien au contraire, ce processus impose aux deux parties au procès de formaliser des règles communes et de s'accorder sur celles-ci pour résoudre le conflit qui les oppose. En ce sens, s'inspirant des travaux de Georg Simmel sur le conflit⁴⁷⁵, on peut avancer que l'affrontement judiciaire revêt une potentielle fonction socialisatrice.

1. L'écrit au centre de la régulation judiciaire en appel

La spécificité des cultures juridiques occidentales⁴⁷⁶ est la place toute particulière de l'écrit. Il se trouve être un instrument essentiel dans l'élaboration et l'application du droit. Les procès en appel étudiés se trouvent être de très bons exemples de procédures où l'écrit peut être utilisé alternativement comme preuve juridique, comme condition de validité du droit ou encore comme condition d'efficacité du droit. Ce n'est pas un hasard, d'ailleurs, que ces procédures d'appel sont qualifiées par les doctrines juridiques de « procédures écrites ».

De plus, les procédures d'appel sont à considérer comme des dispositifs d'écriture où les avoués produisent, acte après acte, les fondements de la régulation judiciaire, laquelle s'incarne elle-même dans un acte écrit, l'arrêt de la Cour, produit par les magistrats d'appel. Les avoués et les magistrats, acteurs principaux du procès d'appel, sont, comme la majorité des professions judiciaires, des professions de l'écrit. On relève, d'ailleurs que les avocats, professions où les « tâches orales » ont une place importante dans l'ensemble de leur activité professionnelle⁴⁷⁷, se trouvent en retrait au sein de la chaîne relationnelle du procès en appel.

Enfin, il s'agira de se saisir de l'écrit « en situation ». Le rôle prépondérant de l'écrit dans les procès en appel obéit à la loi générale posée par Pierre Bourdieu selon laquelle plus une situation est dangereuse (et, conflictuelle), plus la pratique tend à être codifiée⁴⁷⁸. L'écrit, en ce sens, clarifie les positions tenues par les différents acteurs au procès et la formulation de la situation opposant les deux parties au procès, par les termes juridiques, fait apparaître l'efficacité du droit. Nous nous intéresserons, ainsi, à trois aspects de cette domination de l'écrit dans les procès en appel, avec, en premier lieu, le rôle central du papier comme mode d'échanges entre les différents acteurs du procès. Ensuite, nous nous arrêterons sur un acte juridique particulier, les conclusions d'appel, lesquelles s'avèrent être un écrit fondamental

⁴⁷⁵ Simmel Georg, *op.cit.*

⁴⁷⁶ Goody Jack, *La logique de l'écriture. Aux origines des sociétés humaines*, Paris, Armand Colin, 1986.

⁴⁷⁷ Karpik Lucien, *op. cit.*, p.307

⁴⁷⁸ Bourdieu Pierre, « Habitus, code et codification », *op. cit.*

dans le processus de régulation judiciaire en appel. Enfin, nous aborderons les compétences rédactionnelles spécifiques des magistrats en appel. Ces derniers se trouvent ainsi à la tête de la production de la régulation judiciaire en appel, de prime abord, à travers les savoir-faire qu'ils développent lors de la rédaction de leur décision.

1.1. Le papier au centre des échanges entre les acteurs du procès

Pour appréhender la prédominance de l'écrit dans les échanges entre les différents acteurs du procès d'appel, il convient de s'arrêter sur la place centrale du dossier judiciaire, ce que Bruno Latour présente comme le « *le traceur qui organise toute l'activité du Conseil (d'Etat) – ici, de la Cour d'appel – qui fait l'objet de tous les soins, de toutes les conversations...* »⁴⁷⁹. La place centrale du dossier que ce soit dans les cabinets des avocats, dans les Etudes des avoués ou encore dans les bureaux des Greffiers de la Cour matérialise non seulement une culture juridique de l'écrit, mais plus spécifiquement une culture juridique du « papier ». Nous, nous intéresserons plus particulièrement, ici, aux dossiers les plus complets parmi ceux présentés, c'est-à-dire les dossiers judiciaires constitués au sein des Etudes d'avoués. Ce dossier comporte, en règle générale, l'ensemble des originaux des actes juridiques de première instance (acte introductif d'instance, conclusions échangées entre les parties, décision(s) du juge aux affaires familiales, etc.), l'ensemble des pièces versées aux débats par le client et par la partie adverse, ainsi que des pièces ou documents du client qui n'ont pas été versés aux débats en première instance car ils s'avéraient contraires à ses intérêts ou le délai imparti pour verser des pièces aux débats était dépassé.

Ainsi, à partir du dossier judiciaire des avoués, il est possible de reconstituer les différentes étapes de la trame judiciaire de l'affaire présentée à la Cour, de son commencement à son achèvement devant la Cour d'appel. Qui plus est, le dossier de l'avoué, et notamment « la chemise des correspondances », permet de comprendre comment se joue l'élaboration de la procédure judiciaire d'appel à travers les différentes correspondances écrites entre l'avoué et l'ensemble des acteurs du procès.

⁴⁷⁹ Latour Bruno, *op. cit.*, p.83.



Expression de la « culture du papier » des juristes au sein d'un secrétariat d'une Etude d'avoué près la Cour (Juin 2008).

Aussi, est-il nécessaire de distinguer deux types de productions écrites avec, d'une part, l'ensemble des correspondances entre les acteurs du procès en appel et d'autre part, l'ensemble des actes et pièces de procédure ayant une forte valeur juridique. Bien que ces deux types de production écrite participent de la « culture du papier » des professions judiciaires, lorsqu'il s'agit de traiter de la place de l'écrit dans les procédures judiciaires, les sociologues et anthropologues⁴⁸⁰ s'intéressent plus particulièrement au deuxième type de production écrite, à savoir celle à forte valeur juridique. Pour ce travail, nous nous intéressons donc également aux correspondances écrites entre les différents acteurs du procès en appel, en ce que notamment, elles participent à la mise à distance notamment des justiciables disposant de faibles ressources rédactionnelles du traitement de leur affaire. Ces correspondances écrites nous intéressent d'autant plus que c'est principalement par ce canal que les justiciables les plus dotés en compétences rédactionnelles et, en compétences informatiques – avec la diffusion des usages de la communication électronique au sein des Etudes d'avoué depuis le tournant des années 2000 – arrivent à maintenir une position d'acteur dans le processus

⁴⁸⁰ Goody Jack, *op. cit.*; Latour Bruno, *op.cit.*; Fraenkel Béatrice, Pontille David, Collard Damien, Deharo Gaëlle, *Le travail des huissiers. Transformations d'un métier de l'écrit*, Toulouse, Octarès, 2010 ; Fraenkel Béatrice, Pontille David, « L'écrit juridique à l'épreuve de la signature électronique. Approche pragmatique », *Langage et société*, n°104, 2003/2, p.83-122 ; Deharo Gaëlle, « L'écrit dans les procédures judiciaires », *Gazette du Palais*, 6-8 Mars 2005.

d'élaboration de leur procédure d'appel (voir courrier reproduit ci-dessous). L'organisation des relations entre les différents acteurs du procès d'appel, et notamment le monopole informel des avocats pour recueillir les observations des justiciables, conduit à ce qu'une majorité de justiciables correspondent exclusivement avec leur avocat, même si leurs observations sont, au final, adressées par leur avocat à leur avoué chargé de l'instruction de leur affaire. On assiste dès lors à une démultiplication des échanges de courriers par rapport à ce que l'on peut observer en première instance.

« Maître,

Puisque la clôture de l'affaire n'interviendra que le 17 février pour mon dossier sus-désigné, j'aimerais beaucoup que Maître Durand (avoué) puisse ajouter page 8 de nos conclusions en réponse à Maître Chene (avoué) et Monsieur Blaise qu'ils omettent avec aplomb de mentionner que le jour du partage et de la vente de l'appartement nantais, mon mari a reçu un chèque de 340.000 €

Comme il prétend que j'ai placé mes fonds à « 7 à 9% » (!), accordons, pour lui, un taux à 7% ce qui donne un rapport de 1950 € mensuel, ajoutés à la retraite qu'il prétend seulement recevoir, soit :

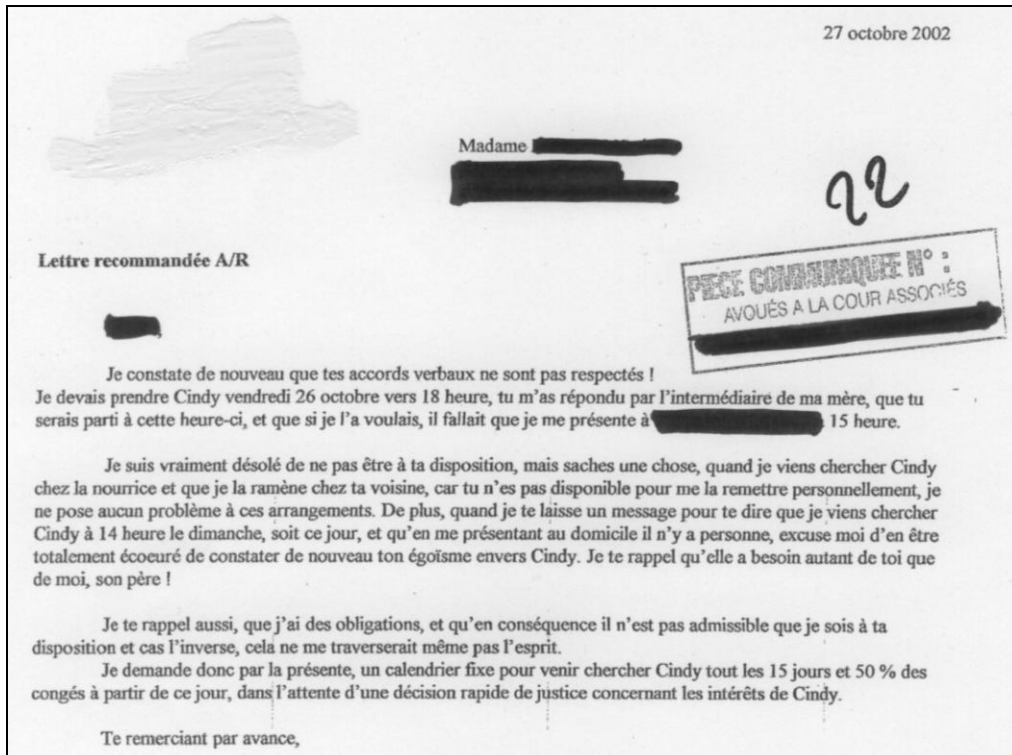
○	<i>Retraite :</i>	<i>4600 € par mois en 2008</i>
○	<i>Placement :</i>	<i>1950 € par mois</i>
TOTAL		<i>6550 € par mois</i>

Je pense qu'avec cette somme il peut aisément faire face à tous ses frais et à ma pension alimentaire de 1500 € par mois. [...]

Merci infiniment de ce que vous ferez et recevez l'expression de mes sentiments distingués. »
Courrier de Madame Blaise (72 ans, ancienne enseignante, fille d'universitaire, ex-femme d'un assureur) adressé à son avocat lequel l'a transmis à Maître Durand pour qu'il puisse rédiger des conclusions en réponse à celles de la partie adverse devant la Cour d'appel.

Le refus de certains avocats de jouer le rôle d'intermédiaire entre le justiciable et son avoué depuis le lancement du projet de réforme de la postulation en appel a favorisé la communication écrite directe entre les avoués et leurs clients et plus particulièrement, ceux les plus dotés en compétences rédactionnelles et informatiques. Pour les avoués et leurs collaboratrices, le principal avantage de la communication écrite et électronique avec les clients est de disposer plus rapidement de leurs observations et de potentielles nouvelles pièces à verser aux débats tout en maintenant une distance physique avec ceux-ci. Il est par

ailleurs intéressant de relever que les communications électroniques sont systématiquement imprimées et jointes dans la « chemise des correspondances » du dossier judiciaire, indicateur d'un attachement de cette profession judiciaire à l'écrit papier. Les « traces » ainsi laissées sur le papier doivent témoigner de tous les échanges, des prises de position et de leur modification, etc. ayant jalonné l'élaboration de la procédure d'appel. Si ces écrits n'ont pas en tant que tel de valeur juridique, ils peuvent participer directement ou indirectement à la production d'actes juridiques faisant autorité dans le processus d'élaboration de la décision judiciaire par les magistrats mettant un terme à la procédure d'appel. Ainsi, doit-on s'interroger sur les conditions amenant ces écrits à revêtir une forme juridique ou du moins à intégrer un autre écrit à « valeur juridique », autrement dit un acte de procédure. En appel, un document écrit, voire même un document iconographique, devient une pièce judiciaire à deux conditions. Ce document doit comporter, en premier lieu, le cachet de communication de l'avoué sur lequel sera apposé un numéro de pièce. Ce numéro et l'intitulé de cette pièce doivent être, par ailleurs, mentionnés au sein d'un bordereau de communication de pièces au nom du client de l'avoué.



Exemple de correspondance entre les parties d'un procès en appel revêtant la forme d'une pièce judiciaire.

Si le rôle d'encadrement des conseils juridiques – avocats et avoués – est déterminant dans ce travail de production de pièces judiciaires, les justiciables tiennent néanmoins un rôle important de pourvoyeurs de documents pouvant potentiellement revêtir la forme de pièces judiciaires. On pense, ici, notamment aux justiciables pratiquant « l'archivage domestique », ceux disposant d'un important réseau relationnel sur lequel s'appuyer pour solliciter des attestations, ceux exerçant eux-mêmes une profession où l'écrit occupe une place centrale et plus précisément ceux développant des savoirs et savoir-faire profanes du droit leur permettant d'opérer une forme de présélection de documents « profitables » à leur défense en appel. Dans ce travail de production de pièces judiciaires, on observe des pratiques très différentes notamment en fonction de l'origine sociale des justiciables. Pour exemple, dans le cadre des procédures d'appel étudiées, les femmes appartenant à la PCS « Cadres et professions intellectuelles supérieures » versent en moyenne plus de 65 pièces dans leur procès en appel, contre moins de 39 pour les ouvrières, et même moins de 30 pour les agricultrices (cf. tableau ci-dessous).

Tableau 16 : Nombre moyen de pièces versées aux débats devant la Cour d'appel par les femmes selon leur PCS

Catégorie Socioprofessionnelle de la femme	Nombre de pièces invoquées en moyenne devant la Cour d'appel
Agricultrices	<u>29,2</u>
Artisanes, commerçantes, chef d'entreprise	39,4
Cadres et professions intellectuelles supérieures	<u>65,1</u>
Professions intermédiaires	55,8
Employées	43,9
Ouvrières	<u>38,8</u>
Retraitées	41,7
Autres inactives	30,4
TOTAL	39,4

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une Etude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (ayant pour objet le traitement d'une séparation ou de ses conséquences) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=412.

Lecture : Les femmes « cadres et professions intellectuelles et supérieures » versent en moyenne 65,1 pièces devant la Cour d'appel.

Comme les pièces judiciaires venant étayer la défense des parties au procès, les actes de procédure ne se conçoivent par les différents professionnels du droit qu'assortis d'un support papier et ce, malgré les transformations de leurs pratiques judiciaires suscitées par le développement de l'écrit électronique⁴⁸¹. Cette « culture implicite du papier »⁴⁸² notamment en appel se traduit par une utilisation récurrente de la signature manuscrite. En tant qu'officiers ministériels disposant du monopole de la postulation dans les procédures d'appel en matière civile et commerciale, les avoués sont les seuls habilités à signer de manière manuscrite les actes de procédure d'appel. Toute la procédure d'appel est irriguée par différents actes de procédure, initiée par une déclaration d'appel et achevée par une signification de l'arrêt de la Cour d'appel. La signature de l'avoué sur les différents actes de procédure est utilisée pour garantir l'intervention de l'autorité judiciaire. La rédaction de l'acte d'appel – décrite dans le chapitre 4 – est exemplaire de l'importance donnée à la signature de l'avoué. Cette signature conditionne toute la validité de la procédure ultérieure et implique elle-même le support papier de l'acte d'appel. Le caractère obligatoire de la signature de l'avoué sur tous les actes d'appel entraîne le plus souvent une division du « travail de signature » au sein des Etudes : au premier clerc, la charge de signer les courriers postaux, à l'avoué la charge de signer les actes de procédure. Cette division du « travail de signature » concrétise la valeur différenciée – du point de vue juridique – entre les correspondances et les actes de procédure. De plus, l'acte de « signer » organise toute la journée de travail au sein des Etudes. En effet, tous les actes de procédure produits par les avoués – excepté les déclarations d'appel qui sont déposées en « main propre » par l'avoué au Greffe de la Cour – sont également signés et cachetés par un huissier de justice – le plus souvent un de ses clercs. Ce clerc d'huissier est chargé de procéder à la signification de ces actes aux autres avoués de la Cour représentant les parties adverses des différents procès concernés par les actes à signifier. La « tournée » de l'huissier significateur se déroule en fin d'après-midi et marque ainsi la fin de la production des actes dans les Etudes. Une fois cette phase de signification passée, les actes ainsi signifiés sont considérés comme définitifs et achevés. « *La signature (de l'huissier) apparaît alors autant comme un signe de validation que comme une marque de finition assurant la qualité du produit* »⁴⁸³. L'ensemble de ces procédés d'écriture et de signature par ces officiers ministériels (avoués et huissiers) pour

⁴⁸¹ Fraenkel Béatrice, Pontille David, « L'écrit juridique à l'épreuve de la signature électronique. Approche pragmatique », *op. cit.*

⁴⁸² Deharo Gaëlle, « L'écrit dans les procédures judiciaires », *op. cit.*

⁴⁸³ Fraenkel Béatrice, Pontille David, Collard Damien, Deharo Gaëlle, *Le travail des huissiers. Transformations d'un métier de l'écrit*, *op. cit.*, p.79.

produire les actes juridiques d'appel formalise acte après acte, chaînon après chaînon, la trame judiciaire des procès en appel.

Au final, les avoués, en apposant leur cachet sur les documents qu'ils considèrent favorables à la défense de leur client les transformant ainsi en pièces judiciaires, ou en rédigeant différents actes écrits à partir de leur « vision » experte de l'affaire, donnent une forme définitive aux duels notamment verbaux⁴⁸⁴ des parties au procès. Notamment, la rédaction des conclusions d'appel⁴⁸⁵ par les avoués – ou leur seule signification pour les avoués ne rédigeant pas de leur « propre main » les conclusions d'appel – correspond à cet instant-clef de la procédure d'appel où se trouve formulé, « noir sur blanc » et de manière définitive, le contentieux opposant les parties au procès.

1.2. *La fabrique des conclusions d'appel*

Les conclusions d'appel sont un des chaînons centraux de la trame judiciaire d'appel (avec la déclaration d'appel) incarnant spécifiquement la force juridique d'un acte de procédure. C'est notamment dans la rédaction de cet acte que les avoués peuvent faire valoir un « second » ou un « nouveau » regard sur l'affaire. Nous allons, ainsi, tenter de rendre compte des différentes contraintes temporelles, sociales et juridiques qui pèsent sur la fabrique des conclusions d'appel et des différentes activités sociales concourant à la production de cet acte de procédure.

En premier lieu, l'écriture des conclusions d'appel doit respecter un cadre temporel bien précis, imposé par des délais de procédure définis spécifiquement dans le Code de Procédure Civile. Ainsi, il revient à l'avoué représentant le justiciable « appelant » de conclure en appel dans les quatre mois suite au dépôt de la déclaration d'appel au greffe de la Cour (article 699 du CPC). Passé ce délai, lors de la conférence de mise en état suivant le délai de quatre mois imposé, les magistrats d'appel radient l'affaire et mettent ainsi fin à la procédure d'appel, réduisant à néant la force juridique de l'acte signifié après délai⁴⁸⁶. Pour l'avoué représentant le justiciable « intimé », si rien ne l'interdit de conclure avant l'appelant, il est de coutume qu'il attende les conclusions de l'appelant pour rédiger des conclusions

⁴⁸⁴ Goody Jack, *op. cit.*, p.146.

⁴⁸⁵ Les conclusions d'appel sont des actes de procédure correspondant à des rapports écrits où sont répertoriées les motivations, les demandes et les pièces judiciaires invoquées par la partie concluante sur lesquels se fondent les magistrats pour rendre leur décision.

⁴⁸⁶ Fraenkel Béatrice, Pontille David, Collard Damien, Deharo Gaëlle, *op.cit.*, p.172.

d'appel en réponse. En règle générale, suite à la signification des conclusions de l'appelant, l'avoué de l'intimé dispose d'environ de deux mois pour produire ses conclusions en réponse. Ainsi, est-il nécessaire pour les avoués de respecter différentes règles formelles et informelles imposant un enchaînement spécifique de la production des actes par les différentes parties au procès. Par exemple, s'il n'existe pas de limite formalisée quant au nombre de conclusions pouvant être prises en appel par chaque partie, il convient de suivre l'ordonnancement auquel est soumise la production des différents jeux de conclusion que les deux parties au procès peuvent être amenées à prendre. On pourrait résumer cet ordonnancement de la manière suivante : A l'appelant de conclure en premier, puis, à l'intimé de répondre aux conclusions de l'appelant, puis, à l'appelant de répliquer dans des « conclusions n°2 » ou « conclusions responsives », et à l'intimé de produire de nouvelles répliques, et ainsi de suite jusqu'à ce que les avoués épuisent leurs arguments ou leur production de pièces judiciaires justificatives et dans le cas d'affaires intarissables en arguments et en pièces, jusqu'à ce que l'ordonnance de clôture vienne clore l'échange de conclusions. David Pontille écrit justement à propos des segments d'action dans laquelle s'insère la fabrique d'un acte d'huissier que « *la notion de « chaîne d'écriture » rend bien compte de cette logique procédurale de fabrication des documents juridiques. Elle met l'accent sur la production séquentielle et ordonnée des actes de procédure* »⁴⁸⁷. Il est important de noter que l'ordonnancement de la production des différents jeux de conclusions des parties est moins lié à l'imposition de règles juridiques (tel le délai de quatre mois pour signifier les conclusions de l'appelant), qu'à l'enchevêtrement de stratégies judiciaires de part et d'autre des parties au procès. En effet, ne pas respecter, pour les avoués, cet ordonnancement de la production des différents jeux de conclusions, c'est notamment prendre le risque d'annihiler les effets stratégiques escomptés de la signification des conclusions. Prenons l'exemple d'une affaire ayant pour objet la fixation d'une pension alimentaire devant la Cour d'appel. L'avoué représentant la partie appelante au procès à l'origine de la demande de versement d'une pension alimentaire, a produit un premier jeu de conclusions d'appelant dans les délais de quatre mois. Dans l'attente de la signification des conclusions de la partie adverse intimée, l'avoué de l'appelante reçoit par l'avocat-correspondant de nouveaux documents permettant de prouver la description erronée du budget présentée en première instance par la partie adverse. Ici, le « jeu », pour l'avoué appelant, est d'attendre les conclusions de l'intimé afin que celui-ci reprenne « noir sur blanc » le budget décrit en première instance, laissant ainsi les traces aux yeux des juges d'une probable

⁴⁸⁷ *Ibid*,p.172.

stratégie de l'intimé de dissimuler certaines ressources financières constitutives de son budget.

En second lieu, pour appréhender tant la force juridique que la « force graphique »⁴⁸⁸ des conclusions d'appel, il est nécessaire également de regarder de plus près le travail d'élaboration de cet acte d'appel spécifique. Lorsqu'ils rédigent les conclusions d'appel, les avoués intègrent, comme les juges lorsqu'ils rendent leur décision, les principes de la chaîne d'écriture du droit décrite par Dworkin⁴⁸⁹. L'avoué, dans ses écritures, s'il a pour tâche première de défendre la vision de l'affaire du justiciable qu'il représente, participe directement à la conformité de la chaîne d'écriture du droit en ajustant cette vision à la jurisprudence du magistrat qui aura à trancher le débat judiciaire et en mettant dans les formes requises les actes juridiques qu'il doit produire. Les conclusions d'appel, comme tous les actes juridiques, sont des écrits hautement formalisés qui se distinguent des écrits ordinaires ; une telle rigidité n'existant pas dans la vie courante⁴⁹⁰. Cette formalisation très technique des actes juridiques justifient notamment le fait que toutes les secrétaires juridiques des avoués disposent d'un fichier de modèles d'actes prêts à être ressortis si besoin en est et que les avoués et leurs collaboratrices se constituent des classeurs de jurisprudence répertoriant des catégories de décisions définies sur la base de trois principaux critères : le magistrat rapporteur ayant rendu la décision, les objets mêmes du procès (prestation compensatoire, résidence, comportements fautifs etc.) et la procédure engagée en première instance (jugement de divorce pour faute, ordonnance de référé, etc.).

L'informatisation des Etudes n'a pas transformé ces pratiques. En effet, si les logiciels professionnels des avoués répertorient les modèles d'actes juridiques les plus simples, ils ne mettent pas à disposition des avoués et de leurs salariés l'ensemble du panel des actes d'appel et des jurisprudences de la Cour. Par conséquent, les avoués doivent-ils veiller à ce que leurs écritures respectent la forme attendue par les magistrats de leur Cour d'appel. De la même manière, sur le fond, il est attendu, de manière informelle, que les demandes sollicitées par les avoués au nom de leur client soient ajustées à la jurisprudence de la Cour d'appel. Nous avons ainsi pu observer à plusieurs reprises, des avocats « extérieurs » (autrement dit des avocats affiliés à un Barreau extérieur à la Cour d'appel) ne connaissant pas la jurisprudence locale de la Cour voir leurs demandes au nom de leur client profondément remaniées par les avoués

⁴⁸⁸ Fraenkel Béatrice, « Actes écrits, actes oraux : la performativité à l'épreuve de l'écriture », *Etudes de communications*, n°29, p69-93.

⁴⁸⁹ Dworkin Ronald, *op.cit.*

⁴⁹⁰ Fraenkel Béatrice, « Actes écrits, actes oraux : la performativité à l'épreuve de l'écriture », *op. cit.*

et les collaboratrices pour les ajuster à la jurisprudence locale. On pense, par exemple, aux montants des indemnités « article 700 » ou des dommages et intérêts dans le cadre d'une procédure de divorce pour faute pour lesquels la jurisprudence varie d'une Cour à l'autre voir même d'un juge à l'autre.

On comprend, dès lors, que la réputation des avoués du point de vue des magistrats se joue notamment sur la manière dont les avoués rédigent et mettent en forme leurs écritures. La majorité des avoués et des collaboratrices que nous avons rencontrés considèrent que la mise en forme des conclusions est primordiale notamment pour que les juges puissent se saisir le plus aisément possible de l'architecture démonstrative proposée par l'avoué. Ainsi, la première partie des conclusions est consacrée au « rappel des faits et de la procédure » antérieurs. Il s'agit, ici, de rappeler aux magistrats dans quel contexte juridique se situe l'action en justice des parties au procès. Il est présenté la situation matrimoniale et familiale des parties au procès (marié/concubin, avec contrat de mariage ou sans contrat de mariage, avec enfant ou sans enfant). Cette présentation reprend systématiquement les mêmes formules : « *Attendu que le (la) concluant(e) et Madame (Monsieur)... se sont mariés le ... devant l'officier d'état civil de la commune de* » ; « *Que (X) enfant est issu de leur union ...* », etc. Dans cette première partie, l'avoué peut déjà évoquer différents faits expliquant, selon lui, l'engagement du couple dans une procédure judiciaire. Dans ce cas de figure, l'avoué limite le rappel des faits à ceux sur lesquels il va appuyer et justifier les demandes présentées à la Cour au nom de son client (par exemple la date à laquelle la partie adverse a quitté le domicile conjugal). Mais le plus souvent, cette première partie est réservée à la présentation du parcours judiciaire des deux parties au procès en rappelant la (ou les) date(s) et le (ou les) intitulé(s) de la (ou des) précédente(s) décision(s) judiciaire(s) et les mesures prises par les premiers juges. La deuxième partie intitulée « discussion » présente les différents moyens soulevés par l'avoué concluant autrement dit les arguments dont l'avoué se prévaut pour fonder ses demandes devant la Cour. Ces moyens sont répertoriés autour de différents sous titres (« sur le prononcé du divorce », « sur la résidence des enfants », « sur les mesures financières », « sur les dommages-intérêts », etc.). C'est dans cette partie que « la main » de l'avoué va s'avérer fondamental. Par la présentation des moyens juridiques qu'il soulève devant la Cour, l'avoué opère une retraduction de tous les aspects de l'affaire – déjà préalablement traduite en première instance par l'avocat – pour constituer le (ou les) objet(s) du méta-conflit opposant les parties au procès en appel, en tant que *cause*, « *c'est-à-dire en tant que problème juridique propre à faire l'objet de débats juridiquement réglés, et pour*

retenir tout ce qui, du point de vue d'un principe de pertinence juridique, mérite d'être avancé, et cela seulement, tout ce qui peut valoir comme fait, comme argument favorable ou défavorable, etc. »⁴⁹¹. En écrivant « noir sur blanc » la sélection des différents faits qu'il a retenus – parfois très différente de celle de l'avocat en première instance – pour défendre la cause de son client, l'avoué produit une « nouvelle » vision de l'affaire tout en veillant à ce qu'elle reste cohérente avec la thèse défendue en première instance par l'avocat. Cette cohérence est d'ailleurs indirectement imposée par le cadre procédural d'appel puisque notamment il n'est pas possible de présenter devant la Cour de nouvelles demandes sur le fond de l'affaire. L'avoué doit se tenir ainsi aux demandes présentées par son client devant le Juge aux Affaires Familiales en première instance. La nature du contentieux juridique ici étudié conduit les avoués à traiter davantage de faits que de droit. A la différence d'une discussion autour de la régularité de la rupture d'un contrat commercial, des usages d'un droit de passage, où l'avoué s'appuie principalement sur des matériaux directement juridiques (contrat, document notarié, etc.), la discussion judiciaire autour d'une séparation conjugale et de ses conséquences amène les avoués à articuler leur thèse davantage autour de faits et matériaux non directement juridiques (ex : échange de correspondances entre les membres du couple, attestation de proches des conjoints, factures diverses, etc.) que de matériaux directement juridiques (excepté les cas relativement rares où la discussion porte sur le régime d'un contrat de mariage spécifique ou sur certains objets particuliers telle une discussion autour de la dissolution d'une Société Civile Immobilière familiale). La part importante des décisions judiciaires issues d'une procédure de divorce pour faute faisant l'objet d'un appel devant la Cour, entraîne les avoués à modéliser la « discussion » judiciaire autour de l'interprétation des différents éléments de l'histoire conjugale ayant conduit à la séparation. Ainsi, les avoués des deux parties au procès proposent deux thèses opposées de la même histoire conjugale que les juges d'appel devront trancher. Si les avoués veillent à ce que leurs écrits ne comportent pas de propos diffamatoires, ou encore à encadrer les demandes excessives de leur client, en appel, face à la conflictualité de la séparation, on assiste à une forme de relâchement des censures quant à la formulation des griefs portés par chaque partie au procès. Dans ce travail d'écriture, la poursuite des échanges entamés en première instance devant la Cour d'appel conduit inévitablement les avoués si ce n'est à renforcer leur argumentation, du moins à la développer en allant de plus en plus loin dans les détails des faits invoqués.

⁴⁹¹ Bourdieu Pierre, *op. cit.*, p.10

<p>Extrait des conclusions d'un avocat dans le cadre de la procédure de première instance :</p> <p>« Il résulte des pièces du dossier que l'initiative de ce départ appartient exclusivement à Madame W puisque dès le début de l'année 2007, elle a effectué des démarches pour rechercher un logement, souscrit des crédits pour faire face aux frais impliqués par ce déménagement et par son installation dans un nouveau logement et a également, toujours avec le même objectif, prélevé des sommes d'argent sur les livrets d'épargne des enfants du ménage. »</p>	<p>Extrait des conclusions d'appel de l'avoué mandaté par l'avocat dans le cadre de la procédure d'appel :</p> <p>« Attendu que, dès le début de l'année 2007, Madame W a effectué des démarches auprès de la Banque Y pour un projet immobilier qu'elle comptait réaliser ; Attendu, encore, que pour financer le déménagement de son installation dans un nouveau logement, Madame W a souscrit différents emprunts, soit un crédit auprès de la Banque Z, d'un montant de 3.500 € ; Qu'elle a, en outre, opéré des prélèvements de sommes d'argent sur le compte commun et sur le livret des enfants ; Attendu que Madame W ne peut contester le fait qu'elle ait, en son nom propre, et non au nom de son époux, et d'elle-même, fait auprès de la Banque Y une demande de financement pour un projet immobilier personnel ; Que le projet était présenté à celle-ci par la Banque Y le 2 février 2007, ce qui suppose que sa demande était bien antérieure ; Que Madame W avait, donc, bien l'intention, dès avant son départ, de quitter son époux. Attendu que, contrairement à ce qu'elle affirme, le compte de 3.500 €, emprunt souscrit par Madame W l'a été en Mai 2007, et non en Juillet 2007 ; Que toute preuve est, ainsi, rapportée de ce que le départ de Madame W du domicile conjugal était prémédité ; Attendu que toutes ces opérations financières préalables à don départ impliquent, à l'évidence, une décision préméditée ; »</p>
--	---

Toute la difficulté pour les avoués est, dès lors, de formuler des griefs – en évoquant par exemple, le comportement fautif de la partie adverse dans la séparation du couple, ou encore en disqualifiant les pratiques éducatives de l'adversaire pour obtenir la résidence des enfants ou un droit de visite et d'hébergement plus large – tout en veillant à ne pas altérer leur réputation auprès des magistrats. Cette « escalade » des écritures fait partie, en quelque sorte des règles du jeu judiciaire d'appel sur lesquelles s'accommodent les différentes professions judiciaires présentes au procès en appel (magistrats, avoués à la Cour, avocats, experts judiciaires, enquêteurs sociaux). En effet, ces derniers admettent, d'une certaine manière, qu'ils ont très souvent affaire devant cette juridiction à des situations très conflictuelles, et que cet affrontement par écritures interposées fait partie intégrante du jeu judiciaire en appel. Il demeure néanmoins que si d'une manière générale, les écritures se durcissent en appel, les avoués déploient des registres argumentatifs différents selon les types de contentieux et de justiciables (voir chapitre 8).

« Nous, on arrive en Cour d'Appel dans un cas de figure qui est différent de ce qui se joue en première instance. Nous prenons, nous magistrats, notre décision à partir des conclusions des avoués et seulement à partir de ces écrits. Ce qui fait que les conclusions d'appel sont bien souvent beaucoup plus longues et développées que celles déposées en première instance par les avocats. A la fois vous me direz « c'est logique » puisque le débat continuant en appel, les parties sont amenées à apporter davantage de précisions pour étoffer leur défense. En même temps, vous avez vu, puisque vous travaillez chez Maître Durand, vous avez vu l'écriture des parties. Quand les parties ont lu les écritures d'appel, il y en a qui ont beaucoup de mal à se concilier. Elles ne sont pas toujours tendres si l'on peut dire. Il y en a qui sont très, très violentes, qui sont très virulentes et qui n'apaisent pas le conflit. » **Conseiller à la Cour d'appel (M2).**

« Et bien, en fait, quand je fais un premier jeu d'écriture, c'est moi qui suis appelant, et je dois formaliser les écritures en premier donc. Et puis l'adversaire, il conclut. Donc, là, les clients n'ont plus en mémoire ce que j'ai précédemment écrit. Alors là, sans regarder moi ce que j'ai écrit dans le premier jeu de conclusions, ils prennent de plein fouet la défense de l'adversaire sans avoir compris que de notre côté, on a fait la même chose. Ils n'ont pas cette distance que nous, professionnel on a, et ça se comprend, ils sont complètement dedans, c'est leur affaire. Les avocats, leur rôle, ou moi, si j'ai le client en direct, c'est aussi de leur faire comprendre que ces écritures, cela fait partie du jeu si on peut dire. Donc, il faut penser à les canaliser, à leur expliquer que l'on peut répliquer, mais pas n'importe comment non plus ... » **Caroline (A10), collaboratrice d'avoué, chargée des affaires familiales au sein d'une grande Etude de la Compagnie, 36 ans.**

Pour clore les conclusions d'appel, le dispositif ou le « Par ces motifs » rappelle les différentes demandes formulées par l'avoué au nom de son client dans « la discussion ». Le dispositif des conclusions des avoués reprend la forme du dispositif des décisions judiciaires prises par les magistrats de la Cour. Le dispositif des arrêts d'une Cour d'appel est un exemple type de procédé linguistique caractéristique du langage juridique concourant à produire deux effets majeurs, l'effet de neutralisation et l'effet d'universalisation (avec l'usage de tournures impersonnelles, de verbes constatifs, de la troisième personne du singulier, de formule juridique générale, etc.)⁴⁹². Par contre, le dispositif des conclusions des avoués ne vise pas, a priori, un effet d'universalisation du conflit judiciaire mais s'adresse, en premier lieu aux magistrats composant la Cour afin qu'ils fondent leur décision sur la base des demandes présentées. Ceci d'ailleurs peut expliquer les similitudes dans la forme du dispositif des écritures des avoués avec celui de la décision des magistrats. Ainsi, retrouve-t-on les caractéristiques d'impersonnalité du langage linguistique dans le dispositif des conclusions des avoués notamment à travers l'usage de formules impersonnelles (« Et tous autres à

⁴⁹² Bourdieu Pierre, « La force ... », *op.cit.*, p.5

déduire ou suppléer s'il y échet », et l'usage de verbes à l'infinitif (« Prononcer le divorce aux torts... », « Dire et juger le concluant ... », « Condamner Monsieur ... », « Débouter Madame ... », etc.). D'un point de vue général, les écritures d'appel des avoués sont jalonnées par différents procédés graphiques (centrage et grossissement des principaux titres, soulignement des sous parties, mise en gras des arguments les plus saillants, etc.) ayant pour fonction de hiérarchiser le contenu discursif des conclusions d'appel. On peut, par ailleurs, relever que l'organisation et la structure graphique générale de l'arrêt de la Cour (présentation des parties au procès, rappel des faits et de la procédure, présentation des moyens et demandes des parties devant la Cour, motifs, dispositif, etc.) est, dans la forme, peu évidente à distinguer des écritures prises par les avoués. Les multiples similitudes entre les conclusions d'appel des avoués et la décision de la Cour conduisent régulièrement à des quiproquos pour les justiciables les moins dotés en ressources juridiques recevant les conclusions d'appel de la partie adverse sans notamment être avisé de la fonction et de la « valeur » juridique de cet acte juridique. Souvent peu armés pour se saisir des logiques graphiques et linguistiques des actes juridiques, ces justiciables peuvent ainsi assimiler les conclusions de la partie adverse à l'arrêt de la Cour d'appel.

« Au téléphone, j'écoute sans arrêt des clients qui sont horrifiés. Ils croient que c'est la décision de la Cour lorsqu'ils reçoivent les conclusions de l'autre avoué alors que ce sont les conclusions adverses. Ils se sentent agressés à un point, ce qui leur fait dire « je suis condamné quoi ». Mais je comprends leur réaction car les conclusions sont rarement tendres, surtout en appel où souvent le conflit est très fort. » **Anne-Laure (A1), collaboratrice au sein d'une « petite » Etude, 41 ans.**

Cette description succincte de la fabrication des conclusions d'appel par les avoués à la Cour permet d'appréhender les différentes logiques (notamment graphiques, rédactionnelles et linguistiques) au fondement tant du passage d'un niveau de juridiction à un autre supérieur, que plus généralement du « passage du droit »⁴⁹³. Il faut ici entendre « le passage du droit » comme la transformation du récit de vie le plus souvent oral présenté par le justiciable à ses conseils à une présentation officielle écrite de cette même histoire de vie, recouverte de la « force juridique ». Mais rappelons que les conclusions des avoués ne participent que secondairement à la chaîne d'écriture du droit ; les magistrats de la Cour

⁴⁹³ Latour Bruno, *op. cit.*, p.139

d'appel gardant la main mise sur le travail d'écriture de ce chapitre du roman judiciaire que constitue, pour les justiciables, le passage devant la Cour d'appel.

1.3. Le mode écrit de l'intervention des magistrats en appel

Tout au long de l'instruction judiciaire des affaires, les magistrats de la Cour d'appel interviennent, via le plus souvent les greffiers et leurs « bulletins ». Cette instruction se matérialise par deux niveaux d'intervention écrite, celle des greffiers pour l'aménagement de la procédure, et celle des magistrats pour la rédaction des décisions. Cette organisation bureaucratique de la juridiction d'appel et de l'intervention des magistrats et des greffiers s'inscrit dans le mouvement plus large de rationalisation croissante de l'institution judiciaire et plus généralement des différentes institutions « de service public ». Ce mouvement s'est engagé avec notamment la fonctionnarisation des personnels du Greffe et la mise en place d'une formation continue des magistrats au sein de l'Ecole Nationale de la Magistrature au tournant des années 1970. Le processus de rationalisation du fonctionnement de la juridiction d'appel, qui n'est pas propre à cette juridiction, s'est réalisé avec une codification croissante de l'intervention des magistrats à travers la multiplication de la production de « bulletins du Greffe de la Cour » au détriment de l'intervention orale des magistrats auprès des avoués de la Cour. Ces bulletins parsèment toute la procédure d'appel et sont adressés exclusivement aux avoués⁴⁹⁴. Ils n'ont pas qu'une simple fonction communicationnelle avec les avoués. Ils revêtent également une fonction juridique puisqu'ils contribuent à la mise en pratique du respect du contradictoire et de l'équité des parties dans le cadre de leur procès en appel.

Si la production des bulletins du Greffe participe à codifier le parcours judiciaire des justiciables et à entériner les positions des différents acteurs du procès en appel, la principale fonction régulatrice des magistrats reste cependant leur travail d'écriture des arrêts. Disposant des écritures d'appel des différentes parties au procès dans lesquelles notamment les versions de l'affaire prennent une forme définitive, les magistrats composant la Cour d'appel ont, dès lors, pour principale mission de trancher entre les deux thèses qui leur sont présentées. Pour rendre et fonder leurs décisions et ainsi, se positionner par rapport aux deux thèses défendues

⁴⁹⁴ Ces bulletins visent principalement à informer les parties de la fixation du calendrier de procédure (date et heure de l'audience, date de la clôture, date limite pour conclure pour les avoués, etc.), à demander aux parties de communiquer aux magistrats les pièces qu'elles versent aux débats en appel, à aviser d'un report de la clôture ou d'une audience, à demander le versement des honoraires d'un expert judiciaire, à transmettre la liste des affaires venant à la prochaine conférence de mise en état...

par les parties au procès, les magistrats d'appel s'appuient sur d'autres écrits juridiques. Il s'agit principalement du Code Civil et de deux types de décisions judiciaires, celles ayant trait à l'affaire particulière qui leur est présentée – avec notamment la décision rendue en première instance par le juge aux affaires familiales – et celles déjà prises dans le cadre d'affaires similaires dans cette juridiction et constituant la jurisprudence de la Cour. Il se peut, par ailleurs, dans le cadre de certaines affaires où les demandes des parties s'avèrent particulièrement « originales », que les magistrats s'appuient sur des décisions de la Cour de Cassation ou d'autres juridictions inférieures (spécialement des décisions rendues par d'autres Cours d'appel) ayant été amenées à se prononcer sur ce type de demandes. Néanmoins, le « poids de la jurisprudence »⁴⁹⁵ dans le cadre des affaires familiales, ici, étudiées, se fait moins sentir que pour d'autres contentieux présentés devant la Cour d'appel tel notamment le contentieux commercial où la référence à de précédents arrêts de la Cour est régulièrement pointée dans les décisions des magistrats. Finalement, dans le contentieux étudié, les magistrats ont davantage à traiter de faits non juridiques (contexte de séparation, pratiques éducatives de chacun des parents, etc.) qu'il faut pourtant qualifier en droit (définition de comportements fautifs, attribution de la résidence, etc.)

Comme le souligne le Conseiller à la Cour dans l'extrait d'entretien suivant, le traitement des affaires familiales en appel nécessite pour les magistrats des compétences rédactionnelles spécifiques notamment dans les termes utilisés ou dans les éléments retenus dans les conclusions de chacune des parties pour motiver leur décision. On observe particulièrement ce que l'on pourrait nommer « le tact rédactionnel » des magistrats dans les affaires où la question de la prise en charge des enfants (fixation de la résidence, du montant de la pension alimentaire, droit de visite et d'hébergement du parent non gardien) se trouve au centre du débat judiciaire. Dans ces affaires, les magistrats veillent à user des termes ou à sélectionner des éléments des conclusions des parties pour motiver leur décision qui ne disqualifient pas un des deux parents auprès des enfants. La manière de motiver leur décision est notamment à mettre en parallèle avec la conception de l'intérêt de l'enfant que les magistrats défendent.

« Je suis arrivé, il y a deux ans, ici, dans cette chambre dans laquelle il y avait entre autre, le contentieux familial. Ça n'est pas forcément ce que je préfère. Bon, je pense que c'est un contentieux qui est techniquement pas très compliqué, mais qui est un contentieux difficile parce qu'il y a énormément d'éléments, de paramètres humains sur laquelle on n'a qu'une prise assez relative. Il y a des décisions graves à prendre qui parfois peuvent être mal vécues et

⁴⁹⁵ Schnapper Dominique, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, p.289.

qui parfois peuvent amener à des conséquences importantes pour ces familles. Il faut vraiment faire attention aux mots que l'on utilise dans nos décisions et à la manière dont on les motive. » **Conseiller à la Cour d'appel (M2).**

Ainsi, le travail de rédaction des décisions fait partie intégrante de la fonction régulatrice des magistrats. La retranscription de l'extrait d'un arrêt de la Cour d'appel (ci-dessous) dans le cadre d'une affaire où s'opposent deux parents sur le mode de résidence des enfants, illustre l'exercice de la fonction régulatrice des magistrats par le déploiement de compétences rédactionnelles spécifiques. Alors qu'en première instance, le juge aux affaires familiales a fixé la résidence des deux enfants de ce couple de concubins au domicile de la mère après que les parents aient pratiqué quelques mois la résidence alternée, le père, appelant devant la Cour d'appel, demande notamment dans ses conclusions d'appel que la Cour instaure une résidence alternée. Dans les conclusions d'appel de l'appelant, la mère se trouve ainsi disqualifiée ; laquelle « *ne penserait qu'à sortir et faire la fête, qu'elle multiplie les relations amoureuses et délaisse les enfants* », précisant de plus qu'elle n'en « *sollicite la garde que pour des considérations pécuniaires* ». A l'opposé, dans les conclusions de la mère, le père est présenté comme « *une personne n'hésitant pas à opérer de véritables manœuvres d'intimidation pour exercer un droit de visite et d'hébergement plus large* », « *méconnaissant l'intérêt de ses enfants* », etc. L'extrait de la décision rendue par la formation collégiale de la Cour d'appel et rédigée par le Président de la chambre familiale permet de rendre compte du travail d'écriture des magistrats. Ces derniers rédigent ainsi leur décision en prenant compte des dispositions du Code Civil encadrant l'objet du conflit judiciaire, de la décision prise par son confrère en première instance, des thèses avancées et des pièces versées aux débats par les deux parties au procès et, ici, de leur propre conception de l'intérêt de l'enfant. Dans cette affaire, la conception de l'intérêt de l'enfant par les magistrats ayant rendu cette décision est déterminante. Pour ces magistrats, par exemple, il n'est pas concevable d'envisager une résidence alternée alors que la relation entre les deux parents est conflictuelle. Faisant le constat d'une situation parentale conflictuelle, pour autant, les magistrats s'abstiennent de déterminer un parent à l'origine de cette situation afin de ne disqualifier aucun des parents dans leur décision judiciaire, et surtout de maintenir une place auprès des enfants aux deux parents. Ils confirment ainsi la décision de première instance sur ce point. Au final, pour tenter de mettre fin au conflit parental, ils moralisent d'une certaine manière les débats en rappelant le devoir des parents de respecter la place de l'autre et en les enjoignant à rencontrer

un médiateur familial, les renvoyant, dès lors, à leur incapacité de s'accorder dans l'intérêt de leurs enfants.

« **Sur la résidence des enfants :**

« Les enfants sont âgés de 3 et 2 ans ;

« Selon les dispositions des articles 373-2 du code civil, chacun des parents doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

« Les pièces produites par les parties établissent qu'elles entretiennent des relations très conflictuelles depuis leur séparation intervenue à l'automne 2006.

« A compter de cette séparation et jusqu'à la décision dont appel, c'est-à-dire pendant quelques mois, les enfants ont vécu en alternance au domicile de chacun de leurs parents. Madame ... affirme que cette organisation lui a été imposée, ...Monsieur soutient qu'il s'agissait d'une décision commune.

« Il convient, au regard de ces éléments, de confirmer la décision du premier juge qui a, de façon pertinente, souligné que la mise en place d'une résidence alternée suppose que les parents puissent dialoguer dans l'intérêt de leurs enfants.

« L'intérêt de ceux-ci, commande en outre, d'enjoindre aux parties, conformément aux dispositions de l'article 370-2-10 du code civil, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation. »

Extrait d'un arrêt de la Cour d'appel de Novembre 2007.

En cohérence avec la conception qu'ils se font de l'intérêt de l'enfant, il est d'autres affaires où les magistrats hésitent moins à davantage moraliser les débats, en reprenant « noir sur blanc » dans les « motifs » de leur arrêt, des faits disqualifiant des parents ayant abandonné leurs enfants, ayant été à l'origine de violences intrafamiliales ou encore « manipulant les enfants » pour les éloigner de l'autre parent. Il est d'autres pratiques rédactionnelles où les magistrats expriment leurs compétences spécifiques en matière d'écriture. On pense, ici, notamment à la pratique de l'audition de l'enfant. Le dilemme des magistrats quant à cette pratique d'audition de l'enfant tient à la question suivante : que retranscrire de la parole de l'enfant dans le procès verbal d'audition tout en respectant le débat contradictoire opposant ses parents ? Les règles juridiques en la matière sont pour le moins silencieuses. Toute la difficulté pour les magistrats est de trouver un équilibre entre protection de l'enfant et respect du contradictoire (voir chapitre 8).

Dès lors, se pose la question des inégalités indirectement produites par les pratiques différenciées selon les juridictions et les magistrats. En effet, du fait notamment de trajectoires professionnelles différenciées et de divers modes d'implication dans le domaine du contentieux familial, les magistrats de la Cour d'appel ne proposent pas les mêmes types de savoir-faire rédactionnels. Mais, au final, quels que soient les magistrats en appel, leur travail rédactionnel renforce la prédominance des logiques d'écriture dans l'organisation et la configuration du procès d'appel, laquelle ne doit pas pourtant nous dégager d'une présentation

des phases orales de la procédure d'appel et de leur fonction dans le processus de régulation judiciaire.

2. La relégation au second plan des phases orales de la procédure d'appel

La règle, en appel, qui impose aux magistrats de rendre leur décision uniquement sur la base des conclusions écrites des parties au procès est, en premier lieu, à l'origine de la prédominance des phases écrites sur les phases orales dans les procédures d'appel. Mais pour autant, comme l'écrit Antoine Garapon, « la décision ne suffit pas à faire justice, encore faut-il qu'elle soit prononcée selon les règles »⁴⁹⁶ et qu'elle respecte notamment pour les procédures d'appel le temps de l'audience. Ainsi, bien que les magistrats rédigent leur décision sur les seules écritures des parties, une audience en cabinet est maintenue en appel. Avec l'audience de plaidoirie, les phases orales de la procédure d'appel se limitent à la conférence de mise en état. Afin de saisir les caractéristiques de la procédure d'appel renforçant la mise à distance des justiciables du traitement de leur affaire, nous nous centrerons sur l'analyse de l'audience de plaidoirie en appel. En effet, il s'agit du seul temps judiciaire où peuvent se rencontrer autour d'une même scène – le procès – les principaux acteurs du procès d'appel – magistrats, conseils juridiques (avocats et avoués) et justiciables – et, où se concrétisent et se déploient les différentes stratégies des acteurs du procès.

2.1. *Le maintien d'une audience en cabinet*

Le procès d'appel comme tout procès judiciaire s'incarne dans une mise en scène particulière. L'audience de plaidoirie, rite judiciaire par excellence, agit comme cadre spatial symbolique du procès. Le temps et le lieu de l'audience de plaidoirie vient finalement conclure le processus d'enchaînement d'échanges d'écrits entre les différents acteurs du procès d'appel. L'audience est un temps de la procédure immobile en ce qu'il fixe les écritures des parties et donne aux arguments des parties une situation, un ancrage⁴⁹⁷. Bien que la procédure d'appel soit une procédure écrite par excellence, elle ne peut se passer de ce cadre symbolique. L'audience en appel est donc la scène judiciaire qui symbolise la fin des

⁴⁹⁶ Garapon Antoine, *op. cit.*, p.131.

⁴⁹⁷ *Ibid*, p.197

échanges écrits et où les avocats plaideurs ont pour principale tâche de mettre en scène les écritures de l'avoué.

Comme les audiences devant le juge aux affaires familiales en première instance, l'audience d'appel se déroule en règle générale en cabinet, c'est à dire dans les bureaux du Président de la chambre familiale de la Cour d'appel. Si les autres procès d'appel en matière civile et commerciale se déroulent dans les grandes salles d'audience de la Cour d'appel donnant directement sur la Salle-des-pas-perdus, le maintien des audiences en cabinet en matière familiale devant la Cour permet de donner un caractère d'intimité à la scène se jouant, en principe, entre le magistrat rapporteur, le greffier de la Cour, les avocats, les justiciables et les avoués. Le greffier de la Cour et les avoués des parties s'éclipsent dès l'entame de l'audience, suite à l'appel des causes. La présence de tous ces acteurs au procès est loin d'être une règle absolue car il est de nombreux cas de figures où les justiciables n'assistent pas à l'audience et où les avocats ne viennent pas plaider l'affaire. Malgré le nombre important des affaires où l'audience ne se joue pas, la tenue des audiences dans le bureau du Président de Chambre doit rompre avec le cadre « froid » et « déshumanisant » des débats se déroulant dans les salles d'audience donnant sur la Salle-des-pas-perdus où les magistrats, en formation collégiale, tiennent l'audience en surplomb des justiciables et des avocats plaidant debout, à la barre.

« Les audiences familiales se passent dans mon bureau. Déjà, ce n'est pas une salle d'audience, et puis je trouve que c'est un cadre qui est beaucoup plus adapté à ce genre de contentieux. Ils sont quatre, les deux justiciables et leur avocat respectif, ils ne sont pas tout à fait autour de la table mais je trouve que c'est un cadre qui convient mieux à ce type de contentieux. Moi, ça me va bien et je ne souhaite pas revenir là-dessus. Il nous arrive de prendre des divorces pour des raisons conjoncturelles dans une salle d'audience traditionnelle, le débat se modifie. Déjà, l'avocat ne plaide plus assis, il se lève. Et on retombe dans des schémas classiques avec un débat beaucoup plus froid, beaucoup plus déshumanisé, qui est parfait pour parler de droits de succession, de bornage, mais là non. Moi, je trouve que c'est mieux dans un petit cercle comme ça. » **Président de la Cour d'appel (M1)**

Pour les affaires ayant pour objet le traitement de séparations de concubins ou de divorçants, les audiences devant la chambre familiale de la Cour d'appel se tiennent les lundis et mardi à 13h45, début de l'appel des causes. Pendant que le magistrat tenant l'audience, véritable metteur en scène du procès d'appel⁴⁹⁸, se remet en mémoire les différentes affaires et leurs enjeux dans le bureau tenant office de salle d'audience, les avoués, les avocats et les justiciables, se retrouvent dans la Salle-des-pas-perdus du Palais de Justice. Lorsque les

⁴⁹⁸ Israël Liora, « Les mises en scène d'une justice quotidienne », *op. cit.*

justiciables assistent à l'audience, ils sont très souvent les premiers arrivés avec plusieurs minutes d'avance et attendent dans la Salle-des-pas-perdus. Certains rongés par le stress et la charge émotionnelle que revêt leur procès, font les quatre cents pas, croisent du regard leur ex-conjoint arrivé également, tout en l'ignorant. D'autres, assis, relisent les conclusions prises par leur avoué et celles de la partie adverse. Tous, en général, balaiant du regard les différentes portes donnant sur la Salle-des-pas-perdus, pour retrouver leur avocat et donner un visage à l'avoué traitant leur dossier que la plupart n'ont jamais rencontré physiquement. Avocats et avoués, rôlés à cette pratique routinière de l'audience de plaidoirie, arrivent juste à 13h45 pour le début des appels des causes. Néanmoins, il arrive que certains avocats arrivent quelques minutes en avance pour préparer leur client à l'audience. Ils leur expliquent le déroulement de l'audience et leur précisent notamment que les magistrats en appel – à la différence des audiences en première instance devant le juge aux affaires familiales – ne donnent qu'exceptionnellement la parole aux justiciables. Lorsque l'avocat et son client sont présents à l'audience, leur avoué les rejoint dans la Salle-des-pas-perdus et les conduit, après tout un parcours à travers les différents couloirs du Palais de Justice, devant le bureau du Président de la Chambre Familiale. De manière générale, les magistrats de la Cour d'appel tiennent entre 8 et 10 affaires par audience sur une durée de moins de trois heures (soit environ 20 minutes par affaires) ; ce nombre variant selon l'évaluation du temps que les magistrats pensent consacrer notamment aux affaires les plus complexes et celles recouvrant de forts enjeux affectifs et financiers. En appel, les magistrats sont également soumis aux contraintes temporelles qu'impose le mouvement de rationalisation croissante de l'organisation judiciaire même si leur « cadence » de traitement des affaires n'est pas comparable à celle des magistrats du pénal tenant les audiences de comparutions immédiates⁴⁹⁹, ou même celle de certains juges aux affaires familiales. Aussi, à l'appel des causes, avoués, avocats et justiciables s'agglutinent devant le bureau du Président de la Cour, créant un petit mouvement de foule dans le couloir étroit longeant le bureau. Lorsque le greffier de la chambre familiale de la Cour et le magistrat rapporteur se présentent devant la porte du bureau du Président pour entamer l'appel des causes, les avoués se regroupent au premier rang, les avocats suivent juste derrière et les justiciables assis ou debout, se mettent en fil le long du couloir. Pour l'appel des causes, seuls le magistrat, son greffier et les avoués rentrent dans le bureau. Cet isolement de ces acteurs est, une nouvelle fois, révélateur de la relation étroite entre les avoués et les magistrats dans l'instruction des affaires en appel.

⁴⁹⁹ Christin Angèle, *Comparutions immédiates*, op. cit., p.70.

L'appel des causes durent rarement plus de dix minutes. Le magistrat énumère les différentes affaires venant à son audience et à chaque affaire interpelle les avoués des deux parties au procès. Ces derniers lui annoncent le nom de l'avocat venant plaider, ou, dans le cas où l'affaire n'est pas plaidée par un avocat, déposent le « dossier » contenant leurs écritures et les pièces judiciaires qu'ils versent aux débats. Les avoués précisent également si les avocats sont accompagnés de leur client à l'audience, une manière de « préparer » le magistrat à la présence des justiciables « *chargées en émotion et en tension* » (sic, une collaboratrice d'avoué). L'appel des causes est également l'occasion pour les avoués de présenter des demandes de dernière minute sur le déroulement de la procédure, en négociant, par exemple, un report de l'audience avec le magistrat et la partie adverse dans le cas où des éléments nouveaux seraient intervenus depuis la clôture de l'affaire. Une fois la dernière affaire traitée, le greffier de la Cour et les avoués sortent ensemble du bureau du Magistrat. Il est, à peu près 14h00, quand le magistrat engage les audiences et appelle à son bureau les premiers avocats et les parties présentes pour traiter la première affaire de l'après-midi.

2.2. Une audience aux enjeux limités pour tous les justiciables ?

La force symbolique de l'audience devant la Cour d'appel est altérée par la présence non systématique des justiciables à cette scène judiciaire et par la pratique régulière du dépôt de dossier à l'audience par les avocats. L'importance de cette pratique du dépôt aux audiences devant la Cour d'appel, s'explique, en premier lieu par le faible pouvoir laissé à la parole des avocats plaideurs dans le processus judiciaire conduisant à la production d'un arrêt de la Cour d'appel. En effet, dans le débat judiciaire oral, lors de l'audience de plaidoirie, l'intervention des avocats auprès des magistrats se limite à un éclairage des arguments et faits développés par les avoués dans leurs écritures. Ils n'ont aucun intérêt de soulever des demandes nouvelles ou des faits nouveaux lors de l'audience puisque ceux-ci ne seront pas retenus par les magistrats.

« On est dans une procédure écrite, donc tout ce qui est dans les conclusions de l'avoué, c'est ce à quoi on a à répondre et l'avocat lui, vient éclairer les écritures. Mais même s'il apporte un élément nouveau, s'il fait une demande nouvelle, s'il rectifie par rapport à ses écritures, cela ne vaut rien ! Cela n'existe pas, pour nous, ça n'existe pas ! Nous sommes saisis des écritures, nous devons répondre aux écritures. Et si ce n'est pas dedans, ce n'est pas dans le débat. »
Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel (M1)

2.2.1. Les caractéristiques des dossiers « déposés » à l'audience

Dès lors, les avocats ne s'engagent pas systématiquement dans des plaidoiries lors de l'audience d'appel. A partir de l'objet de l'affrontement qui oppose les deux parties au procès et du « profil » de leur client, les avocats produisent une forme de catégorisation des affaires « méritant » selon eux d'être plaidées devant la Cour d'appel. Pour appréhender la production de cette catégorisation des affaires méritant d'être plaidées par les avocats, nous avons répertorié, entre Janvier 2008 et Juin 2009, les différents dossiers de désunion de l'Etude d'avoué venus les lundis et mardis à l'audience de la chambre familiale de la Cour d'appel. Ainsi, sur dix-huit mois, 174 dossiers de désunion ont été présentés à l'audience de la Cour d'appel. Parmi ce corpus, si une majorité de dossiers ont été plaidés par un avocat (106 dossiers), néanmoins, une part importante de dossiers (68, soit 39% du corpus) ont été déposés à l'audience soit par la main de l'avoué ou soit par celle de l'avocat-correspondant ou de l'un de ses confrères. En retenant différents indicateurs (objet du procès, demandes présentées par les parties devant la Cour, bénéfice de l'aide juridictionnelle du client, accord ou désistement intervenu pendant la procédure, etc.), les « dossiers plaidés » se distinguent des « dossiers déposés » sur la base de deux principales caractéristiques. L'objet du conflit judiciaire opposant les parties semble la caractéristique la plus déterminante quant à la réalisation ou non d'une plaidoirie par l'avocat. Ainsi, parmi les 68 dossiers déposés, plus des deux tiers (47 dossiers) ont pour seul objet, la fixation par la Cour d'une pension alimentaire. A l'opposé, seulement 14 dossiers parmi les 106 dossiers plaidés (soit 13%) ont pour seul objet la fixation d'une pension alimentaire. La tendance au dépôt de ces dossiers s'explique par la manière dont ont été rédigées les écritures des avoués. En effet, dans ce type de dossier, les écritures des avoués s'articulent entre la présentation du budget du client de l'avoué et la critique de celui présenté par la partie adverse. Elles sont relativement courtes et s'appuient sur des pièces souvent peu discutables étant donné leur authenticité (déclarations de revenu, bulletins de salaires, factures diverses, etc.). Ainsi, peut on expliquer la tendance des avocats à déposer les dossiers dans ce genre d'affaire étant donné la faible marge d'interprétation et de critique qu'ils peuvent effectuer des budgets présentés à la Cour.

De manière inverse, les affaires plus particulièrement plaidées sont celles qui laissent une marge importante d'interprétation des faits soulevés dans les écritures des avoués. On pense notamment aux affaires où la Cour d'appel est saisie pour prononcer le divorce dans le cadre d'une procédure pour faute. Parmi notre corpus de dossiers, 15 affaires avaient pour

objet le prononcé d'un divorce pour faute ; les 15 ont été plaidées. Les affaires où la fixation d'une prestation compensatoire est au centre de l'affrontement judiciaire sont, elles aussi, quasi systématiquement plaidées. Pour ces affaires, dans les écritures d'appel, le thème principal sur lequel va s'agglomérer les différents arguments des avoués est la question de l'investissement dans la sphère domestique tant du bénéficiaire que du débiteur. Mais, en définitive, il s'agit surtout aux épouses de prouver leur investissement dans la sphère domestique, à travers la production de preuves écrites (attestations de proches, anciens bulletins de salaire ou diplômes prouvant une potentielle carrière professionnelle mise entre parenthèse, etc.) laissant aux avocats le loisir de s'affronter sur des interprétations différenciées des carrières professionnelles et domestiques des débitrices et des crédeurs des prestations compensatoires.

Les dossiers plaidés et les dossiers déposés se différencient par ailleurs sur la base d'un autre critère ayant trait davantage au profil des justiciables, à savoir le bénéfice de l'aide juridictionnelle. Ainsi, parmi les 106 dossiers de l'Etude plaidés, 42 (soit 39,6%) des clients concernés bénéficiaient de l'aide juridictionnelle (partielle ou totale). Pour les dossiers déposés, les clients bénéficiant de l'aide juridictionnelle représentaient plus des trois quarts des affaires (52 dossiers sur 68, soit 76,5%). Par ailleurs, il est à noter que très souvent les deux caractéristiques distinguant les dossiers déposés des dossiers plaidés se cumulent. Ainsi, parmi les 68 dossiers déposés, 42 concernaient des clients bénéficiant de l'aide juridictionnelle et pour qui l'objet de leur procès en appel était la fixation d'une pension alimentaire. Par conséquent, ces dossiers constituent la figure type, pour les avocats, des affaires « ne méritant pas » une plaidoirie. Lorsque nous endossions notre statut d'assistant juriste, il arrivait régulièrement les jours d'audience de la chambre familiale que nous réceptionnions dans la matinée des messages téléphoniques d'avocats précisant qu'ils ne viendraient pas plaider l'après-midi pour ce type d'affaire. Ainsi, une avocate exerçant dans une autre ville que celle de la Cour d'appel, nous appelait un lundi matin à 11 heures, soit quelques heures avant le début de l'audience expliquant « *Cela parait évident mais je ne vais pas me déplacer pour la simple réévaluation d'une pension alimentaire ! Maître Durand pourra déposer le dossier pour moi.* » (extrait de notre carnet de terrain). Prenant le dossier à l'Etude en main, nous avons ainsi relevé que le client bénéficiait de l'aide juridictionnelle. Reprenant cet extrait, on peut s'interroger sur le sens de cette dernière phrase « *Maître Durand pourra déposer le dossier pour moi* ». Les avocats ne peuvent être réglés intégralement du forfait que leur accorde le bureau d'aide juridictionnelle qu'à la condition

que l'arrêt mentionne leur nom. En sollicitant de l'avoué qu'il dépose le dossier pour lui, l'avocat demande à l'avoué qu'au moment du dépôt du dossier au magistrat à l'audience, il mentionne son nom.

2.2.2. La distribution des rôles à l'audience de la Cour

Dans la configuration d'audience où le magistrat se trouve en face des deux avocats et des deux parties au procès, l'entame de l'audience commence systématiquement par un résumé purement factuel du magistrat dans lequel il retrace le parcours judiciaire des parties, les demandes présentées devant la Cour par l'une et l'autre des parties et les principaux faits sur lesquels se sont appuyés les avoués dans leurs écritures. Le ou la magistrat(e) dans cette présentation veille à ne produire aucun jugement de valeur afin d'initier une pacification du débat judiciaire. Un Conseiller à la Cour me précise, à propos de cette présentation initiale, *« je ne mets aucune hostilité, je n'ai aucun parti pris pour une partie ou une autre, je fais en sorte que le débat soit le plus apaisant possible »*. Une fois cette présentation effectuée, le magistrat donne la parole aux avocats pour rebondir sur les éléments de procédure et les faits retenus par le magistrat. En donnant la parole aux représentants des parties, il autorise une forme de violence symbolique qui prend la forme de l'affrontement de deux discours au service de deux thèses opposées. Les justiciables, à qui les magistrats de la Cour donnent rarement la parole, doivent s'en tenir à écouter l'affrontement des thèses présentées par les deux avocats. A la différence des audiences de cabinet en première instance où juges aux affaires familiales et avocats sont rarement vêtus de leur robe, le port de la robe quasi systématique par les magistrats de la Cour et des avocats en appel renforce le cadre rituel du débat judiciaire, mettant à distance cette fois-ci symboliquement les justiciables du traitement de leur affaire. Si les avoués et avocats conçoivent toute la frustration des justiciables de ne pouvoir prendre la parole pendant l'audience de « leur » affaire, ces représentants des justiciables envisagent les règles procédurales devant la Cour d'appel comme un système de contraintes nécessaires à la production d'un débat judiciaire où l'expression de la violence du conflit opposant les parties se trouvent codifier dans une mise en scène judiciaire fortement ritualisée.

« L'audience en appel pose problème parce qu'il y a beaucoup de clients qui pensent qu'ils vont être convoqués personnellement par la Cour. On est obligé de leur dire que « non ». Ils pensent qu'ils vont pouvoir s'exprimer, mais pas du tout. Et donc, ça, c'est presque tous les

clients des affaires familiales parce que devant le Juge aux Affaires Familiales, ils ont pu s'exprimer directement avec le Juge, parce que la procédure est prévue comme ça, parce qu'ils pensent que devant la Cour d'appel, cela va être pareil. Et, là, il faut leur expliquer que non, parce que, d'une part, ils ont leur avoué qui est là, pour faire toute l'instruction du dossier écrit et que, éventuellement, s'ils ont un avocat qui plaide, leur avocat est là pour plaider pour eux et que, donc ils n'auront pas le droit à la parole à l'audience. Même si je comprends toute la frustration des clients, mais, de mon point de vue, ces règles de procédure sont déterminantes pour contrôler les affects des justiciables et pour que le débat judiciaire puisse se tenir un minimum sereinement » **Anne-Laure (A1), collaboratrice au sein d'une « petite » Etude d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 41 ans.**

La charge exclusive des avocats pour porter les deux thèses des parties répond ainsi aux contraintes qu'impose le cadre rituel de l'audience à savoir que « *deux points de vue opposés ne peuvent se mesurer que si leurs armes et leur objectif sont communs, que s'ils parlent le même langage, s'accordent sur les mêmes mots, portent le même vêtement et se réfèrent aux mêmes tiers* »⁵⁰⁰. Les magistrats de la Cour ont tendance à respecter scrupuleusement cette règle selon laquelle seuls les avocats ont l'habilitation à prendre la parole pendant l'audience. Ils justifient cette mise à distance des justiciables du traitement de leur affaire pendant l'audience afin que l'espace de l'audience ne soit pas investi par ces derniers comme un lieu « d'exutoire » où les magistrats assisteraient démunis au relâchement du contrôle des émotions⁵⁰¹ des parties. Pour ne pas se trouver démunis face à l'expression des parties emprises dans une affaire chargée d'affects, les magistrats ne donnent la parole aux justiciables qu'avec parcimonie aux justiciables qui, selon eux, sont capables de produire un discours distancié sur leur affaire, ou sur des faits précis (exemple : lors d'une audience, un magistrat a donné la parole à une partie pour qu'elle explique l' « origine » de sa demande de médiation familiale, afin de voir si cette démarche était véritablement un indicateur d' « authentique volonté » de sa part de s'engager dans un processus de médiation).

« L'audience est certainement le moment de la procédure le plus frustrant pour le justiciable parce que la procédure d'appel est une procédure écrite où l'avocat ne fait que développer et éclairer les écritures des avoués et les parties viennent, ou ne viennent pas, cela ne change rien et si elles viennent, elles ne sont que spectateurs ! Et ça, c'est assez difficile pour eux à supporter et il y en a un certain nombre qui souhaite intervenir alors qu'ils n'ont pas à le faire. Bon, alors, selon les collègues, selon que l'on soit plus ou moins souple, on leur laisse dire deux mots, on leur dit « vous n'avez pas la parole ». Bon, moi, je ne donne pas très facilement la parole. On sent des fois, où il faut qu'ils la prennent. Mais il y a des moments aussi où il ne vaut mieux pas la leur donner parce que s'ils la prennent, ça va dérapier. Parce qu'après avoir eu un débat ordonné avec des écritures qui tenaient debout avec des avocats qui ont plaidé et qui ont dit à peu près tout ce qu'il y avait à dire, ils souhaitent eux faire rebondir le débat mais

⁵⁰⁰ Garapon Antoine, *op. cit.*, p.141.

⁵⁰¹ Elias Norbert, *Engagement et distanciation*, Paris, Fayard, 1993, p.22.

on sait que cela va partir en gerbes parce qu'ils vont débiller un tas de points de détails et d'autre part, du coup, ils ne vont que garder ça en tête. Et en plus, de leur côté, l'audience n'aura pas servi complètement d'exutoire à ce qu'ils ont à dire, et là, je comprends qu'ils partent frustrés. » **Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel, (M1).**

Pour que les audiences ne partent pas en « gerbes » - reprenant les termes du Président de la Chambre familiale, les magistrats de la Cour s'appuient sur les conseils juridiques (avoués et avocats) en amont de l'audience et durant les débats judiciaires pour encadrer les paroles des justiciables. Mais davantage qu'un travail d'encadrement, les conseils juridiques opèrent au préalable une véritable sélection des justiciables ayant, de leur point de vue, intérêt à se présenter à l'audience de la Cour.

2.3. *Sélection et intérêt(s) à la sélection des justiciables « méritant » d'assister aux audiences*

Nicolas : Vous conseillez à vos clients de venir aux audiences devant la Cour d'appel ?

Maître Giraud, avocate, femme, 41 ans (A9) : « Non, non, ça dépend. Quand c'est uniquement des dispositions financières, je leur dis de ne pas venir parce qu'ils s'attendent à ce que l'on plaide pendant très longtemps, qu'on explique ... Alors que c'est inintéressant au possible parce que c'est un dossier sur pièces. Par contre, je leur conseille toujours de venir quand ça touche les enfants ou quand ça touche un divorce pour faute, le prononcé du divorce. Quand ça touche les personnes, les enfants ou eux-mêmes, je leur dis « écoutez, venez c'est bien » en leur précisant quand même que devant la Cour d'appel, on ne doit pas tout dire non plus, parce que cela indispose les magistrats et qu'il faut aller à l'essentiel. Et puis quelques fois, c'est ce qui peut se passer, c'est-à-dire que la parole leur est donnée quoi. Donc ça, on prend toujours un risque, c'est vrai qu'il y a des choses qui sont complètement imprévisibles des fois (elle rigole) ou contre-productive ou des comportements qui vont des fois exaspérer aussi. Enfin quand on arrive avec l'homme ou la femme qui ne va pas arrêter de prendre des notes sur ce que va dire l'adversaire ou sur ce que l'on va dire nous, c'est indisposant, mais on ne peut pas les en empêcher mais c'est toujours un risque. Ou alors il faut essayer de les briffer au début, etc. Mais après, il y en a plein qui s'effondre, voilà mais ça donne aussi une image plus humaine au dossier, sans que ce soit du théâtre préparé mais, c'est important, je trouve. »

La question de conseiller leur client d'assister à l'audience de la Cour d'appel n'est pas anodine pour les avoués et plus particulièrement pour les avocats qui ont plus spécifiquement à prendre en charge la relation au client. Ainsi, les avocats, et en second lieu, les avoués, opèrent un véritable travail de sélection des clients à qui ils recommandent de se déplacer à l'audience de la Cour. Nous avons relevé trois principaux critères intervenant dans

cette sélection : l'objet du conflit judiciaire, la « présentabilité » du client et les types d'enjeu (notamment financier et affectif) que revêt le procès. Surtout, cette sélection croise deux types d'intérêt loin d'être toujours convergents, d'un côté la question du profit – ou à l'opposé de l'inopportunité – pour le justiciable d'assister à l'audience avec pour objectif de faire prospérer ses demandes devant la Cour et de l'autre côté, la question des intérêts pour l'avocat de faire venir ou non son client à l'audience.

En premier lieu, la recommandation des avocats à leur client d'assister à l'audience est déterminée par l'objet même de l'affaire. Les affaires dites « sur pièce », autrement dit, les affaires où les écritures des avoués et les pièces versées aux débats par les parties limitent l'apport des plaidoiries de l'avocat à la défense du client lors de l'audience, sont celles où les avocats et avoués déconseillent à leur client de venir assister à l'audience. Il s'agit principalement des affaires ayant trait à la seule fixation ou la seule révision du montant d'une pension alimentaire. Pour ces affaires, les avocats déconseillent d'autant plus leur client d'assister à l'audience qu'ils déposent très souvent leur dossier ou limitent leur plaidoirie à quelques éclaircissements sur l'élaboration du budget de leur client. Le risque pour les avocats est que le client assistant à ce type d'audience ait l'impression d'avoir une « défense au rabais » alors que finalement « tout a été dit » dans les écritures de l'avoué.

A l'opposé, les « affaires à interprétation de faits », autrement dit, les affaires ayant pour objet le prononcé le divorce, la fixation de la résidence des enfants, l'élargissement ou la suppression d'un droit de visite et d'hébergement, sont celles où les avoués et les avocats ont tendance à conseiller leur client d'assister à l'audience malgré leur rôle de spectateur lors des plaidoiries. Selon les conseils juridiques, il s'agit de « *montrer aux magistrats qu'on est impliqué dans le dossier et que l'on a à cœur d'avoir la solution que l'on souhaite en assistant à l'audience d'appel même si finalement on n'est que spectateur* » (extrait d'entretien avec Ann-Laure, collaboratrice d'avoué, (A1)).

En même temps, tous les clients des avocats et avoués ne peuvent prétendre « à montrer leur implication dans leur dossier » en assistant aux audiences car les conseils juridiques peuvent être amenés à limiter l'accès aux audiences d'appel sur un critère que l'on pourrait qualifier de « présentabilité ». Cette notion de présentabilité revêt deux principales dimensions : l'évaluation par l'avocat de la capacité de son client à tenir le rôle attendu lors de l'audience (en respectant notamment le rôle de spectateur), et la tenue vestimentaire et corporelle du justiciable contribuant directement à forger une impression positive ou négative

aux magistrats⁵⁰². Par ailleurs, la présence du justiciable à l'audience définie selon ce critère de présentabilité se pense à l'aune de l'objet du conflit judiciaire, et de la thèse défendue par les conseils juridiques devant la Cour. Il s'agit pour l'avocat de veiller à ce que la présentation physique de son client à l'audience ne vienne pas contredire ou désavouer la présentation écrite dépeinte dans leurs conclusions d'appel, avec le risque d'affaiblir sa stratégie de défense.

« C'est important de connaître les clients au visuel, parce que la première impression que va avoir le magistrat à l'audience, c'est l'impression physique. On a beau dire, après on peut jurer le bon dieu que l'on n'y prête pas attention, mais ça laisse quand même une première impression qui marque. Et les audiences d'appel qui n'ont un enjeu que limité, nous amène à nous poser la question de l'utilité de ce que le client vienne à l'audience. Et, il y a des clients, il ne faut surtout pas qu'ils aillent aux audiences parce que leur manière d'être, leur façon de se vêtir ... Quand vous avez une personne qui s'adonne à l'alcool et qu'il y a sur son visage les stigmates liées à l'alcoolisme, il ne faut pas y aller. Cela peut casser votre argumentation. »
Maître Carlier (A8), Avocat.

On pense notamment aux affaires où est en jeu la fixation de la résidence des enfants ou l'élargissement du droit de visite et d'hébergement du parent-non gardien et où la stratégie de défense des avocats est de mettre en scène les qualités éducatives de leur client. Dans ces types d'affaire, les avocats cherchent à mesurer la « résistance » de leur client, autrement dit leur capacité à être impassible face à la violence ou à la dureté de certains arguments tenus par la partie adverse à propos de leurs « capacités » et pratiques éducatives. C'est notamment lorsqu'ils reçoivent leur client suite à la signification des écritures d'appel de la partie adverse, que les avocats préparent leur client à l'épreuve que représente l'audience. Les avocats participent ainsi directement à la socialisation judiciaire de leur client en les préparant au rôle de spectateur que les différents acteurs du procès et notamment les magistrats attendent qu'il tienne.

Préparer son client à l'audience

Nous arrivons le jeudi 30 avril 2009, à 18H00 au cabinet de Maître Girard, avocate exerçant en individuel et spécialiste du droit de la famille. Ce jeudi, Maître Daniel reçoit un de ces clients, Monsieur Mustière, engagé dans une procédure d'appel d'un jugement de divorce. Monsieur Mustière, âgé d'une quarantaine d'années est directeur d'une agence bancaire, s'est marié en 1997. Le couple a eu deux enfants, un garçon âgé de 11 ans et une fille âgée de 9 ans. Monsieur Mustière est appelant devant la Cour du jugement de divorce et demande l'instauration d'une garde alternée qui ne lui a pas été accordée en première instance. Le

⁵⁰² Benec'h-Le Roux Patricia, *op. cit.*, p.83.

couple s'est initialement engagé dans une procédure de divorce demandé/ accepté alors que la séparation a été très conflictuelle (adultères réciproques, différentes scènes de violences à l'origine du départ du domicile conjugal de Monsieur Mustière, etc.). Ces différents faits n'ont pas été abordés en première instance et ont été soulevés par l'épouse en appel pour disqualifier les compétences éducatives de Monsieur Mustière. Maître Daniel confie à son client « *je sens que des choses n'ont pas été réglées et qu'il aurait mieux valu enclencher un divorce pour faute initialement* ». L'objet de ce rendez-vous est de préparer de nouvelles observations sur les conclusions d'appel de la partie adverse tout juste signifiées pour que leur avoué puisse y répliquer avant l'ordonnance de clôture qui intervient la semaine prochaine. Il s'agit également pour Maître Daniel de préparer son client à l'audience à laquelle elle souhaite qu'il assiste étant donné sa demande de garde alternée.

Maître Daniel s'adressant à Monsieur Mustière : « L'objectif, pour nous, c'est de montrer que l'autorité parentale n'est pas exercée conjointement et que votre ex-femme ne respecte pas le cadre légal institué par le jugement de première instance. Il est vrai que c'est un combat avec votre femme, mais il faut tenir compte du juge qui va trancher en rapport aux intérêts des enfants. »

Monsieur Mustière : « Je voudrais revenir sur l'audience. Au téléphone, vous m'avez demandé d'y assister, et on devait discuter de la position à tenir. »

Maître Daniel : « Oui, donc, vous ne parlez que de vos enfants et jamais de votre femme ! Et surtout, vous ne parlerez que lorsque le juge vous donnera la parole ce qui n'est pas certain car devant la Cour d'appel, la parole est rarement donnée aux justiciables. En plus, lorsque Maître Verdon (avocate de la partie adverse) parlera, vous devrez rester stoïque. Pas de mimiques, pas de mouvements d'énervement sur votre chaise ! Bien sûr ce n'est pas évident mais sachez que le juge va s'emparer de tous les moments de l'entretien pour évaluer les deux parents. »

Observation du 30 avril 2009 réalisée au Cabinet de Maître Girard.

Cet extrait d'observation permet d'appréhender la manière dont ici, Maître Girard, explique le rôle à tenir par son client à l'audience afin que l'image qu'il va véhiculer devant le magistrat à l'audience soit celle d'un père qui a fait le deuil de sa séparation et qui agit dans l'intérêt de ses enfants. Finalement, la « présentabilité » ou – la « tenue »⁵⁰³ pour reprendre un langage goffmanien – du justiciable est la condition *sine qua non* à la crédibilité de la défense de l'avocat. Par contre, il est d'autres stratégies où les avocats demandent à leur client d'assister à l'audience pour mettre en scène les stigmates liés à la séparation. Cette stratégie de mise en scène s'observe notamment dans une configuration d'affrontement judiciaire spécifique. On pense, ici, aux affrontements judiciaires se concentrant sur le contexte de la séparation et la fixation d'une prestation compensatoire pour des femmes dont la carrière

⁵⁰³ Goffman Erving, *Les rites d'interaction*, Paris, Minuit, Coll. « Le sens commun », 1974.

professionnelle n'est pas achevée. Pour évaluer une prestation compensatoire, il s'agit très souvent de mesurer l'employabilité de la créditrice et par la même la potentielle carrière professionnelle à laquelle elle peut escompter. Aussi, la mise en scène des stigmates liés à la séparation, en demandant d'assister à l'audience à une cliente sujette, par exemple, à des souffrances psychiques – telle une phase dépressive suite à la séparation – qui plus est perceptible par sa tenue corporelle, vise, pour les avocats menant ce type de stratégie, à justifier de la faible employabilité de sa cliente du fait des conditions de la séparation – tel un départ inattendu du mari du domicile conjugal – et ainsi de justifier le montant de la prestation compensatoire sollicitée devant la Cour.

Enfin, les intérêts des justiciables ne sont pas seuls en jeu dans ce travail de sélection des clients à assister à l'audience d'appel par les avocats. Les conseils juridiques, et notamment les avocats qui ont en charge la « relation physique » aux justiciables, ont également des intérêts à faire valoir dans le fait de sélectionner les clients « méritant » d'assister aux audiences d'appel. Notamment, la réputation des avocats se joue également à travers leur fonction d'agent socialisateur des justiciables au fonctionnement des instances judiciaires. Autrement dit, lorsque les avocats conseillent à leur client d'assister aux audiences d'appel, il est de leur intérêt, pour leur réputation professionnelle auprès des magistrats, de préparer leur client à tenir le rôle attendu dans la scène judiciaire et de limiter l'accès à l'audience à ceux qui ne sont pas en mesure de le tenir.

Par ailleurs, il est un autre type de stratégie pour les avocats de voir assister leur client à l'audience d'appel, celui de la justification de leurs compétences et de leur investissement dans le traitement des affaires à fort enjeu financier aux yeux de leur client. Cette stratégie vient répondre à un intérêt professionnel et pécuniaire. Face à l'incertitude du délibéré de la Cour d'appel, les avocats incitent leurs clients aux plus fortes ressources (notamment économiques et sociales) et au statut social les plus élevés, à assister à l'audience d'appel pour justifier de la qualité du travail de conseil réalisé à travers notamment de longues plaidoiries et la mise en scène de la présentation aux magistrats de volumineux dossiers constitués de longues écritures et de nombreuses pièces. De plus, il est d'autant plus difficile pour les avocats de limiter l'accès à ces justiciables que ces derniers sont tout particulièrement impliqués dans leur affaire, ont souvent « testé » plusieurs avocats durant leur parcours judiciaire, voire même changé d'avocat entre la procédure de première instance et celle d'appel pour « optimiser » leurs chances de succès devant la Cour. Ainsi, dans cette

configuration relationnelle, les avocats disposent-ils de faibles marges de manœuvre dans la gestion de leur relation au client, pour mener à bien leur mandat.

« Bon, il y a des justiciables qui viennent parce qu'il y a de très gros enjeux financiers, et ils sont là pour voir, mais je pense qu'ils sont beaucoup plus là pour surveiller leur avocat. Alors, ils sont là pour surveiller leur avocat et je pense que les avocats les font venir pour montrer la qualité de leur prestation et justifier leurs honoraires. Parce que ce sont de gros dossiers sur lesquels les avocats ont beaucoup travaillé et qu'ils ont beaucoup d'explications à fournir, parce qu'il y a de gros enjeux financiers. J'ai eu l'autre jour un dossier, madame réclame 500.000 euros de prestation compensatoire. Bon, dans ces cas-là, on se déplace et elle a fourni 203 pièces. Là, les parties viennent, on est dans le business. » **Conseiller à la Cour d'appel (M2)**

L'enjeu pour les avocats de voir assister ces clients à l'audience d'appel n'est pas simplement de justifier une importante note d'honoraires mais surtout, face à des clients au fort capital social, de certifier ou réaffirmer une réputation professionnelle basée notamment sur des compétences orales (la qualité des plaidoiries) et techniques (la production d'un dossier judiciaire le plus ajusté possible à la thèse défendue).

Nous nous sommes arrêtés, ici, sur un temps spécifique de la procédure judiciaire d'appel, l'audience, laquelle cristallise les positions et stratégies des différents acteurs du procès. Mais, au final, le temps de l'audience reste un temps dominé par rapport aux autres phases temporelles – notamment celles destinées à l'écriture des conclusions d'appel – de la procédure d'appel. Il s'agit dès lors d'appréhender tant la structuration que l'articulation des différents temps judiciaires qui composent la procédure d'appel ainsi que les enjeux de pouvoir qu'elles recouvrent.

3. Une procédure qui dure : la structuration des temps judiciaires pour désamorcer le conflit ?

Les différentes temporalités qui composent le temps global de la procédure d'appel se distinguent du temps « ordinaire » (ou « profane »⁵⁰⁴) dans lequel continuent d'évoluer les justiciables pendant le procès. Par conséquent, il s'agit ici de saisir la manière dont s'articulent ou, au contraire s'opposent l'ordonnancement des différentes temporalités

⁵⁰⁴ Garapon Antoine, *op. cit.*, p.51.

judiciaires en appel et la linéarité du temps quotidien des justiciables. Nous nous poserons la question de savoir si la coexistence et l'articulation de ces deux temps distincts participent, au final, à alimenter le conflit opposant les justiciables.

3.1. Temporalités judiciaires et temporalités ordinaires

Les procès en appel en matière de dissociations conjugales font l'objet d'un processus judiciaire visant, en premier lieu, à trouver une solution qui mette fin au conflit opposant les parties. Comme en première instance, l'objectif principal des magistrats de la Cour est de prononcer une décision judiciaire qui permette d'apaiser le conflit opposant les deux ex-conjoints tout en veillant à ce que l'intérêt des enfants soit respecté et qui facilite l'« autonomisation » du couple dans la gestion de la séparation.

« Le but de la Justice, ce n'est pas de s'auto-alimenter en rendant des décisions qui feront que les gens vont revenir devant nous pour régler le problème suivant. C'est de régler leur problème et de faire qu'ils ne reviennent plus chez nous c'est-à-dire qu'ils règlent eux-mêmes leurs problèmes avec éventuellement l'intervention d'un médiateur, mais c'est rare devant la Cour d'appel, pour à la fois qu'ils s'autonomisent, qu'ils trouvent une autonomie et qu'ils régulent eux-mêmes leur séparation ! » **Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel (M1)**

Cet objectif est d'autant plus difficile à atteindre que les juges d'appel ont à traiter des affrontements judiciaires les plus conflictuels. Pour résoudre ces affrontements judiciaires, les magistrats s'appuient sur une trame procédurale d'appel mettant à distance les justiciables du traitement de leur affaire afin de se protéger notamment de la charge émotionnelle sous-jacente au conflit. Cette trame procédurale d'appel s'articule autour de phases écrites dominantes et de phases orales ayant principalement pour fonction de rendre visible⁵⁰⁵ le débat contenu dans les écritures d'appel des parties. Si au cours d'un même procès se juxtaposent des temporalités très souvent contradictoires dans lesquelles s'inscrivent les différents acteurs judiciaires (avocats, avoués, magistrats, justiciables, experts), ces temporalités sont dominées par celle globale imposée par la trame procédurale d'appel. Cette procédure d'appel se matérialise par un processus global composé de différentes phases et de différentes échéances. La notion de processus induit l'idée d'une progression marquée par un point de départ, la non-acceptation de la décision prononcée en première instance par au

⁵⁰⁵ Salas Denis, *op. cit.*, p.243

moins une des parties et l'acte d'appel inscrivant l'affaire devant la Cour, et un point d'arrivée, le prononcé de l'arrêt par la Cour et son exécution. L'analyse de Christiane Besnier sur le processus judiciaire constitutif du procès criminel est éclairante pour penser le processus judiciaire spécifique aux procès civils en appel. Elle précise ainsi que « *le temps, exprimé par les règles internes de la procédure pénale, représente des délais fixes, encadrés dans une durée déterminée, auxquels les acteurs du procès, magistrats et parties, se soumettent sans négociation possible* »⁵⁰⁶. Si la procédure civile d'appel est structurée comme la procédure pénale à partir de « délais fixes encadrés dans une durée déterminée », les acteurs du procès d'appel et notamment les avocats et les avoués disposent davantage de marges de manœuvre pour raccourcir ou prolonger les différentes échéances jalonnant la procédure d'appel. Néanmoins, ils ne peuvent remettre en cause l'existence de ces délais qui organisent le processus judiciaire en découpages temporels. Ces découpages de l'action judiciaire prescrits par le législateur dans le Code de Procédure Civile imposant aux parties une division arbitraire du temps judiciaire vise, entre autre, à distinguer le temps profane dans lequel continue d'évoluer les justiciables pendant leur procès d'appel et le temps sacré de l'action judiciaire. La distinction de ces deux temps est nécessaire à la transformation du conflit opposant les ex-conjoints en affrontement judiciaire codifié lequel converti les « joutes verbales » échangées par les parties en débat écrit et réglé autour d'arguments rationnels⁵⁰⁷.

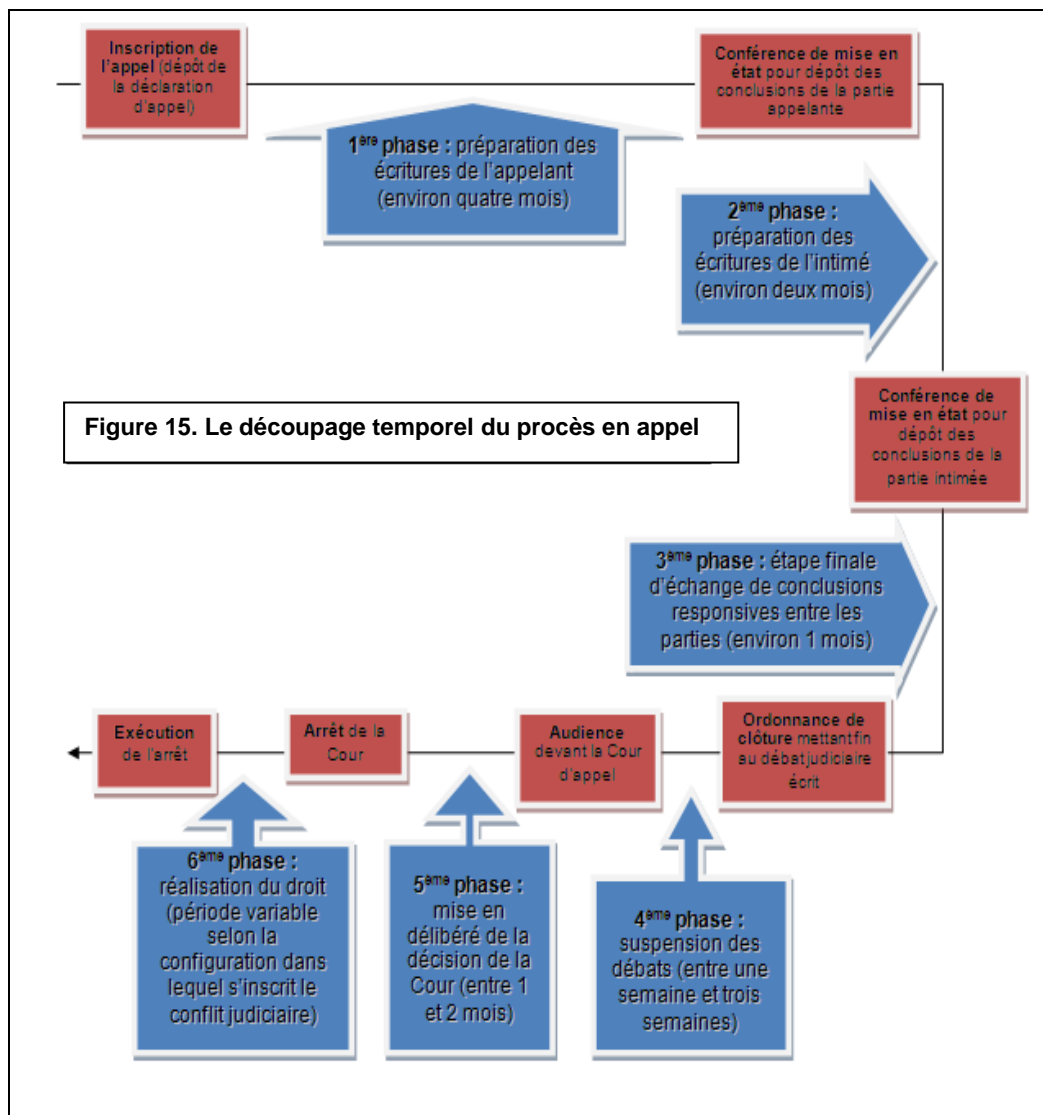
Les découpages temporels structurant la trame procédurale d'appel visent à organiser l'affrontement judiciaire des parties en codifiant le débat judiciaire (écrit et oral) autour de phases distinctes et de différentes échéances :

- une première phase laissée à l'appelant pour préparer ses conclusions d'appel en vue du dépôt de ces écritures lors de la première conférence de mise en état afin de respecter le délai de quatre mois imparti à la partie appelante pour signifier ses conclusions d'appel à compter du dépôt de l'acte d'appel (article 915 du CPC) ;
- une seconde phase laissée à l'intimé pour préparer ses conclusions en réponse à celles de l'appelant, lesquelles devront être signifiées avant ou lors d'une seconde conférence de mise en état ;
- une troisième phase laissée aux parties pour achever l'échange d'écritures et verser aux débats des dernières pièces justificatives, et ce jusqu'à l'ordonnance de clôture ;

⁵⁰⁶ Besnier Christiane, « La notion spatio-temporelle dans le processus judiciaire : l'exemple du procès criminel », in Rude-Antoine Edwige (dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, PUF, 2007, p.41-55.

⁵⁰⁷ Bourdieu Pierre, « La force du droit ... », op. cit.

- une quatrième phase où le débat judiciaire entre les parties est mis entre parenthèse jusqu'à l'audience de plaidoirie. Ce temps est notamment laissé aux magistrats pour s'appropriier les écritures et pièces des parties et ainsi préparer l'audience de plaidoirie.
- une cinquième phase, entre l'audience et le prononcé de l'arrêt par la Cour d'appel, est la mise en délibéré de la décision des magistrats. Durant cette phase, les magistrats dialectisent le débat judiciaire et rédigent leur décision tandis que les parties se trouvent dès lors en situation d'attente de la décision venant clôturer les débats écrits et oraux.
- enfin, la sixième et dernière phase, entre le délibéré de la Cour d'appel et l'exécution de cette décision, est la phase où se réalise le droit. Elle marque la fin de l'action judiciaire devant la Cour d'appel.



Le schéma précédent permet d'avoir une vue globale et segmentée de la trame procédurale d'appel. L'axe chronologique et le découpage de la procédure en six phases distinctes et interdépendantes permettent de représenter d'une manière linéaire l'ensemble de la trame procédurale d'appel et la continuité du processus judiciaire. Il reste que ce schéma représente le découpage temporel des affaires les plus simples à instruire et ne tient pas compte des incidents ou des mesures d'instruction qui viennent allonger la durée des phases d'écriture des affaires les plus conflictuelles et les plus complexes à résoudre. Si les durées des phases du procès d'appel sont soumises à des règles procédurales (tel le délai de quatre mois donné à l'appelant pour conclure, fixé par l'article 915 du CPC) relativement strictes, elles peuvent néanmoins faire l'objet de négociation par les avoués, représentants des parties. Cette marge de négociation des délais jalonnant la procédure d'appel laissée aux parties par les magistrats d'appel permet ainsi aux avoués d'ajuster notamment le temps judiciaire au temps du quotidien dans lequel évolue les justiciables. Face au caractère évolutif du contentieux familial – à savoir que des événements (tel un déménagement d'une des parties, des faits de violence, la non présentation d'enfant, etc.) peuvent intervenir pendant le procès d'appel et modifier les demandes des parties – les magistrats de la chambre familiale appliquent avec souplesse les règles fixant les différents délais de procédure. Les magistrats des autres chambres de la Cour traitant de contentieux n'ayant pas ce caractère évolutif n'ont pas cette même souplesse. Par conséquent, la tension entre le temps judiciaire et le temps ordinaire des justiciables couplée aux marges de manœuvre laissées aux parties pour négocier notamment la durée de différentes phases du procès est à l'origine d'importantes différences quant à la durée d'instruction des affaires traitées par la Chambre familiale de la Cour.

Pour autant, les magistrats de la chambre familiale restent soumis à des injonctions « gestionnaires » visant à la rationalisation du temps consacré à l'instruction des affaires. On observe ces contraintes à travers notamment la tenue par la Chancellerie de registres statistiques répertoriant la durée moyenne des procès devant chaque Cour d'appel. Les magistrats de la Chambre familiale tel ce Conseiller de la Cour d'appel, se trouvent ainsi en tension entre les préconisations de la Chancellerie à tenir les délais d'instruction, la pratique croissante de l'audition des enfants et surtout l'hétérogénéité du contentieux qu'ils ont à traiter avec notamment des affaires complexes nécessitant des mesures d'instruction (enquête sociale, expertise psychologique, etc.)

« On sait qu'en matière familiale, ce n'est pas bon pour les justiciables qu'un procès dure trop longtemps. Ils sont dans l'attente d'une solution et surtout tout simplement, ils continuent à vivre pendant le procès avec ce conflit qui pourrait si je puis dire la situation familiale et plus

particulièrement la situation des enfants. Mais, en même temps, on ne peut pas évacuer les affaires aussi simplement. Bien sûr les simples affaires de pensions alimentaires, là, on peut tenir des délais et instruire les affaires en moins d'un an. Mais des affaires avec des violences intrafamiliales, ou avec des carences éducatives où l'on auditionne les enfants, où l'on demande une enquête sociale voire une expertise psychiatrique ou psychologique des différents membres de la famille, et ce tout en faisant attention à ce que le principe du contradictoire soit respecté, et bien forcément, ce sont des procès qui vont durer et peut être s'étaler sur dix-huit ou vingt-quatre mois. En même temps, si on rentre dans une logique purement gestionnaire, est-ce que c'est pas mieux de consacrer un temps relativement long pour régler ces affaires, plutôt que de les évacuer tout en sachant que dans quelques mois, elles reviendront devant le juge aux affaires familiales. » **Conseiller à la Cour d'appel (M2)**

La maîtrise du temps judiciaire est donc un enjeu central pour les différents acteurs du procès d'appel. Si ces différents acteurs sont tous soumis à une même trame procédurale, leurs logiques d'action s'inscrivent dans des temporalités bien distinctes. Ainsi, au cours d'une même affaire se juxtaposent des temporalités contradictoires développées par les différents acteurs judiciaires (avocats, avoués, magistrats, justiciables, experts). Dans le même sens, « *une même affaire mobilise une pluralité de logiques d'actions qui s'appuient chacune sur une temporalité spécifique* » écrit Marc Bessin à propos des pratiques professionnelles des magistrats⁵⁰⁸. De fait, pour produire une analyse sociologique sur le lien étroit existant entre exercice du pouvoir - notamment des professionnels du droit par rapport aux profanes que sont les justiciables dans une large majorité – et maîtrise du temps, il est nécessaire d'appréhender les temporalités dans lesquelles s'inscrivent les logiques d'action des différents acteurs du procès. Pour saisir l'importance de l'enjeu de la maîtrise du temps judiciaire, nous appuierons notre analyse sur une scène judiciaire spécifique, la conférence de mise en état, où se confrontent notamment les logiques d'action des avoués et des magistrats pour instruire les différentes affaires objets de ladite conférence.

3.2. Les enjeux de maîtrise du temps judiciaire : l'exemple de la conférence de mise en état

Les conférences (ou audiences) de mise en état devant la chambre familiale de la Cour d'appel correspondent à un temps judiciaire où les mêmes personnes – le Président de chambre, le greffier à la Cour attaché à la chambre familiale et le responsable des dossiers venant à la Chambre familiale de chaque Etude d'avoué près la Cour – se retrouvent en

⁵⁰⁸ Bessin Marc, « La temporalité de la pratique judiciaire : un point de vue sociologique », *op. cit.*

audience, chaque mois, pour vérifier la mise en état des affaires appelées à la conférence. « Vérifier la mise en état » d'une affaire peut prendre différentes significations. Nous avons vu précédemment dans le découpage temporel d'un procès type en appel qu'une même affaire était fixée deux fois à une audience de mise en état. La première audience vise à vérifier que les conclusions de l'appelant ont bien été signifiées et déposées au Greffe, la seconde audience ayant la même fonction mais cette fois-ci pour les conclusions de la partie intimée. Au-delà de la fixation à deux conférences de mise en état, une affaire peut également être appelée à une conférence pour vérifier par exemple que l'enquêteur social, l'expert psychiatre ou psychologue a déposé son rapport d'enquête à la date prévue, pour vérifier que l'appelant a assigné la partie adverse n'ayant pas constitué avoué devant la Cour d'appel, pour présenter un protocole d'accord au magistrat dans le cas où un accord serait intervenu entre les parties, pour clore le procès suite au décès d'une des parties, etc. ...

Les conférences de mise en état se tiennent dans le bureau du Président de la Chambre Familiale et durent le plus souvent pas toute une après-midi. Près d'une centaine d'affaires sont fixées à chaque conférence. Pour autant, toutes les affaires ne sont pas évoquées lors des audiences de mise en état. Seules celles, pour qui le dépôt de l'acte juridique (conclusions de l'appelant, conclusions de l'intimé, assignation) ou du rapport d'enquête sociale ou d'expertise attendu n'a pas été effectué dans les temps impartis par le calendrier de procédure, sont « appelées » par le Président de Chambre à la conférence. Autrement dit, ne sont appelées à la conférence de mise en état que les affaires ne respectant pas la trame procédurale initialement prévue. Dès lors, ces « conférences » se trouvent être le lieu où s'affrontent les stratégies des différents agents judiciaires dans leur rapport à la temporalité de la procédure ; les magistrats aspirant à une forme de maîtrise du temps en cherchant à faire respecter les délais de procédure, les avoués tentant soit de les raccourcir ou de les prolonger en fonction des intérêts de leur client et du « jeu » qui s'instaure avec l'autre partie au procès.

« Les conférences, c'est le mardi et donc la greffière nous donne la liste des affaires venant à la conférence le jeudi précédent. Ne sont que sur la liste les dossiers pour lesquels l'acte qui devait être rentré pour cette date-là n'est pas encore arrivé. Donc ce n'est pas tous les dossiers qui sont appelés, donc déjà, on gagne du temps sur la durée de la conférence. Et les dossiers qui sont appelés sont ceux dans lesquels, soit on n'a pas eu le temps de faire ce qui était demandé, ou soit il y a un problème particulier. Donc l'objectif, c'est soit d'obtenir un délai complémentaire, une modification de calendrier ou de vérifier l'avancement du dossier. Donc le cas typique, on dit uniquement « bon bien là, j'ai besoin d'un délai complémentaire, si possible telle date ». S'il y a besoin de décaler la clôture, on l'annonce. Les confrères, parfois ça peut poser des difficultés car il se peut qu'un confrère doit conclure dernière nous à plus ou moins bref délai, donc c'est toute une négociation. » **Anne-Laure (A1), collaboratrice au sein d'une « petite » Etude d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 41 ans.**

En assistant à différentes audiences de mise en état, nous avons pu saisir l'importance de l'enjeu de la maîtrise du temps judiciaire pour les différents acteurs de la conférence. Un des sujets de débat revenant systématiquement en conférence de mise en état et exemplaire de l'enjeu de la maîtrise du temps judiciaire, est la question de l'importance du temps pris par le bureau d'aide juridictionnelle (le « BAJ ») pour accorder ou non le bénéfice de l'aide juridictionnelle aux parties présentant une demande. La conséquence de ce délai pris par le « BAJ » est la demande systématique des avoués du report de leur injonction de conclure tant qu'ils ne sont pas assurés d'être rémunérés de ce travail d'écriture. Si le Président de chambre accepte systématiquement ces demandes de report d'injonction, il incite néanmoins les avoués à veiller à ce que leur client dépose leur demande d'aide juridictionnelle dès leur engagement dans la procédure d'appel pour notamment tenir ces procédures dans une durée minimale. Du côté des avoués, le fait d'attendre pour déposer la demande d'aide juridictionnelle de leur client peut s'avérer une stratégie afin de prolonger le délai accordé pour conclure et ainsi avoir le temps, par exemple, de récolter de nouvelles pièces judiciaires à l'appui de leurs écritures, ou de prolonger d'un ou deux mois le versement d'une pension alimentaire au titre du devoir de secours pour leur cliente, etc.

Un autre objet de tension entre les acteurs de la conférence de mise en état révélateur d'un enjeu de maîtrise du temps est la pratique par les avoués des demandes de report de l'ordonnance de clôture. Les dates de clôture et d'audience des affaires sont fixées dès les premiers mois de la procédure d'appel, avec un écart de trois semaines entre l'ordonnance de clôture et les plaidoiries ; ce laps de temps étant réservé au greffier et aux magistrats pour préparer leur dossier et l'audience. Lors d'une conférence de mise en état, la greffière agacée par cette pratique régulière des avoués de demander le report de la clôture alors que les dates sont fixées en avance, avait préparé des « statistiques » lesquelles précisait que sur l'année écoulée les trois quart des affaires présentées devant la chambre familiale de la Cour ont fait l'objet d'une demande de report de clôture. Cette pratique précisait-elle avait pour conséquence une restriction du temps pour les greffiers et les magistrats à consacrer à la constitution des dossiers et préparation des audiences. A l'opposé, la justification collective apportée par les cinq représentants des Etudes d'avoué à leur pratique du report de l'ordonnance de clôture est la spécificité de la matière familiale, où de nouvelles pièces et de nouveaux éléments sont apportés par leurs correspondants et leurs clients tout au long de la procédure d'appel ce qui vient nourrir continuellement le débat judiciaire jusqu'à la clôture.

Selon eux, ces demandes de report permettent de respecter le principe du contradictoire et font ainsi partie intégrante du « jeu judiciaire ».

Bien que les justiciables se trouvent mis à distance de cette scène judiciaire, le jeu judiciaire ayant cours lors des audiences de mise en état autour de la définition ou de la révision des temps attribués aux différentes phases du processus judiciaire d'appel n'est pas sans incidence sur les justiciables et peut avoir indirectement pour effet de catalyser l'affrontement judiciaire opposant les parties. On pense, ici, notamment aux effets de la pratique par les avoués des demandes de report d'injonction de conclure pour les parties intimées⁵⁰⁹. Les conclusions d'intimé se trouvent dès lors signifiées à proximité de l'ordonnance de clôture, ce qui laisse peu de temps pour la partie adverse pour répondre à ces écritures. Cette pratique a pour principale conséquence de mettre sous tension le justiciable en position de répondre aux dernières écritures versées au débat judiciaire pour trouver rapidement de nouveaux arguments ou du moins de nouvelles pièces afin d' « avoir le dernier mot ». Ces différents exemples autour de la maîtrise du temps judiciaire par les différents acteurs des conférences de mise en état est la preuve que ce temps n'est pas linéaire et qu'il soumet l'activité judiciaire à des formes d'accélération et/ ou de décélération.

3.3. Accélération et décélération de l'activité judiciaire

Les luttes entre les acteurs judiciaires du procès d'appel pour maîtriser la durée de certaines phases du procès d'appel (notamment les phases d'échange d'écritures) à certains moments de la procédure (plus précisément à l'approche de la conférence de mise en état et des ordonnances des clôtures des affaires) cristallisent des formes d'accélération de l'activité judiciaire que ce soit pour les conseils juridiques et leurs clients ou pour les magistrats et leurs greffiers. Il est à noter que les temps de la procédure d'appel objets de luttes entre les acteurs du procès sont ceux les moins codifiés par le code de procédure civile et qui laissent donc le plus de marge de manœuvres aux différents acteurs pour imposer la temporalité propre à leur logique d'action. A l'opposé, les temps les plus codifiés par le Code de procédure civile (délai laissé à l'appelant pour conclure) ou ceux contrôlés de manière monopolistique par un seul acteur du procès d'appel (phase de délibéré pour les magistrats) – c'est-à-dire ceux

⁵⁰⁹ A la différence des conclusions d'intimé, le délai accordé aux avoués pour déposer les conclusions d'appelant est quasi systématiquement respecté car le risque, en cas d'application de l'article 915 du CPC, est de voir l'affaire radiée par les magistrats de la Cour d'appel.

permettant une plus grande prévisibilité aux acteurs du procès pour organiser leur activité – correspondent à des périodes de décélération de l'activité judiciaire nécessaires, selon les acteurs concernés, à la production d'une « bonne justice ».

Par ailleurs, à la différence des procès de première instance devant le juge aux affaires familiales où il est relativement aisé pour les avocats de négocier un report d'une audience de plaidoirie, en appel, il est exceptionnel que les avoués puissent obtenir un report de l'audience fixé au préalable par les magistrats de la Cour d'appel. Cette faible marge de manœuvre des avoués pour négocier une extension de la durée générale de la trame judiciaire d'appel a pour conséquence de placer les luttes autour de la maîtrise du temps judiciaire sur la durée des séquences composant le processus judiciaire global et ainsi de mettre sous tension les phases les unes par rapport aux autres. On peut reprendre, ici, l'exemple, des demandes de report des injonctions de conclure pour les intimés ayant pour effet de limiter la phase réservée aux derniers échanges d'écritures jusqu'à la clôture, laquelle peut elle-même être repoussée et au final, limiter la durée laissée au greffier et aux magistrats pour préparer leur dossier et les audiences de plaidoirie.

« Le calendrier, en appel, il y a la date d'audience et elle est modifiée que pour des raisons vraiment spécifiques, alors qu'en première instance, les avocats peuvent assez facilement repousser une date d'audience. En appel, c'est préalablement à la date d'audience où l'on a fixé des dates intermédiaires d'injonction de conclure, où là il va y avoir des flexibilités pour repousser les injonctions ou la clôture jusqu'à la date d'audience. Ce qui fait que le calendrier à mon sens doit être mieux respecté à la Cour d'appel qu'en première instance. Mais par contre, il y a vraiment des phases de travail notamment au moment de la clôture où on va être débordé. » **Caroline (A10), collaboratrice d'avoué, chargée des affaires familiales au sein d'une grande Etude de la Compagnie, 36 ans.**

Aussi, selon les acteurs du procès en appel, les phases d'accélération et de décélération de leur activité ne correspondent pas aux mêmes séquences du processus judiciaire. Pour les avoués, et indirectement pour les avocats-correspondant et les justiciables, la gestion d'une affaire est à l'image d'une course de demi-fond où dès l'entame, des formes d'à-coups peuvent produire une course au rythme non régulier afin d'opérer une première sélection (les affaires méritant d'aller jusqu'au bout de la procédure d'appel). Et si l'on prend le rythme global de la course, plus on se rapproche de la ligne d'arrivée (les plaidoiries), plus le rythme de la course a tendance à s'accélérer. Les premiers à-coups au moment de l'introduction d'une affaire correspondent ainsi à l'urgence que revêt la production de certains actes (déclaration d'appel, constitution, sommation de communiquer, conclusions d'incident) et de certains

courriers (lettre au bureau d'aide juridictionnelle pour en solliciter le bénéfice) où peut se jouer la « viabilité » de l'affaire (appel hors délai, rejet de l'appel pour non exécution de la décision de première instance, etc.) et donc une sélection des affaires fondées en droit. Après cette première phase d'accélération, s'en suit une phase de décélération où les avoués représentant la partie appelante disposent de quatre mois pour « faire mûrir » leur dossier et préparer leurs écritures. Cette phase de décélération se poursuit avec l'attente des conclusions de la partie intimée. Pour les avoués représentant la partie intimée, la décélération est plus importante encore avec notamment l'attente des conclusions de l'appelant. S'en suit une accélération progressive de leur activité avec le lancement du travail d'écriture des conclusions d'appel. Avec le dépôt des conclusions d'appel de la partie intimée, le rythme de travail ne va cesser de s'accroître avec une multiplication des prises de contact avec les avocats et/ ou les justiciables et avec, de part et d'autre, une propension à la production d'écritures en réponse à celle de l'adversaire (pouvant aller, pour certaines affaires, jusqu'à des conclusions n°5 ou n°6 en réponse) pour avoir le « dernier mot » et ce, jusqu'au prononcé de l'ordonnance de clôture.

« Depuis trois jours, je ne fais que des clôtures et c'est tout le temps être derrière et les avocats et les clients, en disant « attention ça vient lundi, il faut telle pièce, qu'est-ce que l'on répond à l'adversaire ? », donc ça aussi, cela fait partie de la gestion du dossier pour qu'il soit en l'état. Là, le fax tourne, ça tourne pas mal en période de clôture. Et, là je conclus parce que l'autre vient de conclure. C'est tout un jeu à celui qui aura le dernier mot » **Anne-Laure (A1), collaboratrice au sein d'une « petite » Etude d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 41 ans.**

Faisant très souvent l'objet de reports, l'ordonnance de clôture n'intervient souvent que quelques jours avant l'audience de plaidoirie ce qui laisse peu de temps aux avoués pour préparer les dossiers de plaidoirie à transmettre à l'avocat plaideur. Finalement, une dernière décélération de l'activité de l'avoué s'opère au moment de l'audience de plaidoirie. Dès lors, le débat judiciaire s'achève, les « dés sont jetés », et reste à attendre le délibéré de la Cour d'appel qui intervient entre un et deux mois après l'audience. Cette description « rythmique » de l'activité des avoués autour d'une affaire ne peut être pensée isolément puisque les avoués et leurs collaboratrices mènent de front des dizaines d'affaires où tantôt ils endosseront la position d'appelant, tantôt celle d'intimé. Dans une même période où ils ont à traiter des affaires engagées dans des phases différentes du processus judiciaire, les collaboratrices et les secrétaires d'avoué sont ainsi très souvent amenées, à produire de front des conclusions

d'appelant, des conclusions d'intimé, et des conclusions en réponse en vue d'une clôture proche.



Secrétariat d'une Etude d'avoué quelques jours avant une conférence de mise en état et la clôture de plusieurs affaires fixées devant la chambre familiale de la Cour.

Face aux multiples affaires qu'elles ont à traiter de front, les collaboratrices des avoués opèrent des priorités dans les différentes tâches à réaliser. Les tâches prioritaires à effectuer sont finalement celles où les marges de manœuvre pour négocier un délai supplémentaire auprès des magistrats est difficile voire impossible à obtenir (conclusions d'appelant et conclusions à proximité d'une clôture ne pouvant plus être reportée).

« A l'approche d'une conférence de mise en état et d'une clôture, je fais d'abord les conclusions des appelants à telle date, poursuivies des conclusions des intimés. Compte tenu de la masse de travail à faire, des fois, il est difficile de tenir les délais parce qu'en un mois, tu as au moins deux clôtures, et une conférence (de mise en état) donc on gère les urgences. C'est 915 à respecter (conclusions des appelants), une fois que l'on a fait ça, il y a les clôtures qui sont intégrées là-dedans et on part sur les intimés sachant que les intimés, on marche par date de clôture et on peut toujours demander un report d'injonction. En fait, c'est toute une gestion par date. » **Caroline (A10), collaboratrice d'avoué, chargée des affaires familiales au sein d'une grande Etude de la Compagnie, 36 ans.**

Les magistrats et les greffiers de la Cour garant de la « montre interne » du processus judiciaire connaissent, de la même façon, des phases d'accélération et de décélération de leur activité ; certaines revêtant une signification juridique bien particulière. Les phases d'accélération de leur activité judiciaire se situent autour des conférences de mise en état et des audiences de plaidoiries où il s'agit, pour les premières, d'organiser et de réajuster les calendriers de procédure des différentes affaires fixée aux conférences et, pour les secondes, de préparer les dossiers pour les greffiers et de s'imprégner des affaires pour les magistrats. A l'opposé, il est une phase de décélération de l'activité judiciaire à laquelle tiennent particulièrement les magistrats est celle de la mise en délibéré. Pour les magistrats, cette phase des délibérés correspond « *au prestige de la rédaction et de l'écrit, auquel est associé une valorisation de la lenteur [...], à l'image du sage prenant le temps nécessaire pour une rédaction rigoureuse de son rendu de justice* »⁵¹⁰.

Finalement, la segmentation temporelle du processus judiciaire d'appel et les rythmes dans lesquels s'inscrivent les logiques d'action des différents acteurs du procès se trouvent particulièrement désincarnés des temporalités profanes dans lesquelles évoluent les justiciables. Ils participent de la sorte à renforcer le caractère imposé de la régulation judiciaire devant la Cour d'appel.

4. En appel : la cristallisation des positions des parties au procès

Les affrontements judiciaires ayant pour objet les modalités et les conséquences de dissociations conjugales ne sont semblables à aucun autre en ce que ces conflits intrafamiliaux ont lieu sur la base d'une unité organique – une famille – constitués de divers liens internes et externes⁵¹¹ d'une intensité incomparable. La vigueur de ces affrontements judiciaires s'explique par le fait qu'ils ont moins pour objet l'attribution de simples sommes financières et de biens que la réorganisation matérielle et affective de l'éclatement du groupe familial produit par la séparation parentale. Qui plus est, l'engagement dans une procédure d'appel marque une rupture avec le modèle de la régulation proposée en première instance. En effet, en première instance, l'organisation et la structuration du procès est pensée de manière à

⁵¹⁰ Bessin Marc, *op. cit.*, p.333.

⁵¹¹ Simmel Georg, *op. cit.*, p.88.

trouver autant que possible une issue amiable à l'affrontement judiciaire opposant les couples. En appel, la structuration séquentielle du procès couplé à un processus de mise à distance des justiciables du traitement de leur affaire renforce la cristallisation des positions des parties au procès déjà amorcée en première instance. Ce renforcement de la fixation des positions des parties autour de thèses opposées devant la Cour d'appel s'observe notamment par la disparition des pratiques de médiation familiale en appel et par l'inflation des mesures d'instruction (expertise psychiatrique, enquête sociale, etc.) révélatrices d'un conflit exacerbé.

4.1. *La quasi-disparition des pratiques de médiation familiale en appel*

Devant la Cour d'appel, la cristallisation des positions des conjoints après, très souvent, plusieurs années de procédure et la difficulté procédurale pour les juges d'appel de réaliser une mission de conciliation permettent d'expliquer la moindre présence des médiateurs familiaux devant les Cours d'appel. En effet, rappelons qu'en 2001, sur l'ensemble du territoire national, les tribunaux de grande instance disposaient davantage d'association de médiation familiale ou de médiateur familial indépendant (82% des tribunaux de grande instance) que les Cours d'appel (seulement 57% des Cours)⁵¹². Il semble dès lors, expliquaient Caroline Moreau, Brigitte Munoz-Perez et Evelyne Severin dans leur rapport sur la pratique de la médiation familiale que « *les médiateurs familiaux se concentrent sur les juges aux affaires familiales, délaissant le niveau des cours d'appel, qui semble inadapté à ce type d'intervention* »⁵¹³. Devant la Cour d'appel investie comme terrain d'enquête, pour préconiser une telle mesure, les juges d'appel disposent de deux structures de médiation familiale, une association loi 1901 et une structure affiliée à la Caisse d'Allocation Familiale. Pour autant, la pratique de la médiation familiale est quasi absente dans les procédures d'appel. Parmi notre corpus de 412 affaires, seulement 9 (soit 2,2%) mentionnent que les parties ont assisté à une réunion d'information sur la médiation familiale. Mais, pour ces neuf affaires, il ne s'agit pas d'une initiative des justiciables mais d'une décision du magistrat, lequel a enjoint les parties d'assister à cette réunion d'information. Au bout du compte, le déplacement des justiciables à ces réunions d'information, dans ces neuf affaires, ne s'est pas suivi d'un engagement dans un processus de médiation familiale.

⁵¹² Moreau Caroline, Munoz-Perez Brigitte et Severin Evelyne, *op. cit.*, p.12.

⁵¹³ *Ibid.*

Par ailleurs, les magistrats, avec l'accord des parties, peuvent ordonner une médiation familiale financée par les justiciables. Dans notre corpus, nous n'avons observé aucune décision de magistrats de la Cour ordonnant une médiation familiale. Cette pratique, si elle fut exercée ponctuellement par quelques magistrats de la Cour au début années 2000 a quasiment disparu des arrêts de la Cour d'appel. L'échec systématique des médiations familiales engagées par une ordonnance d'un magistrat a conduit les juges d'appel à privilégier l'injonction des parties à se rendre à une simple réunion d'information sur la médiation familiale. L'injonction permettrait ainsi aux justiciables de rester acteur et moteur du processus de médiation familiale, principe fondamental de la médiation familiale.

« Dans la décision, on essaye de rendre des décisions qui sont plutôt apaisantes et puis, cela nous arrive de temps en temps où l'on va essayer de renvoyer les parties ou de les conseiller entre autre en médiation familiale. On fait des injonctions de rencontrer un médiateur. Ordonner des médiations, on n'en fait quasiment plus. On en a fait tout à fait au début. On ne les fait plus parce que l'on s'aperçoit que ce n'est pas efficace. Et les associations de médiation nous disent en réalité qu'ils obtiennent plus de résultats lorsque les gens sont venus en médiation sur injonction que lorsque l'on a ordonné une médiation. Pourquoi ? Parce que c'est le même problème que tous les traitements psychologiques ou autre, la démarche entre celui que l'on oblige à y aller et celui qui y va spontanément. C'est exactement la même chose. Comme pour les toxicos, si le tribunal leur fait injonction d'aller se faire soigner, il va y aller mais ... » **Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel (M1)**

Une médiatrice familiale de la Caisse d'Allocation Familiale pointe également la difficulté pour les couples engagés dans un affrontement judiciaire devant la Cour d'appel de s'engager dans un processus de médiation. La multiplication des procédures judiciaires a renforcé la cristallisation des positions de chaque membre du couple, rendant « impossible » l'engagement dans un processus de médiation face à l'« escalade » du conflit.

« Il s'avère que les outils mis à disposition des juges évoluant, je reçois des parents qui viennent sur injonction de la Cour, mais injonction seulement à se rendre à une réunion d'information sur la médiation familiale. Mais ils sont quand même très peu nombreux à poursuivre ensuite par une médiation. Et puis après, il y a un tout, tout petit volume mais qui est non significatif et que l'on ne voit pratiquement plus, il s'agit d'ordonnances du juge. Il ordonne aux parents de faire un processus de médiation familiale, pas un seul entretien, mais un processus. Donc, pour ça, il est obligé d'obtenir leur accord à tous les deux et sauf que moi ce que j'observe, c'est que les parents sont dans un tel conflit, une situation tellement gangrénée, des incompréhensions, procédure sur procédure, de la part de l'un, de la part de l'autre, on est un peu dans une escalade judiciaire. Et du coup, ici, un endroit d'apaisement et leur dire qu'ils peuvent rester acteur et par eux-mêmes essayer de trouver de nouvelles solutions plutôt que cela soit le juge qui continue à imposer parce que c'est le rôle du juge. Mais d'essayer de leur faire comprendre que s'ils reprennent un peu les rennes parce qu'ils restent responsables de leurs enfants, parce que autorité parentale conjointe ... Mais ils sont

déjà rendus dans une telle escalade, une telle incompréhension que c'est impossible de les mettre sur les rails d'une médiation » **Médiatrice à la Caisse d'Allocation Familiale (E3)**.

De plus, la faible pratique des juges d'appel pour enjoindre les parties à assister à une réunion d'information sur la médiation ou pour ordonner directement une médiation familiale révèle une forme d'anticipation de l'échec de cette mesure d'instruction pour les affrontements judiciaires qu'ils ont à traiter. Aussi, la structuration du débat judiciaire en appel, où aucun temps, ni aucun espace n'est laissé à une conciliation possible entre les parties participe à limiter le recours aux médiations familiales.

4.2. *L'inflation des mesures d'instruction devant la Cour d'appel*

Devant la juridiction d'appel, les magistrats, face à l'intensité des affrontements judiciaires, ordonnent de manière privilégiée des mesures d'instruction visant à trancher le litige en toute connaissance de cause. La mesure « phare » sur laquelle s'appuient les magistrats d'appel est l'enquête sociale (mesure instruite dans près de 16% des affaires de notre corpus) devant l'expertise psychiatrique et/ou psychologique (mesure instruite dans 7,5% des affaires), et dans une très moindre mesure, l'expertise financière (mesure instruite dans moins de 3% des affaires). Les enquêtes sociales et les expertises psychiatriques ou psychologiques sont le fait d'affaires où l'affrontement judiciaire se concentre sur la garde des enfants (fixation de la résidence et/ou d'un droit de visite et d'hébergement pour le parent non gardien). Elles permettent notamment aux magistrats de comprendre l'origine et les enjeux du conflit parental et ainsi de disposer de propositions (sur la résidence de l'enfant ou sur les modalités d'exercice d'un droit de visite et d'hébergement) leur donnant une meilleure maîtrise de la situation familiale à réguler. Surtout, face aux attentes des justiciables engager dans un procès en appel, de voir l'institution judiciaire trancher les points saillants de leur conflit conjugal et parental, les juges peuvent s'appuyer sur les rapports des enquêteurs sociaux ou des experts judiciaires qu'ils ont commandités pour légitimer la codification de la situation familiale qu'ils ont à régler. Certains litiges peuvent ainsi les conduire, par exemple, à fixer le lieu où s'opère le transfert des enfants du domicile d'un parent à l'autre devant une Place de l'Eglise d'un village, un commissariat de Police, un Point-relais, etc. – lieux que les juges considèrent comme neutres et sécurisés pour les enfants, ou à fixer une pension alimentaire à l'euro près, ou encore à instaurer un calendrier de « garde » des enfants

spécifique, considérablement formalisé, et ajusté à des situations familiales singulières. Cette étroite codification des situations familiales, si elle paraît parfois aberrante pour les juges d'appel tellement elle va à l'encontre du modèle dominant de l'autorégulation conjugale et parentale, semble pourtant nécessaire face aux risques de violences ou de déchirement familial que revêtent certaines affaires présentées à la Cour.

« Dans certaines affaires, il y a tellement de périphériques à prendre en compte que cela nous amène à rendre des décisions qui sont parfois aberrantes en soi ; Enfin, j'en ai encore rédigé une où l'on prévoit la remise de l'enfant sur la place de l'Eglise ou au commissariat de Police. Mais c'est là aussi où l'on a besoin du regard des experts et des enquêteurs sociaux pour ajuster au mieux notre décision aux situations que l'on a à traiter. Alors quand on est dans des grandes villes, il existe des structures de type points-relais où les parents peuvent conduire l'enfant, s'ils ne peuvent pas se voir et s'ils ne peuvent pas se rencontrer sans se taper dessus, sans s'injurier, ce qui est désastreux pour l'enfant qui assiste à la scène. Donc, les systèmes du point-relais lorsqu'il existe est une bonne solution mais il n'y en a pas partout, surtout en milieu rural. Donc, en milieu rural, c'est souvent devant la Place de l'Eglise que nous fixons la remise des enfants ... Mais, j'ai déjà un jour rendu une décision où la remise de l'enfant se faisait devant le trottoir du Commissariat de Police, en me disant au moins devant le Commissariat de Police, ils ne se taperont pas dessus. Ou, s'ils se tapent dessus, la Police interviendra tout de suite. » **Conseiller à la Cour d'Appel (A3)**

Finalement, d'un côté, cette importante formalisation judiciaire des situations familiales permet d'inventer des normes et des règles communes sur lesquelles s'appuient les parties au procès pour réguler leur conflit. Mais, d'un autre côté, en codifiant de manière extrême les situations familiales et en laissant par là-même peu de marges de manœuvres aux justiciables, elle peut conduire à nourrir un conflit sous-jacent où chaque fois qu'une des parties tenues par l'arrêt de la Cour n'en respectera pas scrupuleusement les termes, l'autre partie s'empressera de déposer une main courante, ou de faire appel à un huissier de justice pour exécuter la décision, ou encore d'introduire une nouvelle procédure judiciaire circonscrivant finalement les rapports familiaux à des rapports purement juridiques. Les configurations d'affrontement judiciaire correspondant à ces cas limites pointent les difficultés des magistrats pour traiter des situations familiales pour lesquelles le modèle de séparation autorégulée est totalement inopérant.

En définitive, la disparition des pratiques de médiation familiale et à l'opposé, la progression des mesures d'instruction devant la Cour d'appel auxquelles on aurait pu rajouter l'inflation de la production de pièces judiciaires par les parties révélateur de la conflictualité de la séparation (rapport d'enquêteur de droit privé ou constats d'adultère diligentés par une partie au procès, multiplication de la production d'attestations par l'entourage) sont la preuve

de l'antagonisme croissant entre les parties engagées dans un procès en appel. Qui plus est, cet antagonisme s'étend très souvent à l'ensemble des cercles amicaux et familiaux des deux ex-conjoints. Par contre, si la structure même du procès d'appel peut, par certains aspects ici décrits participer au renforcement des conflits familiaux présentés devant la Cour, il reste que la force des liens entre les parties au procès est au fondement de l'escalade judiciaire dans laquelle les justiciables se sont engagés.

« Il y a des personnes qui vivent de leur procédure et donc tiennent à faire appel parce qu'ils ne sont pas contents ou soit parce que c'est une façon de se justifier ou soit, encore c'est parce qu'ils restent tout simplement liés par le procès. C'est toujours cette procédure d'appel qui va lier et moi j'ai des dossiers, qui déjà en première instance, on y est depuis trois ou quatre ans. Je suis sûr que quand un jugement sera rendu, on ira en appel parce qu'on sent bien que de toute façon, ces deux là, ils vont continuer tout le temps quelque soit la décision qui sera prise. » **Maître Gandon (A12), avocate.**

La force des différents liens source de l'affrontement judiciaire opposant les parties au procès peut avoir des origines diverses. Il peut s'agir de la jalousie d'un des deux conjoints, de la possessivité d'un des parents envers les enfants, d'un sentiment de haine vis-à-vis des membres de la famille de l'ex-conjoint, de la dépendance économique ou affective d'un des conjoints vis-à-vis de l'autre ... Mais quelque soit l'origine des sentiments ou des attaches qui continuent de lier les parties des procès en appel, la hache de guerre est d'autant plus difficile à enterrer que ces liens ne sont pas prêts d'être distendus ou dénoués.

* * *

Dans cette seconde partie, l'objectif était de présenter les différents acteurs du procès d'appel et la configuration relationnelle dans laquelle ils évoluent. Il s'agissait également de découvrir les différents éléments du débat judiciaire et séquences qui structurent le processus d'affrontement judiciaire en appel afin de montrer en quoi l'engagement dans un procès devant le deuxième degré de juridiction peut conduire à catalyser un combat judiciaire et à renforcer la distance de ces séparations du modèle dominant présenté dans la première partie.

Dans un premier temps, nous avons donc présenté différents trajectoires de justiciables amenés à engager une procédure judiciaire devant la Cour d'appel. Le but était de dévoiler la variété et la complexité des enjeux des conflits conjugaux et parentaux conduisant certains

justiciables à présenter leur affaire devant les juges d'appel. Les affiliations socioprofessionnelles, l'âge, le type d'union, la configuration familiale sont autant de critères qui déterminent les enjeux des procès en appel. Par ailleurs, en appel, les justiciables se trouvent progressivement mis à distance du traitement de leur affaire par la présence d'un nouvel acteur en appel, l'avoué près la Cour. En prenant pour exemple le processus de décision amenant les justiciables à interjeter appel d'une décision du juge aux affaires familiales, nous avons pu présenter les mécanismes relationnelles qui amènent les justiciables et leurs deux conseils – leur avocat et leur avoué – à prendre une telle décision. Finalement, les justiciables ne sont que partiellement acteur de cette décision, leur avocat et leur avoué jouant successivement le rôle d'un filtre, limitant par là-même l'accès aux procédures devant la Cour d'appel.

Ensuite, dans le cinquième chapitre, l'examen de la prise en charge judiciaire des contentieux conjugaux les plus conflictuels nécessitait de penser le procès d'appel comme une configuration relationnelle où les différents acteurs, en fonction de leurs différents niveaux de ressources (juridiques, culturelles, sociales, etc.) et du niveau de légitimité de ces ressources dans le champ judiciaire, ont des positions singulières et disposent de marges de manœuvre différenciées. Plus particulièrement, les avoués occupent une position privilégiée au sein de la chaîne judiciaire d'appel. A l'intermède de tous les acteurs du procès d'appel et bénéficiant notamment d'une relation privilégiée aux magistrats, les avoués occupent une véritable position de pivot entre les différents acteurs du procès. De plus, on a pu relever différents niveaux de relations entre les acteurs du procès, plus ou moins agissantes sur le processus judiciaire. Il ressort ainsi que les relations entre les avoués et leurs avocats correspondants et entre les magistrats et les avoués constituent les maillons forts de la chaîne judiciaire d'appel. A l'opposé, si les justiciables en fonction notamment de leurs ressources juridiques, économiques et rédactionnelles peuvent espérer limiter le processus de double mise à distance du traitement de leur affaire et s'approprier « leur » affaire, il reste cependant que leurs marges de manœuvre devant la Cour d'appel se trouvent particulièrement limitées.

Enfin, après avoir présenté le cadre interactionnel du procès d'appel, dans un troisième temps, nous avons tenté de mettre en valeur les mécanismes sociaux, juridiques et symboliques propres à la régulation judiciaire effective devant la Cour d'appel. Le premier principe au fondement de la régulation judiciaire en appel est la prédominance de l'écrit sur l'oral à tous les niveaux de la chaîne judiciaire et à toutes les phases de la trame procédurale. L'écrit, comme mode privilégié de formalisation du droit et d'échanges entre les différents

acteurs judiciaires, participe, qui plus est, au processus de mise à distance des justiciables les moins à l'aise à l'écrit. A l'opposé, les justiciables aux plus fortes ressources juridiques, disposant de compétences rédactionnelles et trouvant une position « appropriée » auprès de leurs conseils juridiques (c'est-à-dire en ne remettant pas en cause les compétences juridiques et la situation de monopole de « traducteur juridique » de leur(s) conseil(s) juridique(s)), peuvent contrecarrer une forme de dépossession judiciaire. Face à la prédominance de l'écrit, les phases orales de la procédure d'appel se trouvent notamment restreintes aux conférences de mise en état et à une audience de plaidoirie dont l'enjeu se situe moins dans la production de la décision d'appel que dans la mise en valeur du travail des conseils juridiques. A l'analyse de la trame procédurale d'appel en fonction de ses phases écrites et ses phases orales, s'est ajoutée une approche temporelle de la procédure d'appel. Nous avons ainsi tenté de montrer comment se joue la relation entre la linéarité du temps profane dans lequel (continue d') évolue(r) les justiciables durant la procédure d'appel et la discontinuité du temps judiciaire. Cette relation entre ces deux temps recouvre un véritable enjeu de pouvoir pour les différents agents judiciaires lesquels tentent ainsi d'avoir la maîtrise de la définition du temps judiciaire. Ce jeu autour de la maîtrise du temps judiciaire notamment entre les avoués et les magistrats peut s'avérer un véritable catalyseur de l'affrontement judiciaire. En effet, l'organisation interne de la procédure d'appel a, dans une certaine mesure, pour conséquence de renforcer la cristallisation des positions tenues par les parties conduisant à la quasi disparition des pratiques de médiation familiale devant les Cours d'appel, et à l'opposé, à l'inflation des mesures d'instruction (enquête sociale, expertise psychologique, audition de l'enfant). Le processus judiciaire d'appel conduit ainsi très souvent à ce que les juges, face à la demande croissante de régulation des justiciables, codifient de manière très précise les modalités de reconfiguration familiale afin de fixer des règles strictes laissant peu de marges d'interprétation aux justiciables à qui est destinée la décision.

Cette deuxième partie a principalement eu pour objectif de présenter les grands principes structurant la trame judiciaire dans lequel s'engagent les justiciables formant appel d'une décision du juge aux affaires familiales. On a ainsi pu déjà esquisser la variété et la complexité des trajectoires des justiciables amenés à introduire une affaire devant une Cour d'appel. La partie suivante s'intéressera précisément à la variété des logiques d'affrontement judiciaire présentées devant la Cour d'appel, et surtout au traitement différencié que les différents agents judiciaires en font.

TROISIEME PARTIE

La régulation judiciaire des séparations conflictuelles

Nous avons montré précédemment que le passage devant la Cour d'appel marque un processus de mise à distance des justiciables du traitement de leur affaire pouvant avoir pour effet de renforcer le conflit les opposant. Conséquemment, la distance au modèle de la séparation autorégulée des couples s'engageant dans un procès en appel se creuse d'autant plus que la configuration des relations entre les différents acteurs du procès et la structuration procédurale même du procès d'appel participent à renforcer l'affrontement judiciaire. Comme nous avons déjà pu le voir dans la seconde partie (chapitre 4), le contentieux que la chambre familiale de la Cour d'appel doit prendre en charge est loin d'être homogène. La configuration relationnelle judiciaire et, la trame procédurale spécifiques en appel encadrent ainsi différents types d'affrontements judiciaires. Ainsi, les séparations conflictuelles que la Cour d'appel doit réguler ne sont le fait ni de couples aux affiliations sociales singulières, ni de couples appartenant à une génération particulière et pas plus encore de configurations familiales spécifiques (divorcés ou concubins, couples avec enfant ou couples sans enfants, etc.). Dès lors, comment appréhender, d'un point de vue sociologique, le contentieux familial d'appel ? De la même manière, quelle grille de lecture sociologique s'ajuste le mieux pour restituer les différents types d'affrontement judiciaire présentés devant la Cour d'appel ?

Finalement, les objets sur lesquels se cristallisent les différents affrontements judiciaires semblent la clef de lecture la plus pertinente pour se saisir du contentieux familial présenté devant le deuxième degré de juridiction. Les affrontements judiciaires présentés devant la Cour d'appel se fixent ainsi autour de deux principaux objets : d'une part, les transferts et échanges d'argent entre les ex-conjoints suite à la séparation (chapitre 7) et la question de la prise en charge relationnelle des enfants du couple (chapitre 8). Les transferts monétaires entre les deux ex-conjoints, que l'on dénommera « l'argent du divorce » ou plus généralement « l'argent de la séparation », peuvent prendre différentes formes et différentes appellations juridiques (une pension alimentaire versée mensuellement, une prestation compensatoire versée sous forme de capital ou de rentes, l'évaluation en argent de dommages et intérêts du fait, par exemple, de violences conjugales, etc.). En se saisissant de ces aspects protéiformes de « l'argent de la séparation », on peut dès lors dégager différentes logiques sociales au fondement des affrontements judiciaires. Le type de lien conjugal (mariage ou union libre), le nombre et l'âge des enfants du couple, l'origine sociale et les trajectoires professionnelles des ex-conjoints, le caractère homogame ou exogame du couple, etc. dessinent ainsi différentes formes d'affrontement judiciaire pour traiter les comptes de la séparation. Avec la dissociation conjugale, le traitement des comptes de la séparation, lors du

passage devant les instances judiciaires, conduit au contraire à une lutte entre les parties au procès et leurs conseils juridiques pour marquer⁵¹⁴ de différentes significations « l'argent de la séparation ». Il revient, au final, aux magistrats de trancher entre les marquages donnés par les parties aux différents aspects de l'argent de la séparation. Mais, en réglant les comptes de la séparation, les magistrats marquent eux-mêmes ces différents types d'argent d'un sens tant social que moral.

Il est d'autres affrontements judiciaires qui se concentrent sur la question de la prise en charge des enfants (modalité de l'exercice de l'autorité parentale et fixation du lieu de résidence des enfants et du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien). Nous distinguons, ici, cet objet d'affrontement judiciaire avec le précédent portant sur l'argent de la séparation, car il induit des stratégies judiciaires et des trames argumentatives particulières développées par les parties au procès et leurs conseils juridiques. Pour autant, nous ne pouvons dénier que la question de la prise en charge quotidienne des enfants s'articule le plus souvent avec la question de la fixation d'une pension alimentaire. Mais, le traitement judiciaire de la prise en charge quotidienne des enfants de la séparation nécessite d'y consacrer un chapitre particulier car il révèle notamment la difficulté de la régulation judiciaire pour s'ajuster aux différentes configurations familiales présentées à la Cour. En effet, les procès d'appel ayant pour objet la prise en charge de l'enfant amènent les magistrats à solliciter d'autres acteurs judiciaires (enquêteurs sociaux, experts psychiatres, etc.) et à s'appuyer sur d'autres mesures d'instruction (l'audition de l'enfant) pour engager leur processus décisionnel. Il conviendra, par ailleurs, de s'interroger sur la manière dont les magistrats d'appel conçoivent la notion d'intérêt de l'enfant, et si comme, en première instance, le principe de l'intérêt de l'enfant est pensé pour réaliser l'idéal de la coparentalité⁵¹⁵. Autrement dit, face à la conflictualité des séparations et aux « formes déviantes » de prises en charge de l'enfant que les magistrats d'appel ont à réguler, la coparentalité reste-t-elle au fondement de la régulation judiciaire devant le deuxième degré de juridiction ? Et si oui, comment les magistrats procèdent-ils pour maintenir une pratique minimale tant de la parentalité maternelle que de la parentalité paternelle afin de donner existence à un exercice conjoint de l'autorité parentale ?

Au final, les chambres familiales des Cours d'appel sont les instances judiciaires prenant en charge la régulation des désordres conjugaux et familiaux les plus saillants et se

⁵¹⁴ Zelizer Viviana, *La signification sociale de l'argent*, Paris, Seuil Collect. Liber, 2005.

⁵¹⁵ Cadolle Sylvie, « La transformation des enjeux du divorce. La coparentalité à l'épreuve des faits », *Informations Sociales*, op. cit.

trouvent ainsi amenés à trancher des cas limites lesquels permettent de saisir la conception de « l'ordre familial » portée par ces instances judiciaires. Ainsi, les juges d'appel participent-ils à normaliser les familles dites « déviantes » ou du moins « déstructurées » et, de la sorte, à incarner une nouvelle forme de police des familles. En regardant de plus près les différentes réponses judiciaires apportées aux configurations familiales que les juges d'appel ont à réguler, une forme de hiérarchisation des affrontements judiciaires se dessine avec d'une part, une forme de stigmatisation des affrontements judiciaires des justiciables issus des classes populaires particulièrement soumis à cette forme de police des familles et d'autre part, l'octroi d'une plus grande légitimité aux affrontements judiciaires des couples issus des justiciables appartenant aux catégories sociales intermédiaires et supérieures centrés principalement sur des questions financières et sur l'instauration d'une résidence alternée. Par cette forme de hiérarchisation des affrontements judiciaires, les magistrats de la Cour d'appel en valorisant notamment les aptitudes à l'autocontrainte dont disposeraient particulièrement les justiciables issus des classes moyennes et supérieures (à savoir écarter l'enfant du conflit conjugal ou du moins en s'affrontant autour de causes considérées par les magistrats comme « justes »), participe directement à la consécration d'un « habitus judiciaire civilisé ».

Chapitre 7. Le traitement des comptes de la séparation

Le principal objet sur lequel se cristallisent les affrontements judiciaires présentés devant la Cour d'appel concerne des questions d'argent. L'« argent de la séparation » autrement dit les transactions financières définies au moment du passage devant les instances judiciaires, se matérialise principalement par l'attribution d'une pension alimentaire au conjoint ayant obtenu la résidence des enfants et, pour les couples mariés, par le versement d'une prestation compensatoire destinée à compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux. Aussi, nous distinguerons au sein de ce terme générique d'« argent de la séparation », l'« argent du divorce » qui intègre deux modes d'échanges financiers propres aux couples mariés (la fixation de la prestation compensatoire et les modalités de la répartition du patrimoine constitué par le couple). En effet, d'une part, la loi ne prévoit pas la possibilité pour les juges de fixer une prestation compensatoire destinée à compenser la disparité que la séparation entraînerait dans les conditions de vie respectives de concubins. D'autre part, bien que le patrimoine constitué par un couple de concubins puisse faire l'objet d'un affrontement judiciaire, il n'est pas du ressort des juges aux affaires familiales en première instance et des magistrats de la chambre familiale de la Cour d'appel de prendre en charge ce type de litige. Qui plus est, au regard de l'ensemble des affaires traitées au sein de l'Etude d'avoué, nous pouvons avancer que ce type d'affrontement judiciaire entre ex-concubins reste relativement marginal⁵¹⁶.

Par ailleurs, quel que soit le type d'union conjugale liant à l'origine les parties au procès d'appel, la question des frais de justice ou encore le paiement de dommages et intérêts, constituent d'autres éléments de l'« argent de la séparation » qui nous aborderons également. Dès lors, il s'agira d'appréhender les fondements du jeu judiciaire pour réguler les conflits cristallisés autour de ces échanges d'argent entre ex-conjoints. Au final, l'objectif sera d'appréhender les « stratégies » des justiciables et de leurs conseils juridiques pour codifier leur budget afin de donner des significations particulières aux différentes formes prises par « l'argent de la séparation » ou encore de présenter les logiques argumentatives et

⁵¹⁶ Sur une dizaine d'années d'activité de l'Etude (soit près de 4000 affaires traitées), seulement six affaires opposant des ex-concubins ont fait l'objet d'un affrontement judiciaire ayant pour objet la répartition d'un patrimoine commun (2 affaires devant la chambre commerciale de la Cour sur des litiges ayant pour objet la gestion de comptes bancaires communs et 4 affaires devant la troisième chambre civile de la Cour ayant pour objet l'attribution ou la vente de biens immobiliers communs).

justificatives sur lesquelles les parties au procès s'appuient pour fixer le montant de leurs demandes financières en fonction, selon les affaires, des différents éléments constitutifs de « l'argent de la séparation » au centre du jeu judiciaire. D'une manière générale, il s'agira d'analyser le traitement par les magistrats du marquage de l'argent de la séparation opéré par les parties au procès afin de réguler cet argent. Nous reprenons, ici, les travaux de Viviana Zelizer montrant que « *des réseaux différents de relations sociales et des systèmes de significations distinctifs marquent l'argent moderne de leur empreinte* »⁵¹⁷. Dans cette perspective, alors que durant la vie commune, le marquage de l'argent domestique se fait selon des accords intrafamiliaux, lorsqu'intervient une séparation et plus précisément une séparation conflictuelle telles celles présentées devant la Cour d'appel, l'argent domestique se trouve dès lors marqué par une décision prise par les juges et non par un accord. Nous tenterons ainsi d'appréhender les significations sociales que les juges d'appel sont amenés à donner aux différents éléments constitutifs de « l'argent de la séparation ». Nous nous intéresserons ainsi aux trois principales dimensions de cet argent : l'argent pour les enfants, l'argent pour le rééquilibrage des niveaux de vie des ex-conjoints, et l'argent pour réparer les « préjudices moraux » qu'entraîne la séparation.

2. Les « questions d'argent » au centre de l'affrontement judiciaire

Le passage devant les instances judiciaires pour régler les modalités d'un divorce ou d'une séparation de concubins oblige, systématiquement, les ex-partenaires à dresser un état des lieux de leurs budgets respectifs et de leurs ressources économiques communes afin d'opérer le « partage » des ressources familiales entre les deux nouvelles configurations familiales créées par la rupture. La pension alimentaire versée par le parent non-gardien pour l'entretien des enfants constitue l'élément fondamental de cette réorganisation de l'économie domestique reliant la configuration familiale formée par le père et celle formée par la mère. Selon l'article 371-2 du Code Civil, « *chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* ». Si cette question de la fixation du montant de la pension alimentaire, versée le plus souvent par le père, est au centre de l'affrontement judiciaire tant des époux que des concubins au moment de la rupture, les obligations financières spécifiques liant les

⁵¹⁷ Zelizer Viviana, *op. cit.*, p.60.

couples mariés entraînent une redistribution des ressources familiales particulières lorsqu'intervient un divorce. Notamment, les articles 212 et 214 du Code Civil sur l'institution du mariage précisent que les deux époux se doivent notamment « *mutuellement secours et assistance* » (article 212 du Code Civil) et sont obligés de contribuer « *aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives* » (article 214 du Code Civil). Surtout, ce devoir de secours et d'assistance et cette contribution ne s'interrompent pas directement avec l'engagement d'une procédure de divorce. Si avant la réforme du divorce de 1975, ces dispositions juridiques se traduisaient, après le divorce, par le versement d'une pension alimentaire au conjoint le plus démuné, la double refonte du divorce en 1975 et 2004, a retraduit les obligations financières nées du mariage par la possibilité pour les juges de fixer une « pension alimentaire au titre du devoir de secours », c'est-à-dire une somme d'argent qu'un époux doit verser à l'autre pendant la procédure de divorce pour pallier les disparités créées par la séparation. Le versement de cette pension cesse lorsque le divorce est devenu définitif, autrement dit, lorsque le jugement de divorce n'est plus susceptible d'appel ou que l'arrêt de la Cour d'appel prononçant le divorce n'est plus susceptible de pourvoi en cassation.

On comprend mieux, dès lors, pour les séparations conflictuelles, l'enjeu pour la partie débitrice de cette pension de voir réduire la durée consacrée à l'instruction judiciaire du divorce et, à l'opposé, pour la partie créditrice, de faire durer les procédures. A côté de cette pension au titre du devoir de secours, au moment du divorce, « *l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives* » (extrait article 270 du Code Civil). De plus, dans le cadre du prononcé d'un divorce pour faute (rappelons qu'il s'agit de la procédure la plus représentée devant la Cour d'appel) ou d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal, « *des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité du fait de la dissolution du mariage* » (article 266 du Code Civil). Le législateur n'ayant pas défini ce qu'il entendait par « *conséquences d'une particulière gravité* », les magistrats restent réticents à attribuer des dommages et intérêts malgré les demandes de certains justiciables à ce titre.

Alors que notre enquête de terrain s'achevait plus de cinq ans après l'application de cette disposition législative, les avoués et avocats de la Cour d'appel s'interrogeaient toujours sur ce que pouvaient constituer, pour les juges, les « *conséquences d'une particulière gravité subies du fait de la dissolution du lien conjugal* » et étaient finalement de plus en plus réticents à demander des dommages et intérêts au titre de cette disposition juridique, préférant

solliciter des dommages et intérêts selon une disposition plus générale (article 1382 du Code Civil)⁵¹⁸.

Alors que ces trois dispositions financières (pension alimentaire au titre du devoir de secours, prestation compensatoire, et dommages et intérêts) ne concernent que les couples mariés, l'affrontement judiciaire sur des aspects économiques des couples concubins se concentre de manière quasi exclusive sur le montant de la pension alimentaire versée par le parent non gardien. En définitive, il est donc nécessaire pour appréhender « l'argent de la séparation » de distinguer l'affrontement judiciaire sur des aspects monétaires dans le cadre de divorces, et dans le cadre de séparations de concubins.

2.1. Les différents aspects de « l'argent du divorce »

Pour saisir les affrontements judiciaires de couples divorçants sur les différents aspects de « l'argent du divorce », il s'agit dans un premier temps de relever les différents types de moyens⁵¹⁹ présentés par les parties dans leurs conclusions d'appel. Notre base de données permet d'appréhender les différents moyens soulevés par les parties au procès et surtout la proportion dans laquelle ils reviennent. Nous avons ainsi construit six catégories de moyens pouvant être présentées à la Cour par les couples divorçants. Les trois premières catégories évoquées dans le tableau ci-après (pension alimentaire, prestation compensatoire et autres aspects de l'« argent du divorce ») composent les trois éléments constitutifs de ce que l'on a défini comme « argent du divorce ». Ensuite, sous la catégorie « décisions concernant les enfants hors pension alimentaire », nous entendons tous les moyens concernant plus spécifiquement la résidence de l'enfant, les droits de visite et d'hébergement du parent non-gardien, ou encore la question de l'autorité parentale. La « définition de la faute » est également un moyen d'appel évoqué dans de nombreux procès devant la Cour étant donné la proportion des procédures de divorce pour faute (voir tableau 6). Enfin, dans une catégorie générique « autres moyens », nous retrouvons les moyens ponctuellement soulevés devant la Cour tel l'usage du nom marital par l'ex-épouse, la demande de désignation d'un expert (comptable, psychiatre, psychologue), d'un enquêteur social ou encore d'un médiateur familial.

⁵¹⁸ L'article 1382 du Code Civil stipule « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

⁵¹⁹ Pour rappel, les moyens sont les raisons dont une partie se prévaut pour fonder ses demandes devant la Cour. Au sein d'un même procès, plusieurs moyens peuvent être soulevés par les parties.

2.1.1. Les moyens présentés par les divorçants devant la Cour d'appel

La lecture du tableau suivant met en exergue la prédominance des moyens liés à « l'argent du divorce » dans les procès en appel. Dans près des deux tiers (63,8%) des procédures présentées devant la Cour, un litige autour de la définition d'une pension alimentaire pour les enfants est soulevé comme moyen d'appel. Ensuite, loin derrière la question du montant des pensions alimentaires, viennent les moyens concernant « les enfants hors pension alimentaire » (32,1%). La définition d'une prestation compensatoire ou d'une pension alimentaire au titre du devoir de secours, deuxième élément constituant l'« argent du divorce », est le troisième moyen évoqué dans les procédures en appel. Cette question est ainsi soulevée dans une affaire sur cinq (20,1%) en appel, soit juste devant la question de « la définition de la faute » (18,2%). Cette répartition des moyens doit tenir compte du fait que nous avons regroupé sous la même catégorie de « divorçants », les justiciables engagés dans une procédure d'appel d'une ordonnance de non conciliation, d'un jugement de divorce et d'une décision du JAF « post-divorce ». Or, les demandes au titre du prononcé du divorce (définition de la faute) ne peuvent intervenir que dans le cadre d'un appel du jugement de divorce, ce qui peut expliquer notamment la faible part de ce moyen dans le tableau ainsi construit.

Tableau 17. Les moyens d'appel présentés par les divorçants devant la Cour d'appel

Moyens soulevés par les parties	Nb. Cit.	Fréq.
Pension alimentaire pour les enfants	203	63,8%
Prestation compensatoire ou pension alimentaire au titre du devoir de secours	64	20,1%
Autres aspects de l' « argent du divorce » (répartition des biens, attribution de dommages et intérêts, etc.)	39	12,3%
Décisions concernant les enfants hors PA (résidence, DVH, autorité parentale)	102	32,1%
Définition de la faute	58	18,2%
Autres moyens (usage du nom marital, désignation d'un expert, etc.)	25	7,9%
TOTAL	318	

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (concernant des couples divorçants) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=318.

Lecture : Dans 63,8% des affaires opposant des divorçants présentées devant la Cour, une pension alimentaire a été soulevée comme moyen d'appel.

2.1.2. L'âge et le niveau de revenu des justiciables comme facteurs décisifs

Les types de moyens soulevés lors des procès en appel sont liés, notamment, à l'âge des parties et en second lieu, à leur niveau de revenu. L'âge des conjoints est, en effet, déterminant dans la définition des moyens soulevés par les parties devant la Cour. Le tableau 18 permet d'observer comment l'âge des parties, ici du conjoint⁵²⁰, implique une différenciation des moyens soulevés en appel.

Tableau 18 : Les moyens soulevés en appel par les parties selon la catégorie d'âge du conjoint

Moyens soulevés en appel	Pension alimentaire	Prestation compensatoire ou PA au titre du devoir de secours	Autres aspects de l'argent du divorce	Décisions concernant les enfants hors PA	Définition de la faute	Autres moyens	Population de référence
Age de l'époux au début de la procédure en appel							
Moins de 30 ans	53,8% (14)	0,0% (0)	3,8% (1)	61,5% (16)	7,7% (2)	15,4% (4)	100% (26)
De 30 à 40 ans	78,2% (86)	9,1% (10)	8,2% (9)	50,9% (56)	20,0% (22)	6,4% (7)	100% (110)
De 41 à 50 ans	63,6% (63)	19,2% (19)	12,1% (12)	26,3% (26)	15,2% (15)	6,1% (6)	100% (99)
De 51 à 60 ans	53,1% (34)	40,6% (26)	18,8% (12)	4,7% (3)	21,9% (14)	10,9% (7)	100% (64)
Plus de 60 ans	31,6% (6)	47,4% (9)	26,3% (5)	5,3% (1)	26,3% (5)	5,3% (1)	100% (19)
TOTAL	63,8% (203)	20,1% (64)	12,3% (39)	32,1% (102)	18,2% (58)	7,9% (25)	100% (318)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (concernant des couples divorçants) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=318.

Lecture : Dans 47,4% des affaires présentées devant la Cour où le conjoint à plus de 60 ans, une prestation compensatoire a été soulevée comme moyen d'appel.

On observe que « l'argent du divorce » est d'autant plus au centre du procès en appel que l'âge des parties est élevé. A l'opposé, et logiquement, plus les parties sont jeunes et donc plus les enfants sont en bas âge, et, plus le débat judiciaire se concentre autour des questions concernant la « garde » des enfants. Pour autant, on ne peut omettre la place prise par la question des pensions alimentaires chez les plus jeunes divorçants. Le fait que les questions financières soient au centre du débat judiciaire des époux les plus âgés à travers la place croissante prise par la prestation compensatoire, s'explique notamment par le mode de calcul du montant de cette prestation où l'âge est clairement un facteur déterminant. En effet, pour

⁵²⁰ Il est important de préciser que la question du genre ne fait pas varier les observations produites dans le tableau présent. En effet, nous avons également testé comme variable indépendante l' « âge de la conjointe » à la place de l' « âge du conjoint ». Le tableau, alors produit, est structuré comme le présent tableau.

fixer le montant de la prestation compensatoire, les magistrats prennent notamment en considération la durée du mariage, l'âge des époux et leur situation respective en matière de pensions de retraite. Enfin, on observe qu'avec l'âge, la définition de la faute prend une place croissante dans les débats judiciaires en appel, en parallèle de celle prise par la prestation compensatoire. Les conjoints appartenant aux catégories d'âge les plus élevées (51 à 60 ans et plus de 60 ans), ont davantage fait le choix du divorce pour faute que les catégories d'âge intermédiaires (30 à 40 ans et 41 à 50 ans). Ainsi, le conflit judiciaire dans les catégories d'âge les plus hautes conduiraient à la conjugaison de la définition de la faute et de la prestation compensatoire dans les moyens soulevés en appel.

En plus de l'effet d'âge, le niveau de revenu des parties joue un rôle crucial quant à l'objet du procès en appel. Etant donné que la redistribution financière entre conjoints s'effectue très majoritairement de l'homme vers la femme⁵²¹, le tableau 19 a été construit à partir de la variable « niveau de revenu du conjoint ». Il montre clairement que l'« argent du divorce » est d'autant plus l'objet central du procès que le revenu du conjoint est élevé.

Tableau 19 : Les moyens soulevés en appel selon le niveau de revenu du conjoint

Moyens soulevés en appel	Pension alimentaire	Prestation compensatoire, PA au titre du devoir de secours	Autres aspects de l'argent du divorce	Décisions concernant les enfants hors PA	Définition de la faute	Autres moyens	Population de référence
Revenus du conjoint déclaré lors du procès en appel							
Moins de 1 000 euros	51,9% (41)	6,3% (5)	11,4% (9)	34,2% (27)	25,3% (20)	6,3% (5)	100% (79)
De 1 000 à 1 500 euros	65,2% (586)	20,2% (18)	7,9% (7)	43,8% (39)	15,7% (14)	6,7% (6)	100% (89)
De 1 501 à 2 000 euros	68,1% (47)	29,0% (20)	11,6% (8)	31,9% (22)	23,2% (16)	11,6% (8)	100% (69)
De 2 001 à 3 000 euros	67,6% (23)	35,3% (12)	23,5% (8)	20,6% (7)	17,6% (6)	8,8% (3)	100% (34)
Plus de 3 000 euros	72,3% (34)	19,1% (9)	14,9% (7)	14,9% (7)	4,3% (2)	6,4% (3)	100% (47)
TOTAL	63,8% (203)	20,1% (64)	12,3% (39)	32,1% (102)	18,2% (58)	7,9% (25)	100% (318)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (concernant des divorçants) présentés devant la Cour d'Appel entre 1999 et 2009, N=318.

Lecture : Dans 51,9% des affaires présentées devant la Cour où le conjoint déclarait un revenu inférieur à 1000 euros, une pension alimentaire a été soulevée comme moyen d'appel.

⁵²¹ Pour la population divorçante étudiée, 95,0% des pensions alimentaires fixées sont versées par l'époux. De même, 97,9% des prestations compensatoires sont attribuées par la Cour aux épouses.

En effet, plus les revenus de l'époux sont élevés, plus la part prise par les moyens liés à l'argent du divorce est importante. Ainsi, dans 72,3% des affaires présentées devant la Cour où l'époux déclarait un revenu mensuel supérieur à 3000 euros, une pension alimentaire a été soulevée comme moyen d'appel contre seulement 51,9% pour les affaires où l'époux déclarait un revenu inférieur à 1000 euros. Plus net encore, seulement 6,3% des affaires où l'époux déclarait un revenu inférieur à 1000 euros, une demande de prestation compensatoire a été soulevée devant la Cour contre 35,3% des affaires où l'époux déclarait un revenu de plus de 2000 euros et inférieur à 3000 euros.

Par ailleurs, il est intéressant de relever que parmi les procès d'appel où l'époux déclare un revenu supérieur à 3000 euros, seulement 19,1% des affaires ont fait l'objet d'une demande de prestation compensatoire ; tendance du niveau des affaires où l'époux déclare un revenu entre 1000 et 1500 euros. Comment interpréter dès lors cette « exception à la règle » ? On peut trouver une lecture à cette tendance par l'origine procédurale des divorçants selon leur niveau de revenu. Le tableau ci-dessous permet d'observer que les couples de divorçants où l'époux déclare un revenu inférieur à 1000 euros se sont engagés majoritairement dans une procédure de divorce pour faute (63%) contre seulement 46% pour les couples où le conjoint déclare un revenu supérieur à 3000 euros. Pour ces derniers, cette tendance est particulière puisque les autres catégories de revenu se rapprochent davantage des caractéristiques des couples où le conjoint dispose d'un faible revenu. Pour autant, on ne cherche pas, ici, à prétendre que les divorces dans les hauts revenus seraient moins conflictuels. Preuve en est, ces derniers vont préférer se tourner vers l'autre procédure contentieuse, le divorce pour altération définitive du lien conjugal (27,7%) où les instances judiciaires n'ont pas à déterminer le caractère fautif de certains comportements des époux.

Pour expliquer le fait que les divorçants aux hauts revenus fassent moins de la prestation compensatoire l'objet de leur affrontement judiciaire que les autres catégories de revenu, il est nécessaire de relever que devant la Cour d'appel, la majorité des « affaires avec prestation compensatoire » sont intégrées à une procédure de divorce pour faute⁵²². Ainsi, comme on a pu déjà le souligner lorsque l'on a évoqué les enjeux des procès en appel (chapitre 4), est articulée dans les arguments des parties au procès, la question de la prestation

⁵²² Sur les 69 affaires de notre corpus où une demande de prestation compensatoire est présentée à la Cour d'appel, 49 (soit 77%) sont issues d'une procédure de divorce pour faute. Par ailleurs, il est important de préciser que jusqu'en 2004, pour les procédures de divorce pour faute, le conjoint « fautif » ne pouvait prétendre au versement d'une prestation compensatoire. Si la loi de 2004 a permis de séparer la question de la faute du divorce de celle de la prestation compensatoire, il n'en reste pas moins que dans les écrits des conseils juridiques, l'articulation de ces deux motifs est encore largement pratiquée.

compensatoire avec les « fautes » invoquées par les parties. En reprenant les résultats du tableau 19, on observe ainsi que la catégorie de divorçants aux revenus « intermédiaires » (1501 à 2000 euros) est celle où se présente dans les mêmes proportions des demandes pour définir « le fautif » de la séparation et celles au titre d'une prestation compensatoire. Face aux conditions matérielles des catégories de divorçants aux plus faibles revenus, il est logique que les demandes de prestation compensatoire soient très limitées. Pour ces dernières, le procès en appel a tendance à se concentrer sur les décisions concernant les enfants et la définition de la faute.

Tableau 20 : La procédure de divorce initialement engagée par les divorçants selon le niveau de revenu déclaré du conjoint

Procédure de divorce initialement engagée	Divorce pour faute	Divorce par consentement mutuel	Divorce accepté	Divorce pour altération définitive du lien conjugal	TOTAL
Revenus du conjoint déclaré lors du procès en appel					
Moins de 1 000 euros	63,3% (50)	6,3% (5)	11,4% (9)	19,0% (15)	100% (79)
De 1 000 à 1 500 euros	60,7% (54)	9,0% (8)	12,4% (11)	18,0% (16)	100% (89)
De 1 501 à 2 000 euros	60,9% (42)	5,8% (4)	11,6 % (8)	21,7% (15)	100% (69)
De 2 001 à 3 000 euros	58,8% (20)	5,9% (2)	20,6% (7)	14,7% (5)	100% (34)
Plus de 3 000 euros	46,8% (22)	12,8% (6)	12,8% (6)	27,7% (13)	100% (47)
TOTAL	59,1% (22)	7,9% (25)	12,9% (41)	20,1% (64)	100% (318)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires présentés devant la Cour d'Appel entre 1999 et 2009, N=318.

Lecture : Dans 63,3% des affaires présentées devant la Cour où le conjoint déclarait un revenu inférieur à 1000 euros, le couple s'était initialement engagé dans une procédure de divorce pour faute.

En définitive, on peut observer que les couples avec de hauts revenus ont davantage assimilé les attentes des magistrats et plus généralement les normes du « bon divorce » à savoir épargner les enfants du conflit judiciaire et dominer la « tentation de la haine » en évitant de faire de la recherche du « fautif » le cœur du procès en appel⁵²³. A l'inverse, les couples aux plus faibles revenus ont majoritairement fait le choix d'une procédure pour faute et la Cour d'appel aura ainsi davantage de demandes à trancher (notamment quant à la définition de la faute) que pour les couples à forte ressource économique ayant fait le choix de demander à la Cour de ne trancher que principalement les conséquences financières de la

⁵²³ Lenoir Rémi, *Généalogie de la morale familiale*, op. cit., p.473.

séparation. Néanmoins, il est important de considérer que ces affrontements judiciaires ne sont pas moins conflictuels et qu'ils peuvent très souvent cacher « *les réalités d'une négociation dure, dans laquelle les désaccords sont moins réglés que déniés* »⁵²⁴.

2.2. La cristallisation du conflit financier des concubins autour du montant de la pension alimentaire

Comme pour les couples divorçants engagés dans un procès en appel, nous avons procédé au relevé des différents types de moyens présentés par les concubins (unions libres et unions civiles) dans leurs conclusions d'appel. Bien que la population concernée dans notre base de données soit moins conséquente que la population divorçante (94 contre 318), nous allons, dans un premier temps, présenter dans quelle proportion chaque type de moyen est soulevé par les concubins dans le cadre de leur affrontement judiciaire devant la Cour d'appel.

2.2.1. Les enfants au centre du procès en appel des concubins

Deux types de moyens ressortent nettement de l'ensemble des demandes présentées par les concubins devant la Cour d'appel (voir tableau 21). Etant donné les compétences des magistrats en matière de traitement judiciaire de séparations de concubins, ces deux moyens concernent exclusivement la prise en charge des enfants : d'une part la prise en charge financière avec la question de la fixation de la pension alimentaire évoquée dans plus de 70% des procès et d'autre part, la prise en charge relationnelle des enfants avec les questions des fixations de la résidence de ceux-ci, des droits de visite et d'hébergement du parent non gardien et des modalités d'exercice de l'autorité parentale lesquels sont abordés dans près des trois quart des procès d'appel où s'affrontent des ex-concubins. Le conflit financier opposant les concubins se fixe ainsi autour du montant de la pension alimentaire pour l'entretien des enfants du couple. Notons que dans deux affaires, des concubins ont sollicité l'attribution de dommages et intérêts⁵²⁵. Mais au final, la Cour d'appel n'a pas répondu favorablement à ces demandes, déboutant ces justiciables de leur demande. Enfin, comme pour les affaires de divorce, les concubins sont également amenés à solliciter la désignation d'un expert judiciaire

⁵²⁴ Théry Irène, *Le démariage – Justice et vie privée*, op. cit., p.209.

⁵²⁵ Dans ces deux affaires, il s'agit de femmes auprès desquelles la résidence des enfants a été fixée et qui, face au non paiement des pensions alimentaires de leur ex-conjoint, et aux différentes procédures qu'elles ont du diligenter pour obtenir le versement des pensions alimentaires ont sollicité auprès de la Cour, le versement de dommages et intérêts pour préjudice moral.

(psychiatre ou psychologue) ou un enquêteur social pour justifier par exemple, d'un transfert de résidence des enfants ou de la suppression du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien. Ces demandes n'interviennent que dans une proportion relativement limitée d'affaires (7,4%). Aussi, les enquêtes sociales et les expertises judiciaires étant largement utilisées (34% des affaires) pour les séparations de concubins, sont finalement le plus souvent issues d'une injonction des magistrats d'appel. Elles revêtent, par ailleurs, indirectement un enjeu financier puisque les magistrats d'appel intègrent dans les frais d'appel le coût de l'expertise ou de l'enquête sociale, lesquels frais sont pris en charge par la partie « perdant » le procès d'appel.

Tableau 21 : Les moyens d'appel présentés par les (ex-)concubins devant la Cour d'appel

Moyens soulevés par les parties	Nb. Cit.	Fréq.
Pension alimentaire	66	70,2%
Demande d'attribution de dommages et intérêts	2	2,1%
Décisions concernant les enfants hors PA (résidence, DVH, autorité parentale)	70	74,5%
Autres moyens (désignation d'un expert judiciaire, ou d'un enquêteur social)	7	7,4%
TOTAL	94	

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires (concernant des concubins) présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009, N=94.

Lecture : Dans 70,2% des affaires opposant des (ex-)concubins présentées devant la Cour, la question de la fixation d'une pension alimentaire a été soulevée comme moyen d'appel.

2.2.2. Une population de concubins plus jeune et plus homogène socialement

Le fait que l'affrontement judiciaire des concubins devant la Cour d'appel se concentre exclusivement sur la prise en charge matérielle et relationnelle des enfants du couple différencie sur un critère d'âge la population des concubins de la population des divorçants pour laquelle les demandes s'élargissent à d'autres types de moyens (prestation compensatoire, définition de la faute, etc.) propres à des populations plus âgées. Ainsi, si l'on regarde l'âge des justiciables, nous avons affaire à une population de concubins plus homogène et plus jeune que la population divorçante. Pour les couples de concubins engagés dans un procès en appel, les femmes ont en moyenne 31,9 ans (écart-type : 7,16) et les

hommes, en moyenne, 34,3 ans (écart-type : 8,4). Pour les couples divorçants amenés à instruire un procès en appel, l'âge moyen des femmes s'élève à 40,1 ans (écart-type : 10,7) et celui des hommes à 43,1 ans (écart-type : 10,3).

Surtout, ce qui distingue la population de concubins de la population divorçante présente devant la Cour d'appel est sa composition sociale relativement homogène (tableaux 22 et 23). Au regard de la structure des populations masculine et féminine du territoire judiciaire, les deux tableaux ci-dessous permettent d'observer la prédominance des justiciables issus des classes populaires dans les procès d'appel et ce quel que soit le type d'union liant à l'origine les parties au procès. Si l'on entend l'appellation « classes populaires » comme l'ensemble des positions sociales (employé et ouvrier) situées au bas de l'échelle hiérarchique des affiliations professionnelles organisant la stratification sociale, une nette majorité de divorçants (47,3% pour les hommes et 50,3% pour les femmes) et surtout de concubins (67% pour les hommes et 48,9% pour les femmes) appartiennent aux classes populaires comme d'ailleurs la structure sociale locale (47,2% pour les hommes et 47,9% pour les femmes). Une interprétation strictement structurelle permet déjà de comprendre le poids des justiciables appartenant aux classes populaires.

Tableau 22 : Structure des populations « divorçante » et « concubine » devant la Cour d'appel selon la catégorie socioprofessionnelle de l'homme⁵²⁶

Type d'union liant à l'origine les parties au procès	Mariage	Concubinage	Structure de la population masculine du territoire judiciaire ⁵²⁷
Catégorie socioprofessionnelle du conjoint			
Agriculteurs	2,7% (8)	1,1% (1)	4,0% (18.619)
Artisans, commerçants, chefs d'entreprise	12,9% (39)	8,5% (8)	5,8% (27.144)
Cadres et professions supérieures et intellectuelles	16,6% (50)	2,1% (2)	10,3% (48.175)
Professions intermédiaires	8,9% (27)	6,4% (6)	17,7% (83.015)
Employés	9,9% (30)	14,9% (14)	8,8% (40.855)
Ouvriers	37,4% (113)	52,1% (49)	38,4% (179.710)
Sans activité professionnelle	11,6% (35)	14,9% (14)	15,0% (70.311)
TOTAL	100% (302)	100% (94)	100% (467.829)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffé de la Cour d'appel + exploitation des données de l'INSEE des Pays de la Loire : Dossiers « Evolution et structure de la population » (données mises à jour en 2007) des trois départements composant le territoire judiciaire et la Cour d'appel

Lecture : Dans 52,1% des affaires opposant des (ex-)concubins présentées devant la Cour, l'homme appartient à la catégorie socioprofessionnelle « ouvrier ».

⁵²⁶ Nous avons retiré de notre corpus de dossiers judiciaires, la catégorie « retraités » (N=16) pour laquelle nous ne disposons pas d'éléments suffisants sur les trajectoires professionnelles des individus concernés.

⁵²⁷ Structure de la population masculine des trois départements composant le territoire judiciaire de la Cour d'appel, de 15 ans ou plus, par catégorie socioprofessionnelle en 2007 [à laquelle on a retiré la catégorie « retraités » (N=165.193, soit 26,1% de la population masculine de plus de 15 ans)].

Tableau 23 : Structure des populations « divorçante » et « concubine » devant la Cour d'appel selon la catégorie socioprofessionnelle de la femme⁵²⁸

Type d'union liant à l'origine les parties au procès	Mariage	Concubinage	Structure de la population féminine du territoire judiciaire ⁵²⁹
Catégorie socioprofessionnelle de la conjointe			
Agricultrices	2,3% (7)	0,0% (0)	1,9% (8.944)
Artisanes, commerçantes, chefs d'entreprise	1,9% (6)	2,1% (2)	2,5% (11.804)
Cadres et professions supérieures et intellectuelles	5,8% (18)	2,1% (2)	5,5% (26.017)
Professions intermédiaires	11,5% (36)	6,4% (6)	17,4% (82.586)
Employées	37,2% (116)	31,9% (30)	35,9% (170.464)
Ouvrières	13,1% (41)	17,0% (16)	12,0% (57.376)
Sans activité professionnelle	28,2% (88)	40,4% (38)	24,8% (118.117)
TOTAL	100% (312)	100% (94)	100% (475.308)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel + exploitation des données de l'INSEE des Pays de la Loire : Dossiers « Evolution et structure de la population » (données mises à jour en 2007) des trois départements composant le territoire judiciaire de la Cour d'appel

Lecture : Dans 5,7% des affaires opposant des divorçants présentées devant la Cour, la femme appartient à la catégorie socioprofessionnelle « Cadres et professions supérieures et intellectuelles ».

En comparant cette fois-ci la « population divorçante » et la « population concubine » présentant une procédure devant la Cour d'appel, la première semble nettement plus hétérogène que la seconde. Si l'on prend les résultats du tableau 22 sur la position professionnelle des conjoints, on observe une place importante parmi les divorçants des membres des catégories sociales supérieures (16,6% des divorçants en appel appartiennent à la catégorie « cadres, professions supérieures et intellectuelles » alors que la part de cette catégorie dans la structure de la population masculine du territoire judiciaire étudié ne s'élève qu'à 10,3%). Autre indicateur de la place relativement importante des divorçants appartenant aux catégories sociales intermédiaires ou supérieures est la part (12,9%) de la catégorie « artisans, commerçants, chefs d'entreprise » dans la structure de la population masculine divorçante. Si la part de cette catégorie (8,5%) parmi la population des concubins est également élevée par rapport à celle (5,8%) prise par cette même catégorie au sein de la structure de la population masculine du territoire judiciaire, en observant le niveau du revenu moyen de cette catégorie professionnelle chez les divorçants et chez les concubins, il semble que nous ayons davantage affaire à des « gros » commerçants et artisans et des chefs

⁵²⁸ Nous avons retiré de notre corpus de dossiers judiciaires, la catégorie « retraitées » (N=6) pour laquelle nous ne disposons pas d'éléments suffisants sur les trajectoires professionnelles des individus concernés.

⁵²⁹ Structure de la population féminine des trois départements composant le territoire judiciaire de la Cour d'appel, de 15 ans ou plus, par catégorie socioprofessionnelle en 2007 [à laquelle on a retiré la catégorie « retraitées » (N=203.836, soit 30,0% de la population féminine de plus de 15 ans)].

d'entreprise parmi les divorçants (le revenu moyen mensuel s'élevant à 2400 euros) et à l'opposé à de petits artisans et commerçants parmi les concubins (le revenu moyen mensuel s'élevant à 1400 euros). Ce dernier point renforce notre hypothèse selon laquelle la population des concubins est davantage homogène que la population des divorçants et qu'ainsi, la Cour d'appel, dans le cadre d'affaires visant à régler les conséquences de la séparation de concubins, a principalement affaire aux classes populaires.

Autre élément allant dans ce sens, lorsque l'on regarde les salaires (ou indemnités chômage le cas échéant) déclarés par les justiciables lors de leur passage devant la Cour d'appel, le revenu moyen mensuel des hommes « divorçant » s'élève à 2080€ tandis que celui des hommes « concubins » se limite à une somme mensuelle de 1290 €. Qui plus est, 81% des hommes « concubins » déclarent devant la Cour d'appel un revenu mensuel inférieur à 1500 euros contre seulement 49% des hommes « divorçants ».

Au final, face à des concubins issus majoritairement des classes populaires s'affrontant, rappelons-le, autant pour la pension alimentaire des enfants que pour les modalités de « garde », les magistrats d'appel pour réguler les transferts d'argent entre les ex-concubins doivent-ils tenir compte non seulement, comme pour les divorçants, de la dégradation de la situation budgétaire des concubins suite à leur séparation mais surtout de la « fragilité » de leurs économies domestiques étant donné la précarité et le caractère souvent limité de leurs revenus. Les magistrats d'appel, comme leurs confrères en première instance, « se heurtent ainsi souvent aux situations de pères dans l'impossibilité de verser une somme régulière significative à leur ex-conjointe, pourtant dans le besoin »⁵³⁰. Ainsi, dans les cas de figure où le parent non gardien n'est pas en mesure de verser mensuellement une somme au moins égale à l'allocation de soutien familial⁵³¹ (ASF), les magistrats font face à deux alternatives, soit déclarer le parent non gardien insolvable afin que le parent gardien puisse bénéficier du versement de l'ASF avec le risque de renforcer la disqualification du parent non gardien, soit fixer une pension alimentaire inférieure au montant de l'ASF tout en sachant qu'elle aura pour conséquence de priver l'enfant et le parent gardien du versement d'une somme supérieure. Qui plus est, les magistrats font, par ailleurs, face à des marquages

⁵³⁰ Gollac Sybille, Neuberg Samuel et Steinmetz Hélène, « Comment « contribuer à l'entretien des enfants » ? Résistances à la norme judiciaire de la pension alimentaire », actes du colloque « Les usages sociaux de l'argent », organisé par le Centre nantais de sociologie, 6-7 Juin 2011.

⁵³¹ Dans le cas où les magistrats constatent l'impécuniosité du parent non gardien, la Caisse d'Allocation Familiale verse au parent gardien l'allocation de soutien familiale d'un montant de 88,44 euros pour un enfant, pour l'année 2011.

conjugaux de l'argent spécifiques au milieu populaire⁵³². Les femmes des classes populaires davantage habituées à tenir les comptes et à assumer les difficultés financières du couple⁵³³, « facilitent la tâche des magistrats » en produisant, le plus souvent sans résistance, les pièces justificatives de leur budget. A l'opposé, les hommes de milieu populaire peu coutumiers du « travail comptable » produisent devant les instances judiciaires des budgets souvent peu détaillés ne pouvant, qui plus est, verser aux débats les pièces justificatives à l'appui de cette codification budgétaire qu'ils ne disposent pas ou plus.

2.3. *La rupture avec l'idéal d'un argent neutre*

Si l'on reprend sans distinction les affrontements judiciaires autour de « l'argent de la séparation » des divorçants et des ex-concubins, le conflit financier opposant les deux ex-conjoints devant la Cour d'appel est le plus souvent exacerbé. Le couple n'a pu s'accorder en amont du passage devant les instances judiciaires notamment pour « dresser le bilan comptable » de la séparation et la décision du juge aux affaires familiales en première instance n'a pas été acceptée par au moins un des deux conjoints. Au final, « l'argent de la séparation » au centre du débat judiciaire en appel se trouve être l'objet de marquage antagoniste par les deux parties au procès. Pour appréhender ces marquages différenciés de cet argent conjugal, on peut faire référence aux travaux issus de la sociologie du genre. Ces derniers se sont emparés des usages de l'argent au sein des couples⁵³⁴, prenant notamment comme clef de lecture les rapports de domination pour expliquer la différenciation notamment des usages masculins et féminins de l'argent conjugal. Cet ordonnancement des usages masculins et féminins de l'argent est le plus souvent dissimulé derrière un idéal de neutralité de l'argent sur lesquels les couples pensent généralement leurs conduites économiques⁵³⁵. La séparation et plus précisément le traitement financier de celle-ci va briser cet idéal d'un argent neutre au sein du couple. Et si ce n'était pas déjà le cas en première instance, l'engagement dans un procès en appel marque généralement la fin de l'idéal de neutralité de l'argent du couple et par là-même, fait de « l'argent de la séparation » un argent ouvertement conflictuel

⁵³² Trepos Jean-Yves, Haddad Isa, Lambert Aurélien, Liebelt Fanny, Nifri Soumia, Roumens Serena et Scheerer-Molnar Maria, « Les marquages conjugaux de l'argent en milieu populaire », *Le Portique*, N°19, 2007, 11 pages.

⁵³³ Schwartz Olivier, *Le monde privé des ouvriers* [1990], Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p.177.

⁵³⁴ Roy Delphine, « L'argent du « ménage », qui paie quoi ? », in *Travail, genre et sociétés*, N°15, 2006, p.101-109.

⁵³⁵ Lazuech Gilles, *Contribution à une sociologie compréhensive des usages quotidiens de l'argent*, Habilitation à diriger des recherches, Nantes, Février 2011.

de part les diverses significations sociales – le plus souvent antagonistes – qui lui sont attribuées.

Le conflit judiciaire opposant le couple Rousseau est exemplaire de l'antagonisme des significations données à « l'argent de la séparation » (ici la prestation compensatoire) par les deux conjoints. Monsieur (J26) et Madame Rousseau (J27) sont tous les deux âgés de 52 ans lorsque s'engage la procédure d'appel de leur jugement de divorce. Le couple a deux enfants, lesquels sont majeurs et insérés professionnellement. L'enjeu principal du procès en appel est la définition du montant de la prestation compensatoire fixée à 500.000 euros par le juge aux affaires familiales en première instance. Madame Rousseau, appelante devant la Cour, demande à ce que la prestation soit réévaluée à 700.000 euros. Monsieur Rousseau demande la confirmation de la décision de première instance. Les deux conjoints ont travaillé ensemble au sein de l'entreprise familiale héritée des parents de Monsieur Rousseau. L'entreprise, à l'origine artisanale, s'est considérablement développée sous la gérance des époux. Monsieur Rousseau était déclaré seul dirigeant de l'entreprise, Madame Rousseau n'ayant été déclarée salariée que depuis une dizaine d'années. Par le mariage, Madame Rousseau a acquis d'une certaine manière, le droit au soutien financier de son mari⁵³⁶. Mais, en contre partie, elle s'est engagée à fournir un service essentiel mais non rémunéré. Dès lors que la séparation intervient, c'est toute la substance de ce contrat implicite qui est remis en cause. Avant l'engagement de la procédure judiciaire, Monsieur Rousseau, à l'origine de la séparation, avait proposé un divorce par consentement mutuel à son épouse et une prestation compensatoire de 700.000 euros. Celui-ci explique avoir « *proposé une prestation compensatoire conséquente pour, en quelque sorte, acheter (sa) liberté* » et « *pour garder la main sur l'entreprise héritée de (ses) parents* »⁵³⁷ en se séparant de Madame Rousseau à double titre, comme épouse et comme salariée. De son côté, Madame Rousseau a vécu la séparation comme un long processus douloureux. Ayant connaissance des relations adultérines de son mari depuis plusieurs mois avant que celui-ci demande le divorce, et étant parallèlement l'objet d'une procédure de licenciement lancée par son mari, celle-ci explique « *ne pas pouvoir accepter un divorce par consentement mutuel dans ces conditions* », qu'il s'agit « *d'une question d'honneur pour elle que ce soit sur les conditions de (son) divorce ou de (son) licenciement* »⁵³⁸. Les époux se lancent dès lors dans une procédure de divorce pour

⁵³⁶ Pahl Jan, « Individualisation et modèles de gestion des finances au sein des familles », in *Enfances, Familles, Générations*, n°2, 2005.

⁵³⁷ Extrait de l'entretien réalisé avec Monsieur Rousseau.

⁵³⁸ Extrait de l'entretien réalisé avec Madame Rousseau.

faute. Le juge aux affaires familiales, dans sa décision, attribue notamment les torts du divorce à Monsieur Rousseau et une prestation compensatoire de 500.000 euros à Madame Rousseau. En appel, la question de la prestation compensatoire devient le centre du conflit judiciaire avec d'un côté, le mari saisissant la prestation compensatoire comme un moyen d'acheter sa liberté, et de l'autre, une épouse faisant de cette somme d'argent une manière de réhabiliter son honneur d'épouse et de salariée. Si le montant de la prestation compensatoire est exceptionnelle – la plupart des prestations compensatoires ne dépassant que rarement les 100.000 euros devant la Cour, cet affrontement judiciaire autour du montant de la prestation compensatoire d'un couple d'une cinquantaine d'années où les enfants ne sont plus à charge est d'une certaine manière typique de cette génération de divorçants. En effet, le conflit judiciaire autour du montant de la prestation compensatoire est principalement le fait des couples les plus avancés en âge et pour lesquels la durée du mariage a dépassé la vingtaine d'année⁵³⁹. Par ailleurs, l'interprétation de Catherine Nozay selon laquelle les femmes les plus jeunes ont intériorisé l'objectif dominant de la régulation judiciaire des dissociations conjugales, à savoir le maintien du couple parental au nom de l'intérêt de l'enfant, permet d'expliquer que notamment les plus jeunes préféreront ne rien demander au titre d'une prestation compensatoire et plutôt se battre sur le montant d'une pension alimentaire pour les enfants, quitte à en faire personnellement les frais⁵⁴⁰.

La fixation des pensions alimentaires pour les enfants pose d'autres questions que celles liées au montant d'une prestation compensatoire. Elle renvoie à un poste de dépense collective. En effet, la pension alimentaire fait référence à un projet central du couple : procréer et éduquer des enfants. Aussi, la question des pensions alimentaires pour les enfants est-elle un objet central du conflit judiciaire du fait des significations données par les divorçants et les ex-concubins à cette somme d'argent. La pension alimentaire est très souvent perçue par les créditrices comme une somme permettant aux deux foyers formés de vivre dans les mêmes conditions matérielles et pour certaines, comme un montant en argent venant rémunérer le travail domestique qu'elle réalise. Les mères, principales créditrices de ces pensions alimentaires, peuvent voir en l'ex-compagnon, un stratège pour diminuer ses ressources afin de faire baisser le montant de la pension alimentaire. Madame Debas,

⁵³⁹ 69% des procès devant la Cour ayant notamment pour objet le montant de la prestation compensatoire est le fait de couple pour qui le mariage a duré plus de 20 ans. De la même manière, parmi les procès en appel ayant pour objet notamment la question de la prestation compensatoire, 89% des époux et 85% des épouses ont plus de quarante ans.

⁵⁴⁰ Nozay Catherine, « « Il n'y a pas de vol entre époux » : la prestation compensatoire en droit français », in *Droit et société*, N° 73, 2009/3, p. 725-745.

secrétaire médicale (son ex-conjoint exerce à son compte l'activité d'animateur commercial), précise ainsi « *on voit qu'il tient à son argent. Selon lui, il ne gagne rien, il n'a rien par mois, mais ce n'est pas vrai. Comme il est en profession indépendante, il a une comptabilité et il passe tout en frais généraux. Donc, il ne se trouve imposé que sur le bénéfice et cela ne correspond pas du tout à ce qu'il gagne réellement. Et, il voudrait me faire croire ça !* »⁵⁴¹. Encore, Madame Leboucher (J2), jeune divorcée d'origine ouvrière (son ex-mari exerce la profession de soudeur) explique qu'« *en appel, le juge a descendu à 80 euros par enfant la pension qu'il (son ex-mari) me devait au moment du jugement de divorce alors qu'avant elle était de 120 euros par enfant. Il a baissé la pension parce que mon ex-mari a cassé sa voiture et que..., selon le juge, il n'avait pas de moyen de transport pour aller à son travail et donc il risquerait de perdre son emploi, ce qui expliquerait qu'il a dû faire un emprunt pour en acheter une nouvelle. J'ai fait appel de cette décision, parce que c'est trop facile dans ce cas, je n'ai qu'à faire pareil, souscrire un emprunt pour changer de voiture et demander une pension alimentaire plus importante !* »⁵⁴².

A l'opposé, les débiteurs attachés à la norme de gratuité du travail domestique sont réticents à déléguer aux mères la gestion de la pension alimentaire ; la plupart de ceux-ci envisageant cette contribution comme une source de financement du couple recomposé par leur ancienne compagne⁵⁴³. Les pères se concentrent ainsi sur la destination de la pension alimentaire qu'ils versent. Preuve encore en est de la perte de neutralité de l'argent du couple avec la séparation : alors que la plupart des pères n'ont jamais évalué, ni « rémunéré », dans la vie conjugale, le travail domestique effectué par leur ex-épouse, certains vont, avec le divorce, se mettre à évaluer scrupuleusement les besoins des enfants pour d'une certaine manière, ne pas avoir à rémunérer ce travail domestique. Monsieur Robert, plombier à son compte âgé d'une trentaine d'années, précise dans cet ordre d'idée « *au début de la procédure, j'avais évalué une pension alimentaire pour les deux enfants en prenant compte différents critères : l'école, la cantine, les soins de santé, les vêtements, les licences de sport, et j'en oublie peut-être. Et, donc j'étais arrivé à une certaine somme que j'ai présentée à mon ex-épouse. Et elle était d'accord. Mais, pendant la procédure de divorce, elle a trouvé un travail et elle a dû mettre les enfants en garderie. A partir de là, elle m'a demandé d'augmenter la pension, et là je n'ai pas accepté parce que je considérais que la somme couvrait les dépenses sur*

⁵⁴¹ Extrait d'entretien avec Madame Debas.

⁵⁴² Extrait de l'entretien avec Madame Cesbron.

⁵⁴³ Cadolle Sylvie, « « C'est quand même mon père ! » La solidarité entre père divorcé, famille paternelle et enfants adultes », *Terrain*, N°45, septembre 2005, p.83-96.

lesquelles on s'était accordé »⁵⁴⁴ (extrait d'une conversation téléphonique pour solliciter un entretien). Aussi, alors que leur ex-épouse va se remettre en couple et donc bénéficier d'un nouvel apport financier avec le salaire du nouveau concubin, ou qu'elle va s'arrêter de travailler pour s'occuper à plein temps des enfants, certains hommes vont multiplier les procédures pour voir baisser le montant de cette pension alimentaire afin de sanctionner, d'une certaine manière, les choix de leur ex-épouse. Diminuer le montant de la pension alimentaire devant les instances judiciaires peut être vécu comme une véritable victoire pour certains pères. « *J'ai réussi à faire descendre à 80 euros la pension alimentaire* », « *j'ai gagné en appel car j'ai pu faire baisser de moitié le montant de la pension* » sont des propos que l'on a pu relever dans le cadre d'entretiens avec des pères. Au contraire, particulièrement chez les divorçants, des hommes disposant d'une certaine assise financière, vont proposer une pension alimentaire conséquente ; une manière pour eux, d' « *obtenir la paix* », et de « *(se) sentir libre pour refaire (leur) vie* » et faire le choix de « *ne pas (se) battre pour obtenir la résidence des enfants* »⁵⁴⁵. L'argent est utilisé pour éviter le conflit judiciaire et d'une certaine manière, pour « se déculpabiliser » soit d'être à l'origine de la séparation, soit de se remettre en couple très rapidement après la séparation. Pour autant, si cet argent est destiné à prévenir un conflit judiciaire, cette stratégie masculine n'évite pas systématiquement l'affrontement judiciaire. Elle peut au contraire susciter des demandes financières plus importantes de la part de l'autre conjoint, ou conduire à un déplacement du conflit judiciaire notamment sur les causes de la séparation. En définitive, si le caractère conflictuel sous-jacent à « l'argent de la séparation » est démontré, l'hypothèse d'un pouvoir neutralisant de cet argent est, par ailleurs, à pondérer.

En définitive, cette confrontation autour des différentes significations données à la pension alimentaire ou plus généralement aux différentes dimensions de « l'argent de la séparation » est au fondement d'une majorité d'affrontements judiciaires présentés devant la Cour d'appel opposant des divorçants et des couples de concubins. On a pu voir tout au long de cette section que « l'argent de la séparation » était au cœur des procès en appel. Les conseils juridiques, avocats et avoués près la Cour, ont bien compris la nécessité de différencier les usages sexués de l'argent du couple et par là-même de marquer – selon notamment le sexe, l'âge et la position professionnelle de leur client et la configuration familiale faisant l'objet de la régulation judiciaire – de significations différenciées les

⁵⁴⁴ Extrait d'entretien avec Monsieur Robert.

⁵⁴⁵ Extrait de trois entretiens avec trois hommes engagés dans une procédure de divorce devant la Cour d'appel.

multiples dimensions de « l'argent de la séparation » notamment lorsqu'il s'agit de rédiger leurs conclusions présentant les demandes de leurs clients. Il s'agit dorénavant de comprendre comment sont traduites les demandes financières des justiciables par leurs conseils en arguments judiciaires.

3. Les stratégies des justiciables et de leurs conseils pour dresser les comptes de la séparation

Les affaires ayant pour objet la régulation financière des dissociations conjugales sont définies par les conseils juridiques comme une « matière juridique évolutive ». Le caractère évolutif de ces affaires s'explique en premier lieu par le fait que les situations familiales, professionnelles et financières des parties sur lesquelles le juge d'appel doit s'appuyer pour trancher les montants des pensions alimentaires et/ou prestations compensatoires ont pu se modifier depuis l'intervention de la décision rendue en première instance. Une collaboratrice d'avoué explique à ce propos :

« Ce qui est propre aux affaires de divorce qui viennent devant la Cour, c'est que, tout simplement, les gens continuent à vivre, ils changent d'emploi, ils déménagent, ils se remettent en couple, certains peuvent même avoir de nouveaux enfants. Tout ça, peut se passer très vite, il suffit des fois de trois mois, parfois moins ! Donc, là, on se retrouve à un moment où la Cour va trancher sur une situation différente à ce qu'elle était en première instance. Ça veut dire au niveau de la stratégie, revoir ce que l'on a demandé financièrement en première instance par rapport à ce qui est survenu depuis. ». **Anne-Laure (A1), collaboratrice au sein d'une « petite » Etude d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 41 ans.**

En ouvrant un nouveau dossier en appel portant sur un aspect financier, les avoués à la Cour demandent, dès l'entame de la procédure, à l'avocat avec qui ils correspondent – ou le cas échéant directement à leur client – de leur transmettre une liste de documents permettant de justifier des ressources et charges du nouveau foyer composé par leur client. L'objectif est, pour ces conseils spécialistes de la procédure d'appel, d'avoir en main tous les éléments constitutifs du budget de leur client et ce, quelque soit le sexe de leur client, et sa position devant la Cour (appelant ou intimé). A titre d'exemple, au sein de l'Etude d'avoué dans laquelle nous avons pu mener notre enquête ethnographique, la collaboratrice spécialiste des affaires familiales avait établi le document-type suivant pour demander à tout nouveau client de l'Etude les pièces justificatives concernant sa situation financière ; ces dernières venant à l'appui de sa défense présentée devant les magistrats devant la Cour d'appel.

Figure 16. Document de travail visant à codifier le budget des justiciables d'une collaboratrice d'avoué à la Cour, spécialiste des affaires familiales.

<p>DEMANDER AU CLIENT DE JOINDRE EN PHOTOCOPIE LES PIECES DE CETTE LISTE CORRESPONDANT A SA SITUATION</p>	
<p><u>RESSOURCES :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • 6 derniers bulletins de salaire • 6 derniers avis de paiement ASSEDIC, et notification des droits • Avis de paiement du RMI • Dernier avis de la Caisse d'Allocations Familiales • Décompte de la sécurité sociale pour les indemnités journalières • Décision de justice fixant la pension alimentaire • Décompte des retraites • Déclaration des revenus, revenus fonciers, etc. • Dernier avis d'imposition <p><u>Vos enfants sont en apprentissage :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Contrat d'apprentissage • Bulletins de salaire 	<p><u>CHARGES :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Quittance de loyer • Tableau d'amortissement des emprunts pour domicile, voiture, crédits personnels ou autres • Facture d'eau • Facture d'électricité ou échancier • Facture ou échancier pour les assurances maladies complémentaires • Quittance d'assurances voiture, multirisques habitation, etc. • Dernier avis d'imposition sur le revenu, taxe d'habitation, impôts fonciers • Factures de cantine, et pour les activités éventuelles des enfants • Jugement pour les pensions alimentaires à payer <p><u>Vos enfants sont étudiants :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Bulletin d'inscription à une école supérieure (fac, IUT, autres) • Justificatifs des frais des logements, transports, etc.
<p>Et tous justificatifs relatifs aux ressources et charges quels qu'ils soient</p>	

A travers les entretiens réalisés avec les collaboratrices et avoués spécialistes des affaires familiales dans les différentes Etudes composant la Compagnie, il s'avère que l'usage de ce type de document (prenant des formes relativement similaires dans chaque Etude) au sein de la profession d'avoué à la Cour est une pratique courante que l'on retrouve également dans bon nombre de cabinets d'avocats. Qui plus est, cette pratique révèle le caractère routinier de ce type d'affaire où une grande partie des configurations de procès d'appel en matière de dissociation conjugale se trouve ajustée à cet « encadrement judiciaire ». Au final, à partir de ces ensembles de pièces, les conseils juridiques vont traduire les situations budgétaires de leur client en arguments judiciaires pour motiver leurs demandes devant la Cour. Dorénavant, il s'agit d'appréhender la lecture judiciaire de ces pièces opérée par les conseils juridiques pour construire le budget de leur client et par conséquent, de comprendre

les logiques sur lesquelles s'appuient les avoués et leur collaboratrices pour présenter les demandes financières au nom de leur client(e) devant les magistrats d'appel.

3.1. *L'affrontement judiciaire autour de la pension alimentaire : « budget de l'enfant » versus « coût de l'enfant »*

Bien que des économistes aient tenté d'imposer des barèmes⁵⁴⁶ sur le modèle des pays anglo-saxons pour déterminer le montant des pensions alimentaires pour les enfants, il n'en reste pas moins que la charge est laissée aux juges de trancher le montant de cette dimension de « l'argent de la séparation » lorsque notamment les deux ex-conjoints ne se sont pas accordés sur son montant. Par ailleurs, la forme d'incertitude et d'imprévisibilité qui existe sur la manière dont les juges vont fixer ces montants est une des raisons pour laquelle les justiciables et leurs conseils juridiques tentent un procès en appel. On comprend d'autant mieux, dès lors que les avocats et les avoués à la Cour se sont opposés à ces barèmes craignant que ces tables de référence – bien que leur usage ne soit pour l'instant que facultatif – soient appliquées de manière systématique par les juges, enlevant dès lors tout intérêt du maintien d'un débat judiciaire. Finalement, si les conseils juridiques peuvent dans une certaine mesure prévoir les principaux fondements (situation financière du débiteur et du créateur, niveau de vie de l'enfant avant la séparation, le temps de résidence au domicile respectif des deux parents, l'apport financier d'un nouveau conjoint dans une (ou les) configurations familiales reformées, etc.) sur lesquels s'appuient les magistrats pour fixer une contribution alimentaire, il reste une marge d'incertitude dans le jeu judiciaire sur laquelle les avoués s'appuient pour déployer leurs analyses de la situation financière des deux configurations familiales formées après la séparation.

A la lecture des conclusions des différentes Etudes d'avoués affiliées à la Cour, deux principales stratégies judiciaires en matière de pension alimentaire se dessinent en fonction que le client soit le parent-gardien ou non. Aussi, le parent-gardien étant très majoritairement la mère⁵⁴⁷, on peut envisager ainsi une distinction des arguments développés par les avoués entre une stratégie judiciaire pour les pères centrée sur la notion de « budget de l'enfant », et

⁵⁴⁶ Bourreau-Dubois Cécile, Jeandidier Bruno et Deffains Bruno, « un barème de pension alimentaire pour l'entretien des enfants en cas de divorce », in *Revue Française des Affaires Sociales*, N°4, 2005/4, p.101-132. Voir également le numéro de la revue juridique spécialisée *AJ Famille* de novembre 2010 consacré au « Barème des pensions alimentaires ».

⁵⁴⁷ Parmi les couples où la pension alimentaire est l'objet (ou un des objets) de leur procès en appel, la résidence des enfants est attribuée à la mère à hauteur de 81,1%, au père à hauteur de 13,5%. Face à la conflictualité des séparations dont font l'objet les affaires en appel, la résidence alternée n'est que très peu pratiquée (5,4%).

une stratégie judiciaire pour les mères structurée autour d'une logique en termes de « coût de l'enfant ». Par là-même, les conseils juridiques participent directement au processus de marquage⁵⁴⁸ de l'argent de la séparation, et, qui plus est, peuvent d'une certaine manière le légitimer.

3.1.1. Les parents non gardien et le « budget de l'enfant »

Pour déterminer le montant des pensions alimentaires concernant les enfants, les arguments judiciaires des avoués défendant les parents non gardiens (et par extension les pères) s'articulent autour d'une logique de « budget de l'enfant ». Le budget de l'enfant est entendu comme le bilan des recettes (notamment les allocations familiales) et des dépenses liées à l'enfant. Ce type de stratégie argumentative a notamment pour effet de sous-évaluer des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant en ne prenant pas compte de l'existence, au sein du ménage du parent-gardien, de biens collectifs qui bénéficient tant à l'enfant qu'au reste des membres du ménage⁵⁴⁹ (ex : équipements du logement, vacances, loisirs, etc.). Par ailleurs, dans le cadre de cette stratégie judiciaire, l'interprétation faite par les avoués lorsqu'ils défendent un parent non gardien, de l'article 371-2 du Code Civil stipulant « *chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* » met le plus souvent au premier plan la proportion des ressources disponibles par le parent non gardien au détriment des besoins de l'enfant. Autrement dit, il s'agit pour les avoués représentant les parents non gardiens de démontrer en quoi le versement des pensions alimentaires fait violence aux économies domestiques de leurs clients. On pense notamment, ici, aux justiciables aux plus faibles revenus où le calcul du montant de la contribution alimentaire se joue entre les parties, à la dizaine d'euros près. Par ailleurs, il est d'autres cas où les avoués n'hésitent pas à « forcer le trait » sur la manière dont le versement d'une pension alimentaire peut faire violence aux économies domestiques de leur client. Les travaux de l'équipe de recherche dirigée par Céline Bessière et Sibylle Gollac⁵⁵⁰ ont montré comment les économies domestiques notamment des professions indépendantes sont très souvent insaisissables pour les agents judiciaires chargés de trancher le montant des contributions alimentaires. Ces

⁵⁴⁸ Zelizer Viviana, *La signification sociale de l'argent*, op. cit.

⁵⁴⁹ Bourreau-Dubois Cécile, Jeandidier Bruno et Deffains Bruno, op. cit., p.103.

⁵⁵⁰ Bessière Céline, Gollac Sybille (et alii), *Au tribunal des couples. Situations professionnelles des conjoints et procédures judiciaires de séparation conjugale*, op. cit.

dernières expliquent que contrairement aux salariés, les indépendants ne disposent ni d'un contrat de travail, ni d'une fiche de paye établie par un tiers et sont très souvent soumis à des rémunérations fluctuantes. Les observations de cette équipe de recherche montrent que ces justiciables affiliés aux professions indépendantes « *sont fréquemment soupçonnés par leur conjoint de masquer la réalité de leurs revenus* »⁵⁵¹. Les conseils juridiques représentant ces justiciables s'emparent de cette part de flou qui entoure la question de la rémunération de leur client pour justifier de leurs faibles ressources disponibles les empêchant de verser une contribution alimentaire substantielle. On observe notamment une stratégie argumentative de ces conseils juridiques défendant le conjoint débiteur propre à la configuration conjugale suivante : les deux conjoints, avant leur séparation, tenaient ensemble un commerce ou une petite entreprise. Dans ces cas judiciaires, il s'agit, pour les avoués, de présenter une perte des bénéficiaires du commerce ou de l'entreprise et corrélativement une perte de revenus de leur client, en interprétant celles-ci comme l'unique résultat du départ de l'entreprise de l'ex-conjointe de leur client suite à la séparation du couple, quitte à légitimer cette stratégie argumentative en produisant à l'appui une attestation de « complaisance » du comptable. L'extrait des conclusions d'appel produites au non de cet artisan charcutier, est typique de la défense proposée par les conseils juridiques dans ce type de configuration familiale et professionnelle.

« Attendu que, pour fixer le montant de la pension alimentaire sollicitée, il convient de prendre en considération la situation de la Société BORDEAUX après le départ de Madame BORDEAUX et des conséquences qui en résultent.

Attendu que dans une attestation établie le 7 avril 2008 par Monsieur LE GRAND, expert comptable, celui-ci expose que, du fait du départ de Madame BORDEAUX, deux éléments essentiels vont modifier le chiffre d'affaires de la société BORDEAUX.

Attendu, d'une part, que Monsieur BORDEAUX a décidé d'abandonner le traiteur avec service que celui-ci ne peut plus exploiter seul, ce service représentant un chiffre d'affaires de 33.000 euros Hors Taxes, selon les chiffres du bilan comptable.

Attendu, d'autre part, que l'absence de Madame BORDEAUX ne permet plus d'assurer les horaires complets d'ouverture de la boutique, et donc du volume des ventes, la perte de chiffre d'affaires étant estimée à environ 20.000 euros ;

Attendu que pour maintenir des horaires d'ouverture du magasin qui ne soient pas trop pénalisantes, Monsieur BORDEAUX a décidé de supprimer quelques marchés, ce qui se traduit par une baisse corrélative de chiffres d'affaires.

Attendu qu'en tenant compte de cette réduction d'activité sur plusieurs secteurs de son commerce, le chiffre d'affaires de la Société BORDEAUX qui se situait, en septembre 2006, à

⁵⁵¹ Gollac Sybille, Neuberg Samuel et Steinmetz Hélène, « Comment « contribuer à l'entretien des enfants » ? Résistances à la norme judiciaire de la pension alimentaire », op. cit.

245.000 euros se voit réduit, d'après l'évaluation chiffrée faite par l'expert comptable, à 165.000 € ;

Attendu, dans ces conditions, que l'économie du salaire de Madame BORDEAUX ne permet pas de compenser le coût d'une réduction d'activité de l'entreprise.

Attendu, finalement, que la réduction d'activité, ne permet de dégager qu'un salaire de 1570 euros pour Monsieur BORDEAUX.

Que le concluant n'a comme revenu son seul salaire, et aucune distribution de bénéfices puisque l'entreprise n'en a pas dégagés.

Attendu que c'est cette situation qu'il convient de considérer, en tenant compte des charges personnelles que celui-ci doit assumer ;

Que ces charges sont constituées par la mutuelle santé pour 52 €, l'assurance maison – auto pour 67 euros, un crédit voiture pour 182 euros, un crédit immobilier pour 365 euros, le tout par mois.

Attendu qu'en fonction de ces éléments, il apparaît que le concluant est dans l'incapacité de verser à Madame BORDEAUX une pension alimentaire de 650 euros, par mois, au titre de la contribution alimentaire pour la prise en charge de leur enfant commun, David. »

Extrait des conclusions d'appel prises par l'avoué à la Cour, représentant Monsieur BORDEAUX dans la procédure d'appel du jugement de divorce opposant les époux BORDEAUX.

3.1.2. Les parents gardiens et le « coût de l'enfant »

Les arguments judiciaires des avoués représentant les parents gardiens reposent sur la notion de « coût de l'enfant » laquelle intègre davantage la prise en charge de biens collectifs liés à la présence de l'enfant. Par biens collectifs, on pense à certains postes du budget de la configuration familiale formée par le parent gardien bénéficiant à tous ses membres ; tels les équipements du logement, le logement lui-même, le véhicule, les vacances, etc. D'un point de vue économique, il faut, ici, entendre cette notion de coût de l'enfant comme le revenu supplémentaire dont doit disposer la configuration familiale formée par le parent gardien pour avoir le même niveau de vie que si cette famille n'avait pas à prendre en charge le (ou les) enfant(s).

Pour les couples les plus fortunés, l'argumentation judiciaire en termes de « coût de l'enfant » a également pour objectif de maintenir le niveau de vie dont l'enfant bénéficiait avant la séparation. Dans le cadre de cette stratégie judiciaire, les besoins de l'enfant entendus comme le maintien d'un niveau de vie sont donc au fondement de l'interprétation de l'article du Code Civil (371-2) précisant les conditions et les fondements de la fixation du montant des contributions alimentaires. Face aux conditions socio-économiques de ces situations

familiales, Maître Dubois (A2), avouée à la Cour, responsables des affaires venant devant la chambre familiale au sein de son Etude, explique ainsi :

« Dans les moyens et hauts revenus où il y a des enfants encore à charge, les appels que l'ont fait, c'est plus pour parler de niveau de vie parce que dans ces cas-là, on est avec des pensions alimentaires de 500 ou 600 euros ce qui est « peanuts » quand ce sont des enfants qui ont été toute leur vie aux sports d'hiver, en voyage à l'étranger. Là, les appels sont faits pour dire « mais attendez ce n'est pas une pension alimentaire au sens besoin alimentaire, c'est maintien d'un niveau de vie ». Les parents se séparent, et la défense du parent qui a les enfants à charge est de dire « il faut pouvoir continuer à faire de l'équitation, à aller aux sports d'hiver, etc. ». »

A l'opposé, pour les parents gardiens aux revenus précaires – ces derniers se limitant à des revenus salariés à temps partiel, au versement des allocations familiales et/ ou d'autres prestations sociales – le versement de la pension alimentaire fait très souvent figure d'un élément fondamental de leur budget familial. Les différentes dépenses corrélatives à la prise en charge des enfants sont souvent détaillées avec précision par les avoués représentant ces parents gardiens. Cette précision dans la description des dépenses peut paraître insignifiantes comparativement aux budgets des couples qui se battent pour définir un montant de pension alimentaire visant à maintenir le niveau – élevé – de train de vie de leurs enfants d'avant la séparation parentale. Mais, cette description participe d'une stratégie judiciaire, à savoir montrer que chaque dépense, même la plus modique, met en branle le budget global du ménage du parent gardien.

Au final, pour appréhender ces logiques argumentatives différenciées établies par les conseils juridiques des parties selon la position parentale (gardien ou non-gardien) et la situation socio-économique de leur client, nous avons opposé les extraits de conclusions de deux situations judiciaires typiques (voir annexe 10) : l'une représentative des justiciables de milieu favorisé (la situation judiciaire des ex-époux PLESSIS), l'autre typique du conflit judiciaire autour de la pension alimentaire opposant les couples de milieu populaire, aux revenus précaires (la situation judiciaire des ex-concubins MAINE et DELOFEU). Au préalable, il convient de préciser que l'analyse de ces cas judiciaires n'avaient pour seul objectif que de dévoiler les principales logiques argumentatives déployées par les conseils juridiques pour demander une suppression, une baisse, un maintien ou une hausse d'une pension alimentaire devant la Cour d'appel. Ces deux exemples ne permettent pas de saisir la variété et la complexité des situations familiales faisant l'objet d'un procès en appel pour réviser le montant d'une pension alimentaire. On pense notamment aux situations où l'un des (ou les) deux parents a (ont) refait sa (leur) vie avec un nouveau partenaire, lequel apporte un

nouveau revenu au foyer de ce parent pris en compte par les conseils juridiques dans la présentation des budgets des parties. Aussi, la présence d'autres enfants issus d'autre union peuvent être intégrée au calcul du budget des justiciables par les conseils juridiques, complexifiant d'autant plus les modalités de calcul de la pension alimentaire pour les enfants du couple parental en procès.

Quelles que soient les conditions socio-économiques des justiciables, il reste que la défense proposée par les conseils juridiques des parents gardiens s'oppose à celle des parents non-gardiens sur deux approches distinctes de la contribution alimentaire, en termes de coût de l'enfant pour les premiers et en termes de budget de l'enfant pour les seconds. Pour reprendre les deux exemples présentés en annexe, alors que les avoués de Madame BOBET divorcée PLESSIS et de Madame MAINE prennent soin de détailler le plus précisément le coût global engendré par la présence des enfants au domicile du parent gardien, les avoués de Monsieur PLESSIS et de Monsieur DELOFEU limitent la contribution alimentaire à une approche individualisée du budget de chaque enfant, mettant de côté les dépenses collectives dont bénéficient les enfants au sein du foyer du parent gardien. Aussi, ces deux exemples montrent clairement la différenciation sociale des marquages de la contribution alimentaire selon les milieux sociaux dans lesquels s'inscrivent les justiciables concernés. Alors que pour le couple PLESSIS, la contribution alimentaire doit servir à recouvrir les besoins éducatifs, scolaires (notamment les études universitaires de Mélanie, le soutien scolaire en mathématiques d'Amandine), culturels et artistiques (cinéma, théâtre, visite de musée, pratique du piano et du solfège) et ainsi maintenir un niveau de « train de vie » (« sic » conclusions de Madame BOBET divorcée PLESSIS) propre aux conditions d'existence du couple d'avant leur séparation, pour le couple MAINE-DELOFEU, les « besoins » des enfants ne sont pas détaillés et sont envisagés sous le seul angle des besoins alimentaires, vestimentaires et, en filigrane, scolaires.

3.2. La fixation de la prestation compensatoire : mesurer l'investissement dans la sphère domestique des deux ex-conjoints

De la même manière que pour le marquage des pensions alimentaires, la prestation compensatoire – qui rappelons-le ne concernent que les couples mariés – fait l'objet de deux stratégies judiciaires de marquage distinctes. Ainsi, observe-t-on une stratégie féminine visant le plus souvent à évaluer en argent l'investissement domestique de l'épouse au détriment

d'une éventuelle et/ou potentielle carrière professionnelle ; investissement domestique qui, au contraire, a pu bénéficier à la carrière professionnelle de l'époux. On pense ici, à des situations bien particulières telles la mise entre parenthèse de la carrière professionnelle de l'épouse lorsque les enfants étaient en bas âge, la diminution du temps de travail salarié de l'épouse afin de dégager du temps pour l'éducation et la prise en charge des enfants ou encore la non rémunération d'épouse d'artisan ou d'agriculteurs conduisant à de faibles niveaux de retraite. Cette stratégie féminine de marquage de la prestation compensatoire s'oppose à une stratégie masculine ayant le plus souvent pour objectif de donner à la prestation compensatoire la signification suivante : niveler le niveau de vie des deux conjoints au moment du prononcé de divorce, et ce, le plus souvent en cherchant à limiter l'impact des différents choix conjugaux et parentaux entérinés au cours de la vie conjugale sur les situations économiques respectives des deux conjoints au moment de la séparation et surtout sur les situations économiques prévisibles des deux conjoints au moment de leur départ en retraite. Au final, le débat judiciaire entre les deux parties au procès se concentre généralement autour de l'investissement domestique de l'épouse et ses conséquences sur les carrières professionnelles respectives des deux époux. Il oppose d'une part, une stratégie judiciaire féminine trouvant ses ressources argumentatives dans l'histoire conjugale et parentale et des conséquences qu'elle engendre sur les situations économiques respectives des deux époux et d'autre part, une stratégie judiciaire masculine limitant les références au passé conjugal pour calculer le montant de la prestation compensatoire sur les bases de la situation économique et financière des deux époux au moment de la séparation.

3.2.1. L'articulation d'une demande de prestation compensatoire avec les comportements fautifs des conjoints

Lorsque la question de la prestation compensatoire est soulevée comme moyen d'appel dans les conclusions rédigées par les avoués, cet aspect de l'argent du divorce se trouve être l'occasion, pour reprendre les propos de Catherine Nozay « *de mettre à plat les inégalités qui se sont installées pendant le mariage et de chiffrer la compensation qui devra permettre de solder les comptes entre époux* »⁵⁵². Devant la Cour, la majorité des « affaires avec prestation compensatoire » sont intégrées à une procédure de divorce pour faute⁵⁵³. Ainsi, est régulièrement articulée la question de la prestation compensatoire avec les

⁵⁵² Nozay Catherine, op. cit., p. 726.

⁵⁵³ Quatre demandes de prestation compensatoire sur cinq devant la Cour d'appel se font dans le cadre d'une procédure de divorce pour faute.

« fautes » invoquées par les parties. Par exemple, lorsque l'époux a entretenu des relations extraconjugales, l'avoué de l'épouse a tendance à s'en saisir d'un point de vue moral pour critiquer l'usage que l'époux a fait de l'argent du couple dans le cadre de ses relations « clandestines » au détriment de son épouse et de ses enfants en exploitant par exemple des factures de restaurant, d'hôtel, etc. De manière générale, il s'agit, pour les avoués défendant les créditrices ou les quelques crédeurs de prestation compensatoire, de présenter dans leurs conclusions les effets du comportement fautif de l'époux ou l'épouse sur le montant de la prestation compensatoire. Ainsi, peut-on retrouver dans le répertoire rédactionnel des avoués, différents registres argumentatifs ajustés à des situations typiques. Une de ces situations typiques est la figure de l'époux à qui ont été attribuées les fautes du divorce pour relations adultérines. Dans ce cas, est invoquée la présence d'une nouvelle compagne partageant les charges du ménage formé par l'époux, ce qui laisse un plus grand disponible pour verser une prestation compensatoire plus importante à l'épouse. Un autre de ces registres argumentatifs concerne les épouses victimes de violences conjugales. Il correspond à la situation où ces dernières ont engagé une procédure pénale laquelle a pu aboutir à l'incarcération de l'époux. Cette procédure pénale peut avoir un « effet pervers » dans le sens où l'incarcération de l'époux conduit le plus souvent à son licenciement et donc à une baisse potentielle de la prestation compensatoire versée à l'épouse victime de violences conjugales. Pour la question du montant de la prestation compensatoire, la défense des avoués auprès de ces épouses victimes de violences conjugales est de centrer leur argumentaire sur les faits de violence à l'origine de situation économique du crédeur, en minimisant les effets du passage par la prison de l'époux sur sa situation économique.

« Attendu, et le divorce étant prononcé aux torts exclusifs du mari, que la concluante était parfaitement recevable en sa demande de prestation compensatoire compte tenu de la disparité existant à son détriment dans la situation respective des parties.

Que le jugement du 16 septembre 2009 sera ainsi confirmé en ce qu'il a fort justement accueilli la concluante en sa légitime demande de prestation compensatoire ;

Et que la Cour de céans ne se laissera pas abuser par le verbiage de Monsieur MOULIN qui se lamente sur sa situation dont il est seul responsable, est-il besoin de souligner.

Qu'il est indécent de sa part de se lamenter sur son sort quand ce qu'il qualifie de malheureux incident, et qui lui vaut d'être incarcéré actuellement, à tout de même failli coûter la vie à la concluante, Monsieur MOULIN s'en étant pris à son épouse avec une arme blanche et l'ayant agressé physiquement au niveau du cou ;

Et que les faits ne se résument pas à un simple incident, loin s'en faut, sauf à faire montre d'une désinvolture pour le moins déplacée ;

Attendu qu'il est un fait que cette agression a modifié la situation de Monsieur MOULIN qui a été licencié en Septembre 2008 ;

Que pour autant, sa situation n'est pas celle qu'il décrit dans ses conclusions et demeure plus favorable que celle de la concluante, laquelle n'a aucune économie ni épargne et peut à peine subvenir à ses dépenses de première nécessité tant ses revenus son faibles.

Et que, déjà, consécutivement à son licenciement, Monsieur MOULIN a perçu une prime non négligeable puisque son salaire de Septembre 2009 s'est élevé à 30.641€ dont 27.490 € à titre de primes ;

Attendu que, à cette indemnité de licenciement perçue par Monsieur MOULIN, s'ajoute l'épargne qu'il a thésaurisée sur différents comptes et qui s'élève, tous comptes confondus à la somme non négligeable de 34.911 € [...]

Attendu que Monsieur MOULIN affirme n'avoir aucun revenu alors qu'il est démontré qu'il travaille en milieu carcéral, son solde de compte nominatif affichant un solde créditeur de 1896,98€ fin Décembre 2009 [...] » **Extrait conclusions d'appel de l'avoué représentant Madame MARTIN rédigées le 10 Juin 2010.**

3.2.2. Les stratégies argumentatives des débiteurs de prestation compensatoire

Ne pas revenir sur les accords intervenus entre les conjoints lors de la vie conjugale quant à l'investissement domestique de l'épouse et qui plus est, dénigrer la « carrière familiale » de l'épouse et l'impact de cette carrière sur son employabilité est souvent le fait de la stratégie judiciaire des époux débiteurs pour voir diminuer le montant de la prestation compensatoire.

« Attendu que Madame LENOIR qui est infirmière diplômée d'état et qui disposait d'un service de maison, n'a jamais cherché à reprendre un emploi, fût-ce à temps partiel, lorsque les enfants étaient devenus autonomes ; ce qui lui aurait assuré une retraite plus importante » **Extrait conclusions d'appel de l'avoué représentant l'époux de Madame LENOIR rédigées le 19 Janvier 2009**

Notamment, pour les prestations compensatoires versées à des femmes en situation de précarité professionnelle, cette stratégie de dénigrement de la « carrière familiale » de l'épouse est renforcée par la main des avoués ou de leurs collaboratrices défendant les époux. En effet, ces derniers lorsqu'ils endossent le rôle de défenseur des débiteurs ont tendance à défendre un modèle familial individualiste négligeant par là-même les différents types de contraintes (effets de la prise en charge familiale sur l'employabilité de l'épouse, état du marché de l'emploi, etc.) pouvant peser sur l'employabilité des épouses créditrices.

« Attendu que pour solliciter une prestation compensatoire d'un montant de 20.000 €, Madame JEGOU se fonde sur le fait que le mariage a duré 22 ans et qu'elle n'a pas, à 47 ans, de réelle perspective professionnelle ;

Or, attendu, en l'espèce, que Madame JEGOU est entièrement responsable de la situation dans laquelle elle se trouve et qu'elle ne saurait l'alléguer pour obtenir le versement d'une prestation compensatoire ;

Attendu que le CV qu'elle verse aux débats est caractéristique de son manque d'implication dans quelque domaine que ce soit ;

Attendu que l'on constate qu'elle effectue un emploi pendant un mois en Août 1988 comme agent administratif, puis un mois comme ouvrière en agroalimentaire, un travail de quelques mois de Décembre 2001 à Août 2002 comme ouvrière en chaussures, deux mois en tant que VRP, puis un mois comme ouvrière en horticulture ;

Attendu que ces emplois divers, partiels et temporaires, sans aucune cohérence, et ce, pendant une vingtaine d'années, dont elle justifie elle-même, révèlent le refus total de Madame JEGOU de s'impliquer dans une activité professionnelle stable.

Attendu que cette carence est volontaire, alors que Madame JEGOU avait une formation de standardiste et qu'elle aurait pu effectuer une carrière dans ce domaine. » **Extrait conclusions d'appel de l'avoué représentant l'époux de Madame JEGOU rédigées le 31 décembre 2008**

3.2.3. La défense des créditrices : mesurer l'impact de l'investissement domestique sur une potentielle carrière professionnelle

Par effet de miroir des stratégies des crédateurs, les avoués des débitrices mettent en avant l'investissement familial de l'épouse au détriment de sa carrière professionnelle et le rôle de cet investissement domestique au profit de la carrière réalisée par l'époux débiteur. Dans cette perspective, les avoués et leurs collaboratrices endossant le rôle de représentant des créditrices défendent un modèle familial collectivisé où l'investissement professionnel et domestique de chacun des conjoints durant la vie commune est pensé, d'une certaine manière, dans l'intérêt supérieur du groupe familial.

« Attendu que les époux LE PETIT se sont mariés le 31 mai 1997 alors qu'ils étaient tous deux âgés de 27 ans.

Que depuis son mariage, soit désormais 10 années, Madame LE PETIT s'est consacrée à son foyer et à l'éducation de ses deux filles.

Que dans le même temps, le mari a pu évoluer dans sa carrière professionnelle, l'ensemble de la famille le suivant au gré des mutations.

Que proche aujourd'hui de la quarantaine, Madame LE PETIT a et aura du mal à se réinsérer dans le monde du travail, et ce, malgré ses démarches et même si elle a désormais entrepris un bilan de compétences ». **Extrait conclusions d'appel de l'avoué représentant Madame LE PETIT rédigées le 29 octobre 2007**

« Que la concluante, qui travaillait lorsqu'elle s'est mariée, s'est consacrée, pendant près de 20 ans, à l'éducation de ses enfants ;

Qu'elle a renoncé à réaliser une carrière professionnelle, dans l'intérêt de sa famille, et avec l'accord de Monsieur MARTY, avec toutes les conséquences qui en découlent ;

Attendu que lorsqu'on examine l'activité professionnelle de la concluante, il apparaît que, n'ayant pu se consacrer à une carrière, alors qu'elle a cessé très jeune son activité pour élever ses enfants, elle n'a, à 50 ans, aucune qualification professionnelle ;

Attenu qu'en parallèle, Monsieur MARTY a pu faire une carrière, comme informaticien, et ce, depuis 1977 ;

Qu'il a, ainsi, déjà réalisé une carrière professionnelle sur une durée de 30 ans et qu'il a encore une activité prévisible pour une durée de 15 ans, étant observé que les menaces qui, selon lui, pèseraient sur la société n'ont aucun fondement justifié ;

Attendu qu'il résulte de ce parcours professionnel de chacune des parties une disparité certaine, dans les revenus actuels de chacun d'eux, et dans leurs droits à la retraite ; » **Extrait conclusions d'appel de l'avoué représentant Madame MARTY rédigées le 21 août 2007.**

Par ailleurs, on retrouve une même stratégie de défense de certains débiteurs mise en place pour la question de la fixation des pensions alimentaires. Ainsi, la dissimulation de certaines informations sur leurs revenus réels ou potentiels et/ou sur les biens possédés, ou la sous-estimation de leurs ressources sont également des stratégies davantage masculines observées pour la question de la fixation de la prestation compensatoire. En réponse à ces stratégies, les arguments de l'avoué de l'épouse se concentrent particulièrement autour d'une critique des revenus et charges déclarés par l'époux devant les instances judiciaires.

« Attendu que Monsieur NALLET prétend que c'est à tort que le Premier Juge a accordé une prestation compensatoire d'un montant de 450.000 euros à son épouse ;

Qu'il se dit offrant de verser une prestation compensatoire de 100.000 euros ;

Or attendu que cette offre dérisoire ne correspond ni à la situation florissante de Monsieur NALLET ni à la situation de besoin de la concluante [...]

Attendu que la situation financière de Monsieur NALLET justifie du versement à son épouse d'une prestation compensatoire telle que sollicitée par elle (650.000 euros) ;

Attendu qu'au jour du jugement de divorce, Monsieur NALLET était PDG de la Société NALLET, entreprise de transports ;

Attendu que Monsieur NALLET n'a versé aux débats que les justificatifs de sa situation pour l'année 2006 ;

Qu'il ne produit en cause d'appel, aucune autre pièce, de telle sorte que c'est cette situation qu'il convient d'examiner ;

Attendu qu'il résulte de la déclaration de revenus 2006 qu'il a perçu en tant que gérant de la Société NALLET un revenu de 100.844 €, soit 8.403 €, par mois.

Qu'il a perçu, en outre, les revenus de son portefeuille de valeurs mobilières pour une somme déclarée, en 2006, de 334.904 €, et de 9.286 €, soit 345.852 € ainsi que des revenus fonciers s'élevant à 1.662 € ;

Attendu qu'au titre de ses charges, Monsieur NALLET fait état d'un emprunt immobilier d'un montant de 6.898 €, par mois, pour l'acquisition de son domicile actuel ;

Attendu que l'on doit observer, à cet égard, qu'il est rare qu'un emprunt de 382.000 euros soit amortissable en 60 mois, s'agissant d'un prêt immobilier ;

Attendu qu'il est manifeste que Monsieur NALLET a alourdi ses charges mensuelles pour réduire ses capacités contributives, pendant la durée de la procédure ;

Attendu que Monsieur NALLET tente d'alourdir son budget par la prise en charge de taxes foncières de l'ancien domicile conjugal et du studio de LA BAULE [...] »

Extrait conclusions d'appel de l'avoué représentant Madame NALLET rédigées le 30 Octobre 2008.

Ce jeu judiciaire, au final, est très souvent déséquilibré au profit des débiteurs puisque, avant tout, il s'agit aux épouses (et plus particulièrement les femmes au foyer et celles travaillant à temps partiel) de prouver leur investissement dans la sphère domestique, à travers la production de preuves écrites (attestations de proches, anciens bulletins de salaire ou diplômes prouvant une potentielle carrière professionnelle mise entre parenthèse, etc.) qui sont loin d'être évidentes à obtenir ou tout simplement à retrouver. Une collaboratrice d'avoué précise « *toutes les discussions autour de la prestation compensatoire, c'est systématiquement la même chose. C'est vraiment de savoir ce qu'a fait la femme pendant la vie commune, si elle a mis de côté sa carrière pour sa famille, en quoi elle s'est investie dans l'éducation des enfants. Le problème, c'est qu'évidemment quand les choses vont bien, on ne pense pas à conserver des preuves, c'est normal. Et après, c'est toute une affaire pour le prouver !* »

3.3. Les autres dimensions de l'argent de la séparation

Si les principales dimensions de l'argent de la séparation se concentrent autour des montants des pensions alimentaires et des prestations compensatoires, il est d'autres dimensions qui revêtent un enjeu particulièrement important dans le cadre des procès d'appel : l'attribution de dommages et intérêts à une des parties et les frais de justice engendrés par le procès d'appel. Il s'agit de distinguer ces deux dimensions puisque l'attribution de dommages et intérêts concernent exclusivement les couples divorçants et plus

spécifiquement ceux engagés dans une procédure de divorce pour faute tandis que les frais de justice (composés des « dépens » et, pour certaines affaires, d'indemnités au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile payé par l'une des parties à l'autre) concernent l'ensemble des affaires étudiées autrement dit, tant les divorces et leurs suites que les conséquences des séparations de concubins.

3.3.1. Les demandes de dommages et intérêts présentées par les « divorçants pour faute »

A première vue, les demandes de dommages et intérêts sont rarement présentées devant la Cour puisque ce type de demandes ne concerne que 6,3% des affaires de notre corpus. Qui plus est, face à ces demandes, la Cour d'appel n'accorde le versement de dommages et intérêts que dans une minorité des affaires faisant l'objet d'une demande à ce titre (environ une affaire sur trois). Si l'on regarde de plus près les différents types d'affaires présentées devant la Cour, on se rend compte que les demandes de dommages et intérêts présentées par les avoués près la Cour au nom de leur client(e) sont limitées à un type d'affaires bien précis : les appels de jugements de divorce issus de procédures contentieuses, autrement dit les procédures de divorce pour faute et de divorce pour altération définitive du lien conjugal. En effet, quasi toutes les demandes (n=26) de dommages et intérêts de notre corpus sont liées à une procédure d'appel d'un jugement de divorce pour faute (n=22) ou, dans une moindre mesure, pour altération définitive du lien conjugal (n=3). Cette restriction des demandes de dommages et intérêts autour d'un ensemble d'affaires particulières est, en premier lieu, directement liée aux règles juridiques – législatives et jurisprudentielles – qui encadrent ces demandes. Ainsi, les avoués près la Cour d'appel appuient leurs demandes de dommages et intérêts sur la base de deux articles du Code Civil. Le premier, l'article 266, est certainement le plus limitatif dans le sens où il stipule que « *des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint* ». Le second, l'article 1382 du Code Civil, précise que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Cet article, dans son principe, a vocation à s'appliquer quel que soit le prononcé des torts et plus généralement, quel que soit la procédure, ici, d'appel. Alors que l'article 266 du Code Civil est

invoqué pour des préjudices subis par la dissolution du mariage dans le cadre de divorces pour faute et pour altération définitive du lien conjugal, l'article 1382 du Code Civil permet d'élargir les demandes de dommages et intérêts aux autres procédures de divorce mais également à d'autres types de préjudices extérieurs à la dissolution du lien conjugal (ex : le caractère abusif de l'appel, le caractère procédurier d'une des parties, etc.). Pour autant, l'article 1382 du Code Civil n'est pratiquement jamais invoqué seul par les avoués près la Cour du fait d'une jurisprudence très restrictive de l'application de l'article 1382 du Code Civil de la Cour d'appel en matière familiale. Dans notre corpus, on ne trouve d'ailleurs qu'une seule affaire de concubins où l'une des parties a présenté une demande de dommages et intérêts pour appel abusif de la partie adverse. Cette demande a, par ailleurs, été débouté par la Cour d'appel. Il est intéressant de relever que, dans cette affaire, les conclusions au nom de ce justiciable ont été prises par l'avocat et non par l'avoué près la Cour. Au final, bien que dans leurs écrits, les avoués invoquent simultanément tant l'article 266 que l'article 1382 du Code Civil pour présenter une demande de dommages et intérêts, il reste donc que ce sont les prescriptions de l'article 266 du Code Civil qui priment et donc qui circonscrivent les demandes de dommages et intérêts aux seules procédures d'appel de jugement de divorce pour faute et pour altération définitive du lien conjugal. Par ailleurs, si l'on regarde plus précisément les procédures d'appel de jugement de divorce pour faute (n=89) et de divorce pour altération définitive du lien conjugal (n=14), on se rend compte que les demandes de dommages et intérêts restent encore minoritaires : 25% (22/89) des appels de jugement de divorce pour faute et 21% (3/14) des appels de jugement de divorce pour altération définitive du lien conjugal. On peut l'expliquer par le fait que l'attribution des « fautes » à une partie ne suffit pas à entraîner sa condamnation au versement de dommages et intérêts. Il faut, pour les avoués, montrer que les fautes à l'origine de la dissolution du mariage entraînent pour la partie qui demande des dommages et intérêts des conséquences « d'une particulière gravité » (« sic » Code Civil). Une collaboratrice explique à ce propos « *pour demander des dommages et intérêts, il faut plus qu'une faute entraînant un préjudice* » car s'ajoutent à ces conditions juridiques limitatives, une jurisprudence – pour ce qui est au moins de la Cour d'appel étudiée – plutôt restrictive en la matière.

Pour appréhender de façon plus précise et concrète les logiques socio-judiciaires à l'origine des demandes de dommages et intérêts présentées par les avoués à la Cour, il convient de décrire la manière dont s'articulent ce type de demandes et les fautes invoquées par la partie à l'origine de la demande de dommages et intérêts. Autrement dit, il s'agit de voir

s'il existe des configurations d'affrontements judiciaires ou des « comportements fautifs » particuliers qui conduisent les avoués à présenter conjointement à une demande de prononcé du divorce aux torts exclusifs de la partie adverse, une demande de condamnation à verser des dommages et intérêts à son (ou sa) client(e). Ainsi, en prenant pour base d'analyse les vingt-six affaires de notre corpus présentées devant la Cour d'appel ayant fait l'objet d'une demande de dommages et intérêts, on note que dans pratiquement toutes ces affaires (24), l'épouse a présenté une demande de dommages et intérêts. A l'opposé, dans seulement sept affaires, l'époux a présenté une demande à ce titre. Au final, on a dix-neuf affaires faisant l'objet d'une seule demande de dommages et intérêts de l'épouse, six affaires faisant l'objet d'une telle demande tant de l'épouse que de l'époux, et une seule affaire où l'époux est seul demandeur de dommages et intérêts. Si à chaque affaire les fautes invoquées par les avoués pour présenter une demande de dommages et intérêts s'inscrivent dans des contextes conjugaux singuliers, il reste que quatre registres de « comportements fautifs » sont principalement invoqués par les avoués près la Cour pour justifier la condamnation de la partie adverse à verser des dommages et intérêts : des relations adultérines, des faits de violences morales et physiques, les conditions du départ du domicile conjugal et les conséquences notamment matérielles qui en découlent ainsi que le caractère abusif du recours à la justice de la partie adverse. De ce fait, si l'on reprend les types d'affrontements judiciaires esquissés dans le chapitre 4, les demandes de dommages et intérêts présentées par les avoués sont principalement le fait des séparations des agriculteurs et des petits indépendants intervenant après de nombreuses années d'activité professionnelle en commun, des combats judiciaires de femmes victimes de violences conjugales, et des affrontements judiciaire totaux où tous les moyens juridiques sont invoqués devant la Cour d'appel par les deux conjoints.

Les demandes de dommages et intérêts présentés par les époux :

En premier lieu, il est intéressant de relever que dans les sept cas où les époux présentent une demande de dommages et intérêts, on retrouve un agriculteur, deux artisans et deux autres indépendants. Ainsi, dans ce cas de figure, on retrouve tout particulièrement des affrontements judiciaires opposant des couples d'indépendants pour lesquels la séparation intervient après de nombreuses années de vie commune. Par ailleurs, lorsque l'époux demande la condamnation de son épouse à lui verser des dommages et intérêts, il est intéressant de relever qu'il se trouve très souvent en position d'intimé. Ainsi se présentant devant la Cour comme « subissant » la procédure d'appel de sa conjointe, ce dernier invoque

comme principal argument à l'origine de sa demande de dommages et intérêts le caractère « abusif » ou « dilatoire » de l'appel diligenté à son encontre, mettant en avant la motivation vénale de son épouse à engager une procédure en appel. Ce point de vue argumentatif s'explique par le fait que l'appel diligenté par l'épouse dans ces configurations d'affrontement judiciaire est davantage centré sur la réévaluation de la prestation compensatoire fixée par le juge de première instance que sur la définition des fautes à l'origine de la séparation. Dans ce cas de figure, pour être cohérent avec leur ligne argumentative et notamment pour ne faire paraître cette défense elle-même comme le fruit d'une motivation vénale, l'avoué de l'époux limite la demande de dommages et intérêts à 500 ou 1.000 euros mais peut néanmoins aller jusqu'à plusieurs milliers d'euros pour les procédures les plus onéreuses (renvoi de cassation). Dans cette perspective, la fixation du montant des dommages et intérêts par l'avoué est davantage déterminée par le nombre et le type de recours judiciaires engagés par l'épouse tout au long de l'affrontement judiciaire. Ainsi, la demande à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive sera, en ce sens, d'autant plus élevée que les recours aux instances judiciaires par l'épouse sont récurrents et surtout, que ces recours amènent le couple à présenter leur litige devant les instances judiciaires de second degré voire devant la plus haute des juridictions civiles, la Cour de Cassation. L'extrait suivant issu de conclusions d'appel rédigées par l'avoué de Monsieur BERCY (J9), intimé devant la Cour d'appel suite à la procédure d'appel du jugement de divorce engagée par son épouse, éclaire les logiques argumentatives des avoués pour présenter une demande de dommages et intérêts pour « procédure abusive ». Monsieur et Madame BERCY sont âgés respectivement de 56 et 51 ans, en 2007, lors de leur procès devant la Cour d'appel. Leur mariage a duré près de 30 ans et deux enfants sont issus de leur union lesquels sont âgés de 28 et 25 ans en 2007. Alors qu'initialement engagé dans une procédure de divorce pour faute, le couple s'est accordé sur le principe d'une séparation sans évoquer les causes à son origine. Néanmoins, le couple s'affronte devant les instances judiciaires pour la fixation du montant d'une prestation compensatoire versée par Monsieur BERCY à son épouse. Tout le débat judiciaire se centre sur l'investissement de Madame BERCY dans l'activité de l'entreprise de fabrication de prothèses dentaires de son époux et sur les conséquences de cet investissement sur sa « carrière » d'infirmière qu'elle a mise entre parenthèse entre 1977 et 1990 ainsi que sur ses droits à la retraite. En première instance, le juge aux affaires familiales a débouté Madame BERCY de sa demande de prestation compensatoire qu'elle évaluait à 80.000 euros. Appelante devant la Cour d'appel, elle réitère cette demande en présentant de nouvelles

pièces justifiant de son rôle auprès de son époux pour le développement de l'entreprise de ce dernier. La défense de Monsieur BERCY, semblable à celle présentée en première instance, se concentre sur la remise en couple de son épouse et sur les ressources du ménage ainsi formé par cette dernière. Son épouse est présentée dans ses conclusions comme « *corrompue par des motivations purement financières* » (sic) ; cette dernière utiliserait, dans cette perspective argumentative, le recours aux instances judiciaires pour faire durer le versement de la pension alimentaire au titre du devoir de secours laquelle perdure tant que le jugement de divorce n'est pas rendu définitif.

« Il est important d'indiquer à quel point Monsieur BERCY est stupéfait de l'appel interjeté par son épouse.

Sans plus d'argument et sans apporter le moindre élément, Madame BERCY ne craint pas, en effet, de saisir la Cour d'un appel manifestement dilatoire.

Le seul but de cette manœuvre consiste à suspendre l'exécution du jugement de divorce et surtout, à faire perdurer les versements de pension alimentaire.

Cela démontre, si besoin en était, le caractère parfaitement vénal des demandes de Madame BERCY, sans parler du fait qu'elle a, depuis l'origine, employé tous les moyens dilatoires possibles en (par exemple) ne concluant que plus d'un an après l'assignation délivrée le 18 Juin 2002 !

Par conséquent, il écherra de condamner Madame BERCY à verser à son époux une somme de 1.000 euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive. » **Extrait conclusions d'appel de l'avoué représentant Monsieur BERCY rédigées le 8 Novembre 2005.**

Les demandes de dommages et intérêts présentés par les épouses :

La présentation d'une demande de versement de dommages et intérêts pour les épouses s'inscrit dans deux configurations d'affrontement judiciaire spécifiques. La première, celle où la demande est invoquée pour attribuer les fautes à l'époux pour des faits de violences morales et physiques, correspond au combat judiciaire de femmes victimes de violences conjugales intervenues tout au long de la vie maritale pour entériner un divorce aux torts de l'époux. Il est important de préciser que ce combat judiciaire ne se limite pas à cette seule dimension. Bien que centrale, cette dimension du combat judiciaire est très souvent complétée avec les dispositions concernant les enfants (demande de fixation de la résidence chez la mère et de limitation du droit de visite et d'hébergement du père) pour les épouses les plus jeunes. Pour les épouses ayant une « carrière matrimoniale » plus longue, la demande de dommages et intérêts pour violences conjugales peut éventuellement s'articuler avec la question de la fixation d'une prestation compensatoire. Pour éclairer cette logique

argumentative déployée par les avoués pour demander des dommages et intérêts dans ce type d'affrontement judiciaire, nous nous appuyerons sur l'exemple du procès en appel opposant le couple CHEVREUL. Monsieur et Madame CHEVREUL sont âgés respectivement de 62 et 57 ans lorsque Monsieur CHEVREUL engage une procédure d'appel à l'encontre du jugement de divorce, en juin 2006. La célébration du mariage de ce couple de milieu populaire – Monsieur CHEVREUL, retraité est ancien ouvrier dans le bâtiment tandis que Madame CHEVREUL retire un modeste salaire de son activité d'aide à domicile – a eu lieu en 1968. De leur union sont issus deux enfants, âgés de 35 et 22 ans au moment du procès d'appel, et indépendants tous les deux. Madame CHEVREUL est à l'origine de la requête en divorce en janvier 2005 laquelle a conduit au prononcé du divorce des époux aux torts exclusifs du mari en avril 2006. De plus, en première instance, le juge aux affaires familiales a retenu les faits de violences conjugales invoquées par Madame CHEVREUL pour attribuer les torts de la séparation à l'époux et l'a condamné par là-même à verser 2.000 euros à titre de dommage et intérêts à son épouse. C'est dans ce contexte judiciaire que Monsieur CHEVREUL a interjeté appel de cette décision pour notamment voir la Cour d'appel prononcer le divorce aux torts exclusifs de son épouse. Il invoque lui-même des faits de violences qu'il aurait subit de son épouse sans pour autant demander la condamnation de cette dernière à lui verser des dommages et intérêts. De son côté, Madame CHEVREUL intimée devant la Cour d'appel maintient la même trame argumentative que celle présentée en première instance et demande la confirmation du jugement de première instance « en toutes ses dispositions » et notamment la confirmation de la condamnation de son époux à lui verser une somme de 2000 euros à titre de dommages et intérêts alors qu'elle demandait initialement le versement d'une somme de 3.000 euros à ce titre. Cette stratégie initiée par son avoué vise à rendre plus certaine la confirmation du jugement de première instance par la Cour d'appel dont la jurisprudence en matière de dommages et intérêts, même pour des faits de violences conjugales, est relativement limitée dans son quantum. Par contre, pour renforcer sa défense en appel, Madame CHEVREUL, à la demande de son avoué, produit de nouvelles attestations rédigées par son entourage (voisins, amis, parents). Il s'agit pour l'avoué dans ce type d'affaire de montrer que les violences conjugales ont été perpétrées pendant toute la durée de la vie conjugale. Anne-Laure (A1), collaboratrice à l'Etude précise que « *soulever des faits de violences uniquement intervenues au moment de la séparation peut suffire pour voir prononcer le divorce aux torts de l'époux violent. Mais, par contre, cela peut être insuffisant pour justifier le versement de dommages et intérêts car il s'agit toujours de montrer en quoi*

les faits invoqués entraînent des conséquences d'une particulière gravité. Et par rapport à la jurisprudence de la Cour, montrer que les violences se sont déroulées pendant toute la durée du mariage et que l'épouse a vécu avec cette peur pendant des années, et bien, avec cette ligne de défense, on a beaucoup plus de chances que notre demande de dommages et intérêts prospère devant la Cour d'appel. Cela peut paraître évident mais c'est un point à prendre en compte dans l'écriture de nos conclusions et on n'a pas toujours les pièces à l'appui pour en justifier ». Ainsi, l'avoué de Madame CHEVREUL, notamment grâce au fait que cette dernière s'est présentée chez son médecin à chaque acte de violence de son mari pour obtenir des certificats médicaux, lui a permis de justifier sa demande de dommages et intérêts de la manière suivante :

« Attendu que c'est à juste titre qu'il a été fait droit par le Premier Juge à la demande en divorce de Madame Chevreul ;

Attendu que celle-ci a exposé que son époux s'était livré sur elle à des actes de violence renouvelés pendant toute la durée du mariage, que ce comportement violent et injurieux lorsqu'il était le plus souvent sous l'emprise de l'alcool l'a contrainte à quitter le domicile conjugal en décembre 2004, après de nouvelles violences entraînant une incapacité totale de travail durant 5 jours.

Attendu que la concluante justifie par les certificats médicaux qu'elle verse aux débats et les attestations tant des voisins que d'amis, et de membres de sa famille de la réalité de ces griefs ;

Attendu qu'un certificat médical du Docteur PINEAU, en date du 14 octobre 1986, atteste de ce que « Madame Chevreul présente un hématome sous orbitaire droit et sous maxillaires bilatéraux nécessitant des soins pendant 8 jours avec un arrêt de travail jusqu'au 19 Octobre inclus » ;

Attendu qu'un certificat médical du Docteur PINEAU, également, constate le 5 Janvier 1987 que Madame Chevreul présente un hématome sous orbitaire gauche nécessitant soins et repos pendant huit jours ;

Qu'un certificat du Docteur MARTIN, en date du 4 Octobre 1997, constate que Madame Chevreul présente de nombreuses ecchymoses, à la face antérieure du bras droit, une ecchymose au sein droit, une excoriation surmontant une ecchymose à la partie antéro externe de la cuisse droite au 2/3 inférieur de la cuisse, l'ecchymose mesurant 3 à 4 centimètres, une autre ecchymose de 3 centimètres sur 1 centimètre à la partie antéro interne de la cuisse gauche ;

Qu'un certificat du Docteur DUCHESNE, en date du 7 Juillet 1999, constate que Madame Chevreul présente un hématome temporal gauche qui diffuse au niveau de la cavité orbitale gauche (paupières supérieure et inférieure), son état nécessitant huit jours de soins ;

Attendu, enfin, que le 14 décembre 2004, de nouvelles violences de Monsieur Chevreul qui entraînent une incapacité de 15 jours incitera la concluante à déposer une plainte et à quitter le domicile conjugal.

Attendu qu'il est indécent de la part de Monsieur Chevreul de soutenir qu'il s'agit de faits isolés, « distants d'une dizaine d'années » ;

Attendu qu'en soutenant pareil argument, Monsieur Chevreul reconnaît les actes de violence qui lui sont reprochés, mais encore en atténué, avec un cynisme sans égal la gravité.

Attendu que les constatations médicales faites dans les cas les plus extrêmes de violence n'impliquent pas que ces actes n'aient pas été perpétrés pendant toute la durée du mariage ;

Attendu que les différentes attestations que verse aux débats la concluante le confirme [*... l'avoué reprend ici les propos tenus par une dizaine de personnes (amis, voisins et parents de Madame Chevreul) dans des attestations ...*]

Attendu que Monsieur Chevreul n'a pas craint de former une demande reconventionnelle en divorce, en prétendant avoir lui-même subi des violences de la part de son épouse ;

Attendu que les excès de violence de Monsieur Chevreul sont suffisamment établis pour considérer comme évident qu'il soit arrivé à la concluante, agressée gravement et à maintes reprises pendant des années, de tenter de se défendre ;

Attendu que Monsieur Chevreul prétend faussement qu'il aurait été mordu, qu'il aurait reçu des coups de casserole, etc.

Or attendu qu'il ne porte aucune trace de ce qui n'était qu'un moyen de défense ;

Attendu que Monsieur Chevreul ne peut qu'être débouté en sa demande reconventionnelle, laquelle, dans ces conditions, constitue, en elle-même une injure grave et la Cour confirmera le divorce prononcé aux torts exclusifs de Monsieur Chevreul [...]

Attendu que le comportement fautif du mari a causé un grave préjudice à la concluante, tant par les violences qu'elle a subies, que par l'obligation où elle s'est trouvée de rompre le lien conjugal ;

Que lui sera allouée, une somme de 2.000 euros, en réparation du préjudice subi, tant sur le fondement de l'article 266 du Code Civil que sur celui de l'article 1382 du Code Civil ;

Que c'est à juste titre que le Premier Juge a évalué à cette somme le préjudice de la concluante ».

Extrait conclusions d'appel de l'avoué représentant Madame Chevreul rédigées le 11 Avril 2007.

La seconde configuration d'affrontement judiciaire dans lequel s'inscrivent ces demandes féminines de dommages et intérêts est le fait de conflit judiciaire total où de multiples moyens juridiques sont soulevés devant la Cour d'appel et surtout, où le tissu relationnel du couple se trouve engagé dans le traitement judiciaire de la séparation à travers notamment la production d'attestations ayant pour vocation de révéler des comportements « fautifs » de l'autre conjoint. Cet affrontement judiciaire total trouve sa source dans le contexte conjugal au moment de la séparation à travers trois principaux motifs : l'existence de relations adultérines de l'époux, des faits de violences morales ou physiques intervenues au moment de la séparation (ce qui différencie ce type d'affrontement judiciaire du précédent), et/ ou les conditions du départ du domicile conjugal de l'époux et les conséquences notamment matérielles qui en découlent pour l'épouse. Dans les différentes affaires étudiées, plusieurs de ces motifs sont présentés simultanément pour justifier d'une demande de condamnation de l'époux à verser des dommages et intérêts. Ainsi, on retrouve des affaires où

l'avoué de l'épouse invoque simultanément une relation adultérine de l'époux et son départ du domicile présenté comme un abandon de famille. Il est d'autres affaires où l'avoué décrit le départ « inopiné » de l'époux laissant l'épouse seule pendant des mois face aux créanciers du couple et à la prise en charge des enfants. Si la Cour d'appel attribue quasi systématiquement des dommages et intérêts pour des faits de violences conjugales subies pendant une longue période de vie commune, les magistrats de la Cour d'appel sont plus restrictifs pour condamner à des dommages et intérêts sur la base d'un des motifs sus-présentés, lequel pourtant peut suffire à faire prononcer le divorce aux torts de l'époux. Pour avoir une chance de voir prospérer leur demande de dommages et intérêts dans ces configurations d'affrontement judiciaire, les avoués présentent de manière articulée plusieurs motifs pouvant justifier le versement de dommages et intérêts à leur cliente telle que le fait, par exemple, l'avoué de Madame Brochard :

« Attendu que le premier juge a, à juste titre, condamné Monsieur BROCHARD à payer à la concluante des dommages et intérêts d'un montant de 500 € ;

Attendu que le départ brutal de Monsieur BROCHARD du domicile conjugal a été douloureux pour la concluante ;

Qu'en effet, rien ne le laissait présager ;

Qu'elle a été délaissée affectivement et matériellement ; Monsieur BROCHARD la laissant notamment seule avec leurs deux enfants et ne donnant aucune nouvelle pendant plusieurs semaines ;

Et qu'elle en a énormément souffert ;

Attendu encore, que l'on rappellera que Monsieur BROCHARD n'a pas hésité, à diverses reprises, à exercer des violences sur la concluante ;

Et que les souffrances physiques se sont ajoutées aux souffrances morales déjà subies par celles-ci ;

Attendu dans ces conditions, que préjudice, certes il y a ;

Et que s'impose, en conséquence, la confirmation de la décision entreprise. »

Extrait conclusions d'appel de l'avoué représentant Madame BROCHARD rédigées le 19 février 2009.

La variabilité du montant des dommages et intérêts présentées à la Cour :

Enfin, se pose la question de l'évaluation du montant des dommages et intérêts demandées à la Cour par les avoués. Au regard de notre corpus d'affaires, le montant des dommages et intérêts demandés par les avoués sont très variables d'une affaire à l'autre. La

plus faible demande de dommages et intérêts se limite à 500 euros tandis que la plus importante s'élève à 15.000 euros. Comment expliquer la variabilité du montant des demandes des avoués ? Si pourtant le Code Civil ne précise pas que le montant des dommages et intérêts doivent être ajustés aux ressources du créateur, il reste que le montant des demandes de dommages et intérêts présentées par les avouées sont notamment pensées en relation aux ressources du créateur. Sur le quantum des dommages et intérêts, la collaboratrice de Maître Durand spécialiste des affaires familiales précise ainsi :

« Quand il s'agit de réparer un dommage, en théorie le montant des ressources du fautif n'a pas à entrer en ligne de compte, mais face à une jurisprudence de la Cour qui, d'une part, est restrictive en matière de condamnation à des dommages et intérêts pour ce qui est des affaires familiales, et qui, en plus, a tendance à ajuster le montant des dommages aux ressources potentielles des débiteurs, on est obligé de prendre en compte le niveau de ressources de la partie adverse ». **Anne-Laure (A1), collaboratrice au sein d'une « petite » Etude d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 41 ans.**

A partir de notre corpus d'affaires, nous avons identifié trois affaires similaires au regard du contentieux et des demandes respectives présentés par les deux parties devant la Cour d'appel. Ainsi, il s'agit de configurations d'affrontements judiciaires correspondant à un « combat judiciaire total ». Ces trois couples appartiennent à la même génération puisqu'ils ont autour de la cinquantaine d'années lors de leur passage devant la Cour d'appel. Par ailleurs, les demandes de dommages et intérêts par les avoués des épouses sont justifiées de la même manière autour de deux principales causes : les comportements injurieux des époux vis-à-vis de leur épouse durant la vie commune (dénigrement, humiliation et mensonges) et le départ brutal du domicile conjugal des époux. Ce qui va différencier ces trois affaires, ce sont les ressources financières et ainsi indirectement le milieu social d'origine de ces couples. Pour le premier couple issu de milieu populaire – l'épouse exerce depuis de nombreuses années l'activité d'aide soignante à temps partiel (revenu mensuel : 900 euros) et l'époux celle de magasinier (revenu mensuel : 1600 euros) – l'épouse a présenté une demande de dommages et intérêt à hauteur de 1500 euros. Pour le second couple appartenant aux strates supérieures des classes populaires – l'épouse, secrétaire comptable (revenu mensuel : 1550 euros), l'époux contrôleur laitier (revenu mensuel : 2100 euros), la demande en dommages et intérêts présentée par l'avoué de l'épouse s'élève à 5000 euros. Enfin, pour le dernier couple issu des classes supérieures – l'époux, avocat généraliste dans un cabinet de province (revenu mensuel : 6.250 €), l'épouse, mère au foyer, ancienne consultante en communication (sans

revenu salarié) – la demande en dommages et intérêts présentée par l'épouse devant la Cour d'appel s'élève à 15.000 euros.

En plus du critère des ressources économiques des justiciables (et notamment du créancier), le type de fautes alléguées à l'appui de la demande de condamnation à verser des dommages et intérêts joue clairement sur l'évaluation du montant fixé par les avoués. Si l'on regarde les pratiques des avoués de la Cour étudiée, nous pouvons esquisser deux catégories de fautes se distinguant par la différence de montant demandé à titre de dommages et intérêts. Cette forme de catégorisation révèle également une différence de niveau de gravité des fautes invoquées. Ainsi, le préjudice moral subi par les relations adultérines de son conjoint ou encore le préjudice financier lié aux multiples procédures intentées par la partie adverse (se différenciant néanmoins, comme on a pu le voir, selon le type de procédures engagées) sont les fautes amenant aux évaluations les plus modestes. A l'opposé, les préjudices nés de la « dilapidation » des ressources économiques du couple par l'un des conjoints, l'abandon brutal du domicile conjugal et les violences conjugales – à noter que les violences conjugales physiques sont évaluées supérieurement aux violences conjugales morales – sont les fautes sur lesquelles s'appuient les avoués pour demander les plus fortes indemnités. Si le critère des ressources des justiciables ne prime pas toujours sur le niveau de « gravité » de la faute, il demeure un critère loin d'être négligeable lorsque les avoués déterminent le quantum des dommages et intérêts.

3.3.2. L'enjeu de la prise en charge des frais de justice

En première instance, la prédominance des procédures consensuelles conduit les juges aux affaires familiales à laisser le plus souvent aux deux parties au procès la charge de leur propre frais de justice. Cette manière de juger est une dimension de la fonction de pacification des conflits conjugaux et familiaux attribuée aux juges aux affaires familiales. Au contraire, la surreprésentation des procédures contentieuses devant la Cour d'appel et l'état du conflit conjugal ou parental au moment du passage devant cette juridiction conduisent, le plus souvent, les parties au procès d'appel à rentrer dans une logique de « gagnant / perdant ». Cette logique de « gagnant / perdant » s'exprime ainsi par l'enjeu que revêtent la prise en charge des frais d'appel et la condamnation de la partie adverse à une indemnité au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile. Dès lors, la partie qui sort gagnant du procès d'appel voit l'autre partie prendre en charge l'ensemble des dépens d'appel et, le cas échéant,

être condamné à lui verser une indemnité au titre de l'article 700 du CPC. Dans cette perspective, les frais engagés par les parties pour leur défense devant les instances judiciaires intègrent pleinement ce que l'on a nommé « l'argent de la séparation » comme objet central de l'affrontement judiciaire devant la Cour d'appel. A ce stade de notre exposé, il paraît important de préciser ce que recouvrent ces deux dimensions – dépens et article 700 du CPC – de l'affrontement judiciaire concernant les frais engagés par les parties pour se défendre.

D'une manière générale, les frais d'appel (« les dépens ») correspondent aux sommes d'argent que les parties ont du déboursier pour obtenir une décision de justice à l'exception des honoraires des différents conseils qui en sont exclus. Ainsi, ils couvrent les émoluments – dont le montant est fixé par un décret – représentant une partie des rémunérations des avocats et l'ensemble des rémunérations des officiers ministériels auxquels les parties ont confié leur défense (avoué près la Cour) ou des actes à signifier (huissier de justice). Les dépens couvrent également les factures des enquêteurs sociaux et celles (ou seulement une partie) des experts qui ont été amenés à produire un rapport pendant l'instruction du procès d'appel. A noter que devant la Cour d'appel, les juges peuvent revenir sur la décision de première instance en la réformant quant à la manière dont le juge aux affaires familiales a fixé la prise en charge des frais de justice de première instance. De plus, lorsqu'une partie bénéficiant de l'aide juridictionnelle se voit « condamner aux dépens » par la décision d'appel, il est à noter que, si l'aide juridictionnelle recouvre totalement ou partiellement (selon le type d'attribution) les frais engagés par ledit justiciable, l'aide juridique ne prend pas en charge les frais engagés par l'adversaire. Ces différents points sont importants puisque les frais de justice en appel recouvrent des sommes d'argent pouvant s'avérer importantes, et ce, relativement à l'intérêt du litige⁵⁵⁴ e lequel dépend directement du montant des demandes financières présentées par les justiciables ; le montant des demandes financières, comme on a pu le voir pour les différentes composantes de « l'argent de la séparation », étant directement lié au niveau de revenus des justiciables.

Si l'on regarde la partie des écrits des avoués consacrée aux frais d'appel, on observe qu'il est systématiquement demandé à la Cour qu'elle condamne l'adversaire « aux entiers

⁵⁵⁴ L'état de frais des avoués est ainsi compris d'un émolument et des débours (les débours correspondant aux frais avancés pour le client notamment les actes d'huissier pour notifier les différents actes de la procédure d'appel). L'émolument, principale composant de l'état de frais, est proportionnel à l'intérêt du litige. Lorsque l'intérêt du litige est évaluable en argent, l'émolument est fixé (par décret) en pourcentage de la manière suivante depuis 2003 : Entre 0 et 4.860€ (5%), entre 4.860€ et 9.720€ (4%), entre 9.720€ et 14.580€ (3%), entre 14.580€ et 24.300 € (2%), entre 24.300 € et 48.600€ (1%), entre 48.600€ et 121.500€ (0,75%), entre 121.500€ et 243.000€ (0,5%), entre 243.000€ et 1.215.000€ (0,3%), entre 1.215.000€ et 2.430.000€ (0,2%) et plus de 2.430.000€ (0,1%).

dépens d'appel »⁵⁵⁵ sans logique argumentative spécifique à la différence des autres composantes de « l'argent de la séparation » où les avoués déploient de longues arguties pour justifier leurs demandes. Au final, pour la grande majorité des affaires présentées devant la Cour, la règle en la matière veut que, de manière routinière, l'avoué rédige en fin de conclusions une formule type comme par exemple *« Et attendu enfin, qu'il serait tout à fait inéquitable que le concluant conserve la charge des frais irrépétibles qu'il a été contraint d'engager pour faire assurer la défense de ses intérêts »*. Cette position est directement liée à la jurisprudence de la Cour qui condamne une partie à prendre en charge l'ensemble des frais d'appel dans plus des deux tiers des affaires (68%) sans toujours motiver cette décision.

Dans certaines affaires, on peut noter, par ailleurs, l'existence de développements argumentatifs de la part des avoués visant à donner une signification sociale et morale à la « condamnation aux dépens d'appel », allant ainsi plus loin que la simple logique de « gagnant / perdant ». Il s'agit notamment des affaires où la stratégie judiciaire de la partie adverse est présentée comme allant à l'encontre « d'une bonne administration de la justice ». Les avoués retiennent comme justification pour appuyer leur demande à ce titre, la résistance de la partie adverse pour verser au débat judiciaire les justificatifs à l'appui de sa demande (notamment les pièces justifiant de ses ressources et charges), « l'abus » du bénéfice de l'aide juridictionnelle de la partie adverse pour engager diverses procédures judiciaires dont celle d'appel ou encore la non consignation ou le fait qu'il ne s'est pas présenté devant l'enquêteur social ou l'expert judiciaire (psychiatre, psychologue, comptable) mandaté par un juge d'appel.

« Attendu que le concluant plaidant sous le bénéfice de l'aide juridictionnelle partielle, il serait tout à fait inéquitable qu'il conserve la charge des frais irrépétibles qu'il dû engager sur cet appel injustifié et non soutenu de Madame COUSIN ; cette dernière, à la différence du concluant, bénéficiant de l'aide juridictionnelle totale. »

Extrait conclusions d'appel de l'avoué représentant Monsieur COUSIN rédigées le 19 décembre 2007.

Comme nous l'avons précisé plus haut, en plus de la condamnation aux dépens de la partie adverse, les avoués peuvent solliciter une indemnité sur le fondement de l'article 700 du CPC. Cet article du Code de Procédure Civile stipule :

« Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non

⁵⁵⁵ Néanmoins, il est à noter quelques exceptions. On pense notamment aux rares affaires devant la Cour d'appel (à peine 1% de notre corpus) où un accord intervient en cours de procédure entre les parties et où les avoués demandent à la Cour à ce que chaque partie conserve la prise en charge de ses propres frais.

compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

Ainsi dans le cadre d'un procès d'appel en matière familiale, les avoués peuvent demander dans leurs conclusions aux juges d'appel de condamner la partie adverse à verser une somme d'argent destinée à couvrir l'ensemble des frais non compris dans les frais d'appel (honoraires de l'avocat, frais de déplacements et de correspondance liés à sa défense, éventuellement la facture du détective privé, ou de l'huissier de justice qui a dressé un constat d'adultère, la partie de la facture de l'expert non compris dans les dépens, etc.). Si le Code de Procédure Civile prévoit la destination à laquelle doit être affectée la somme fixée au titre de l'article 700 par les juges, par contre, il laisse aux juges l'interprétation de la notion d'« équité » à partir de laquelle ils motivent leur décision. Les avoués, de leur côté, s'emparent du caractère incertain de la notion d'équité pour en donner une variété de significations et ainsi motiver leur demande au titre de l'article 700. Le caractère abusif de l'appel, le comportement procédurier de la partie adverse, les conséquences pour les enfants de l'acharnement judiciaire de l'adversaire, les inégalités de revenus entre les parties, la nécessité du recours à un détective privé pour faire émerger la « vérité » sur les conditions de la séparation et plus généralement les fautes commises par l'adversaire à l'origine de la séparation sont autant d'arguments invoqués pour appuyer la demande des avoués au titre de l'article 700.

« Attendu qu'enfin, il ne serait pas équitable de laisser à la charge de la concluante de quelconques frais.

Que les procédures successivement engagées par Monsieur BENSALD obligent la concluante à utiliser ses revenus pour en payer le coût qu'elle préférerait les utiliser pour l'entretien et l'éducation des enfants.

Attendu dès lors que la Cour condamnera Monsieur BENSALD à verser à la concluante une somme de 1.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure Civile. »

Extrait conclusions d'appel de l'avoué représentant Madame BENSALD rédigées le 21 Août 2006.

« Il ne serait pas équitable de laisser Monsieur TOURNIER supporter la charge des frais irrépétibles qu'il a eu à exposer pour la défense de ses droits et la protection de l'intérêt des enfants, pour cette troisième instance dans la même affaire.

Il est demandé à la Cour de condamner Madame GELINEAU à verser à Monsieur TOURNIER une somme de 2.392 € sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure Civile ainsi qu'aux entiers dépens. »

Extrait conclusions d'appel de l'avoué représentant Monsieur TOURNIER rédigées le 22 Juin 2009.

Il reste que, d'une manière générale, les demandes au titre de l'article 700 sont peu motivées au regard des autres demandes financières. Ces demandes viennent très souvent conclure la « discussion » présentée dans les conclusions des avoués et s'appuient ainsi indirectement sur les arguties développées précédemment dans les écritures pour d'autres motifs (comportements fautifs, pension alimentaire, prestation compensatoire, dommages et intérêts, etc.). Le caractère abusif des demandes présentées par l'adversaire, principal argument sur lequel s'appuient les avoués pour justifier leur demande au titre de l'article 700, est ainsi le plus souvent induit. Concernant le montant demandé par les avoués pour ce type de demande, s'il reste limité très souvent à moins de 5.000 euros, il est clairement ajusté aux ressources respectives des justiciables et notamment du débiteur⁵⁵⁶. Par ailleurs, on a relevé que pour les affaires où une demande de condamnation à des dommages et intérêts pour procédure abusive est présentée, les demandes au titre de l'article 700 du CPC étaient les plus élevées. Comme l'explique Anne-Laure (A1) dans l'extrait d'entretien ci-dessous, il s'agit d'une stratégie judiciaire visant à détourner le sens initial de l'article 700 pour contourner la jurisprudence restrictive de la Cour en matière de dommages et intérêts.

« Pour lire les demandes présentées à la Cour, il est important de bien comprendre comment s'articulent mes différentes demandes entre notamment l'article 700 et les dommages et intérêts. Alors, quand l'adversaire pousse les bornes des limites si je puis dire, je demande un article 700 élevé, additionné d'une demande en dommages et intérêts. Comme ça, soit la Cour accorde un article 700 plus des dommages et intérêts, soit un article 700 seul et souvent au plein de la demande. L'article 700 est sensé couvrir des frais et pas réparer un préjudice financier causé par un abus de procédure. Mais comme il est difficile d'obtenir des dommages et intérêts pour procédure abusive, un article 700 plus élevé que l'usage en fait parfois office. » **Anne-Laure (A1), collaboratrice au sein d'une « petite » Etude d'avoué, spécialiste des affaires familiales, 41 ans.**

Ce dernier exemple est révélateur des stratégies et des « tactiques judiciaires » développées par les avoués pour voir prospérer leurs demandes présentées devant la Cour d'appel. Au centre de ces stratégies, le marquage de significations sociales et morales des différentes composantes de ce que l'on a nommé « l'argent de la séparation » est prépondérant. Face à ce déploiement d'arguties et de marquages, de part et d'autre des parties au procès, il s'agit enfin, d'appréhender les « motifs » retenus par les magistrats pour trancher

⁵⁵⁶ Dans le cadre de notre corpus, le montant moyen des demandes au titre d'article 700 (n=145) est de 1350 euros pour les débiteurs appartenant aux groupes socioprofessionnels « Ouvriers » et « Employés » et de 3220 euros pour les débiteurs appartenant au groupe socioprofessionnel « Cadres et Professions supérieures et intellectuelles ».

et évaluer les différents aspects de l' « argent de la séparation » et par la même, de repérer les propres marquages sociaux et moraux de cet argent effectués par les agents centraux de la régulation judiciaire.

4. Les fondements de la régulation judiciaire pour solder les comptes de la séparation

Que ce soit pour fixer le montant des pensions alimentaires, des prestations compensatoires, ou pour attribuer des dommages et intérêts, un article 700 ou encore pour condamner une des deux parties à prendre en charge l'ensemble des dépens engagés, les juges dans leur décision et par la justification qu'ils en donnent aux parties, sont amenés à marquer d'une signification sociale et morale ces différentes dimensions de l' « argent de la séparation ». Il s'agit, dès lors, d'appréhender les principes sur lesquels s'appuient les juges non seulement pour calculer le montant de ces différentes dimensions financières, mais également pour les marquer de significations différenciées selon les diverses configurations d'affrontement judiciaire qu'ils ont à réguler.

4.1. *La fixation des pensions alimentaires : assurer la contribution du père ... maintenir un niveau de vie*

Comme pour les juges aux affaires familiales en première instance, la fixation du montant des pensions alimentaires constitue pour les juges d'appel un travail routinier et dont les principes relèvent largement d'une gestion pragmatique de la masse de décisions à prendre. Ce type de décision intervient dans près des deux tiers (65 %) des affaires de dissociations conjugales présentées devant la Cour d'appel. Couples divorçants et couples de concubins confondus, il s'agit, du premier poste de décision. Devant la Cour d'appel, les juges sont amenés à fixer des pensions alimentaires à deux titres, à titre de devoir de secours⁵⁵⁷ (5% des affaires) ou en tant que contribution à la prise en charge des enfants soit

⁵⁵⁷ La pension alimentaire au titre de devoir de secours ne concerne que les couples divorçants. Cette pension est fixée au stade de l'Ordonnance de Non Conciliation et est versée par le conjoint le plus doté en ressources financières. Visant à atténuer la disparité des conditions de vie respectives des deux conjoints qu'entraîne la séparation, cette pension est attribuée durant toute la procédure judiciaire jusqu'à ce que le jugement de divorce

par le parent non-gardien (57% des affaires) ou soit par le parent le plus doté en ressources financières dans le cadre d'une garde alternée (3% des affaires). Les principes sur lesquels s'appuient les juges d'appel pour fixer les pensions alimentaires à titre de devoirs secours se rapprochent davantage de ceux développés pour fixer les prestations compensatoires. Par ailleurs, il est important de relever le caractère limité des « affaires à pension alimentaire à titre de devoir de secours » devant la Cour d'appel. Pour ces deux raisons, nous nous attarderons donc uniquement sur la régulation des pensions alimentaires concernant les enfants.

4.1.1. Les taux de réponse aux demandes de contribution alimentaire pour les enfants

Pour saisir les principes sur lesquels s'appuient les juges d'appel pour trancher le montant des pensions alimentaires, il convient, dans un premier temps, d'observer le taux de réponse de la Cour d'appel face à une demande de contribution alimentaire. Le tableau 24 ci-après établit ainsi les taux de réponse tant de la Cour d'appel que des juridictions de première instance et ce, selon la catégorie socioprofessionnelle du parent débiteur de la pension. Si en première instance, les juges aux affaires familiales ont acquiescé au principe d'une contribution alimentaire à hauteur de 78% des affaires présentées également devant la Cour d'appel pour notamment réguler ce même type de demande, l'attitude des juges d'appel est nettement plus restrictive en la matière puisque le taux de réponse de la Cour d'appel face au même corpus d'affaires ne s'élève qu'à 58%. Mais, surtout, ce tableau révèle la disparité des taux de réponse de la Cour d'appel selon la catégorie socioprofessionnelle du parent débiteur de la pension. Déjà en première instance, si les taux de réponse des juges aux affaires familiales sont relativement homogènes selon la catégorie socioprofessionnelle du parent débiteur, on observe néanmoins quelques écarts à la moyenne avec un taux de réponse élevé (93%) pour les parents contributeurs appartenant à la catégorie « cadres et professions supérieures et intellectuels » et à l'opposé, un taux de réponse relativement faible (72%) pour les parents contributeurs appartenant à la catégorie « ouvrier ». Le passage devant la Cour d'appel ne va qu'accentuer et renforcer ces écarts. Ainsi le taux de réponse de la Cour reste très haut (82%) pour les affaires où le parent contributeur appartient à la catégorie « cadres et professions supérieures et intellectuels » tandis que pour les catégories populaires, les taux de

devienne définitif. Elle est très souvent substituée par une prestation compensatoire au stade du jugement de divorce.

réponse de la Cour chutent considérablement comparativement à ce qui a pu se jouer en première instance (53% pour les employés et 48% pour les ouvriers). On peut noter enfin que les parents débiteurs appartenant à la catégorie « sans activité professionnelle » sont ceux qui connaissent le plus fort écart entre le taux de réponse des juges de première instance (76%) et celui des juges d'appel (36%). On peut expliquer cette tendance par le fait que sous cette catégorie prédominent les parents débiteurs en situation de chômage. Cette situation se prolongeant ou intervenant pendant la durée de l'affrontement judiciaire, est souvent à l'origine de leur requête devant la Cour d'appel pour voir supprimer leur contribution alimentaire à l'entretien des enfants.

Tableau 24. Taux de réponse des juridictions d'appel et de 1^{ère} instance à une demande de contribution alimentaire selon la PCS du parent non gardien

Catégorie socioprofessionnelle du parent débiteur de la pension alimentaire	Taux de réponse de la Cour d'appel	Taux de réponse en première instance
Agriculteurs	50,0% (1/2)	50% (1/2)
Artisans, commerçants, chefs d'entreprise	77,1% (27/35)	80% (28/35)
Cadres et professions supérieures et intellectuelles	81,5% (22/27)	92,6% (25/27)
Professions intermédiaires	72,7% (16/22)	81,8% (18/22)
Employés	53,1% (17/32)	81,3% (26/32)
Ouvriers	47,8% (44/92)	71,7% (66/92)
Sans activité professionnelle (sans emploi, au foyer, retraité)	36,0% (9/25)	76% (19/25)
Taux de réponse globale	57,9% (136/235)	77,9% (183/235)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel. Les affaires où nous n'avons pu retrouver les renseignements nécessaires (notamment la profession exercée par le parent non gardien) à l'élaboration de ce tableau ont été retirées.

Lecture : Dans 81,5% des affaires où une demande de contribution alimentaire a été présentée devant la Cour d'appel et où le parent débiteur de la pension alimentaire appartenait à la catégorie socioprofessionnelle « Cadres et professions supérieures et intellectuelles », les juges d'appel ont répondu favorablement à cette demande.

Pour les affaires ici étudiées, lors de leur passage devant la juridiction de première instance, 75% (n=176) de celles-ci ont vu le juge aux affaires familiales fixer une pension alimentaire au bénéfice de la mère, et seulement 3% au bénéfice du père (n=7). Enfin, 22% (n=52) de ces affaires ont fait l'objet d'un refus du juge aux affaires familiales de fixer une contribution alimentaire à l'entretien du (ou des) enfant(s) malgré la demande d'au moins une des parties au procès. Ces répartitions sont exactement similaires à celle établie par Laure Chaussebourg en 2003, dans son étude nationale sur les contributions à l'entretien et

l'éducation des enfants mineurs dans les jugements de divorce⁵⁵⁸. Elle notait ainsi que sur la base d'un échantillon de plus de 4400 décisions⁵⁵⁹ concernant la fixation d'une pension alimentaire, 75,1% fixaient une contribution alimentaire versée à la mère, 3% versée au père et 21,9% ne fixaient aucune contribution. Par contre, les décisions prises par la Cour d'appel transforment profondément cette répartition ; les premières à subir cette nouvelle donne étant tout particulièrement les mères. Ainsi, les arrêts de la Cour fixent dans 55,3% des cas une contribution pour la mère – soit près de 20 points de moins qu'en première instance pour le même corpus d'affaires – et dans 2,6% des cas pour le père. Surtout, dans plus de deux affaires sur cinq (42,1%), la Cour rejette la demande de contribution alimentaire.

Comment, dès lors, expliquer la part importante des affaires pour lesquelles la Cour d'appel ne prévoit pas de pension alimentaire ? Si l'on regarde les revenus⁵⁶⁰ moyens mensuels déclarés à la Cour par les pères débiteurs selon leur catégorie socioprofessionnelle (tableau 25), on s'aperçoit que le niveau de revenu de ces derniers peut déjà expliquer les faibles taux de réponse de la Cour. On retrouve ainsi logiquement les plus faibles niveaux de revenus pour les catégories affiliées au milieu populaire – 1615 € pour les employés, 1214 € pour les ouvriers – où la Cour rejette de manière plus marquée les demandes de contribution alimentaire. De la même manière, si l'on regarde les disponibles⁵⁶¹ moyens déclarés par ces mêmes catégories, on peut déceler un rapprochement avec les différents taux de réponse de la Cour d'appel selon la catégorie socioprofessionnelle des parents débiteurs de la contribution alimentaire. Logiquement, plus le disponible mensuel moyen déclaré est important, plus le taux de réponse de la Cour est élevé. Autrement dit, aux disponibles les plus faibles correspond les taux de réponse les plus bas (voir la catégorie « sans activité professionnelle ») et inversement, aux disponibles les plus élevés correspond les taux de réponse les plus forts (voir la catégorie « Cadres et professions supérieures et intellectuelles »).

⁵⁵⁸ Chaussebourg Laure, « La contribution à l'entretien et l'éducation des enfants mineurs dans les jugements de divorce », *Infostat justice*, n°93, Février 2007.

⁵⁵⁹ Ces décisions ont été prises entre le 13 et le 24 Octobre 2003 par l'ensemble des TGI du territoire national.

⁵⁶⁰ On entend, ici, par revenus, les seules ressources personnelles du père débiteur de la pension, hors ressources perçues par d'autres membres de son foyer. Les juges d'appel retiennent, dès lors, leurs ressources imposables, ou leurs revenus de remplacement, imposables ou pas (allocations de chômage, pensions de retraite), les prestations sociales (hors allocations familiales) et le cas échéant, leurs revenus fonciers.

⁵⁶¹ On entend par disponible la différence entre les revenus et les charges des pères débiteurs de contribution alimentaire. Pour ce qui est des charges, les juges d'appel retiennent le paiement d'un loyer ou d'un remboursement d'emprunt immobilier, les frais divers liés au logement (eau, électricité, gaz, chauffages), les différents types d'assurance (habitation, complémentaire santé, voiture, etc.), et les différents types impôts (sur le revenu, foncier, taxe d'habitation, ISF, etc.).

Tableau 25. « Revenu mensuel moyen » et « disponible mensuel moyen » selon la PCS du père débiteur d'une pension alimentaire

Catégorie socioprofessionnelle du père débiteur de la pension alimentaire	Revenu mensuel moyen déclaré devant la Cour d'appel	Disponible mensuel moyen déclaré devant la Cour d'appel
Agriculteurs	1650 €	1167 €
Artisans, commerçants, chefs d'entreprise	2306 €	1427 €
Cadres et professions supérieures et intellectuelles	5216 €	3280 €
Professions intermédiaires	2031 €	1263 €
Employés	1615 €	991 €
Ouvriers	1214 €	663 €
Sans activité professionnelle (sans emploi, au foyer, retraité)	1069 €	575 €
Revenu global moyen ou disponible global moyen	2046 €	1191 €

Source : Sous échantillon (père faisant l'objet d'une demande de contribution alimentaire devant la Cour d'appel ; n=215) de la base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel.

Lecture : Le revenu mensuel moyen déclaré par les pères faisant l'objet d'une demande de contribution alimentaire pour l'entretien et l'éducation des enfants devant la Cour d'appel et appartenant à la catégorie « Ouvrier » est de 1214 € tandis que le disponible mensuel moyen déclaré devant la Cour par cette même strate est de 663 €.

Néanmoins, si ces premiers éléments sont éclairants pour comprendre les réponses différenciées de la Cour aux demandes de contribution alimentaire selon la catégorie socioprofessionnelle du parent débiteur, ils demeurent insuffisants pour expliquer les différences entre les taux de réponses de la Cour d'appel et ceux de première instance.

L'hypothèse que nous pouvons ici avancer se situe sur le plan des situations économiques présentées aux différentes juridictions par les justiciables et leur(s) conseil(s). Les situations économiques des justiciables présentées devant le juge aux affaires familiales en première instance et celles exposées devant la Cour d'appel peuvent, pour certaines affaires, varier de manière importante du fait d'un appauvrissement lié, par exemple, au licenciement du parent débiteur. Par ailleurs, la cristallisation du conflit judiciaire en appel conduit tant les conseils des justiciables que les magistrats d'appel à décrire de manière détaillée les ressources et surtout les charges – en les complétant, par exemple, par des postes qui n'étaient pas pris en compte en première instance – qui pèsent sur les parents débiteurs et créiteurs de la contribution alimentaire. Ce traitement des situations économiques des justiciables se distingue en ce sens de celui réalisé par les juges aux affaires familiales qui, de manière pragmatique et dans une volonté de ne pas « attiser le conflit », travaille leur décision davantage à partir des propositions des justiciables pour trouver un montant sur lesquels les

deux parents s'accordent⁵⁶² et qui puissent être versés de manière certaine ; les budgets présentés par les parties ne servant que de base de discussion. Ainsi, la transformation du traitement des budgets des justiciables par les différents agents de la régulation judiciaire en appel peut conduire à renforcer la codification des disponibles présentés par les parties, et, dès lors, à les diminuer ; ce qui a pour ultime conséquence de voir baisser en appel le nombre d'affaires où une contribution alimentaire est prévue pour les enfants. Pour approfondir cette analyse, il s'agit dorénavant d'appréhender les logiques décisionnelles sur lesquelles s'appuient les magistrats de la Cour pour trancher le montant des contributions alimentaires.

4.1.2. L'hétérogénéité des montants des pensions alimentaires fixées par la Cour

Pour fixer les pensions alimentaires des enfants, les magistrats, une fois entérinée la décision d'accorder une pension alimentaire et déterminée le débiteur de la contribution et le nombre d'enfant(s) concerné(s) par celle-ci, observent les temps de résidence des enfants chez chacun de leurs parents, et enfin comparent les disponibles mensuels des deux ex-conjoints. A la lecture des arrêts de la Cour, les motivations de la décision des magistrats concernant les pensions alimentaires tentent d'« objectiver » les situations budgétaires des deux nouveaux foyers formés suite à la séparation. La grille de lecture sur laquelle s'appuient les magistrats de la Cour pour interpréter les moyens présentés par les parties est structurée davantage sur une logique budgétaire qu'à partir d'un raisonnement en termes de « coût de l'enfant ». Sont ainsi systématiquement pris en compte par les magistrats, d'une part, les revenus mensuels, les prestations sociales et les autres types de ressources (revenus fonciers, bénéfiques produits par une entreprise, etc.) et, d'autre part, les charges incompressibles (loyer, emprunt, assurances, impôts, etc.). Ainsi, à partir du « disponible » dégagé pour chaque foyer et largement détaillé par les avoués, les magistrats déterminent le montant de la pension alimentaire afin que, pour les couples les moins fortunés, les « besoins des enfants soient au minimum satisfaits » (expression d'un conseiller de la Cour d'appel), et pour les couples les plus riches, le niveau de vie des enfants maintenus. Ces formes de marquage des pensions alimentaires par les magistrats dans leur manière de fixer les pensions alimentaires conduits à produire des montants de pension alimentaire très hétérogène selon les milieux sociaux. Le

⁵⁶² Gollac Sybille, Neuberg Samuel et Steinmetz Hélène, *op. cit.*

tableau 26 établi à partir des seules affaires où la Cour d’appel a condamné le père à verser une contribution alimentaire, permet, en premier lieu, de voir la relative stabilité générale des montants moyens fixés en première instance et en appel. Néanmoins, observe-t-on une légère distinction du montant moyen des contributions alimentaires lorsque le père débiteur appartient à la catégorie socioprofessionnelle « cadres et professions supérieures et intellectuelles » par rapport aux montants que doivent verser les pères appartenant aux autres catégories socioprofessionnelles et notamment à la catégorie « ouvrier ». Cette tendance déjà observée en première instance est renforcée devant la Cour d’appel. En effet, alors que la tendance générale des magistrats d’appel est de baisser légèrement le niveau des contributions alimentaires par rapport au montant fixé en première instance, la seule catégorie qui échappe à cette « règle » est les pères débiteurs appartenant à la catégorie « cadres et professions supérieures et intellectuelles ».

Tableau 26. Contribution alimentaire moyenne par enfant fixée en première instance et devant la Cour d’appel selon la PCS du père débiteur

Catégorie socioprofessionnelle du père débiteur de la pension alimentaire	Contribution alimentaire moyenne par enfant fixée en première instance	Contribution alimentaire moyenne par enfant fixée par la Cour d’appel
Agriculteurs	241 €	231 €
Artisans, commerçants, chefs d’entreprise	220 €	188 €
Cadres et professions supérieures et intellectuelles	485 €	497 €
Professions intermédiaires	185 €	175 €
Employés	174 €	169 €
Ouvriers	138 €	111 €
Sans activité professionnelle (sans emploi, au foyer, retraité)	153 €	152 €
Revenu global moyen ou disponible global moyen	225 €	214 €

Source : Sous échantillon (pères ayant été condamnés par la Cour d’appel à verser une contribution alimentaire ; n=133) de la base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d’avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d’appel.

4.1.3. Le marquage socialement différencié des pensions alimentaires opéré par les juges

Il est intéressant de relever que, si généralement dans leur motivation, les magistrats justifient le montant de la contribution alimentaire en s’en tenant à une étude purement budgétaire des disponibles des deux parents, lorsqu’il s’agit de fixer des contributions

alimentaires dans les hauts revenus, ces derniers invoquent le coût de l'enfant et par conséquent les dépenses collectives (logement, loisirs et vacances, etc.) nécessaires au maintien du niveau de vie auquel ils prétendaient avant la séparation de leur parent. Dans ce sens, les magistrats pour fixer le montant de la contribution alimentaire s'appuient plus particulièrement sur les dépenses présentées par le parent gardien pour maintenir le niveau de vie des enfants. Le procès en appel des époux COULON en ce qui concerne la fixation de la pension versée par le père est exemplaire en ce sens.

« Sur la contribution du père à l'entretien et à l'éducation des enfants : [...]

La situation actuelle des époux est la suivante :

- Madame COULON occupe toujours le même emploi de responsable d'agence de voyage et ses ressources n'ont connu aucune modification importante (1772 € par mois). Elle ne produit pas d'attestation récente de la C.A.F. Elle supporte des charges mensuelles incompressibles – hors impôts sur les revenus – d'un montant de 1065,57 € (427,76 € de remboursement de prêt immobilier, 206,64 € de contributions sociales, redevance et taxes liées au logement familial, 70,82 € d'assurances, 237 € d'achat d'énergies, 123,35 € de frais de téléphonie et de communication), somme à laquelle **s'ajoutent, nécessairement, les frais de nourriture, de vêture, de loisirs, ainsi que les dépenses exposées dans le cadre des activités scolaires, culturelles et sportives des deux enfants âgés de 18 et 14 ans** et dont l'aîné est désormais étudiant, inscrit en I.U.T.
- Monsieur COULON exploite toujours en nom propre une agence d'assurance. Ses locaux professionnels sont la propriété de la communauté. Les loyers sont réglés par le biais d'une SCI dont il assure la gestion. Il a déclaré en 2006, un bénéfice de 77045 €, soit des revenus mensuels moyens de 6420 €. Ses revenus sur les six premiers mois de l'année 2007 ne peuvent être pris en considération dans la mesure où la nature de son activité ne permet aucune extrapolation ou projection sur l'année entière. Il a réglé, jusqu'en décembre 2006, un loyer mensuel hors charges de 620 € mais ne justifie pas de son mode actuel de logement pas plus que des charges liées à l'occupation d'un logement.

Lors de l'audience de conciliation, alors que ses revenus étaient cinq fois supérieurs à ceux de son épouse, Monsieur COULON avait, à la fois, déclaré vouloir maintenir le niveau de vie de ses enfants – ce dont le juge conciliateur lui avait donné acte – et offert de s'acquitter d'une pension mensuelle de 300 euros par enfant. Le fait que ses ressources, pour de multiples raisons, aient, comme il l'avait lui-même envisagé voir annoncé, diminué de façon substantielle, ne peut conduire à une réduction du montant de sa contribution financière aux frais d'entretien et d'éducation des enfants dès lors qu'il dispose, sans notamment justifier de frais de logement, de ressources plus de trois fois supérieures à celles de son épouse. En effet, le montant de ses revenus (6420 € en moyenne sur les douze mois de l'année 2006) lui permet de maintenir son propre niveau de vie mais aussi, de **respecter ses obligations légales consistant à assurer, à ses enfants, outre des aliments, une éducation, un confort et des loisirs conformes au niveau de vie** qui était le leur avant la procédure de divorce.

La décision du premier juge est en conséquence confirmée (contribution du père à hauteur de 750 € par mois et par enfant). »

Extrait de l'arrêt de la Cour d'appel du 22 Octobre 2007 dans une affaire opposant le couple COULON (procédure d'appel contre une ordonnance de non conciliation)

En dehors du marquage des contributions alimentaires comme un montant visant à maintenir la position sociale des enfants, les magistrats s'en tiennent généralement à une perspective budgétaire et ne rentrent pas dans le détail des différentes dépenses collectives des deux parents profitant aux enfants ; lesquelles dépenses sont pourtant abordées dans les conclusions des deux parties. Pour la majorité des pensions alimentaires à calculer, toute la difficulté pour les juges est de déterminer des disponibles stables tant du débiteur que du créateur alors que, notamment pour les couples issus de milieux populaires surreprésentés devant la Cour d'appel, il est particulièrement difficile de déterminer des budgets mensuels fixes et fiables étant donné la variabilité et la précarité des revenus. De ce fait, la régulation judiciaire, prenant que très rarement en compte les dépenses collectives du ménage du parent-gardien (excepté le loyer) bénéficiant également aux enfants, est d'une certaine manière à l'avantage du parent non gardien. Finalement, la priorité pour les juges est de maintenir le principe d'une contribution alimentaire malgré les nombreuses affaires présentées devant la Cour où le père se déclare en situation d'insolvabilité. A cela, s'ajoute le travail des conseils juridiques qui, en codifiant au « centime près » de multiples postes budgétaires et en mettant en scène l'insaisissabilité des budgets de leur client renforcent, d'une certaine manière, l'incompatibilité du budget de leur client-débiteur avec le principe d'une contribution alimentaire. Cette stratégie judiciaire des conseils vise à répondre aux prescriptions des Caisses d'Allocations Familiales demandant aux débiteurs de constater leur impécuniosité devant les instances judiciaires pour que l'allocation de soutien familial (ASF) s'y substituant soit versée au parent gardien. Ces dispositions rendent fondamental le rôle des juges traitant des pensions alimentaires. Le montant de l'ASF (il s'élevait à 89,34 € par mois et par enfant au 1^{er} Janvier 2012) constitue une limite pour les juges d'appel (mais également pour les juges aux affaires familiales en première instance) en deçà de laquelle ils ne fixent que très rarement de contribution alimentaire. En effet, si le juge fixe une pension alimentaire à un niveau inférieur au montant de l'ASF, et dès lors qu'elle est effectivement versée par le parent débiteur, le droit à l'ASF n'est pas ouvert, ce qui prive par conséquent le parent gardien d'un complément de revenu. La politique judiciaire des juges d'appel en la matière est radicale dans le sens où ils ne fixent jamais de contribution en deçà du plafond fixée par le montant de l'ASF (excepté les affaires ayant pour objet un contentieux autour d'arriérés de pension alimentaire). Ainsi, les sept affaires de notre corpus où, en première instance, une pension alimentaire a été fixée en dessous du montant de l'ASF ont vu la décision de première

instance être réformée en appel pour constater l'impécuniosité du parent débiteur et ainsi rejeter la demande de contribution alimentaire du parent gardien.

Par ailleurs, il est à noter que, dans leur travail des traitements des conclusions et pièces produites par les parties, les juges d'appel s'en tiennent aux déclarations et pièces qui leur sont versées pour justifier des budgets respectifs des parties. Peu dupes des stratégies notamment du parent débiteur de la pension alimentaire pour sous-évaluer ses ressources, les magistrats de la Cour se disent, par contre démunis, pour vérifier la véracité des déclarations financières des parties.

« Pour évaluer les situations financières des deux parties, il y a la réalité et ce que l'on nous présente. Et je pense que l'on nous fait avaler plein de choses qui ne correspondent pas à la réalité d'où le décalage entre la décision de justice et le vécu du justiciable et sa déception ... Nous, on travaille sur la vérité que l'on nous présente avec les pièces qui en justifient et qui sont supposés expliciter et justifier de ce qui a été écrit. Si on ne nous met pas certaines choses et si on nous en met d'autres, et si ... bon nous voilà quoi... S'il n'y a pas quelque part, un élément qui nous permette de douter de la véracité de ce que l'on nous raconte, et bien on gobe ! ».

Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel (M1)

La procédure d'appel du jugement de divorce du couple Rubin est un exemple d'affaire où l'époux, artisan boulanger, s'est « arrangé » pour diminuer les bénéfices de son commerce. Sans un acte de sommation de Madame Rubin pour voir l'avoué de son mari communiquer les comptes du commerce, les magistrats n'auraient pas eu connaissance des stratégies d'augmentation des charges (« augmentation des stocks de matière première », « investissement dans du nouveau matériel », etc.) du commerce de Monsieur Rubin afin de faire croire « à une diminution d'activité » et ainsi se libérer du versement d'une pension alimentaire. L'affaire en appel des époux Gendry, tous deux médecins, a pour objet la question de la pension alimentaire des enfants et en toile de fond, l'organisation du mari pour dissimuler ses revenus. Ainsi, depuis le lancement de la procédure, il s'est déclaré comme médecin remplaçant, a supprimé son compte bancaire professionnel pour percevoir ses honoraires et salaires en espèces. En obtenant des attestations des patients de Monsieur Gendry prouvant qu'ils réglaient leurs frais médicaux en espèce, l'épouse a pu mettre au jour les stratégies financières de ce dernier. Face à de telles stratégies, surtout quand il s'agit de la pension alimentaire pour les enfants, les magistrats n'hésitent pas à moraliser les débats en rédigeant au sein même de l'arrêt, un paragraphe ou une phrase rappelant les devoirs du parent débiteur, comme pour le cas de l'affaire suivante.

« Il s'agit de prendre en compte le fait que Monsieur X a été licencié en juin 2007, pour faire des « extras » depuis lors. Si la nature exacte de ses activités est ignorée, les ressources produites se situent entre 1200 euros et 1400 euros par mois. En tout cas les ressources, au moins avouées permettent au père de contribuer à l'entretien du mineur, âgé de deux ans et demi, qui mange tous les jours, et doit être habillé selon sa taille qui est évolutive. L'enfant n'a pas choisi les charges qui sont évoquées, et il appartient à Monsieur X d'adapter son comportement aux nécessités de la vie. Des ressources de l'ordre de 1.400 euros par mois lui permettent manifestement de faire face à une pension alimentaire de 120 euros par mois, pour un enfant qui n'a pas demandé à naître. »

Extrait d'un arrêt de la Cour d'appel de mars 2009.

Malgré le travail de rationalisation des décisions concernant la fixation du montant des pensions alimentaires par des économistes, il demeure que les marges de manœuvre restant aux juges pour trancher ces montants leur permettent de marquer de significations sociales distinctes ces contributions à l'entretien et l'éducation des enfants. Qui plus est, cette forme d'incertitude et d'imprévisibilité qui existe sur la manière dont les juges vont fixer ces montants est l'enjeu central du procès devant la Cour pour les deux conjoints et leurs conseils juridiques. On comprend d'autant mieux, dès lors que les avocats et les avoués à la Cour se sont opposés aux barèmes craignant que des tables de référence soient appliquées de manière systématique par les juges enlevant tout intérêt du maintien d'un débat judiciaire.

4.2. *La fixation des prestations compensatoires : le coût du mariage en question*

4.2.1. Les réponses chiffrées des juges d'appel aux demandes de prestation compensatoire

A la différence de la fixation des pensions alimentaires, la question des prestations compensatoires ne concernent qu'une minorité des affaires (n=56) présentées devant la Cour d'appel (15,8% des affaires de notre corpus). Le caractère limité de ce type de demande présentée devant la Cour d'appel s'explique par l'encadrement procédural spécifique des prestations compensatoires. D'une part, rappelons que la fixation de prestations compensatoires ne concernent que les couples divorçants ce qui exclut, de fait, les couples concubins de ce type de contentieux. D'autre part, les demandes à titre de prestation compensatoire n'interviennent que lors du jugement de divorce. Ainsi, convient-il de mesurer la part des demandes de prestation compensatoire présentées devant la Cour d'appel sur la base des procédures d'appel de jugement de divorce (n=116). Le taux est, dès lors, nettement plus élevé puisque une demande de prestation compensatoire est demandée dans près de la

moitié (48,3%) des affaires présentées devant la Cour où une demande à ce titre est « procéduralement » possible. A titre de comparaison, une enquête nationale de 2004⁵⁶³ révélait que la prestation compensatoire était présente seulement dans environ un divorce sur huit, ce qui est sans commune mesure avec la tendance observée devant la Cour d'appel puisque le taux y est quasiment quatre fois supérieur. Les pratiques hétérogènes des juges en la matière peuvent expliquer l'importance du recours à un procès en révision devant la Cour d'appel. Si différents praticiens se sont essayés à produire des tables de calcul de prestation compensatoire applicables à toutes les situations⁵⁶⁴, il reste que la diversité des pratiques évaluatives des juges en la matière est à l'origine de ce fort taux de demande de réformation devant le deuxième degré de juridiction du montant et du principe même de la prestation compensatoire fixé par le juge de première instance. Autrement dit, au sein d'un même territoire judiciaire, face à des juges développant des politiques judiciaires différenciées en termes de prestation compensatoire, les chances de voir réformer, à la baisse comme à la hausse, la décision de première instance, sont plus grandes notamment que pour les autres principaux motifs d'appel. Ainsi, sur la base de notre corpus d'affaire, le taux de réformation en appel d'une prestation compensatoire est de 58,9% alors qu'il n'est que de 45,5% pour les pensions alimentaires et de 31,8% pour les décisions concernant la garde des enfants (résidence et/ou droit de visite et d'hébergement). Plus précisément (voir le tableau 27), les juges de la Cour d'appel rehaussent le montant de la prestation compensatoire dans 35,7% des affaires où une demande de révision de la prestation compensatoire leur est présentée et le rabaissent dans 23,2% des cas présentés. A noter que la totalité des 56 demandes de prestations compensatoires que les juges ont eu à étudier visaient un versement aux épouses⁵⁶⁵. Ainsi, face aux chances de succès de voir rehausser le montant de la prestation compensatoire et au faible risque de le voir diminuer, on comprend dès lors mieux que les épouses soient majoritairement (38 affaires sur 56 soit 67,9%) à l'initiative du procès d'appel lorsque ce moyen est invoqué. Lorsque l'époux est à l'origine de la procédure d'appel, ses chances de voir prospérer sa demande de suppression ou de diminution de la prestation compensatoire sont tout aussi importantes (72,2%).

⁵⁶³ Roumigières Eve, « Des prestations compensatoires sous forme de capital et non plus de rente », *Infostat justice*, op. cit.

⁵⁶⁴ Le numéro de la revue juridique *AJ Famille* de Septembre 2010 consacre ainsi un dossier entier au « calcul de la prestation compensatoire » ou trois praticiens (un expert judiciaire en liquidations et partages, un magistrat et un notaire) y présentent différentes méthodes.

⁵⁶⁵ L'étude nationale d'Eve Roumigières révélait pareillement que les bénéficiaires des prestations compensatoires étaient essentiellement les épouses (à hauteur de 97%).

Tableau 27. Résultat du procès d'appel concernant une demande de réformation de la prestation compensatoire selon le membre du couple à l'origine du procès en appel

Membre du couple à l'origine de la procédure d'appel	Décision de première instance confirmée par la Cour d'appel sur la question de la PC	Cour d'appel accorde ou rehausse la Prestation Compensatoire	Cour d'appel supprime ou diminue la Prestation Compensatoire	Ensemble
Homme	22,2% (4)	5,6% (1)	72,2% (13)	100% (18)
Femme	50% (19)	50% (19)	0% (0)	100% (38)
Ensemble	41,1% (23)	35,7% (20)	23,2% (13)	100% (56)

Source : Echantillon (affaires où la prestation compensatoire est invoquée comme moyen d'appel ; n=56) issu de la base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel.

Lecture : Dans 72,2% des affaires où une demande de l'époux concernant la fixation d'une prestation compensatoire au profit de l'épouse a été présentée devant la Cour d'appel, les juges d'appel ont supprimé ou diminué la prestation compensatoire fixée en première instance.

Ces derniers éléments permettent de montrer en filigrane le rôle de filtre des conseils juridiques et notamment des avoués qui n'engagent une procédure d'appel concernant la fixation d'une prestation compensatoire – et ce quelque soit le membre du couple qu'ils conseillent – que lorsque il existe une forte chance de voir prospérer l'appel. Le tableau ci-dessus révèle ainsi qu'une seule affaire s'est retournée contre la partie qui a engagé la procédure d'appel. Il s'agit d'une affaire où l'époux a voulu être déchargé du versement d'une prestation compensatoire fixée en première instance. L'épouse a formé un appel incident, demandant à la Cour d'appel d'augmenter le montant de la prestation compensatoire fixée en première instance. Finalement, les juges d'appel ont rejeté la demande de l'époux et, au contraire, accordé à l'épouse une augmentation de sa prestation compensatoire. Pour compléter cette première approche globale du traitement par les juges d'appel de la question des prestations compensatoires, il est nécessaire de comprendre les logiques décisionnelles sur lesquelles s'appuient ces juges pour trancher le montant de cette dimension de l'argent du divorce.

4.2.2. Des décisions des juges d'appel renforçant les inégalités entre les créditrices des prestations compensatoires

Depuis la loi du 30 Juin 2000 réformant les modalités de paiement de la prestation compensatoire, cette dernière prend le plus souvent la forme d'un capital et non plus d'une rente mensuelle. L'objectif de cette loi était de faciliter la dissolution du lien conjugal de couples mariés en limitant les rentes mensuelles synonymes du maintien d'un lien de dépendance entre les deux ex-époux. Parmi le corpus d'affaires analysées, certaines

prestations compensatoires – notamment les plus élevées fixées pour les couples appartenant aux classes moyennes et supérieures – peuvent également prendre la forme d'un bien immobilier, de produits bancaires, etc. Dans les milieux populaires, les prestations compensatoires souvent limitées à quelques milliers d'euros peuvent prendre la forme de biens mobiliers (meubles, voitures, etc.). Devant la Cour d'appel étudiée, la prestation compensatoire est très majoritairement un capital en argent (84%). La plus basse des 56 prestations compensatoires évaluées en argent et prononcées par la Cour d'appel dans le cadre de notre corpus, se limite à 3.500 euros tandis que la plus élevée s'élève à 800.000 euros. On trouve l'explication de l'importance des écarts des prestations compensatoires par les critères sur lesquels se fondent les juges pour les estimer, critères définis dans l'article 271 du Code Civil :

« Le juge prend en considération notamment :

- La durée du mariage ;
- L'âge et l'état de santé des époux ;
- Leur qualification et leur situation professionnelles ;
- Les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ;
- Le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ;
- Leurs droits existants et prévisibles ;
- Leur situation respective en matière de pensions de retraite. »

Par conséquent, les critères sur lesquels se fondent les juges pour trancher les prestations compensatoires les amènent à fixer des montants très hétérogènes. Le premier critère de différenciation pesant sur le montant des prestations compensatoires est la durée du mariage. D'une part, les prestations compensatoires concernent plus particulièrement les couples ayant un long vécu commun (68% des affaires à prestation compensatoire concernent des couples pour qui le mariage a duré plus de 20 ans) et d'autre part, le montant moyen des prestations compensatoires de ces couples sont nettement les plus élevés (43600 euros contre 34 600 euros et 9100 euros respectivement pour les couples pour qui le mariage a duré entre 11 et 20 ans, et moins de 10 ans). On peut noter, par ailleurs, que du point de vue des débiteurs de la prestation compensatoire, les hommes amenés à s'engager dans un procès en appel appartenant à la catégorie socioprofessionnelle « cadres et professions supérieures » divorcent plus tardivement (73% de ces derniers ont vécu maritalement plus de vingt ans) que

les hommes appartenant à la catégorie « ouvriers » lesquels sont moins nombreux à divorcer après 20 ans de mariage (seulement 53% d’entre eux). Du point de vue des créditrices, la dépendance entre la variable « durée de mariage » et la variable « origine sociale » est nettement moins significative. Le tableau 28 à propos de l’âge moyen des justiciables pour lesquels une demande de prestation compensatoire fait l’objet du procès d’appel, révèle ainsi une distinction très nette entre les différentes catégories sociales. Ainsi, l’âge moyen des « cadres et professions supérieures et intellectuelles » débiteurs de prestation compensatoire s’élève à 53,7 ans tandis que celui des ouvriers se limite à 46,1 ans. Si elles sont moins marquées que pour les débiteurs, on observe ces mêmes tendances pour les créditrices. Ainsi, les femmes créditrices de milieu populaire sont sensiblement plus jeunes en moyenne que les femmes des classes moyennes et supérieures. L’âge étant un critère déterminant retenu par les juges pour calculer le montant des prestations compensatoires, ces données sur les débiteurs et les créditrices sont une première clef pour interpréter l’hétérogénéité des montants des prestations compensatoires.

Tableau 28. Age moyen des justiciables pour lesquels une demande de prestation compensatoire fait l’objet du procès d’appel selon leur PCS

Catégorie socioprofessionnelle	Age moyen de l’époux débiteur de la prestation compensatoire	Age moyen de l’épouse créditrice de la prestation compensatoire
Agriculteurs	52,0	58,5
Artisans, commerçants, chefs d’entreprise	50,2	50,0
Cadres et professions supérieures et intellectuelles	53,7	48,3
Professions intermédiaires	52,4	47,3
Employés	48,4	44,9
Ouvriers	46,1	45,3
Sans activité professionnelle (sans emploi, au foyer)	55,8	48,1
Ensemble	50,6	48,4

Source : Echantillon (affaires où la prestation compensatoire est invoquée comme moyen d’appel ; n=56) issu de la base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d’avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d’appel.

Lecture : Pour la catégorie socioprofessionnelle « ouvrier », l’âge moyen des débiteurs des prestations compensatoires est de 43,1 ans tandis que l’âge moyen des créditrices est de 48,4 ans.

Les revenus tant du débiteur que de la créditrice correspondent à un autre critère déterminant sur lequel s’appuient tout particulièrement les juges pour fixer le montant des

prestations compensatoires. Faisant nôtres les travaux⁵⁶⁶ ayant montré que l'ordre des PCS reflétait la hiérarchie des biens et des ressources, et plus précisément des salaires, il convient ici de préciser que l'on retrouve cette corrélation entre les catégories socioprofessionnelles tant des débiteurs que des créditrices et leur niveau de revenu. Ainsi, à titre d'exemple, les débiteurs appartenant à la catégorie « Cadres et professions supérieures et intellectuelles » déclarent un revenu mensuel moyen de 4110 euros, ceux appartenant à la catégorie « professions intermédiaires » déclarent un revenu de 2160 euros tandis que les débiteurs « employés » présentent un niveau de revenu de 1830 euros et les débiteur ouvriers, un montant moyen à hauteur de 1530 euros. Du côté, des créditrices, si les écarts de salaire sont moins nets notamment entre les ouvrières et les employées, on retrouve cette hiérarchie des revenus fondus avec l'ordre des catégories socioprofessionnelles. On note, par ailleurs, que les niveaux de salaire déclarés devant la Cour d'appel que ce soit pour les ouvrières, les employées ou encore les professions intermédiaires sont nettement plus bas que leurs homologues masculins, non seulement du fait des inégalités sexuées de salaire travaillant l'ensemble de la structure sociale, mais également par la part importante de salariées à temps partiel parmi ces créditrices. Par ailleurs, pour le corpus d'affaires étudiées, on remarque un noyau d'affaires (17) de couples homogames de milieux populaires (en regroupant les catégories « ouvrier » et « employé ») contre seulement trois couples homogames dans les catégories socioprofessionnelles supérieures (en prenant pour catégorie de référence les « Cadres et professions supérieures et intellectuelles »). Ce détour par le niveau de salaire des débiteurs et des créditrices de prestation compensatoire et la part des couples homogames dans les milieux populaires et les milieux supérieurs est nécessaire à la compréhension du tableau 29 sur les montants des prestations compensatoires tranchées par les juges d'appel en fonction des positions des époux. Si ce tableau ne permet pas de vérifier l'hypothèse selon laquelle le niveau des prestations compensatoires s'annexerait sur l'ordre des PCS étant donné la taille de notre échantillon, il révèle néanmoins une césure très nette du niveau des montants des prestations compensatoires entre les très hautes prestations compensatoires des « cadres et professions supérieures et intellectuelles » et les clairement plus basses des « employés » ou des « ouvriers » et ce, tant pour les créditrices que pour les débiteurs.

⁵⁶⁶ Coutrot Laurence, « Les catégories socioprofessionnelles : changement des conditions, permanence des positions ? », *Sociétés contemporaines*, n°45_46, 2002/2, p.107-129.

Tableau 29. Montant moyen des prestations compensatoires (en argent) fixé par la Cour d'appel selon la PCS de la créditrice ou du débiteur

	Montant moyen de la PC fixé par la Cour d'appel du point de vue des créditrices (effectif)	Montant moyen de la PC fixé par la Cour d'appel du point de vue des débiteurs (effectif)
Agriculteurs	37.500 € (2)	5.000 € (2)
Artisans, commerçants, chefs d'entreprise	8.300 € (3)	20.800 € (6)
Cadres et professions supérieures et intellectuelles	137.300 € (3)	67.400 € (11)
Professions intermédiaires	19.100 € (9)	16.600 € (5)
Employés	11.200 € (16)	14.400 € (8)
Ouvriers	19.400 € (4)	10.700 € (15)
Sans emploi	20.200 € (12)	37.200 € (4)
Au foyer	33.800 € (3)	-
Retraité	37.000 € (4)	9.600 € (5)
Ensemble	25.600 € (56)	25.600 € (56)

Source : Echantillon (affaires où la prestation compensatoire est invoquée comme moyen d'appel ; n=56) issu de la base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel.

Lecture : Les créditrices de prestation compensatoire appartenant à la catégorie socioprofessionnelle « employée » se voient accorder par la Cour d'appel un montant moyen de 11.200 €.

Enfin, si les épouses appartenant aux catégories « employées » et « ouvrières » de milieu populaire se voient attribuer de faibles prestations compensatoires en comparaison de celles fixées pour les épouses appartenant à la catégorie « cadres et professions supérieures et intellectuelles », ce désavantage se double de celui de ne voir la Cour d'appel rarement augmenter le montant de la prestation compensatoire fixée en première instance. Le tableau 30 (ci-dessous) vise à faire le lien entre le niveau de salaires des débitrices et le type de décision entérinée par la Cour d'appel concernant la prestation compensatoire. Ainsi, les créditrices aux bas salaires ont tendanciellement plus de chance de voir la Cour d'appel confirmée la décision de première instance ou voire même la diminuer que les créditrices aux hauts revenus pour lesquelles la Cour d'appel a systématiquement accordé une augmentation de prestation compensatoire. Cette « politique judiciaire » de la Cour d'appel sur la question des prestations compensatoires est à relier aux modes de marquage des juges d'appel de cette dimension de « l'argent du divorce » privilégiant le nivellement des niveaux de vie des deux ex-conjoints. Cette politique judiciaire a ainsi pour conséquence de limiter l'accès aux

femmes de milieu populaire à une prestation compensatoire ou de revoir à la baisse son montant fixé en première instance.

Tableau 30. Résultat du procès d'appel concernant une demande de réformation de la prestation compensatoire selon le niveau de revenu de la créditrice

Niveau de salaire de la créditrice	Cour d'appel accorde ou rehausse la Prestation Compensatoire	Décision de première instance confirmée par la Cour d'appel sur la question de la PC	Cour d'appel supprime ou diminue la Prestation Compensatoire	Ensemble
Moins de 1.000 euros	27,8% (10)	44,4% (16)	27,8% (10)	100% (36)
De 1.000 à 2.000 euros	37,5% (6)	43,8% (7)	18,7% (3)	100% (16)
Plus de 2.000 euros	100% (4)	0,0% (0)	0,0% (0)	100% (4)
TOTAL	35,7% (20)	41,1% (23)	23,2% (13)	100% (56)

Source : Echantillon (affaires où la prestation compensatoire est invoquée comme moyen d'appel ; n=56) issu de la base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel.

Lecture : Dans 27,8% des affaires où l'épouse dispose d'un revenu inférieure à 1.000 euros une demande concernant la fixation d'une prestation compensatoire au profit de l'épouse a été présentée devant la Cour d'appel, les juges d'appel ont supprimé ou diminué la prestation compensatoire fixée en première instance.

Ainsi, pour compléter cette description statistique des décisions entérinées par les juges d'appel concernant les prestations compensatoires, il convient, par ailleurs, d'appréhender les principes sur lesquels se fondent ces magistrats pour entériner le montant des prestations. En effet, si les juges d'appel dans leur manière de fixer le montant des prestations compensatoires justifient leur décision en s'appuyant sur une forme de calcul rationnel et arithmétique, ils doivent néanmoins trancher entre les argumentaires présentés par les deux parties au procès ; lesquels argumentaires visent très souvent à marquer d'une signification sociale le principe même et le montant de la prestation compensatoire.

4.2.3. Nivelier les niveaux de vie des ex-conjoints au détriment de l'investissement domestique de l'épouse

Au-delà d'une simple redistribution entre les deux nouvelles configurations familiales formées suite au divorce, la fixation des prestations compensatoires par le Président et les conseillers de la chambre familiale de la Cour a pour principe de maintenir la position sociale

des deux conjoints suite au divorce en veillant à ce que les deux conjoints vivent dans les mêmes conditions si ce n'est sociales, du moins matérielles. Si pour fixer le montant de la pension alimentaire des enfants, les magistrats tentent, notamment pour les affaires de couples issus de milieux plutôt aisés, de déterminer une somme qui permette à l'enfant de vivre dans les mêmes conditions qu'avant la séparation de ses parents, pour la prestation compensatoire, les magistrats constatent en premier lieu « *la disparité de vie des deux époux* » (extrait d'entretien avec le Président de la Chambre familiale). Par là même, les magistrats participent directement au marquage de cet argent. Il s'agit moins d'évaluer le coût de l'investissement de l'épouse dans la sphère domestique tout au long du mariage que de permettre aux deux époux de vivre dans les mêmes conditions matérielles. Ce marquage est d'autant plus difficile à accepter pour les épouses ayant mis de côté une potentielle carrière professionnelle, ou investi une carrière familiale en limitant leur activité professionnelle par un temps partiel. Le marquage de la prestation compensatoire opérée par les magistrats s'oppose à la signification sociale donnée le plus souvent par ces épouses à cet argent : « *une contrepartie financière à (leur) investissement domestique et maternel* » (sic). A titre d'exemple, Madame Morille, 59 ans, travaillant à temps partiel comme aide à domicile, se trouve ainsi circonspecte sur le montant de la prestation compensatoire fixé par les magistrats : « *Notre divorce a été prononcé aux torts partagés et avec une prestation compensatoire de 15.000 euros. J'ai trouvé que c'était peu cher payé pour vingt-trois ans de vie commune où chaque jour j'ai apporté une pierre pour construire la situation de nos enfants et celle de chef d'entreprise de mon mari* » (extrait d'un courrier adressé à Me Durand, avoué). D'ailleurs, dans l'arrêt de la Cour d'appel tout comme dans la décision de première instance concernant le divorce du couple Morille, aucune référence à l'investissement domestique de Madame Morille n'est faite, seule une approche en termes de ressources financières réelles et potentielles (revenus salariés, bénéfices tirés de l'activité de l'entreprise, montant potentiel des retraites des deux conjoints) vient appuyer la décision du magistrat de maintenir le montant de la prestation compensatoire à la somme de 15.000 euros.

Preuve encore en est du marquage de cet argent par les magistrats comme seul moyen pour limiter les disparités que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives de chaque époux, les magistrats peuvent être amenés à prendre en compte les montants issus des successions parentales des deux conjoints pour le calcul des prestations compensatoires. Ainsi, dans différentes configurations familiales, certaines femmes peuvent

être dépossédées d'une prestation compensatoire du simple fait du bénéfice d'une succession parentale comme dans le cas du couple Biteau.

« Il n'est pas douteux que, comme le soutient Monsieur Biteau, la situation de son entreprise artisanale de couverture se dégrade puisque le bénéfice industriel et commercial, qui était de 28.101 € en 2001, a été de 16.580 € en 2002, 13.918 € en 2003 et 2.352 € pour l'exercice 2003-2004 (bilan au 30 juin 2004) [...]

« Madame Biteau a déclaré au titre de l'année 2004 un revenu moyen de 427 €. Elle travaille à temps partiel dans une école maternelle mais il lui est possible d'augmenter son activité, sous réserve de ses problèmes de santé [...]

« Les époux n'ont pas de fortune personnelle. Toutefois, il est établi par une lettre de Maître G., notaire, que Madame Biteau a perçu une somme d'au moins 16.435 € au titre de la succession de son père.

« De l'ensemble de ces éléments, il ne résulte pas que la rupture du mariage créera une disparité dans les conditions de vie respective des époux, ceux-ci subissant tous les deux une dégradation certaine de leur situation matérielle sans qu'il puisse être envisagé une évolution favorable dans un avenir prévisible pour l'un ou l'autre d'entre eux.

Arrêt de la Cour d'appel du 27 février 2006.

On a pu voir précédemment que dans les affaires présentées devant la Cour, la traduction juridique par les avoués des demandes de leur client, articule très souvent une demande de prestation compensatoire avec la question de la définition de la faute. Si les magistrats peuvent refuser d'accorder une prestation compensatoire, notamment lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation (article 270 du Code Civil), on s'aperçoit, dans la pratique de la Cour, que les magistrats distinguent dans leur motivation ce qui est de l'ordre, d'une part, du prononcé du divorce et, d'autre part de la prestation compensatoire. Ils préféreront notamment condamner à la prise en charge du procès en appel, ou au paiement d'un « article 700 »⁵⁶⁷ l'épouse fautive demandeuse d'une prestation compensatoire que de lui refuser cette prestation. L'affaire opposant le couple Salmon est exemplaire de la manière dont les magistrats distinguent la question de la prestation compensatoire et celle du prononcé du divorce. Le magistrat a ainsi fixé à 20.000 euros la prestation compensatoire au profit de Madame Salmon. Pour la définition des fautes invoquées par les deux époux, le magistrat a prononcé le divorce aux torts de Madame Salmon préférant retenir le moyen invoqué par Monsieur Salmon, selon lequel l'épouse « *est proie à la jalousie, discrédite son époux au moyen d'écrits ou de courriers dans lesquels elle développait, sans aucune retenue des « soupçons » ou, plutôt, des*

⁵⁶⁷ L'article 700 du Code de Procédure Civile prévoit que devant toutes les instances judiciaires, quelque soit la juridiction, le juge peut mettre à la charge d'une partie une somme qu'il détermine pour compenser les frais non compris dans les dépens.

accusations d'inconduite ou d'adultère dont le bien fondé n'est pas démontré » et écarté celui de Madame Salmon laquelle invoquait l'abandon financier de son époux. Le magistrat précise dans son arrêt « *les pièces produites par Madame Salmon [...] ne prouvent pas que son époux la privait de ses moyens de paiement mais seulement « qu'elle n'avait pas d'argent sur elle » et qu'au moins une de ses collègues de travail à qui elle avait indiqué « qu'elle n'avait pas le droit d'avoir de chéquier sur elle », avait été amenée à lui prêter de l'argent* ». Madame Salmon sera, de plus, condamnée aux dépens d'appel. Ce dernier exemple, révèle que les juges d'appel vont moins apposer une signification morale à la prestation compensatoire qu'à des dimensions bien spécifiques de « l'argent de la séparation », à savoir la fixation de « dommages et intérêts » et la prise en charge des frais de justice engagés par les parties.

4.3. *Les dommages et intérêts et les frais de justice : les dimensions morales de « l'argent de la séparation »*

Que ce soit pour le traitement des pensions alimentaires ou celui des prestations compensatoires, on a pu observer des fondements moraux sous-jacents aux principes « arithmétiques » sur lesquels s'appuient les juges d'appel pour justifier leur décision. Mais, au final, le marquage moral de l'argent de la séparation par les magistrats s'opère principalement à travers la condamnation à un « article 700 », ou au paiement des dépens liés au procès la partie « perdante » du procès d'appel et/ou dans quelques rares affaires, à travers la condamnation d'un des conjoints au versement de dommages et intérêts.

4.3.1. Le maintien d'une politique judiciaire restrictive en matière de dommages et intérêts

La jurisprudence restrictive de la chambre familiale de la Cour d'appel en matière de condamnation à des dommages et intérêts d'une part, et le faible niveau de demandes des avoués à ce titre (seulement 26 affaires de notre corpus, soit 6,3% des affaires), d'autre part, font que notre étude sur cette dimension de l'argent du divorce se limite aux neuf seuls cas de notre corpus où les juges d'appel ont entériné une condamnation à des dommages et intérêts. A titre de comparaison, pour le même corpus d'affaire, les juges de première instance ont accordé des dommages et intérêts dans 17 affaires, soit près du double. Cette restriction du nombre d'affaires s'accompagne d'une restriction en termes du montant accordé par les juges d'appel. Ainsi, le montant moyen des dommages et intérêts accordé par les juges d'appel se

limite à 1920 euros (la plus basse étant de 300 €, la plus haute étant de 5.000 €), tandis que celui accordé par les juges de première instance s'élève à 3130 € (la plus basse étant de 500 €, la plus haute étant de 10.000 €). Si les montants fixés par les juges d'appel sont différents du fait notamment des inégales ressources financières des débiteurs des dommages et intérêts, il demeure que les neuf affaires étudiées ont des traits communs. Ces neuf affaires correspondent à la configuration d'affrontement judiciaire que l'on a nommé précédemment « les affrontements judiciaires totaux » (chapitre 4). Ainsi, toutes ont en commun d'avoir une longue « carrière » judiciaire puisqu'au moment du passage devant la Cour d'appel, la requête en divorce avait été introduite depuis quatre ans pour l'affaire la « moins longue ». Deux d'entre elles d'ailleurs ont été présentées devant la Cour de Cassation. Elles ont également pour similitude de présenter les mêmes moyens devant la Cour d'appel, à savoir le prononcé du divorce dans le cadre d'un divorce pour faute, la fixation d'une prestation compensatoire pour l'épouse et la demande de l'épouse de voir condamner la partie adverse à des dommages et intérêts. Un autre indicateur révélant l'affiliation de ces neuf affaires à un affrontement judiciaire total est le nombre de pièces et surtout d'attestations de proches produites par les deux parties au procès. Alors que pour l'ensemble de notre corpus, le nombre moyen de pièces produites par le conjoint se limite à 34,1 et le nombre d'attestations à 4,2, pour les neuf affaires étudiées, le nombre moyen de pièces s'élève à 53,9 et d'attestations à 11,3. Pour les femmes demandeuses en dommages et intérêts, le nombre de pièces s'élève à 87,4 (contre 39,2 pour le corpus total) et le nombre d'attestations à 13,6 (contre 4,7 pour le corpus total). Aussi, un autre point commun à ces affaires, est le registre argumentatif utilisé par les avoués pour justifier des demandes en dommages et intérêts, à savoir un croisement de comportements fautifs attribués à la partie adverse avec en tête de ceux-ci des faits de violences conjugales. Ainsi, parmi les neuf affaires, sept invoquent des faits de violences conjugales, cinq citent des comportements adultérins et cinq allèguent les conséquences affectives et matérielles engendrées par l'abandon du foyer du conjoint. Au final, dans huit affaires, l'homme est condamné à verser des dommages et intérêts à son épouse et dans la dernière affaire, chaque conjoint est condamné à verser des dommages et intérêts (montant identique) mais pour des motifs différents.

Par ailleurs, il apparaît que la politique judiciaire des juges d'appel en la matière soit d'autant plus restrictive pour les justiciables issus de milieu populaire. Quelques éléments nous ont laissé le supposer. Elle s'appuie sur le cas de huit affaires correspondant au même profil d'affrontement judiciaire. Ainsi, nous avons pris comme base de comparaison, huit

affaires où les juges de première instance ont accordé des dommages et intérêts à l'épouse. Dans quatre de ces affaires, les débiteurs des dommages et intérêts appartenaient à la catégorie « Cadres et professions supérieures et intellectuelles » et dans les quatre autres, les débiteurs étaient ouvriers. En première instance, les épouses des débiteurs « cadres et professions supérieures et intellectuelles » ont pu voir condamner leur ex-mari à une somme moyenne de 6470 euros alors que les épouses des débiteurs « ouvriers » n'ont bénéficié que d'une somme moyenne de 1350 euros à ce titre. Devant la Cour d'appel, les juges ont maintenu la condamnation à des dommages et intérêts pour les quatre affaires où le débiteur appartenait à la catégorie « Cadres et professions supérieures et intellectuelles » avec néanmoins une diminution substantielle du montant puisque celui-ci tombe à 2750 € en moyenne (il est important de préciser que cette forte baisse est liée principalement à une affaire où le niveau de dommages et intérêts est passé de 10.000 € en première instance à 3.000 euros en appel). Mais surtout, les juges d'appel n'ont accordé des dommages et intérêts qu'à deux des quatre épouses mariés à des ouvriers pour lesquelles les juges de première instance en avaient fixé. Pour ces deux affaires, la Cour d'appel a simplement confirmé les décisions de première instance qui avaient fixé respectivement le montant des dommages et intérêts aux sommes déjà peu élevées de 500 et 1000 euros.

Même si en principe les juges n'ont pas à tenir compte du niveau de revenu du justiciable condamné à des dommages et intérêts, il reste que, notamment pour que leur décision puisse être appliquée, les juges prennent en considération les conditions matérielles des débiteurs. Cette logique décisionnelle au fondement du traitement des demandes de dommages et intérêts conduit à ajouter à la restriction générale des condamnations à ce titre par les juges d'appel, des inégalités sociales « d'accès » aux dommages et intérêts.

4.3.2. La prise en charge du coût du procès: « fortune et infortune de la femme séparée »

En première instance, le poids des procédures gracieuses amène les juges aux affaires familiales à laisser généralement à chaque conjoint la charge de ses propres frais de justice et à ne condamner que très rarement un des époux au versement d'un article 700. En appel, les magistrats utilisent notamment la condamnation aux dépens pour sanctionner le conjoint « fautif », le conjoint « procédurier » ou encore le conjoint dont le comportement, selon les juges d'appel, va à l'encontre de l'intérêt de ses enfants. Un conseiller à la Cour explique qu'en appel : *« les dépens cela devient, dans l'optique financière du débat, quelque chose d'important. Je dirai que c'est mieux quand il n'y a pas de vrai gagnant et qu'il n'y a pas de*

vrai perdant. Mais face à un père qui n'hésite pas à trafiquer ses comptes pour ne pas payer de pension alimentaire, je n'hésite pas à lui mettre les dépens et parfois un article 700, si qui plus est, il a largement les moyens de verser une pension alimentaire ».

Un homme condamné aux dépens pris pour exemple par le conseiller à la Cour n'est pas anodin puisque les juges d'appel ont tendance à attribuer majoritairement aux hommes la prise en charge des dépens d'appel. En prenant l'ensemble de notre corpus d'affaires, on observe ainsi que dans 42,0% des affaires, l'homme a été condamné aux dépens d'appel, contre 24,3% pour la femme. Finalement, seulement 33,7% des affaires ont fait l'objet d'un partage des dépens du procès ; tendance rappelons-le qui est dominante en première instance. Par ailleurs, le tableau 31 ci-dessous montre que quelque soit la profession du conjoint, les dépens d'appel sont pratiquement toujours attribués par les juges d'appel de manière privilégié aux hommes. Par contre, il reste que, les femmes, selon le « choix du conjoint », sont plus ou moins « bien protégées contre le risque » de prendre en charge les dépens d'appel. Ainsi, devant la Cour d'appel, les femmes d'ouvriers ont bien plus de chance d'être condamnées aux dépens que les femmes de cadres.

Tableau 31. Les décisions de la Cour d'appel concernant la prise en charge des dépens selon la PCS du conjoint

Prise en charge des dépens d'appel	Par l'homme	Par la femme	Dépens partagés ou laissés à la charge de chaque partie	Ensemble
Catégorie socioprofessionnelle du conjoint (mari ou concubin)				
Agriculteurs	44,4% (4)	33,3% (3)	22,2% (2)	100% (9)
Artisans, commerçants, chefs d'entreprise	42,6% (20)	17,0% (8)	40,4% (19)	100% (47)
Cadres et professions supérieures et intellectuelles	50,0% (26)	15,4% (8)	34,6% (18)	100% (52)
Professions intermédiaires	42,4% (14)	15,1% (5)	42,4% (14)	100% (33)
Employés	34,1% (30)	22,7% (10)	43,2% (19)	100% (44)
Ouvriers	34,0% (55)	34,0% (55)	32,1% (52)	100% (162)
Sans activité professionnelle (sans emploi, au foyer, retraité)	60,0% (39)	16,9% (11)	23,1% (15)	100% (65)
TOTAL	42,0% (173)	24,3% (100)	33,7% (139)	100% (412)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel (n=412)

Lecture : Dans 34,0% des affaires où l'homme appartient à la catégorie socioprofessionnelle « ouvrier », la femme prend en charge les dépens d'appel engagés par les deux parties au procès.

Par ailleurs, on peut relever l'attitude singulière de certains juges d'appel vis-à-vis des justiciables bénéficiant de l'aide juridictionnelle et « profitant », selon ces juges, de cette aide pour engager un procès d'appel. Les juges peuvent voir dans l'engagement d'un procès en appel par cette catégorie de justiciables, « un stratagème » pour « asphyxier financièrement l'adversaire ». Dès lors, si l'appel ne prospère et, qui plus est, n'est pas justifié, les juges n'hésitent pas à condamner le conjoint bénéficiant de l'aide juridictionnelle aux entiers dépens.

« Alors, vous avez une catégorie, ça c'est terrible, c'est celle où vous avez quelqu'un qui est à l'aide juridictionnelle et l'autre qui est juste au-dessus du seuil. C'est très souvent la femme qui est au RMI ou qui n'a que des prestations sociales et l'autre qui n'a que 1500 euros, je ne sais plus quel est le seuil actuellement de l'aide juridictionnelle, mais avec 1500, 1600 euros par mois, vous n'êtes pas trop riches. Si votre avocat vous demande 2000 ou 1000 euros, c'est un trou dans votre budget énorme, plus l'avoué en appel, etc., etc. Et là, celui qui a l'aide juridictionnelle, il peut torpiller son adversaire, c'est-à-dire qu'il fait appel de tout, il retourne devant le Juge, il recommence, il asphyxie son adversaire qui lui, financièrement ne peut pas suivre. On arrive à avoir des procédures comme ça où l'autre ne vient plus, il ne se défend plus. Il prend un avoué sans prendre d'avocat puisque l'avocat n'est pas nécessaire parce qu'il ne peut pas suivre, il ne peut pas suivre. Vous avez des dossiers comme ça, sauf qu'il ne faut pas croire que l'aide juridictionnelle ce soit si gratuit que ça parce qu'un jour où l'autre les juges se rendent compte du stratagème. Alors ceux-là, pour ma part, je n'hésite pas à les condamner aux entiers dépens et dans ce cas-là, l'aide juridictionnelle ne couvre pas les frais engagés par l'adversaire. » **Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel (M1)**

Or, les justiciables bénéficiant de l'aide juridictionnelle sont majoritairement les femmes. Ainsi, on peut relever que sur les 100 femmes condamnées à prendre en charge les dépens d'appel, 77 bénéficient de l'aide juridictionnelle (totale ou partielle). Et parmi ces 77 femmes bénéficiant de l'aide juridictionnelle condamnées aux dépens d'appel, 72 sont à l'initiative du procès d'appel. Face à ces 72 femmes seulement 30 hommes bénéficient de l'aide juridictionnelle. Sous un autre aspect, on peut voir, une nouvelle fois, que les femmes de milieu populaire et plus généralement, en situation de précarité économique sont moins protégées face au risque d'être condamnée aux dépens.

Pour finir de démontrer en quoi les femmes de milieu populaire et plus généralement en situation de précarité économique sont souvent les principales « perdantes » des procès en appel, il convient de regarder les pratiques des juges d'appel en matière de condamnation au titre de l'article 700 du C.P.C. Cette fois-ci, il se trouve qu'elles sont perdantes à double titre (voir tableau 32). Sur les 43 affaires de notre corpus où la Cour d'appel a condamné une partie à verser une indemnité au titre de l'article 700 du C.P.C. à l'autre conjoint, 32 affaires ont vu l'homme être condamné à ce titre. Ainsi, alors que l'on compte 162 femmes d'ouvriers dans notre corpus d'affaires, elles ne sont que trois à bénéficier d'une indemnité et ce à hauteur

seulement de 500 € en moyenne. A l'opposé, alors que l'on dénombre 52 femmes de « cadres et professions supérieures et intellectuelles » dans notre corpus, elles sont 11 à bénéficier d'une indemnité au titre de l'article 700 et qui plus est, plus de deux fois supérieurs à celui dont bénéficie les femmes d'ouvriers.

Tableau 32. Les montants des condamnations des juges d'appel au titre de l'article 700 du C.P.C. selon la PCS de l'homme condamné

Catégorie socioprofessionnelle du conjoint condamné à verser un article 700 à sa conjointe	Montant moyen de l'article 700 fixé par la Cour d'appel (effectif)
Agriculteurs	1.150 € (2)
Artisans, commerçants, chefs d'entreprise	1.000 € (1)
Cadres et professions supérieures et intellectuelles	1.280 € (11)
Professions intermédiaires	760 € (5)
Employés	570 € (5)
Ouvriers	500 € (3)
Sans activité professionnelle (sans emploi, retraité)	910 € (5)
TOTAL	940 € (32)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel.

Lecture : Dans les 3 affaires où le conjoint « ouvrier » a été condamné à verser un article 700 par la Cour d'appel, la femme a touché en moyenne 500 €.

Enfin, parmi les 11 femmes condamnées à une indemnité au titre de l'article 700, 9 sont bénéficiaires de l'aide juridictionnelle. Ainsi, face à cette dimension spécifique de l'argent de la séparation, les femmes de milieu populaire et/ ou en situation de précarité économique sont « perdantes » à double titre. Quand elles sont indemnisées au titre de l'article 700, elles le sont moins que leurs homologues se séparant avec un conjoint appartenant aux catégories sociales supérieures, et qui plus est, elles font face à un risque plus important d'être condamnées à ce titre que leurs homologues aux revenus plus importants.

* * *

D'une manière générale, nous avons tenté de comprendre en quoi les différents aspects de ce que l'on a appelé « l'argent de la séparation » deviennent le centre du débat judiciaire dans les séparations les plus conflictuelles. Si aucun milieu social n'est épargné par ces logiques d'affrontement judiciaire autour de l'argent, il n'en reste pas moins qu'en fonction des milieux sociaux d'affiliation des justiciables, les objets du débat judiciaire et les traitements de leurs demandes par les juges d'appel se distinguent nettement. L'affrontement judiciaire des couples issus des milieux les plus modestes se concentrera davantage sur la question de la pension alimentaire des enfants, au détriment le plus souvent du versement d'une prestation compensatoire pour des épouses qui se sont pourtant largement investies dans une carrière familiale. A l'opposé, l'affrontement judiciaire des divorçants issus de milieux aisés aura tant pour objet la question de la pension alimentaire que les autres aspects de l'argent de la séparation, et notamment, pour les couples divorçants, la question du versement d'une prestation compensatoire. En plus d'une différenciation sociale des procès en appel, le passage par la Cour des divorçants marque une distinction sexuée des stratégies judiciaires. Le Président de la Cour précisait au cours d'un des différents entretiens que nous avons pu avoir avec lui : « *souvent en matière familiale, il n'y a pas de vrai gagnant, il n'y a pas de vrai perdant.* ». Pour rebondir sur ces propos, bien que les hommes soient davantage condamnés à payer les frais des procès en appel faisant symboliquement de ces derniers les perdant de l'affrontement judiciaire, force est de constater, que d'un point de vue économique, il est rare que les femmes sortent véritablement gagnante de cet affrontement, et plus particulièrement, les femmes de milieu populaire. On retiendra notamment que, si la question de la prestation compensatoire peut être investie notamment par les épouses comme l'occasion d'évaluer la compensation des inégalités qui se sont installées pendant le mariage, la régulation judiciaire ne vient que partiellement répondre à cette attente. C'est davantage le nivellement des niveaux de vie des deux conjoints après le divorce qui fonde la régulation judiciaire qu'une véritable compensation de l'investissement domestique de l'épouse. De plus, faisant de l'intérêt de l'enfant le fondement central de la régulation judiciaire des contentieux conjugaux, les magistrats paraissent plus vigilants à ce que les enfants bénéficient d'une pension alimentaire leur permettant de vivre dans les mêmes conditions matérielles qu'avant la séparation de leurs parents, et ce, très souvent, au détriment de la prestation compensatoire de l'épouse.

L'approche, ici développée, en termes d'« argent de la séparation » permet de donner une lecture à une dimension prépondérante des affrontements judiciaires dans lesquels s'est

engagée la population étudiée. Finalement, une des principales difficultés pour solder les comptes de ces séparations est liée au croisement des significations que les différents acteurs du procès (conjoint, conseils juridiques et magistrats) donnent aux différents aspects de l'argent de la séparation, rendant ainsi difficile l'acceptation de la décision judiciaire par les deux parties. Il s'agit maintenant de traiter une seconde dimension saillante des affrontements judiciaires étudiés, à savoir les contentieux ayant pour objet la prise en charge relationnelle des enfants.

Chapitre 8. Les acteurs judiciaires des procès en appel face aux désordres parentaux

« Décrire et analyser les désordres familiaux d'un point de vue sociologique est un exercice d'écriture difficile. Difficile de trouver les mots justes pour rendre compte des malheurs, ordinaires et extraordinaires, et des situations familiales à bien des égards inextricables dont se font l'écho les signalements. Difficile aussi d'échapper à la tentation de s'ériger, dans la position confortable du rédacteur (ou du lecteur), en juge ex post de la justesse ou non des signalements au regard de ses propres critères de danger. Difficile, tout simplement, de suspendre ses jugements de valeur face à ces descriptions. Si cet exercice semble périlleux, c'est aussi parce qu'il expose le sociologue à la critique du relativisme excessif et immoral. Or, bien évidemment, la question sociologique n'est pas là : il ne s'agit pas de juger de la légitimité ou du sens politique de la morale familiale en jeu mais seulement de la décrire et de la comprendre. »⁵⁶⁸

Dans le précédent chapitre, on a pu mesurer le poids des questions d'argent dans le conflit judiciaire des couples s'affrontant dans le cadre d'un procès en appel. Si « l'argent de la séparation » est une dimension centrale des affaires présentées aux juges d'appel, la question de la prise en charge relationnelle des enfants occupe une place capitale dans de nombreux procès en appel. Ainsi, le type de garde, le domicile au sein duquel les enfants résident ou vont résider, les droits de visite et d'hébergement du parent non gardien, ou voire l'exercice de l'autorité parentale sont autant de dimensions que les juges d'appel ont à traiter lorsque la question de la prise en charge relationnelle des enfants se trouve au centre du débat judiciaire. Confondues, les prises en charge financière et relationnelle des enfants sont l'objet de près des trois quart des affaires de dissociations conjugales présentées devant la Cour d'appel. La prise en charge relationnelle des enfants est traitée dans le procès en appel dans 56,8% de ces affaires. En fonction de l'origine sociale et du type de lien conjugal des justiciables, les juges d'appel n'ont pas les mêmes demandes à traiter. Ainsi, nous tenterons de présenter les logiques de différenciation sociale des affrontements judiciaires autour de l'enfant présentés devant la Cour d'appel. Nous appuierons notre démonstration à partir des logiques argumentatives sur lesquelles s'appuient les conseils juridiques pour présenter les demandes

⁵⁶⁸ Serre Delphine, *Les coulisses de l'Etat social. Enquête sur les signalements d'enfant en danger*, Paris, Raisons d'agir, 2009, p.103.

de leur client. En effet, la manière dont notamment les avoués à la Cour structurent et organisent leurs écrits et sélectionnent les pièces à l'appui de leurs demandes se trouvent être au fondement de cette différenciation sociale des procès en appel ayant pour objet la prise en charge de l'enfant.

Par ailleurs, il s'agira d'appréhender les réponses apportées par les juges d'appel aux désordres parentaux qu'ils ont à réguler. Si comme en première instance, les juges d'appel fondent leur décision à partir du principe de « l'intérêt de l'enfant », il conviendra d'appréhender leurs conceptions de l'intérêt de l'enfant et de la (« bonne ») parentalité puisque ces deux notions se trouvent régulièrement investies pour motiver leur décision. Ainsi, face au poids des tensions sous-jacentes au contentieux judiciaire et à un dialogue parental le plus souvent rompu, les juges d'appel tentent de maintenir le principe d'une coparentalité en codifiant, par exemple, très précisément les modalités de l'exercice d'une autorité parentale conjointe ou encore en imposant un calendrier très précis pour l'exercice du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien. Surtout, à travers les différentes significations qu'ils donnent à l'« intérêt de l'enfant » (nous pensons, ici, également au travail d'Irène Théry sur cette question réalisé au début des années 1980⁵⁶⁹) en fonction des types d'affaires qu'ils ont à traiter, les juges d'appel participent à une mission de civilisation des mœurs familiales et parentales.

Enfin, nous analyserons également dans ce chapitre, les pratiques d'audition de l'enfant des juges d'appel révélant le nouveau statut donné à la parole de l'enfant pour réguler le conflit opposant ses parents. On évoquera, ici, le cadre législatif qui encadre cette pratique avec notamment la loi du 5 mars 2007 venant réformer les modalités de l'audition de l'enfant dans toutes les procédures judiciaires le concernant. Cette loi de 2007 élargit la possibilité pour un mineur qui le souhaite d'être entendu par un magistrat. Depuis, on assiste à l'inflation des demandes d'enfants souhaitant être auditionnés notamment dans le cadre de la procédure de séparation de leurs parents. Il s'agira ainsi de rendre compte de la transformation et de l'expansion de cette pratique judiciaire en matière de divorces et de séparations de concubins. L'analyse des différents enjeux recouverts par cette nouvelle pratique judiciaire nécessite notamment d'appréhender les formes de « protocole » qu'établissent les magistrats, et les postures éthiques qu'ils s'imposent pour mener à bien ce nouvel exercice. Nous tenterons de mesurer le poids de la parole des enfants dans la décision finale des juges d'appel. Par la

⁵⁶⁹ Théry Irène, « La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés », in Bourguignon Odile, Rallu Jean-Louis et Théry Irène, *Du divorce et des enfants*, Travaux et documents de l'Ined, Cahier n°111, Paris, PUF, 1985.

même, bien que les juges d'appel veillent à protéger la parole des enfants, par cette pratique de l'audition, ils se trouvent amenés à faire endosser aux enfants auditionnés un nouveau rôle dans le traitement judiciaire de la séparation de leurs parents, à savoir celui d'un potentiel acteur du procès.

1. L'enfant comme objet de l'affrontement judiciaire de ses parents

Devant la Cour d'appel comme en première instance, les situations familiales faisant l'objet d'un affrontement judiciaire autour des conséquences de la séparation des parents pour les enfants ont pour particularité d'être particulièrement hétérogènes. Celles traitées par la Cour d'appel ont toutes néanmoins pour point commun de faire face directement⁵⁷⁰ ou indirectement⁵⁷¹ à des difficultés quant à la mise en pratique de la norme de la « bonne parentalité », autrement dit la coparentalité. En effet, dans la première partie de la thèse, nous avons décrit le processus socio-juridique ayant conduit à la production de différents dispositifs juridiques contemporains traitant des conséquences engendrées par la séparation des parents pour les enfants. Ils ont ainsi pour vocation de favoriser le maintien de chacun de ses parents aux côtés de l'enfant et ce, même si la place occupée par certains parents se trouve très limitée dans des situations familiales où, par exemple, les juges ont pu établir que les enfants étaient en situation de « risque » ou de « danger ». Dans cet esprit, la « coparentalité » exercée dans le respect réciproque de la parentalité du père et de la mère, comme norme de « bonne parentalité », doit ainsi permettre de dépasser le cadre de la dissolution du couple parental. Mais, dès lors, face à l'intensité des tensions sous jacentes aux contentieux parentaux présentés aux juges d'appel, se pose, en premier lieu, la question de savoir quels sont les différents types de débats judiciaires autour de la prise en charge des enfants que les juges d'appel ont à traiter. Ensuite, nous pourrions appréhender concrètement la manière dont procèdent les magistrats pour réguler ces contentieux parentaux où la norme de coparentalité est rarement effective et surtout difficilement applicable.

⁵⁷⁰ On pense, ici, aux affaires ayant pour objet un non respect de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la remise en cause d'une garde alternée, etc.

⁵⁷¹ Il s'agit notamment des affaires ayant pour objet le (ou le non) versement d'une pension alimentaire du parent non gardien.

1.1. Les prises en charge matérielle et relationnelle de l'enfant

Pour les procès en appel où les prises en charge financière et/ou relationnelle des enfants se trouvent au centre du débat opposant les deux parents, on relève cinq principaux objets autour desquels se cristallise l'affrontement judiciaire. Ainsi, les débats judiciaires autour de la prise en charge matérielle des enfants se concentrent quasi exclusivement autour du principe et du montant de la contribution alimentaire du parent non gardien. On peut rajouter que, pour certaines affaires, la question du financement des trajets des enfants entre les deux domiciles des deux parents s'ajoute à cette dimension matérielle de la prise en charge des enfants. Quant à la prise en charge relationnelle des enfants, le type de garde (principale ou alternée), le droit de visite et d'hébergement du parent non gardien, et l'attribution de l'autorité parentale sont les principaux motifs sur lesquels se concentre le débat judiciaire. Enfin, à l'appui des demandes concernant les dimensions matérielle et relationnelle de la prise en charge des enfants, on trouve parmi les moyens présentés par les parties devant la Cour d'appel des demandes de mesures d'instruction (enquête sociale, expertise psychologique, audition de l'enfant, etc.) ayant pour objectif notamment de recueillir des renseignements sur les « conditions matérielles et morales dans lesquelles vivent les enfants », la « situation matérielle et morale des deux parents » et le cas échéant « les mesures qu'il y a lieu de prendre dans l'intérêt des enfants. »⁵⁷². Le tableau 33 confirme la place importante des questions financières dans les procès en appel et révèle ainsi la prédominance de la dimension matérielle sur la dimension relationnelle des débats judiciaires ayant pour objet la prise en charge des enfants. En effet, dans près des trois quarts (74,6%) des affaires en appel ayant pour objet la prise en charge des enfants, la question de la fixation d'une pension alimentaire est soulevée par au moins une des deux parties au procès. Nous sommes amenés, ici, à convoquer à nouveau la dimension matérielle de la prise en charge des enfants pour caractériser la relation qu'elle entretient à l'autre dimension de cette prise en charge, c'est-à-dire la dimension relationnelle. Malgré le poids de la dimension matérielle, on observe que la dimension relationnelle cristallise une part importante de l'affrontement judiciaire. Ainsi, dans les procès en appel ayant pour objet la prise en charge des enfants, une demande visant à réformer la décision ayant attribué la garde des enfants intervient dans plus de deux procès sur cinq (43,6%). Par ailleurs, dans un peu plus d'un quart des procès étudiés (26,1%), une

⁵⁷² Nous avons repris, ici, les différents intitulés des « demandes types » présentées par les avoués à la Cour lorsqu'ils sollicitent des juges d'appel qu'ils mandatent un enquêteur social ou un expert psychologue ou psychiatre, ou qu'ils autorisent l'audition des enfants.

demande est présentée devant la Cour d’appel pour voir diminuer ou augmenter l’étendu du droit de visite et d’hébergement du parent non gardien, ou encore modifier les modalités de l’exercice de ce droit (en le fixant par exemple dans un point relais prévu à cet effet). Plus rarement, une demande de modification des modalités d’exercice de l’autorité parentale (4,6%) est présentée devant la Cour d’appel. Ce faible niveau de demande concernant l’autorité parentale peut être interprétée comme le produit d’un double processus : à la fois l’intériorisation par certains justiciables de la norme de coparentalité et le travail des conseils juridiques (avocats et avoués) qui limitent les demandes d’exercice exclusif de l’autorité parentale face à une jurisprudence très restrictive des magistrats en la matière.

Tableau 33. Les moyens d’appel présentés devant la Cour d’appel dans les procès ayant pour objet la prise en charge des enfants

Moyens soulevés par les parties	Nb. Cit.	Fréq.
Pension alimentaire	226	74,6 %
Type de garde (à la mère, au père ou alternée)	132	43,6 %
Droit de visite et d’hébergement du parent non gardien	79	26,1 %
Autorité parentale	14	4,6 %
Mesures d’instruction (enquête sociale, expertise psychologique ou psychiatrique, audition de l’enfant)	38	12,5 %
TOTAL	303	

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d’avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d’appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires présentés devant la Cour d’appel entre 1999 et 2009 ayant pour objet la prise en charge des enfants, N=303.

Lecture : Dans 43,6% des affaires opposant des parents présentées devant la Cour, une demande de réformation du type de résidence a été soulevée comme moyen d’appel.

Une spécificité des demandes des parties devant la Cour d’appel est le poids (12,6%) – même s’il est somme toute relatif – des demandes de mesure d’instruction visant notamment à saisir un tiers expert⁵⁷³ ou à auditionner les enfants avec pour objectif de faire état des carences psychologiques, matérielles ou morales de la partie adverse et ainsi justifier une garde exclusive, un droit de visite et d’hébergement limité voire supprimé pour la partie adverse ou plus rarement, une autorité parentale exercée exclusivement. On peut noter par

⁵⁷³ A noter ici, que la majorité des mesures d’instruction devant la Cour d’appel sont à l’initiative des magistrats puisque 77,1% des saisines d’enquêteurs sociaux ou d’experts psychologues ou psychiatres font suite à une décision de la Cour d’appel sans qu’une demande à ce titre n’ait été présentée par une des parties au procès.

ailleurs que lorsque les parties sont à l'initiative de ces mesures d'instruction, la question de la garde des enfants est systématiquement au centre de l'affrontement judiciaire. Autrement dit, le premier objectif pour lequel les justiciables demandent une enquête sociale, une expertise psychiatrique ou encore une audition des enfants devant la Cour d'appel, est pour revenir sur le type de garde fixé dans la décision de première instance. Quand les juges d'appel sont à l'initiative de ces mesures d'instruction, la question de la garde des enfants n'est pas systématiquement abordée dans le débat judiciaire. L'objectif sous-jacent des juges lorsqu'ils ordonnent une telle mesure d'instruction, est de vérifier si la décision entérinée en première instance respecte *l'intérêt de l'enfant*. Ainsi, les juges peuvent ordonner une enquête sociale ou une expertise psychologique ou psychiatrique pour se positionner, dans certains affrontements judiciaires, « seulement » quant au maintien d'un droit de visite et d'hébergement ou plus rarement, dans les affrontements les plus sévères, quant au maintien d'un exercice conjoint de l'autorité parentale.

Revenons un temps sur la manière dont s'articulent la dimension matérielle et la dimension relationnelle de la prise en charge des enfants dans les débats judiciaires en appel. Il convient en effet de relever la faible dépendance de la dimension matérielle vis-à-vis de la dimension relationnelle. En effet, dans près de la moitié des affaires étudiées (48,5%), les justiciables soulèvent la question de la fixation d'une contribution alimentaire à l'entretien et l'éducation des enfants comme seul moyen d'appel excluant par là même de l'affrontement judiciaire la dimension relationnelle de la prise en charge des enfants. De même, si l'on prend pour référence, l'ensemble des affaires où est soulevée la question de la fixation d'une pension alimentaire pour les enfants, dans tout juste un tiers (33,5%) de celles-ci la question de la garde des enfants est remise en cause. Pareillement, dans seulement 9,7% de ces mêmes affaires, la question de la révision du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien est soumise au débat devant la Cour d'appel. Encore, dans uniquement 1,8% de ces affaires, le débat judiciaire porte également sur l'attribution de l'autorité parentale. L'importance des débats judiciaire portant uniquement sur la dimension financière de la prise en charge des enfants peut révéler d'une certaine manière l'assimilation par une part importante des justiciables de l'objectif dominant porté par les différents acteurs judiciaires, à savoir le maintien du couple parental au nom de l'intérêt de l'enfant. Dans ce sens, limiter l'affrontement judiciaire aux seules questions financières peut s'avérer une preuve donnée aux juges par les justiciables et leurs conseils juridiques de leur bonne volonté pour ne pas remettre en cause « l'équilibre » parental entériné par les précédentes décisions judiciaires.

Par contre, la réciproque n'est pas vraie. Les débats judiciaires se centrant uniquement sur la dimension relationnelle de la prise en charge des enfants sont peu nombreux. Ainsi, pour exemple, si l'on prend comme corpus d'affaires de référence, celles où la question de la garde des enfants est évoquée dans le débat judiciaire devant la Cour d'appel, les questions matérielles restent pleinement au cœur de l'affrontement judiciaire puisque près des trois cinquième de ces affaires (59,8%) ont également pour objet la fixation d'une contribution alimentaire pour les enfants. De la même manière, sur les 79 affaires où la question du droit de visite et d'hébergement est soulevée dans le débat judiciaire, 57 ont également pour objet la fixation d'une contribution alimentaire pour l'entretien et l'éducation des enfants.

Après avoir analysé la manière dont les débats judiciaires en appel s'articulent entre la dimension matérielle et la dimension relationnelle de la prise en charge des enfants, reste à voir si les différents affrontements judiciaires autour de l'enfant répondent à cette même formule selon notamment les différentes caractéristiques sociologiques et démographiques des justiciables.

1.2. La différenciation sociale des affrontements judiciaires chez les parents mariés et les parents concubins

On a pu observer précédemment comment les affrontements judiciaires autour de la prise en charge de l'enfant s'articulaient selon que l'enjeu principal du procès en appel est matériel ou relationnel. Par ailleurs, il semble important maintenant de savoir comment se répartissent les différentes populations de justiciables selon que les couples s'affrontent devant la Cour d'appel sur la dimension financière et/ou sur la dimension relationnelle de la prise en charge des enfants.

1.2.1. Type de lien conjugal et type de conflit parental

Lorsque l'on analyse les types d'affrontement judiciaire ayant pour objet la prise en charge des enfants du couple parental en fonction du type de lien conjugal des parents (voir tableau 34 ci-après), on observe une distinction des objets du débat judiciaire en appel selon que les parents étaient initialement mariés ou concubins. Ainsi, les couples mariés s'affrontent devant la Cour d'appel davantage sur des aspects financiers que sur les questions de garde ou de droit de visite et d'hébergement. 76,5% des couples mariés pour qui la prise en charge des

enfants est l'objet du procès en appel s'opposent devant la Cour d'appel sur le principe ou le montant d'une pension alimentaire alors qu'ils ne sont que 38% à s'affronter sur la question de la résidence des enfants. A l'opposé, si l'aspect financier tient une place importante dans les débats judiciaires devant la Cour d'appel opposant les couples de concubins (70% des procès en appel opposant des concubins ont pour objet la fixation d'une contribution alimentaire), la dimension relationnelle de la prise en charge des enfants intègre plus largement leurs affrontements judiciaires. On relève ainsi que dans plus de la moitié des procès en appel opposant des concubins (56,7%), la question de la garde des enfants est soulevée dans le débat judiciaire. Pareillement, dans près de la moitié des affrontements judiciaires entre concubins (46,7%) on retrouve remis en cause devant la Cour d'appel le droit de visite et d'hébergement du parent non gardien entériné en première instance.

Tableau 34. L'objet de l'affrontement judiciaire en appel des parents initialement mariés ou concubins

Moyens soulevés par les parties	Pension alimentaire	Type de garde (à la mère, au père ou alternée)	Droit de visite et d'hébergement du parent non gardien	Autorité parentale	Mesures d'instruction	TOTAL
Types d'union						
Mariage	76,5% (163)	38,0% (81)	13,4% (37)	3,8% (8)	11,7% (25)	100% (213)
Concubinage	70,0% (63)	56,7% (51)	46,7% (42)	6,7% (6)	14,4% (13)	100% (90)
Total	74,6% (226)	43,6% (132)	26,1% (79)	4,6% (14)	12,5% (38)	100% (303)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009 ayant pour objet la prise en charge des enfants, N=303.

Lecture : Dans 56,7% des affaires opposant des parents ex-concubins présentées devant la Cour, une demande de réformation du type de résidence a été soulevée comme moyen d'appel.

Comment interpréter dès lors cette différenciation des logiques d'affrontement judiciaire autour de la prise en charge des enfants entre les couples mariés et les couples concubins ? Une première hypothèse explicative trouverait son origine dans le fait que les couples mariés seraient davantage imprégnés des attentes des juges relayées par leurs conseils juridiques, à savoir respecter le sacrosaint « intérêt de l'enfant » et surtout la place de chaque parent auprès de l' (ou des) enfant(s) du couple. Le relevé de différents indicateurs (une durée

de l'affrontement judiciaire plus longue, des confrontations plus nombreuses devant les instances judiciaires, et l'importance de la représentation par un avocat en première instance comme en appel des couples mariés) peut venir appuyer cette hypothèse. Dans cette perspective, les couples initialement mariés – ayant pour certains intériorisés, pour d'autres, seulement pris acte des attentes des agents porteurs de la régulation judiciaire des désordres parentaux – borneraient leur affrontement devant la Cour d'appel aux seules questions de la prise en charge matérielle et financière des enfants excluant du débat judiciaire en appel les questions ayant attiré à la prise en charge relationnelle des enfants.

1.2.2. Un conflit judiciaire intervenant plus tôt dans la carrière parentale des concubins

Face à cette première interprétation de la différenciation des affrontements judiciaires autour des enfants entre les couples mariés et les couples concubins, une autre réponse à dimension démographique émerge clairement. Ainsi, le moment où intervient le procès en appel s'inscrit différemment dans la trajectoire, ou pour reprendre un terme interactionniste⁵⁷⁴, dans la *carrière* parentale des justiciables selon que les couples étaient initialement mariés ou concubins. Au regard des différentes caractéristiques démographiques et familiales des justiciables (âge des conjoints et âge des enfants lorsque s'engage le procès en appel, nombre d'enfants à charge), il ressort que le procès en appel intervient plus tardivement dans la carrière parentale des couples mariés que dans celle des couples concubins. Pour les couples initialement mariés, l'âge moyen de la mère est de 36,1 ans et celui du père de 39,3 ans lorsque s'engage la procédure d'appel. A contrario, pour les couples concubins, l'âge moyen de la mère n'est que de 31,4 ans et celui du père de 33,9 ans. Cet écart d'âge entre les couples mariés et les couples concubins induit donc que les procès en appel interviennent dans des temps distincts du « calendrier familial » de ces couples. Autrement dit, il semblerait que les affrontements judiciaires autour des conséquences pour les enfants de la séparation interviennent plus tôt dans la carrière parentale des concubins que dans celle des divorçants. Deux indicateurs permettent de confirmer cette hypothèse : l'âge des enfants et le nombre d'enfants « à charge » lorsque s'engage le procès en appel des deux parents.

Si l'on s'arrête sur l'âge du plus jeune enfant des couples mariés et concubins lorsque ces derniers s'engagent dans un procès devant la chambre familiale de la Cour d'appel (voir tableau 35), on observe d'une manière générale que, pour les couples concubins, le procès en

⁵⁷⁴ Hugues Everett Cherrington, *Men and their Work*, Glencoe, The Free Press, 1958 (trad. 1996).

appel intervient lorsque les enfants sont plus jeunes que pour les couples mariés. Ainsi, le pourcentage de couples pour qui l'enfant le plus jeune a moins de 6 ans s'élève à 38,9% chez les couples concubins contre seulement 17,8% pour les couples mariés. A l'opposé, lorsque les enfants du couple ont leur majorité, les procès en appel chez les couples concubins sont quasi inexistant (1,1%). On ne retrouve pas cette tendance chez les couples mariés puisque pour 15,5% de cette population, les procès en appel concernent des couples pour qui leur plus jeune enfant a 18 ans ou plus. Lorsque l'on sait que la place occupée par la question de la prise en charge relationnelle des enfants dans les procès en appel est d'autant plus importante que les enfants sont en bas âge⁵⁷⁵, on comprend d'autant mieux, à la lecture du tableau suivant, que les couples concubins s'affrontent davantage sur la question de la prise en charge relationnelle des enfants devant la Cour que les couples mariés.

Tableau 35. L'âge du plus jeune enfant des couples mariés et concubins s'affrontant devant la Cour d'appel

Lien conjugal initial des couples s'affrontant devant la Cour d'appel	Mariage	Concubinage	Tous les couples confondus
Age du plus jeune enfant du couple			
Moins de 6 ans	17,8% (38)	38,9% (35)	24,1% (73)
6 à 11 ans	36,6% (78)	43,3% (39)	38,6% (117)
12 à 17 ans	30,1% (64)	16,7% (15)	26,1% (79)
18 ans et plus	15,5% (33)	1,1% (1)	11,2% (34)
TOTAL	100% (213)	100% (90)	100% (303)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009 ayant pour objet la prise en charge des enfants, N=303.

Lecture : Dans 38,9% des affaires en appel opposant des parents ex-concubins, l'enfant le plus jeune issu des couples concernés a moins de 6 ans.

Un autre indicateur, le nombre d'enfants des couples engagés dans un procès en appel, révèle que le temps du procès devant la Cour n'intervient pas dans la même séquence des calendriers familiaux des couples divorçants ou des couples se séparant suite à un concubinage. En effet, il ressort du tableau suivant qu'une très nette majorité (61,1%) des

⁵⁷⁵ Pour 81% des procès où la question de la garde est débattue, pour 93% des procès où est discutée la question du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien et pour la totalité des procès où l'exercice de l'autorité parentale est en débat devant la Cour, au moins un enfant des couples concernés a moins de 11 ans.

couples non mariés n'a qu'un seul enfant lorsqu'intervient la séparation. A l'opposé, lorsqu'ils se séparent, les couples mariés ont davantage d'enfants (43,7% en ont trois ou plus). Nous convoquons, ici, comme argument interprétatif pour expliquer ces différences de comportements en termes de fécondité des couples mariés et des couples concubins, la différence d'âge de ces couples lorsqu'intervient le procès en appel. Mais, pour nuancer cette interprétation, il est un autre argument à dimension structurelle dont il faut tenir compte pour appréhender les résultats issus de ce tableau. En effet, on pense aux travaux de France Prioux sur les comportements notamment en termes de nuptialité et de fécondité des couples mariés et des couples cohabitants qui montrent que les couples non mariés, et ce quelque soit leur âge ont nettement moins d'enfants que les couples mariés⁵⁷⁶.

Tableau 36. Le nombre d'enfants des couples mariés et concubins s'affrontant devant la Cour d'appel

Lien conjugal initial des couples s'affrontant devant la Cour d'appel	Mariage	Concubinage	Tous les couples confondus
Nombre d'enfants du couple			
1	21,6% (46)	61,1% (55)	33,3% (101)
2	34,7% (74)	31,1% (28)	33,7% (102)
3 et plus	43,7% (93)	7,8% (7)	33,0% (100)
TOTAL	100% (213)	100% (90)	100% (303)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009 ayant pour objet la prise en charge des enfants, N=303.

Lecture : La part des couples divorçants devant la Cour d'appel ayant eu trois enfants ou plus s'élève à 43,7%.

D'une manière générale, nous avons relevé une tendance selon laquelle plus le nombre d'enfants des couples s'affrontant devant la Cour d'appel était restreint, et davantage le procès en appel portait sur les questions de prise en charge relationnelle des enfants. Ainsi, pour les couples à enfant unique, le débat judiciaire en appel porte dans plus de la moitié des cas (51,5%) sur la garde des enfants, et dans plus d'un tiers des affaires en question (34,9%) sur le droit de visite et d'hébergement du parent non gardien. A contrario, pour les couples à trois enfants et plus, la question de la garde des enfants n'est abordée qu'à hauteur de 38%, et la

⁵⁷⁶ Prioux France, « Les couples non mariés en 2005 : quelles différences avec les couples mariés ? », *Recherches et Prévisions*, n°96, juin 2009, p.87-93.

question du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien n'est soulevée dans le débat judiciaire d'appel que dans 12,1% des cas. D'une autre manière, cette tendance donne une clef de lecture au fait que les couples concubins s'inscrivant majoritairement dans le modèle du couple à enfant unique s'affrontent davantage devant la Cour d'appel sur les questions de la prise en charge relationnelle des enfants que les couples mariés.

1.2.3. La précarité des situations socioéconomiques des concubins

La distinction des affrontements judiciaires devant la Cour d'appel autour de la prise en charge des enfants chez les couples mariés et les couples concubins peut s'expliquer, comme on l'a vu, du fait de l'intervention du procès en appel dans des temporalités familiales distinctes, mais également par la précarité des situations socioéconomiques des couples concubins. Malgré la prédominance généralisée de la question de la prise en charge matérielle des enfants dans les procès en appel, on assiste, pour les couples parentaux dans les situations les plus précaires d'un point de vue économique, à une forme de transfert du conflit judiciaire vers la prise en charge relationnelle de l'enfant. De ce point de vue, les couples concubins s'affrontent d'autant plus sur la question de la prise en charge relationnelle des enfants qu'une majorité d'entre eux se trouve en situation de précarité économique.

Le tableau 37 sur la composition sociale des affaires présentées devant la Cour d'appel selon le genre des justiciables et le type de lien conjugal donne déjà quelques indices révélateurs de situations socioéconomiques plus défavorables des ex-concubins. Hommes et femmes confondus, la composition sociale des affaires devant la Cour d'appel opposant des couples divorçants se rapproche sensiblement de la structure de la population régionale avec néanmoins une surreprésentation notable des catégories « artisans, commerçants et chefs d'entreprise » (+8,8 points pour les hommes), « cadres, professions supérieures et intellectuelles » (+3,1 points pour les hommes) et « employés » (+10,4 points pour les femmes) et une sous-représentation notamment des catégories « professions intermédiaires » (-11,6 points pour les hommes et -6,9 points pour les femmes) et « sans activité professionnelle » (-3,8 points pour les hommes). A l'opposé, la composition sociale des procès en appel opposant des couples concubins diffère nettement de la structure de la population régionale du fait d'une surreprésentation dans de larges proportions des catégories sociales situées au bas de la structure sociale (+15,2 points pour les femmes sans activité professionnelle, +7,1 points pour les hommes « employés », +6,1 points pour les femmes

employées, ou encore +9,2 points pour les hommes ouvriers, etc.) et une quasi disparition des catégories sociales supérieures (seulement 2,2% d'hommes et de femmes appartenant à la catégorie « cadres et professions supérieures et intellectuelles »).

Tableau 37. Catégorie socioprofessionnelle des ex-concubins et des divorçants engagés dans un procès devant la Cour d'appel

Lien conjugal initial des couples s'affrontant devant la Cour d'appel	Mariage		Concubinage		Structure de la population régionale	
	Homme	Femme	Homme	Femme	Homme	Femme
Agriculteurs	1,4% (3)	0,5% (1)	1,1% (1)	0% (0)	3,2%	1,3%
Artisans, commerçants, chefs d'entreprise	15,0% (32)	1,4% (3)	7,8% (7)	2,2% (2)	6,2%	2,6%
Cadres et professions supérieures et intellectuelles	15,0% (32)	6,6% (14)	2,2% (2)	2,2% (2)	11,9%	6,4%
Professions intermédiaires	7,0% (15)	11,7% (25)	6,7% (6)	6,7% (6)	18,6%	18,6%
Employés	10,8% (23)	46,5% (99)	15,6% (14)	42,2% (38)	8,5%	36,1%
Ouvriers	39,4% (84)	7,5% (16)	45,6% (41)	6,7% (6)	36,4%	10,3%
Sans activité professionnelle (sans emploi, au foyer)	11,3% (24)	25,8% (55)	21,1% (19)	40,0% (36)	15,1%	24,8%
TOTAL	100% (213)	100% (213)	100% (90)	100% (90)	100%	100%

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel et INSEE, chiffres clés de la région Pays de la Loire « évolution et structure de la population » au 1^{er} Janvier 2010.

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009 ayant pour objet la prise en charge des enfants, N=303. Enquête INSEE : population régionale de plus de 15 ans (sans les retraités).

Lecture : La part des hommes ouvriers devant la Cour d'appel chez les couples concubins s'élève à 45,6%.

La surreprésentation des catégories populaires dans les affaires opposant des couples concubins laisse supposer que les justiciables ayant vécu en union libre disposent de revenus moins élevés que les justiciables s'étant engagés dans un mariage. En effet, si le revenu moyen des femmes divorçantes engagées dans un procès en appel n'est que légèrement supérieur à celui des femmes ayant vécu maritalement (1.150 euros contre 980 euros), la comparaison du revenu moyen des hommes divorçants avec celui des hommes rompant une relation hors mariage révèle un écart nettement plus important (1.995 euros pour les premiers contre 1.290 euros pour les seconds). De manière plus détaillée (voir tableau 38), on observe

une concentration des populations masculines et féminines ayant vécu hors mariage parmi les bas revenus et une quasi absence de ces populations parmi les plus hauts revenus. Si on observe sensiblement les mêmes tendances pour les femmes divorçants, la composition de la population masculine chez les divorçants en termes de niveau de revenus est davantage diversifiée avec notamment près d'un quart (23,4%) des hommes divorçants ayant un revenu supérieur à 2.000 euros.

Tableau 38. Niveau de revenu⁵⁷⁷ des ex-concubins et des divorçants engagés dans un procès devant la Cour d'appel

Lien conjugal initial des couples s'affrontant devant la Cour d'appel	Mariage		Concubinage	
	Homme	Femme	Homme	Femme
Niveau de revenus des justiciables				
Moins de 1000 euros	22,1% (47)	51,6% (110)	40,0% (36)	58,9% (53)
De 1000 à 1500 euros	30,5% (65)	32,9% (70)	41,1% (37)	36,7% (33)
De 1501 à 2000 euros	23,9% (51)	8,0% (17)	11,1% (10)	3,3% (3)
De 2001 à 3000 euros	10,3% (22)	5,6% (12)	5,6% (5)	1,1% (1)
Plus de 3000 euros	13,1% (28)	1,9% (4)	2,2% (2)	0,0 % (0)
TOTAL	100% (213)	100% (213)	100% (90)	100% (90)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009 ayant pour objet la prise en charge des enfants, N=303.

Lecture : La part des hommes ayant un revenu inférieur à 1000 euros devant la Cour d'appel chez les couples concubins s'élève à 40,0%.

La variable « niveau de revenus des justiciables » s'avère également féconde pour différencier le contenu des procès en appel des divorçants et des ex-concubins. En effet, alors que l'on sait que, devant la Cour d'appel, les hommes mettant fin à un concubinage sont nettement moins dotés financièrement que leurs homologues divorçants, il convient d'appréhender de quelle manière le niveau de revenus du conjoint peut d'une certaine manière déterminer l'objet du procès en appel concernant la prise en charge des enfants. Le tableau suivant vise justement à observer les relations pouvant être établies entre le niveau de revenus du conjoint et le contenu du procès en appel quant aux questions notamment des prises en charge matérielle et relationnelle des enfants. Pour ce qui est des questions de la prise en

⁵⁷⁷ Dans les revenus, nous intégrons les revenus salariaux déclarés au fisc, les revenus du patrimoine et les transferts sociaux (allocation chômage, minima sociaux et prestations logements) exceptés les prestations familiales qui se trouvent être, dans de nombreux procès, intégrées au conflit judiciaire.

charge matérielle des enfants, d'une manière générale, la question de la fixation d'une contribution alimentaire domine les débats judiciaires et est soulevée comme moyen d'appel dans une majorité d'affaire et ce, quelque soit le niveau de revenu du père. Néanmoins, logiquement, on observe une place moins importante du débat judiciaire autour de la prise en charge matérielle des enfants dans les affaires où le niveau de revenu du père est en deçà de 1500 euros. Sur les questions de la prise en charge relationnelle des enfants, la tendance est totalement inversée et nettement plus significative. Ainsi, moins le niveau de revenu du père est élevé et plus la place réservée aux questions de garde, de droit de visite et d'hébergement et dans une moindre proportion d'autorité parentale dans le débat judiciaire en appel est importante. A titre d'exemple, dans les affaires où le père dispose d'un revenu mensuel inférieur à 1.000 euros, le débat judiciaire en appel porte sur la question de la garde des enfants dans plus de la moitié des cas tandis que pour les affaires où le père a un revenu mensuel supérieur à 3.000 euros, une remise en cause du mode de garde devant la Cour d'appel n'intervient que dans moins d'un quart de ces affaires (23,3%).

Tableau 39. Les moyens soulevés dans les procès en appel ayant pour objet la prise en charge des enfants selon le niveau de revenu du père

Moyens soulevés par les parties	Pension alimentaire	Type de garde (à la mère, au père ou alternée)	Droit de visite et d'hébergement du parent non gardien	Autorité parentale	Mesures d'instruction	TOTAL
Revenu mensuel du père						
Moins de 1000 euros	60,2% (50)	51,8% (43)	44,6% (37)	8,4 % (7)	14,5% (12)	100% (83)
De 1000 à 1500 euros	75,5% (77)	49,0% (50)	25,5% (26)	6,9% (7)	16,7% (17)	100% (102)
De 1501 à 2000 euros	82,0% (50)	39,3% (24)	19,7% (12)	0,0% (0)	9,8% (6)	100% (61)
De 2001 à 3000 euros	88,9% (24)	29,6% (8)	7,4% (2)	0,0% (0)	0,0% (0)	100% (27)
Plus de 3000 euros	83,3% (25)	23,3% (7)	6,7% (2)	0,0% (0)	10,0% (3)	100% (30)
Total	74,6% (226)	43,6% (132)	26,1% (79)	4,6% (14)	12,5% (38)	100% (303)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009 ayant pour objet la prise en charge des enfants, N=303.

Lecture : Parmi les affaires où l'homme a un revenu inférieur à 1000 euros, la part de celles où la question de la garde des enfants est soulevée comme moyen d'appel s'élève à 51,8%.

Ainsi, pouvons-nous faire le parallèle entre ces tendances et celles présentées juste avant, ces dernières révélant que les couples concubins s'affrontaient devant la Cour d'appel davantage sur la dimension relationnelle de la prise en charge des enfants que leurs homologues divorçants. Le parallèle peut d'autant plus être établi qu'une très nette majorité des concubins (hommes et femmes confondus) disposent d'un faible niveau de revenus. Les diverses données chiffrées exposées ici, ont permis de mettre en relief une forme de différenciation sociale des affrontements judiciaires devant la Cour d'appel autour de la prise en charge des enfants. Cette différenciation sociale des débats judiciaires autour de l'enfant se joue également à un autre niveau, dans le travail d'écriture des conseils juridiques visant à mettre en perspective tant les différentes qualités et compétences parentales de leur client que les carences et « incompétences » parentales de la partie adverse.

1.3. Les traductions judiciaires déployées pour qualifier les relations parents-enfants

Les débats judiciaires devant la Cour d'appel autour de la prise en charge relationnelle des enfants se distinguent également par les stratégies déployées par les conseils juridiques pour demander un transfert de la résidence des enfants, un élargissement ou une restriction du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien, ou une révision de la décision ayant entériner les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Rappelons que, pour les affrontements judiciaires parentaux étudiés, les juges de première instance ont très majoritairement fixé la résidence des enfants chez la mère (71,0%) et très peu accordé une résidence alternée (5,0%). Aussi, de manière générale une majorité de pères (56,1%) est à l'origine de la procédure d'appel pour demander à la Cour une résidence alternée, le transfert de la résidence des enfants à leur domicile, ou encore l'élargissement de leur droit de visite et d'hébergement. Mais, il demeure qu'une part importante de mères initie la procédure d'appel, notamment lorsque le juge de première instance a accordé la mise en place d'une résidence alternée⁵⁷⁸ ou pour voir restreindre ou supprimer le droit de visite et d'hébergement du père. Pour autant, ces perspectives générales ne s'appliquent pas de la même manière selon les milieux sociaux d'origine des justiciables. Au préalable, il semble important de rappeler que

⁵⁷⁸ Dans 86,7% des affaires d'appel où le juge de première instance a entériné une résidence alternée, la mère s'est portée appelante de la décision.

les données chiffrées dont on dispose ne suffisent pas pour en généraliser leur portée mais permettent néanmoins d'esquisser des tendances qui paraissent saillantes.

1.3.1. La recomposition des relations parents-enfants au cœur du débat judiciaire

Alors que les décisions ayant fait l'objet d'un appel ont fixé la résidence des enfants chez le père dans 24,0% des cas, les hommes appartenant à la catégorie « cadres et professions supérieures et intellectuelles » ne sont que 14,7% à s'être vu fixer la résidence des enfants à leur domicile. La part des pères ouvriers pour lesquels les juges de première instance ont fixé la résidence à leur domicile est pratiquement deux fois plus importante (26,7%). Cette tendance est encore plus nette si l'on regarde la profession de la mère. Ainsi, pour les couples où la femme appartient à la catégorie « cadres et professions supérieures et intellectuelles », la résidence des enfants est fixée au domicile du père dans la décision de première instance dans 12,5% des cas tandis que pour les couples où la femme est employée ou ouvrière, la résidence des enfants au domicile du père est fixée par les juges de première instance dans de plus larges proportions (31,8% pour les ouvrières et 26,1% pour les employées). Par contre, le faible niveau des fixations de la résidence des enfants au domicile du père dans les milieux favorisés est contrebalancé par les plus fortes proportions de résidence alternée entérinée en première instance. Alors que parmi l'ensemble des affaires présentées devant la Cour d'appel concernant la prise en charge relationnelle des enfants, la part de résidence alternée n'est que de 5,0%, cette part s'élève à 10,9% chez les hommes appartenant à la catégorie « cadres et professions supérieures et intellectuelles » et à seulement 2,8% chez les ouvriers. Du point de vue des femmes, on n'observe aucune résidence alternée chez les ouvrières et les employées alors que la part de résidence alternée chez les femmes appartenant aux catégories « cadres et professions supérieures et intellectuelles » et « professions intermédiaires » s'élève respectivement à 18,8% et 16,1%. Au final, on comprend dès lors que les enjeux du débat judiciaire devant la Cour d'appel vont se distinguer selon l'appartenance sociale des justiciables. Dans les catégories sociales supérieures et intermédiaires, l'enjeu du débat sera pour le parent non gardien – à savoir le plus souvent le père – moins le transfert de la résidence des enfants que la mise en place d'une résidence alternée ou du moins d'un élargissement de son droit de visite et d'hébergement. Par contre, dans ces milieux sociaux, lorsqu'une résidence alternée entérinée par la décision de première instance se trouve au centre du débat judiciaire en appel, la mère est très majoritairement à l'origine de la procédure

d'appel pour voir transférer la résidence des enfants à son domicile. En milieu populaire, l'affrontement judiciaire semble plus radical dans le sens où le parent non gardien – père ou mère confondus – demandera très souvent, en premier lieu à la Cour d'appel de transférer la résidence des enfants à son domicile et seulement subsidiairement, de mettre en place une résidence alternée. Par ailleurs, on retrouve également, en milieu populaire, de nombreux procès où l'enjeu du débat judiciaire se limite exclusivement au droit de visite et d'hébergement du parent non gardien, ou, dans de moindre proportion sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Dans ces configurations de procès, les mères sont le plus souvent à l'initiative de la procédure d'appel et demandent à la Cour de limiter le droit de visite et d'hébergement du père voire de demander à ce que celui-ci s'exerce dans un lieu d'accueil spécialisé. Elles sont également très majoritairement à l'initiative des procédures d'appel visant à ce que la Cour d'appel leur attribue l'exercice exclusif de l'autorité parentale. A l'opposé, les pères de milieu populaire sont davantage à l'initiative des procès en appel ayant pour objectif d'élargir leur droit de visite et d'hébergement, notamment en réformant la décision de première instance qui leur impose de rencontrer leur(s) enfant(s) dans un lieu d'accueil encadré.

1.3.2. La mise en perspective des « compétences » et « carences » parentales dans les écritures d'appel

Les principales stratégies judiciaires des conseils juridiques pour qualifier et décrire les relations entre chacun des parents avec les enfants se déploient dans le travail d'écriture des conclusions d'appel à travers l'usage de registres argumentatifs spécifiques. En effet, bien qu'il existe différentes manières pour appréhender le travail de rédaction des conclusions d'appel chez les avoués et leurs collaboratrices (du fait notamment de trajectoires sociales et professionnelles distinctes – cf. chapitre 5), nous avons relevé onze types d'arguments ou de registres de justification⁵⁷⁹ invoqués régulièrement dans les écritures d'appel des avoués à la Cour. Ces arguments servant à nourrir la défense du client au nom duquel sont rédigées les conclusions, sont de deux sortes. Les premiers utilisés sous deux facettes visent directement à qualifier les attitudes et comportements des deux parents : soit mettre en avant les mérites, compétences et qualités parentales du client, soit, au contraire, disqualifier la partie adverse, en arguant des « difficultés », des « carences », des formes de « démerite » ou des

⁵⁷⁹ Retière Jean-Noël, « En retard pour l'aide d'urgence ... Analyse de courriers de demandeurs (FUS 1998) », *Revue française des affaires sociales*, n°1, 2001, p.167-183.

« inaptitudes » parentales. Pour cette première dimension, nous avons relevé huit principaux arguments : le respect de la place de l'autre parent aux côtés des enfants, autrement dit le respect du principe de coparentalité, l'usage que les deux parents font de la parole de l'enfant (manipulation ou détournement de cette parole), les efforts de chaque parent – et ce malgré notamment des contraintes professionnelles – pour se rendre disponible auprès des enfants, les conditions d'accueil dans chaque foyer parental, les compétences en matière de suivis éducatif, scolaire et sanitaire des enfants, le type de relations entretenues par chaque parent avec les enfants (exemple : relation d'autorité, de « laisser-faire », etc.), la dangerosité d'un parent pour les enfants du fait de comportements déviants ou pathologiques (consommation de produits stupéfiants, alcoolisme, maladie ou fragilité mentale, comportements violents, etc.), et l'« état » des mœurs de chaque parent.

La seconde catégorie d'arguments soulevés par les avoués pour défendre la position de leur client auprès des enfants, sont d'ordre contextuel. Ces arguments sont principalement utilisés lorsque la question de la résidence des enfants est au centre du débat judiciaire. Par ces arguments, il s'agit moins de disqualifier l'autre parent – même si ces arguments peuvent parfois être utilisés indirectement à cette fin – que d'utiliser des éléments du contexte familial pour maintenir ou modifier la résidence des enfants. Pour cette catégorie, trois principaux arguments sont invoqués par les avoués : la distance géographique entre les deux foyers parentaux (ex : une trop grande distance entre les deux foyers parentaux est présentée comme un frein à la mise en place d'une résidence alternée), la durée d'application du mode de garde remis en cause en appel (le fait, par exemple, que les enfants aient vécu pendant de nombreuses années dans le même foyer parental justifierait le maintien de la résidence des enfants dans ce foyer), et la conflictualité des relations parentales (dans cette perspective, le maintien de relations conflictuelles entre les parents ne permettraient pas de s'engager dans une résidence alternée). Ces arguments sont surtout utilisés par les avoués lorsqu'ils défendent le parent gardien. Ils sont essentiellement utilisés au service d'une même logique argumentative : maintenir les enfants dans une forme d'« équilibre psychologique et affectif » pour justifier le mode de garde fixé en première instance.

A la lecture d'une cinquantaine de conclusions d'appel traitant de la prise en charge relationnelle des enfants de couples parentaux s'affrontant devant la Cour d'appel, il apparaît que les avoués et leurs collaboratrices, d'une part, ne déploient pas les mêmes arguments et d'autre part, ne donnent pas la même signification sociale aux mêmes types d'arguments investis selon la position sociale des justiciables. Autrement dit, s'il n'existe pas de modèle

type de défense, on retrouve néanmoins dans la « cuisine » argumentative des avoués et de leurs collaboratrices, des formes de régularité dans l'usage de certains arguments distinguant par là-même les conclusions d'appel des parents de milieux populaires et celles des parents à fort capital culturel et économique.

1.3.3. Le « lissage » du conflit parental opposant les couples à fortes ressources culturelles et économiques

Pour les parents à fortes ressources culturelles et économiques, alors qu'en première instance la résidence des enfants a été majoritairement fixée au domicile maternel, on observe des pères demander à la Cour d'accroître le temps de leur présence auprès des enfants en sollicitant l'élargissement de leur droit de visite et d'hébergement ou l'organisation d'une résidence alternée. A la lecture des conclusions d'appel des parents à fort capital culturel et économique, il apparaît que les avoués ont tendance à utiliser tant les arguments d'ordre contextuel que ceux visant à qualifier les attitudes ou comportements parentaux. Surtout, pour ces derniers arguments, les avoués privilégient très souvent dans leurs écrits les arguments visant à qualifier les compétences du parent qu'ils représentent et limitent au contraire ceux visant à disqualifier l'autre parent malgré très souvent les demandes de leur client. Lorsqu'ils représentent les pères de milieu favorisé, les avoués veillent ainsi à respecter le rôle de la mère et plus généralement le principe de coparentalité en montrant une volonté de maintenir des rapports privilégiés des enfants avec les deux parents. En même temps, ils manquent rarement de souligner que la mère ne joue pas toujours le jeu de la coparentalité. Il s'agit souvent de la principale critique adressée à la mère. Les principaux arguments déployés par les avoués pour défendre ces pères se concentrent sur les efforts réalisés par ces derniers pour se rendre disponible auprès des enfants et ce, malgré de fortes contraintes professionnelles, sur les différentes compétences du père pour prendre en charge les enfants notamment sur un plan scolaire, ou encore sur le cadre de vie proposé par le foyer du père. Ces registres argumentatifs visent à montrer ou à mettre en scène l'épanouissement de l'enfant auprès du père. D'ailleurs, il n'est pas rare que dans ces débats judiciaires, les enfants soient sollicités ou sollicitent eux-mêmes les juges d'appel pour être entendus dans le cadre d'une audition. A l'opposé, les avoués défendant les mères à fort capital culturel et économique construisent leur trame argumentative de manière à mettre en évidence la disponibilité de la mère auprès des enfants et, très souvent, des conditions de travail ou des sacrifices professionnels effectués par celle-ci au moment de la vie commune (en s'engageant par exemple dans un temps

partiel) permettant de disposer de temps plus importants auprès des enfants. Cet argument central s'articule avec le respect par la mère du principe de coparentalité. Il s'agit pour les avoués de montrer que la mère, malgré un rapport privilégié avec les enfants, respecte la place du père auprès des enfants et qu'elle met tout en œuvre pour que les décisions scolaires, sanitaires, etc. soient prises d'un commun accord. Les avoués représentant les mères utilisent également l'argument du maintien de la résidence au domicile de la mère afin d'assurer aux enfants un équilibre, une stabilité affective ou encore un épanouissement. Enfin, que ce soit dans les conclusions du père ou de la mère, la question de la distance entre le foyer paternel et le foyer maternel est très souvent placée au centre du débat judiciaire. Ce sont, en effet, parmi ces couples parentaux que l'on observe les distances les plus importantes entre les deux foyers du fait notamment de mobilité professionnelle intervenue au moment ou suite à la séparation. L'argument est principalement utilisé par les avoués des mères pour rejeter la demande des pères sollicitant une résidence alternée ou l'élargissement de leur droit de visite et d'hébergement. De part la distance importante entre les deux foyers parentaux, elles invoquent ainsi l'impossibilité de maintenir un ancrage scolaire des enfants, du coût économique ou du caractère déstabilisant pour les enfants des transferts de résidence.

Pour les quelques conflits présentés par les avoués comme exacerbés dans ces milieux sociaux favorisés, on retrouve des trames argumentatives se déployant autour d'approche critique des compétences parentales de l'autre parent. Mais là aussi, les défenses proposées par les avoués se limitent à des registres argumentatifs spécifiques. Les pratiques éducatives (investissement scolaire, participation aux loisirs des enfants, etc.) de chaque parent et la dangerosité d'un parent pour les enfants du fait de comportements davantage décrits comme pathologiques que déviants (addiction à l'alcool, maladie ou fragilité mentale) sont particulièrement utilisés par les avoués représentant indistinctement les mères ou les pères pour, par exemple, demander un transfert de résidence ou rejeter un élargissement du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien. Au contraire, les arguments ayant trait aux conditions matérielles d'accueil des enfants ou aux mœurs des parents ne sont quasiment jamais invoquées dans les conclusions d'appel des parents à fort capital culturel et économique.

Pour illustrer les logiques argumentatives déployées par les avoués pour appuyer les demandes de leur client à fortes ressources culturelles et économiques concernant la prise en charge relationnelle des enfants, prenons l'exemple du procès en appel opposant les ex-concubins Françoise Lenoir et Sébastien Rivière. Au moment où la Cour d'appel a rendu sa

décision en Juin 2009, Françoise, professeur des écoles est âgée de 31 ans et habite une ville chef lieu de département tandis que Sébastien, âgé de 36 ans occupe un poste de directeur adjoint d'un établissement de santé, et réside dans une ville moyenne à plus d'une centaine de kilomètres du domicile de Françoise. Hugo, âgé de 3 ans au moment du procès d'appel de ses parents, est le seul fils issu du couple. Sébastien et Françoise ont vécu ensemble depuis 2001 et se sont pacés en 2003. La séparation du couple est intervenue en Mars 2008. Françoise a quitté alors le domicile familial et a déposé, à la fin du mois du mars, par l'intermédiaire d'un avocat, une requête devant le juge aux affaires familiales afin que soit entériné un exercice conjoint de l'autorité parentale et soient fixés la résidence principale d'Hugo à son domicile, un droit de visite et d'hébergement classique pour le père et une contribution alimentaire du père à l'entretien et l'éducation d'Hugo à hauteur de 300 euros par mois. Suite à la séparation du couple et alors que la procédure judiciaire devant le J.A.F. était engagée, une forme de résidence alternée a été progressivement mise en place, Hugo séjournant successivement trois à quatre jours chez chacun de ses parents. Avant que n'intervienne l'audience de plaidoirie, Sébastien s'est vu proposer une mutation professionnelle dans une ville à une centaine de kilomètres du domicile familial pour prendre la direction adjointe d'un établissement de santé. Suite à cet événement, la résidence alternée n'était plus effective et chacun des parents sollicitait la fixation de la résidence d'Hugo à son domicile. Fin juillet 2008, le juge aux affaires familiales, retenant une plus grande disponibilité de la mère pour prendre en charge au quotidien Hugo, fixait la résidence de l'enfant au domicile maternel et pour des raisons d'éloignement géographique prévoyait un droit de visite et d'hébergement classique (un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires) pour le père lequel devait contribuer à l'entretien de l'enfant à hauteur de 260 euros par mois. Sébastien avant d'attendre le rendez-vous prévu avec son avocat pour échanger sur l'opportunité d'engager une procédure devant la Cour d'appel pour obtenir que la résidence d'Hugo soit fixée à son domicile, prenait l'initiative de se rapprocher de l'Etude de Maître Durand à la mi-septembre pour engager une procédure d'appel. Sébastien, déjouant les règles habituelles du mandatement de l'avoué, trouvait une écoute favorable auprès de la collaboratrice de l'Etude, Anne-Laure, avec qui, finalement, il échangeait régulièrement notamment par voie écrite. Disposant de ressources rédactionnelles, il envoyait à la collaboratrice ses observations écrites et de multiples pièces et attestations de proches (amis, voisins, famille) à toutes les étapes charnières de la procédure d'appel. Les pièces qu'apportaient Sébastien pour nourrir ses demandes devant la procédure d'appel avaient pour objectif d'appuyer une demande de transfert de résidence en s'appuyant

sur l'argument selon lequel la mère ne respecterait pas le principe de coparentalité. Par contre, les attestations rédigées par des amis et des membres de la famille proche (frère et sœur, parents) et transmises par Sébastien posaient problème à la collaboratrice pour articuler sa trame argumentative. Ces attestations, disqualifiant le rôle joué par Françoise auprès d'Hugo, n'allaient pas être versées aux débats judiciaires par Anne-Laure pour ne pas risquer de voir la critique portée à la mère – quant au fait qu'elle ne respecterait pas le rôle de l'autre parent – renvoyée au père. Si dans les premières conclusions d'appel, la collaboratrice a accompagné la demande du client pour voir transférer la résidence d'Hugo, face au poids de l'argument de la distance géographique entre les deux foyers parentaux soulevé par la mère en première instance et renouvelé en appel, à la jurisprudence très restrictive de la Cour en matière de transfert de résidence et de résidence alternée dans ce type de configuration familiale et surtout face à l'audition d'Hugo par un psychiatre entérinant le fait qu'il n'existait « *aucune perturbation* » chez celui-ci depuis l'organisation résidentielle mise en place par la décision en première instance, Anne-Laure conseillait à son client de revoir ses demandes et de solliciter plutôt un droit de visite et d'hébergement élargi devant la Cour d'appel. D'une certaine manière, la collaboratrice va lisser la position tenue par son client pour que les demandes présentées devant la Cour soient soutenables mais surtout qu'elles aient une chance de prospérer. Finalement, les dernières écritures produites au nom de Sébastien allaient proposer une trame argumentative centrée sur le rôle bénéfique et la disponibilité du père auprès d'Hugo et, par là-même écarter les arguments proposés par Sébastien visant à disqualifier la mère.

Extrait des conclusions d'appel prises au nom de Sébastien Rivière le 27 Janvier 2010 :

« 1) Sur l'autorité parentale

Le jugement du Juge aux Affaires Familiales du Tribunal de Grande Instance de ... du 24 Juillet 2008 sera confirmé sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

2) Sur la résidence habituelle de l'enfant

Il sera donné acte à Monsieur RIVIERE que dans une volonté d'apaisement et de dialogue, il ne sollicite plus que la résidence d'Hugo soit fixée à son domicile.

3) Droit de visite et d'hébergement

Du fait de la disponibilité de Monsieur RIVIERE et l'attachement réciproque entre lui et son fils, il souhaite obtenir un droit de visite et d'hébergement élargi.

Il importe de rappeler que Monsieur RIVIERE a toujours été disponible pour son fils.

Avant la séparation, Monsieur RIVIERE s'était toujours occupé d'Hugo depuis sa naissance, ainsi le Juge aux Affaires Familiales a noté que Monsieur RIVIERE s'est très largement

investi dans l'éducation d'Hugo et ce, dès sa naissance (attestations de Mesdames ... - pièces 9, 14, 19, 25, 29, 46, 48 et 33).

Il s'en occupait le matin et le soir lorsque Madame LENOIR revenait à la maison ; Monsieur RIVIERE donnait le bain, donnait à manger et couchait Hugo tous les jours.

Monsieur RIVIERE se rendait disponible pour emmener Hugo à la crèche vers 9 heures, c'est-à-dire systématiquement après le réveil d'Hugo.

Il allait chercher Hugo lorsque Madame LENOIR avait des réunions.

De plus, elle avait de l'école un samedi sur deux et c'est Monsieur RIVIERE qui gardait leur enfant.

Il convient également de rappeler que Monsieur RIVIERE a une disponibilité en matière d'horaires avec les journées RTT et la libre organisation de son travail dont il dispose dans son poste (cf. attestation du Directeur de l'Hôpital), outre quinze jours par an en cas de maladie d'un enfant comme tout fonctionnaire hospitalier.

Il est établi que Monsieur RIVIERE a toujours été et pleinement disponible pour son fils et pleinement investi dans l'intérêt de son fils, dans son rôle de père et qu'il existe un lien fort entre Hugo et Monsieur RIVIERE.

A cet égard, l'expert souligne qu'Hugo exprime à de multiples reprises son souhait d'être avec Monsieur RIVIERE et son besoin de prolonger les instants de partage qu'il passe avec lui.

Hugo s'est immédiatement plu dans le logement de Monsieur RIVIERE et dans l'environnement de celui-ci.

Hugo s'épanouit pleinement auprès de Monsieur RIVIERE et auprès des voisins et des enfants de ceux-ci, des membres de la famille de Monsieur RIVIERE (cf. les attestations produites).

Des droits de visite et d'hébergement élargis permettraient à Hugo de retrouver un cadre et des activités qu'il apprécie et permettraient une véritable contribution de Monsieur RIVIERE à son éducation.

Ainsi, d'ailleurs, Hugo apprécie parler avec Monsieur RIVIERE de ses activités à l'école, de partager avec lui ses progrès scolaires.

Le fait pour Hugo de pouvoir passer plus de temps avec Monsieur RIVIERE, qui plus est dans un cadre où il est heureux, ne peut être que favorable à son épanouissement.

La Cour de céans fera donc droit à la demande présentée par Monsieur RIVIERE tendant à l'élargissement de ses droits de visite et d'hébergement tel qu'exposé au dispositif des présentes. »

1.3.4. La présentation d'un conflit parental cristallisé en milieu populaire

Pour les parents de milieu populaire, si comme l'avait déjà montré Claude Martin à la fin des années 1990, les rapports parentaux suite à la séparation se maintiennent dans le conflit ou se tarissent avec au final la disparition des relations du parent non gardien – très majoritairement le père – avec les enfants⁵⁸⁰. En effet, de nombreuses situations où le parent

⁵⁸⁰ Martin Claude, op. cit., p.227

non gardien n'exerce plus ou seulement de manière ponctuelle son droit de visite et d'hébergement et où les deux parents se trouvent dans des situations de précarité économique sont présentées aux juges d'appel. Si pour ces parents, la question de la prise en charge matérielle des enfants (contribution alimentaire du parent non gardien) est toute aussi centrale dans les débats judiciaires devant la Cour d'appel que pour les procès opposant les parents aux fortes ressources économiques et culturelles, il est à noter que la précarité des économies domestiques de ces parents conduit notamment à des déplacements de l'affrontement judiciaire autour de la question de la prise en charge relationnelle des enfants. Face à la fragilité des économies domestiques notamment de nombreux parents non gardien se trouvant en incapacité de verser une pension alimentaire supérieure à l'Allocation de Soutien Familial et ne versant pas de fait la pension alimentaire fixée antérieurement par le juge aux affaires familiales, on assiste à des affrontements judiciaires devant la Cour d'appel, le plus souvent engagés par le parent gardien pour voir supprimer ou limiter le droit de visite et d'hébergement du parent non gardien, voire solliciter l'exercice exclusif de l'autorité parentale.

En milieu populaire, la question de la fixation de la résidence des enfants est très souvent centrale dans le procès en appel puisque celle-ci intervient dans près d'un procès sur deux. On peut expliquer cette tendance par le fait que les affaires présentées devant la Cour d'appel sont, d'une certaine manière, atypiques par rapport aux observations qui ont pu être établies par diverses enquêtes⁵⁸¹ sur les séparations parentales en milieu populaire. Ces enquêtes ont ainsi montré qu'en milieu populaire, la résidence principale de l'enfant est très majoritairement fixée au domicile maternel et la résidence alternée reste très peu pratiquée. Dans ces perspectives, ce serait dans les milieux les moins favorisés où l'on observerait une distinction des rôles sexuels plus traditionnelle⁵⁸² et, où les pères seraient les moins enclins à répondre aux normes contemporaines de « bonne parentalité » ou de « bonne paternité ». S'il demeure que devant la Cour d'appel la pratique de la résidence alternée est très peu observée pour les couples parentaux de milieu populaire, par contre, la part des affaires où le père a obtenu que la résidence des enfants soit fixée à son domicile est particulièrement élevée (25,5% contre, à l'échelle nationale et tous milieux sociaux confondus, seulement 7% pour les

⁵⁸¹ Martin Claude, *op. cit.* ; Cadolle Sylvie, *Etre parent, être beau-parent, La recomposition dans la famille*, Paris, Odile Jacob, 2000 ; Cadolle Sylvie, « C'est quand même mon père ! La solidarité entre père divorcé, famille paternelle et enfants adultes », *Terrain*, n°45, 2005, p.83-96. ; Martial Agnès, « Paternités contemporaines et nouvelles trajectoires familiales », *Ethnologie française*, Vol. 42, 2012, p.105-116.

⁵⁸² Schwartz Olivier, *Le monde privé des ouvriers. Hommes et femmes du Nord*, *op. cit.*

pères divorcés et 8% pour les pères non mariés⁵⁸³). Pour expliquer cette tendance devant la Cour d'appel, on relève une forme de concentration des procès en appel initiées par les mères où les juges de première instance ont fixé la résidence des enfants au domicile paternel et ont retenu dans « leurs motivations », davantage des formes de « carences éducatives » de la mère et/ou une potentielle « mise en danger » des enfants au domicile maternel que des compétences de « maternage » établies du père. Plus généralement, dans les procès en appel opposant des parents de milieu populaire où la question de la résidence est au centre du débat judiciaire, les positions tenues par les deux parents se cristallisent foncièrement. Ainsi, pour le parent non gardien, il s'agit moins de négocier une résidence alternée que de solliciter directement le transfert de la résidence des enfants. Cette cristallisation des positions tenues par ces parents s'explique non seulement par des rapports parentaux se maintenant dans le conflit en dehors de l'espace judiciaire mais surtout par la traduction radicale de ces positions réalisée par les avoués et leurs collaboratrices dans le travail de rédaction des écritures d'appel. Comme pour les couples parentaux aux fortes ressources économiques et culturelles, nous nous intéresserons moins aux situations familiales objectives qu'à la manière dont les avoués retraduisent ces situations et arguent autour de celles-ci pour faire prospérer les demandes de leur client(e) devant la Cour d'appel.

Lorsque les avoués prennent en charge le procès en appel de parents de milieu populaire pour convaincre les juges d'appel de maintenir ou transférer la résidence des enfants, de supprimer, de restreindre ou d'élargir le droit de visite et d'hébergement du parent non gardien, ou encore d'attribuer l'exercice exclusif de l'autorité parentale, il apparaît que les registres de justifications mobilisées par les avoués se concentrent principalement sur les arguments visant tant à qualifier les différentes compétences parentales de la partie au nom de laquelle sont rédigées les écritures d'appel qu'à décrire, au contraire, les carences, les comportements déviants ou pathologiques de l'autre parent au procès. Les écritures d'appel prises au nom des justiciables de milieu populaire se distinguent nettement de celles prises au nom des justiciables aux fortes ressources économiques et culturelles. Autant, les premières vont participer à cristalliser le conflit opposant les parents en utilisant des registres de l'émotion et de la morale autant les secondes apparaissent particulièrement policées⁵⁸⁴. Les

⁵⁸³ Chaussebourg Laure et Baux Dominique, *L'exercice de l'autorité parentale après le divorce ou la séparation des parents non mariés*, Ministère de la Justice, 2007.

⁵⁸⁴ Nous nous sommes, ici, inspiré de la thèse développée par Estelle D'Halluin pour décrire les registres de justifications mobilisées par les membres des associations spécialisées dans la défense des demandeurs d'Asile pour rédiger leurs écritures devant la juridiction traitant des demandes d'asile : D'Halluin Estelle, *Les épreuves de l'asile. De la politique du soupçon à la reconnaissance des réfugiés*, Thèse de doctorat, Paris, EHESS, 2008.

critiques portées à la partie adverse et les traits trop vindicatifs des demandes des clients des milieux les plus favorisés sont très souvent estompés par les avoués pour ajuster les moyens soulevés aux demandes de leur client, très souvent limitées à des élargissements de droits de visite et d'hébergement ou à l'organisation d'une résidence alternée. Les demandes des parents de milieu populaire concernant la prise en charge relationnelle des enfants sont nettement plus radicales (transfert de résidence, suppression du droit de visite et d'hébergement, exercice exclusif de l'autorité parentale). Aussi, pour soutenir ces demandes, les avoués et leurs collaboratrices vont davantage utiliser le registre des émotions et restituer en détail certains faits participant à justifier l'argument de carences parentales ou de pratiques éducatives ou comportements déviants de la partie adverse.

Extrait des conclusions d'appel prises au nom de Madame TOUDIC le 27 Août 2006 (De l'union libre entre Madame TOUDIC, 24 ans, mère au foyer et Monsieur HOUSSIN, 26 ans, manutentionnaire en intérim, est né Miguel, âgé de 5 ans lors du procès en appel) :

« [...] Attendu que les faits qui se sont déroulés, lors de l'exercice du droit de visite et d'hébergement du père et ce en présence de sa mère, les 14 et 15 Janvier 2006, et qui ont gravement traumatisé l'enfant, justifient la prudence de suspendre le droit de visite et d'hébergement du père ;

Attendu, en effet, qu'au cours de cette fin de semaine, où Monsieur HOUSSIN exerçait son droit de visite et d'hébergement qui lui a été accordé par la précédente décision, la concluante a su que Monsieur HOUSSIN et sa mère ont, sans aucune nécessité, et alors que l'enfant n'était pas malade, pris sa température, et pour ce faire, ont apposé du beurre entre les fesses de l'enfant ;

Attendu que celui-ci, qui avait, en outre, instruction de ne rien dire à sa mère, en a été très affecté. »

De ce fait, les arguments à partir desquels les avoués construisent leurs écritures d'appel pour défendre les parents de milieu populaire se distinguent nettement de ceux investis par ces mêmes conseils juridiques pour appuyer les demandes des parents de milieu favorisé. S'ils utilisent également les arguments du non-respect du principe de coparentalité par l'autre parent et de la disponibilité « quantitative » et « qualitative » de chaque parent auprès des enfants, les avoués déploient plus particulièrement des arguments ayant trait aux conditions matérielles et morales d'accueil des enfants dans les deux foyers parentaux, aux compétences de chaque parent en matière de suivis éducatif, alimentaire et sanitaire des enfants, et surtout à des comportements déviants ou pathologiques de l'autre parent (consommation de produits stupéfiants, alcoolisme, maladie ou fragilité mentale, comportements violents, etc.). En fonction du parent au nom duquel sont prises les écritures d'appel, les registres argumentatifs déployés par les conseils juridiques ne sont pas tout à fait

identiques. Il est des arguments davantage utilisés dans les écritures d'appel prises au nom des pères et d'autres plus précisément invoqués pour la défense des mères. On retrouve ainsi des types d'arguments réitérés dans plusieurs conclusions d'appel prises au nom des pères de milieu populaire.

Les arguments déployés par les conseils des pères de milieu populaire

Un premier argument invoqué dans les écritures des pères est celui de l'effacement de la fonction paternelle auprès des enfants interprété comme la conséquence de différentes stratégies déployées par la mère pour rompre les relations entre les enfants et le père. L'obstruction de la mère à la relation entre les enfants et leur père, la manipulation des enfants par la mère, ou encore la substitution du père par le nouveau compagnon de la mère sont les principaux arguments invoqués par les conseils juridiques.

Extrait des conclusions prises au nom de Monsieur MENEZ (35 ans, ouvrier-boucher) en date du 17 février 2010 :

« Attendu que le concluant exerce aussi souvent que possible ses droits de visite et d'hébergement ce que Madame LERAY rend difficile par son attitude d'obstruction systématique.

Qu'ainsi pour les vacances de Noël 2009, le concluant l'avait avisé par courrier du 3 Novembre 2009 en y joignant le chèque de paiement de la pension.

Que Madame LERAY a encaissé ce chèque tout en prétendant ne pas avoir reçu de courrier !!!

Que le concluant a été contraint de déposer plainte.

Attendu que pour exercer ses droits de visite et d'hébergement en février 2010, le concluant a adressé le 5 Janvier 2010 une Lettre Recommandée avec Accusé de Réception à Madame LERAY.

Que Madame LERAY n'a pas réagi jusqu'au 10 février, jour au cours duquel elle a choisi d'envoyer un SMS au père du concluant pour lui dire qu'elle ne le laisserait pas exercer ses droits de visite et d'hébergement sans aucune explication.

Que le concluant s'est déplacé en vain le 12 février 2010 au domicile de Madame LERAY, y trouvant porte close.

Qu'il a dû se rendre à la gendarmerie.

Attendu que ces évènements de février 2010 constituent de nouveaux faits.

Qu'il en résulte que désormais Madame LERAY fait obstacle à toute relation entre Pauline et le concluant et entre Pauline et l'ensemble de sa famille paternelle.

Attendu que l'intérêt d'un enfant est de résider habituellement avec le parent le plus à même de respecter sa relation avec son autre parent »

Un autre argument relevé dans les conclusions d'appel des pères de milieu populaire est celui d'une présumée carence maternelle pour disposer d'une autorité sur les enfants. Tiré d'une conception traditionnelle de la répartition des rôles parentaux où le père disposerait d'une plus grande autorité sur les enfants, cet argument est utilisé dans une configuration familiale particulière, celle où la mère ne s'est pas remise en couple depuis la séparation d'avec le père des enfants et se retrouve ainsi seule à la tête d'une famille monoparentale. Ainsi, pour demander un transfert de la résidence des enfants au foyer paternel, il n'est pas rare de voir les avoués défendant les pères arguer un manque de contrôle de la mère sur les sorties et les relations des enfants, des pratiques éducatives sur le mode du « laissez-faire » de la part de la mère, ou encore une démission de la mère de ses responsabilités parentales.

Extrait des conclusions prises au nom de Monsieur HARDY (39 ans, chauffeur-routier) en date du 27 février 2006 :

« Attendu que le concluant se voit contraint de porter à la connaissance de la Cour le comportement irresponsable et la carence totale de Madame HARDY dans sa prise en charge des enfants ;

Attendu en effet, que le concluant a reçu deux messages récents dans lesquels Madame HARDY fait état de son incapacité à se faire obéir de Valentin et demande au concluant, en désespoir de cause, son aide.

Qu'ainsi, parlant de Valentin, elle informe qu' « il est odieux avec la nourrice et mamie ... et très violent ».

Qu'elle requiert l'aide du concluant en écrivant : « Alors si tu peux le raisonner, car pour moi, il se fout de moi, ricane », ajoutant, « Je ne supporterai pas ce genre de comportement très longtemps, alors un coup de pouce, STP »

Attendu que la carence éducative de Madame HARDY est si totale qu'elle fait part au concluant de ce que « Valentin n'a pas voulu aller à l'école ce matin, rien à faire... Têtu », ceci écrit sur un post-it avec points d'exclamation, d'interrogation...

Qu'il est évident que celle-ci se montre, dans ces circonstances, totalement incapable d'imposer une autorité aux enfants et ce, pas même pour contraindre un enfant de 8 ans d'aller normalement en classe ;

Attendu que le concluant est, à juste titre, excessivement inquiet de cette situation.

Que la mère semble, démissionner totalement de ses responsabilités parentales ;

Que, face à cette situation nouvelle, et en fonction de l'évolution du comportement de l'enfant Valentin, le concluant sollicite le transfert à son domicile de Valentin ».

La question des soins apportés aux enfants par la mère est un autre registre argumentatif largement utilisé par les avoués des pères de milieu populaire. Des carences maternelles sont ainsi invoquées quant à la manière dont les mères satisfont aux besoins alimentaires des enfants (« sous-nutrition », « mal bouffe », « obésité ») ou aux règles

d'hygiène (propreté des enfants, salubrité du domicile maternel). De manière moins récurrente, on retrouve également des critiques portées au suivi médical des enfants opéré par les mères.

Extrait des conclusions prises au nom de Monsieur SIMON (30 ans, menuisier) en date du 19 novembre 2008 :

« Attendu que Madame SIMON a une conception singulière de l'hygiène. Qu'elle fait ainsi reproche au concluant d'emmener leur fils chez un dentiste au prétexte qu'il avait des dents de lait et que des soins dentaires seraient superflus puisque des dents de lait tombent d'elles-mêmes...

Que cette singulière conception de l'hygiène se retrouve aujourd'hui puisque le concluant récupère les enfants cheveux gras, ongles longs et sales avec parfois des vêtements troués.

Attendu qu'il apparaît que Madame SIMON n'est pas plus soucieuse des autres besoins de l'enfant.

Qu'ainsi Théo doit aller et rentrer seul de l'école alors qu'il est trop jeune pour cela et de retour au domicile de Madame SIMON s'y retrouve sans la présence d'un adulte en attendant le retour de sa mère.

Attendu que Théo ne mange plus à la cantine scolaire depuis Avril 2008 ; qu'il est en surpoids : il a pris 6 kg en 5 mois, de Mars 2008 à début Août 2008 !

Attendu que le concluant est encore en droit de s'interroger sur la réelle capacité matérielle de Madame SIMON à assumer quotidiennement l'éducation des enfants.»

Enfin, pour disqualifier les capacités des mères de milieu populaire à prendre en charge les enfants, un dernier registre d'arguments utilisés par les avoués se situe à un niveau moral. Dans plusieurs conclusions d'appel prises au nom de pères, nous avons relevé au sein des trames argumentatives rédigées par les avoués la présence d'une forme de portrait de l'état des mœurs de la mère. Dans ces portraits, on y retrouve décrits et évalués les « fréquentations » amicales et intimes de la mère, la fréquence et les lieux de sorties de celle-ci, etc. Ce portrait est toujours articulé avec la question de la prise en charge quotidienne des enfants par la mère pour prouver *in fine* aux juges d'appel que les fréquentations ou l'instabilité maternelles n'offriraient pas des gages de « sécurité » et de « stabilité » pour les enfants au domicile maternel. Par ces procédés, les conseils juridiques tentent de mettre en exergue l'incapacité de la partie adverse à séparer « la vie de mère de famille » et « une vie sentimentale » et ce au détriment de « l'équilibre affectif des enfants ».

Extrait des conclusions prises au nom de Monsieur FRANCOIS (41 ans, ouvrier dans une société de nettoyage) en date du 7 juin 2007.

« Attendu qu'il n'est pas inutile de préciser que lors de leur rencontre, Madame POIRIER s'adonnait aux « paradis artificiels » et que le concluant a usé de toute l'influence qu'il pouvait avoir sur elle pour lui faire abandonner cette pratique.

Attendu que l'entourage familial et amical de Madame POIRIER est loin d'être irréprochable !
Qu'elle est très amie avec une demoiselle CHOUBEAU, de moralité douteuse, et dont le frère est présentement emprisonné, après avoir été condamné pour attouchements sexuels sur la personne de mineurs et trafics de stupéfiants,

Attendu que Madame POIRIER s'est montrée, elle-même, plus soucieuse de sorties et de plaisirs faciles, voire de relations adultérines, ainsi qu'il ressort d'un billet de sa main versé aux débats, que de ses enfants ;

Attendu qu'il est ainsi primordial pour ceux-ci, que la Cour ordonne le transfert de leur résidence au domicile du concluant ; »

Extrait des conclusions prises au nom de Monsieur DONTE (36 ans, manutentionnaire en intérim) en date du 23 mars 2009 :

« Attendu que Madame DONTE a simulé une stabilité sentimentale devant l'enquêteur social, affirmant ne plus avoir de contacts avec Monsieur CROISIER et partager une nouvelle relation avec un Monsieur BOURDON, rencontré en juin 2007 ;

Mais que ne lui en déplaise, cet enchaînement de relations, en moins de six mois, est déjà un gage d'instabilité, Madame DONTE semblant incapable de demeurer seule et multipliant les relations sentimentales ;

Et que ce comportement n'est pas sans répercussions sur les enfants qui se prennent d'affection pour une personne et, du jour au lendemain, la voient disparaître de leur entourage ;

Attendu, en effet, que si Monsieur BOURDON avait un logement distinct de celui de Madame DONTE, il n'en reste pas moins qu'il passait tout son temps avec cette dernière ;

Qu'il ressort des propos rapportés par Madame DONTE à l'enquêteur social que « Monsieur BOURDON s'est rapidement bien entendu avec les enfants et que la tendresse entre eux était mutuelle »

Et que la femme ajoutait aller se promener tous ensemble, le week-end et, notamment chez les parents de Monsieur BOURDON ;

Attendu qu'il est un fait que Madame DONTE a impliqué, dès l'origine, les enfants dans sa relation sentimentale, en leur présentant immédiatement son compagnon, en multipliant les sorties en sa compagnie plutôt que de protéger les enfants, en séparant sa vie de mère de famille, et sa vie sentimentale, encore trop instable ;

Et que les enfants, inéluctablement, se sont rapprochés de ce nouveau compagnon, l'ont même apprécié, avant que de voir leur mère s'en séparer une nouvelle fois ;

Attendu que Madame DONTE ne peut imposer ses échecs sentimentaux successifs à ses enfants, leur présenter un nouvel homme dans sa vie, partager du temps libre avec lui, envisager une vie commune, puis se séparer ;

Que la mère est incapable, en l'état de préserver ses enfants et de leur offrir un mode de vie stable et serein ;

Et que les enfants ne peuvent qu'être perturbés par l'instabilité affective de leur mère qui rejaillit, inévitablement sur eux ; »

En parallèle à ces arguments visant à disqualifier l'exercice du rôle parental joué par la mère, les conseils juridiques des pères déploient d'autres registres argumentatifs ayant pour objectif de qualifier et de justifier les compétences parentales du père. Ainsi, retrouve-t-on dans les écritures d'appel établies au nom des pères de milieu populaire de longs paragraphes

décrivant les conditions d'accueil au domicile paternel, les capacités éducatives du père pour prendre en charge les enfants et satisfaire leurs différents besoins. Il est, par ailleurs, intéressant de relever que de tels développements ne sont que très rarement observés dans les écritures d'appel prises au nom des pères issus de milieux favorisés.

Les arguments déployés par les conseils des mères de milieu populaire

Du côté des registres rhétoriques retenus dans les conclusions d'appel prises au nom des mères de milieu populaire, les arguments ayant trait aux qualités morales, aux compétences éducatives et au mérite de leur cliente sont largement utilisés par les avoués pour entériner devant la Cour d'appel une forme de prise en charge maternelle exclusive des enfants. Ce registre rhétorique est finalement utilisé tant pour les pères que pour les mères, et ce quelque soit le milieu social d'affiliation des justiciables, à l'exception près que pour les parents de milieu populaire, les arguments sont davantage portés sur les garanties morales du client pour prendre en charge l'enfant. Par ailleurs, le fait que le père ne respecte pas le principe de coparentalité et la question de la disponibilité paternelle sont comme pour les mères de milieux favorisés, deux arguments largement invoqués dans les écritures d'appel des mères de milieu populaire. Une nuance est à apporter sur l'usage du second argument dans les écritures prises au nom de ces mères. Le manque de disponibilité paternelle auprès des enfants (s'exprimant par exemple par le non exercice régulier du père de son droit de visite et d'hébergement) est moins interprété comme la conséquence de fortes contraintes professionnelles ou de conditions d'emploi précaires que comme un manque d'intérêt ou une forme d'abandon du père vis-à-vis des enfants. Ce type de registre rhétorique vient le plus souvent répondre à l'argument avancé par l'avoué du père selon lequel la mère ferait obstruction à l'exercice du droit de visite et d'hébergement du père.

Extrait des conclusions prises au nom de Madame BOILEAU (36 ans, mère au foyer) en date du 15 Janvier 2009.

« Attendu que le magistrat conciliateur avait accordé à Monsieur BOILEAU un droit de visite s'exerçant sur les enfants communs à son domicile librement, et à défaut d'accord tous les samedis après-midi de 14 heures à 18 heures ;

Sauf départ en vacances de la concluante, à charge pour le père de prendre et de ramener les enfants chez la mère ;

Mais qu'il est à noter que Monsieur BOILEAU n'exerce absolument pas le droit de visite à lui accordé, persistant à se désintéresser totalement des enfants ;

Que dès lors, ceux-ci ne sauraient en aucun cas demeurer dans l'attente, chaque samedi, d'une improbable venue du père aux fins d'exercice de son droit de visite ;

Qu'en effet, pareille organisation est incontestablement de nature à perturber fortement les enfants, puisque chaque semaine, l'indifférence complète de leur père à leur égard leur est cruellement rappelée par son absence, ce qui ne peut que nuire à leur équilibre affectif ;

Que bien évidemment, il n'est nullement établi, malgré ce que soutient fallacieusement Monsieur BOILEAU, que la concluante ferait obstacle à ce que celui-ci puisse entrer en contact avec ses enfants, et pour cause ;

Et que dans ces conditions, il s'impose de suspendre purement et simplement le droit de visite du père sur les enfants communs, sauf en tout cas à le réduire considérablement afin de limiter au mieux les effets néfastes du non exercice ; »

Par ailleurs, de multiples affaires opposant des couples de milieu populaire où la contribution alimentaire n'est pas versée par le père et où les liens des enfants à leur père se sont progressivement effacés est l'occasion pour l'avoué de la mère de solliciter la limitation du droit de visite et d'hébergement du père ou l'exercice exclusif de l'autorité parentale. Il invoque ainsi une situation de fait où le père ne prend plus en charge les enfants ni d'un point de vue matériel, ni d'un point de vue relationnel. Par là-même, les conseils juridiques ne tiennent pas compte qu'après une rupture conjugale, les attributs associés à l'identité masculine en milieu populaire (une figure d'autorité remise en cause, une prise en charge enfantine limitée très souvent à la transmission de savoir-faire professionnel couplée à une forme d'exclusion de la prise en charge domestique des enfants, etc.) et l'état des économies domestiques de ces pères rendent particulièrement difficile le maintien d'une coparentalité soutenue par le principe d'égalité et d'indistinction de sexe⁵⁸⁵.

Extrait des conclusions en date du 16 Octobre 2007, prises au nom de Madame LAINE (29 ans, sans emploi) ; cette dernière a vécu maritalement avec Monsieur RAVON (25 ans, sans emploi), deux enfants sont issus de cette union, âgés de 2 et 4 ans ;

« Attendu que Monsieur RAVON ne se préoccupe guère de la situation des enfants et n'a d'ailleurs jamais spontanément contribué à leur entretien.

Attendu que Monsieur RAVON ne s'est jamais occupé des enfants durant la vie commune, ni depuis lors ; qu'il ignore tout de leur rythme de vie ;

Que Monsieur RAVON n'a strictement aucune conscience des impératifs d'éducation et de soins pour les enfants.

Que Monsieur RAVON ne semble pas désireux de disposer d'un logement, préférant se faire héberger provisoirement par des amis dans des conditions incompatibles avec l'accueil de tous jeunes enfants (pas de lit, de table à langer, etc.)

Que la Cour de céans dira les droits de visite et d'hébergement de Monsieur RAVON réservés, subsidiairement que Monsieur RAVON exercera un seul droit de visite en point rencontre ; »

⁵⁸⁵ Jamoule Pascale, *Des hommes sur le fil. La construction de l'identité masculine en milieux précaires*, Paris, La découverte, 2005.

Face à une demande du père de réformer la décision de première instance afin de transférer la résidence des enfants au domicile paternel ou, subsidiairement pour entériner le principe d'une résidence alternée, les avoués des mères de milieu populaire s'interrogent dans leurs écritures sur les réelles motivations du père de voir modifier la fixation de la résidence des enfants. Ainsi, est très souvent mise en doute dans les écritures d'appel la volonté du père de voir transférer la résidence des enfants pour l'« intérêt », l'« épanouissement » ou encore, l'« équilibre » des enfants. Les avoués des mères arguent, au contraire, un intérêt pécuniaire sous-jacent à cette demande de transfert de résidence. Dans cette perspective, la demande du père est interprétée comme une alternative pour ne pas avoir à régler une contribution alimentaire pour l'entretien et l'éducation des enfants à la mère.

Un registre rhétorique revenant très régulièrement dans les écritures d'appel prises au nom des mères de milieu populaire est celui d'une approche critique des conditions matérielles et sanitaires d'accueil des enfants au domicile du père. Pour d'une certaine manière objectiver les conditions d'accueil des enfants au foyer paternel, il n'est pas rare de voir les mères solliciter – si cela n'a pas été déjà le cas en première instance – l'instruction d'une enquête sociale. S'appuyant sur le compte rendu de l'enquêteur social, il est ainsi souvent reproché aux pères de ne pas disposer d'un logement suffisamment grand pour accueillir un ou plusieurs enfants (avec notamment la présence d'au moins une chambre réservée aux enfants et séparée de celle du père), de ne pas posséder des biens permettant d'accueillir en toute sécurité des enfants en bas âge (ex : siège auto, tables à langer, lit adéquate, barrière visant à sécuriser des escaliers, etc.). Plus largement, il est également pointé du doigt dans les écritures des mères les formes d'« incompétences » ou de « carences » parentales du père en matière d'hygiène, de suivi médical et sanitaire ou encore, sur la manière dont il nourrit les enfants. Ce registre rhétorique vise soit à maintenir ou transférer la résidence au domicile de la mère ou soit à limiter ou supprimer le droit de visite et d'hébergement du père.

Extrait des conclusions en date du 2 Janvier 2009, prises au nom de Madame GALABRU (31 ans, employée de commerce en congé parental) ; cette dernière a vécu maritalement avec Monsieur SETTE (29 ans, cuisinier en restauration collective), un enfant est issu de cette union, Samy, âgé de 3 ans.

« Attendu que les droits de rencontre fixés par la présente décision, l'ont été en attente du résultat de l'enquête sociale ordonnée ;

Attendu que cette mesure d'instruction était rendue nécessaire dans l'ignorance où est la concluante des conditions dans lesquelles Monsieur SETTE accueille son fils ;

Attendu qu'au cours de l'enquête, il a paru extrêmement flou sur ses lieux de vie, logeant soit chez sa mère lorsqu'il travaille, soit dans un local mis à sa disposition par son employeur ;

Qu'il se domicilie, cependant, dans le cadre de la présente procédure à ..., où se trouvent sa nouvelle compagne et les trois enfants de cette dernière ;

Que c'est à cet endroit qu'il accueille l'enfant Samy en droit de visite ;

Attendu que le domicile où réside la famille de Monsieur SETTE, a paru peu accueillant, et mal entretenu, qu'un lit pliant est installé dans la chambre des adultes où dort Samy lors des droits de visite ;

Attendu que l'enquêtrice a noté que si Monsieur SETTE reçoit régulièrement Samy un dimanche sur deux depuis plus d'un an, il est peu communicatif sur les conditions dans lesquelles il l'accueille ;

Attendu qu'il n'est pas justifié, par ailleurs, que Monsieur SETTE dispose d'un siège auto adapté pour l'enfant ;

Attendu que ce sont ces éléments qui laissent la concluante dans l'ignorance totale de la place que Monsieur SETTE veut réserver à Samy dans son nouveau projet de vie familial et qui l'incitent à faire toute réserve sur le droit visite qui pourrait être accordé à Monsieur SETTE ».

Enfin, le dernier registre argumentatif soulevé par les avoués des mères dans leurs écritures d'appel vise à établir que le père n'apporte pas les garanties de sécurité physique, morale et affective pour recevoir les enfants à son domicile. Pour établir ces situations de potentielle insécurité des enfants au domicile paternel, les avoués invoquent différents traits, pratiques et comportements déviants ou pathologiques qui caractériseraient une personnalité du père incompatible pour une prise en charge des enfants à son domicile. Des comportements d'agressivité, des violences conjugales ou intrafamiliales sont très souvent invoqués par les avoués des mères de milieu populaire pour protéger les enfants du risque d'être confronté à des actes de violence de leur père et *in fine* pour limiter les relations entre le père et les enfants. Parmi les plus anciens dossiers de notre corpus, nous avons relevé dans quelques affaires présentées devant la Cour d'appel jusqu'au début des années 2000, des écritures d'appel prises au nom de mères soulevant des accusations d'attouchements sexuels du père sur les enfants. En invoquant ce type d'argument, les mères avaient de grande chance de voir les juges d'appel suspendre la résidence alternée ou, le plus souvent, supprimer le droit de visite et d'hébergement du père. Evoquant ces affaires avec la Présidente de la Chambre des avoués en entretien, celle-ci indiquait qu'elles correspondaient aux procès nommés localement « affaires touche pipi »⁵⁸⁶ mais qui ont finalement largement disparu, selon elle et d'autres conseils juridiques interviewés, avec l'Affaire Outreau et un important procès de pédophilie intervenu localement entre 2004 et 2006.

⁵⁸⁶ Nous avons relevé cette expression dans d'autres entretiens avec des collaboratrices d'avoué et des avocates spécialistes des affaires familiales

« Ce que l'on a eu pendant un moment donné mais ça s'est arrêté avec l'affaire Outreau, c'était ce que l'on appelait les « affaires touche pipi ». En fait, c'étaient des mères qui accusaient leur ex-conjoint d'attouchements sexuels pour voir supprimer le droit de visite et d'hébergement du père. Alors, les juges ne prenaient aucun risque et ordonnaient la suspension du droit de visite. Alors, les juges collaient une enquête sociale et on se rendait compte que la plupart du temps c'était parce que le père avait lavé la petite fille en très bas âge et avait pris son bain avec elle. Et, là, ça a été un moment de temps, un moyen utilisé par les femmes, qui étaient beaucoup à l'AJ. » **Avouée à la Cour, spécialiste et responsable des affaires familiales dans son Etude, Présidente de la Chambre des avoués.**

Les conseils juridiques (avoués et avocats) ont joué un rôle non négligeable auprès de leur cliente pour limiter la présentation de ce genre d'argument devant des juges aux affaires familiales ou des juges d'appel de plus en plus réticents à donner suite à ces accusations, lesquels, au contraire, n'hésitaient plus notamment à les pénaliser en les condamnant financièrement à des dommages et intérêts ou à un article 700 du CPC. Les problématiques sexuelles n'ont pour autant pas totalement disparu des écritures d'appel des mères. Nous avons ainsi retrouvé dans plusieurs jeux de conclusions d'appel, une forme de dénonciation morale des pères coutumiers du visionnage de films pornographiques. Par ailleurs, lorsque sont imputés au père des comportements ou des actes de violence, on retrouve régulièrement soulevée simultanément dans les conclusions d'appel prises au nom des mères une problématique du père avec l'alcool ou une addiction à des produits stupéfiants. On a pu relever que la dénonciation de consommation de produits stupéfiants du père est très souvent articulée avec la présentation du risque de voir les enfants fréquentés les « relations toxicomanes » de leur père. En effet, comme le font les avoués lorsqu'ils défendent les pères de milieu populaire pour pointer le danger des enfants d'entrer en relation avec certaines « mauvaises » fréquentations des mères, s'ajoutent parfois au registre rhétorique développé par les avoués des mères, d'autres arguties visant à décrire et qualifier les « mauvaises » fréquentations du père. Par ailleurs, les avoués des mères ne manquent pas de relever une condamnation pénale du père quel qu'en soit d'ailleurs la nature ou l'objet et même si cette condamnation est intervenue depuis plusieurs années, pour justifier d'un manque de « garantie morale » du père pour prendre en charge les enfants. Enfin, pour consolider ces différents arguments visant à dépeindre une personnalité défaillante du père, il n'est pas rare que les avoués s'appuient sur un rapport d'un enquêteur social ou d'un expert psychologue ou psychiatre sollicité par les juges de première instance ou d'appel.

L'extrait suivant tiré des conclusions d'appel prises au nom de Madame Bouffard est révélateur des registres argumentatifs utilisés par les avoués pour justifier des risques pour

l'enfant d'être pris en charge seul par le père dans le cadre de son droit de visite et d'hébergement. Ce dernier, par différents procédés rhétoriques, y est ainsi décrit comme ne présentant pas les garanties notamment morales pour assumer seul un enfant. Si l'on peut considérer les écritures d'appel prises au nom de Madame Bouffard comme marginales par rapport à la majorité des conclusions d'appel des mères de milieu populaire du fait des multiples types de critique portées au même père dans une même affaire (« toxicomane », « alcoolique », « violent », « délinquant multirécidiviste », « peu fiable », « assisté »), ce cas judiciaire limite, pourrait-on dire, est pour autant utile pour appréhender les différents registres rhétoriques déployés par les avoués lorsqu'il s'agit de défendre les mères de milieu populaire sollicitant une forme d'« exclusivité maternelle » dans la prise en charge relationnelle des enfants.

Madame Bouffard, bénéficiaire du RMI et Monsieur Roy, sans emploi, reconnu travailleur handicapé, sont respectivement âgés de 24 et 39 ans au moment de leur affrontement devant la Cour d'appel en 2006. Ils ont vécu en concubinage entre 1999 et 2004. En 2001, est née leur fille Clara. Le couple parental s'est séparé en Mai 2004, après notamment plusieurs condamnations pénales (dont une peine d'emprisonnement ferme) de Monsieur Roy pour consommation et vente de produits stupéfiants. Suite à cette séparation, de multiples procédures devant le juge aux affaires familiales se sont succédées jusqu'au passage devant la Cour d'appel en 2007. Ainsi, dès septembre 2004, une ordonnance de référé d'un juge aux affaires familiales constatait l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur Clara, fixait sa résidence au domicile de sa mère et ordonnait une enquête sociale pour prévoir les modalités du droit de visite et d'hébergement du père. Après le dépôt de l'enquête sociale en juillet 2003, le juge a maintenu les différentes dispositions de la précédente décision et judiciaire en accordant un droit de visite à Monsieur Roy s'exerçant au domicile de sa sœur tous les samedis et dimanches des semaines paires de 10 à 20 heures. Les dispositions de la décision prise par le juge aux affaires familiales en imposant le domicile de sa sœur pour exercer un seul droit de visite au père sans lui accorder un droit d'hébergement laissent déjà à penser de la gravité et de la force du conflit parental. Plus tard, en janvier 2006, Monsieur Roy a présenté une nouvelle requête devant le juge aux affaires familiales pour bénéficier d'un droit d'hébergement du vendredi soir au dimanche soir avec remise de l'enfant en « milieu neutre ». Le juge aux affaires familiales en avril 2006 lui a accordé un droit d'hébergement, du samedi 10 heures au dimanche jusqu'à 18 heures en ajoutant à sa décision « *qu'en cas d'incidents répétés lors de la remise de l'enfant, elle devrait se faire à*

l'association « Divorce et médiations », sauf si le père récupère l'enfant à la sortie des classes ». Madame Bouffard a fait appel de cette décision en mai 2006 pour demander à la Cour de limiter la rencontre entre Monsieur Roy et sa fille à un simple droit de visite. Pour justifier cette demande, l'avoué de Madame Bouffard a rédigé les conclusions d'appel suivantes :

« Attendu que Monsieur Roy ne présente aucune garantie pour assumer, seul, l'entretien de l'enfant Clara, âgée de 5 ans, et ce même pour une période réduite au week-end, et au domicile de sa mère ;

Attendu, d'une part, que celui-ci est malheureusement non seulement alcoolique mais également toxicomane, et ce depuis de nombreuses années ;

Que, sous l'emprise de cette double dépendance, Monsieur Roy a coutume, encore, d'adopter, un comportement agressif et violent ;

Alors que si ces addictions sont préoccupantes au regard de l'état de santé de Monsieur Roy, elles le sont a fortiori à l'égard d'une petite fille d'à peine cinq ans, dont il convient d'assurer la sécurité et l'équilibre, et ce conformément à son intérêt ;

Que le Premier Juge a manifestement fait primer le désir du père de voir davantage sa fille, malgré son instabilité, sur l'intérêt de l'enfant, Clara, ce qui ne saurait être ;

Attendu, pour cela, que le Premier Juge a été induit en erreur par les promesses de Monsieur Roy ;

Mais que le simple fait qu'il ait affirmé à l'enquêtrice sociale qu'il ne consommait plus de drogues et qu'il était médicalement suivi ne saurait évidemment suffire à établir que tel est effectivement le cas, loin s'en faut ;

Que Monsieur Roy ne semble toujours pas, actuellement, suivre les soins médicaux appropriés à son état, obligation qui lui a pourtant été faite par décision de justice ;

Et que cette attitude est déjà révélatrice de l'absence de motivation de Monsieur Roy de sortir de sa toxicomanie et de son alcoolisme et, encore, du peu de cas qu'il fait de l'intérêt de sa fille ;

Attendu que l'actualité des problèmes de Monsieur Roy est confirmée, notamment, par le témoignage de Monsieur Caradec, agent de police judiciaire, adjoint au poste de police municipale (pièce n°8) ;

Qu'il a, en effet, constaté, à plusieurs reprises, « la présence de Monsieur Roy sur la commune, en compagnie de plusieurs personnes très défavorablement connues par nos services et ceux de la gendarmerie, ce dernier consommant de l'alcool sur les espaces publics (parc et halls d'entrée des immeubles de la Cité ...) » ;

Et qu'il tenait encore à préciser « qu'un arrêté municipal interdit la consommation d'alcool sur la commune et que malgré cela, Monsieur Roy, ainsi que ses amis, continuent à se moquer des règlements en vigueur » ;

Qu'ainsi, preuve est assez rapportée que Monsieur Roy est plus que jamais dépendant de l'alcool, preuve aussi de sa dangerosité et de son mépris de la loi et de l'ordre établi ;

Attendu que Monsieur Roy n'hésite pas, encore, à insulter, notamment, la concluante et à faire montre de violence (pièces n°4 et 6) ;

Qu'il adopte ce comportement en présence de la petite Clara, ce qui la plonge dans un profond désarroi et la fait pleurer (pièce n°10) ;

Et que ce comportement inadmissible ne saurait être toléré, voire encouragé, et ce dans l'intérêt de l'enfant et la préservation de son équilibre ;

Attendu, ensuite, que Monsieur Roy, qui est un multirécidiviste, a fait l'objet d'environ une quinzaine de condamnations ;

Qu'il doit purger une peine d'emprisonnement de 15 mois *(en gras et souligné par l'avoué dans ses conclusions)*, prononcée par arrêt de la Cour de céans, confirmant un jugement rendu par le Tribunal Correctionnel en date du 4 Juillet 2004, du chef d'usage et trafic de stupéfiants ;

Et que, encore, il vient d'être mêlé, en septembre 2004, à une agression à coups de cutter ayant entraîné la condamnation de l'auteur des faits par le Tribunal Correctionnel ;

Que les craintes exprimées par la concluante, à son égard, devant le Premier Juge, étaient donc parfaitement fondées et le sont toujours actuellement ;

Et que représentant un danger pour la société et l'ordre public, il est donc loin de garantir les qualités morales et éducatives pouvant être attendues d'un père ;

Attendu par ailleurs que Monsieur Roy n'a jamais assumé une quelconque responsabilité à l'égard de l'enfant, pour laquelle il ne paie aucune pension alimentaire ;

Que, oisif de profession, il préfère à l'âge de trente-huit ans, demeurer sans emploi et se faire héberger par sa famille ;

Et que, malgré les affirmations contenues dans ses dernières écritures, Monsieur Roy ne justifie toujours pas, actuellement, de démarches actives en vue de trouver une activité rémunérée ;

Que Monsieur Roy tente de trouver désespérément une excuse contemporaine à son inactivité en se réfugiant derrière la décision de la COTOREP, ce qui n'abusera pas ;

Mais que la vérité, moins avouable, est que Monsieur Roy ne souhaite pas travailler, préférant s'amuser avec des amis, comme un adolescent ;

Et que cette attitude de Monsieur Roy démontre son manque de maturité et son irresponsabilité, éléments incompatibles avec l'accueil et la prise en charge d'une enfant ;

Attendu, enfin, au surplus, et de toutes manières, que Monsieur Roy n'exerce à ce jour que très parcimonieusement le droit de visite à lui accordé et lorsque c'est le cas, de façon conflictuelle ;

Qu'en effet, celui-ci ne se rend malheureusement pas à chaque fin de semaine paire au domicile de sa sœur pour rencontrer l'enfant Clara ;

Que, dès lors, ne se préoccupant point de sa fille dans le cadre du simple droit de visite à lui accordé, l'on ne peut que très sérieusement douter des soins qu'il apporterait à l'enfant dans le cadre d'un droit d'hébergement ;

Et que dans ces conditions, l'on ne saurait bien entendu lui accorder d'un quelconque droit d'hébergement ;

Attendu que Monsieur Roy ne justifie nullement de conditions morales satisfaisantes lui permettant de s'occuper de l'enfant dans le cadre d'un droit d'hébergement durant les fins de semaine ;

Attendu en outre que le seul fait pour Monsieur Roy d'avoir exécuté sa peine et de disposer d'un logement personnel ne saurait justifier un droit d'hébergement élargi aux vacances scolaires ;

Qu'en effet, rien ne permet de dire actuellement que, à l'issue de l'exécution de sa peine, Monsieur Roy présentera des conditions morales et matérielles satisfaisantes pour s'occuper de l'enfant dans un tel cadre, loin s'en faut ;

Que la prison ne guérit point généralement les drogués de leur maux ;

Attendu que ces constatations commandent derechef l'information de l'ordonnance entreprise ; ».

Extrait des conclusions d'appel de Madame Bouffard rédigées le 8 décembre 2006.

S'il n'existe pas de différence entre les différents avoués et leurs collaboratrices de la Cour d'appel dans l'usage qu'ils font de ces différents arguments pour traduire les demandes de leur client(e), ce dernier extrait de conclusions prises par un avoué à la Cour nous conduit néanmoins à préciser que les conseils juridiques se différencient par les préférences qu'ils peuvent porter à tel ou tel type d'arguments. Les avoués et les collaboratrices attachés à une conception « conservatrice » de leur profession tirent davantage profit d'arguments d'ordre moral. Pour reprendre les analyses de Claude Grignon et Jean-Claude Passeron sur le savant et le populaire, le ton récitatif élitiste et moraliste de ces conseils juridiques conduit à renforcer un point de vue misérabiliste à travers des conclusions d'appel qui n'omettent pas de décompter et d'envisager toutes les différences à la norme de « bonne parentalité » de ces pères comme autant de manques et toutes ces altérités comme autant de moindre-être⁵⁸⁷. Tendanciellement, lorsqu'ils défendent des justiciables de milieu populaire, tous les avoués et les collaboratrices traitant des affaires familiales font principalement usage des arguments attachés à une rhétorique du mérite⁵⁸⁸ pour appréhender les qualités parentales de leur client(e) et pour dénoncer les incompétences et carences parentales de la partie adverse. D'une certaine manière, les registres de justification des demandes présentées au nom de leur client(e) conduisent à renforcer l'idée que les contentieux parentaux en milieu populaire sont davantage conflictuels. A l'opposé, les trames argumentatives proposées par les conseils juridiques pour défendre les mères et pères à fort capital culturel et économique participent à une description plus lissée et moins brutale du conflit parental que celle proposée pour les couples parentaux de milieux populaires. Au final, si les avoués présentent leurs écritures comme permettant de faire émerger une « vérité » judiciaire, l'intérêt ici, en tant que sociologue, n'est pas de savoir si ces textes, pour reprendre les termes utilisés par Gérard Noiriel pour appréhender les demandes d'asile, « disent ou non la vérité »⁵⁸⁹ mais de montrer en quoi ces écritures peuvent participer à un traitement judiciaire différencié des contentieux parentaux selon le sexe ou l'origine sociale des justiciables, et par la même, renforcer et nourrir une approche judiciaire légitimiste des affrontements judiciaires parentaux. En effet, nous verrons par la suite que cette forme de légitimisme sous-jacent à la régulation judiciaire se retraduit de façon différente dans l'étape suivante avec le traitement des contentieux

⁵⁸⁷ Grignon Claude et Passeron Jean-Claude, *Le savant et le populaire : misérabilisme et populisme en sociologie et en littérature*, Paris, Gallimard Le Seuil, 1989, p.36-37.

⁵⁸⁸ Fassin Didier, « La supplique. Stratégies rhétoriques et constructions identitaires dans les demandes de secours », *Annales, Histoire, sciences sociales*, n°5, 2000, p.953-981.

⁵⁸⁹ Noiriel Gérard, *La tyrannie du national : Le droit d'asile en Europe, 1793-1993*, Paris, Calman-Levy, 1991, p.249.

parentaux par les juges d'appel. Au point de vue élitiste des conseils juridiques sur les contentieux parentaux d'appel succède un point de vue paternaliste des magistrats. Pour appréhender cette différence du discours porté par les juges d'appel et pour mesurer les effets sociaux des traductions judiciaires des contentieux parentaux opérées par les avoués sur la décision judiciaire finale, il est nécessaire d'appréhender non seulement les conceptions de la parentalité et de l'intérêt de l'enfant des juges d'appel mais également la manière dont ces derniers reçoivent les écritures d'appel produites par les conseils juridiques.

2. Les juges d'appel garants de l'intérêt de l'enfant et des normes de « bonne parentalité »

Dans les premiers chapitres de la thèse, nous avons montré en quoi, dans les dernières décennies du vingtième siècle, l'enfant se trouvait au centre des préoccupations des législateurs et des juges qui font depuis, de la notion floue d' « intérêt de l'enfant » le critère central pour résoudre les contentieux parentaux et notamment le principal problème qui concerne directement l'enfant, son mode de garde⁵⁹⁰. Les affaires présentées aux juges d'appel ont la particularité de concerner une majorité de parents ne s'étant pas accordés et même, se trouvant engagés pour certains dans un important conflit quant à l'organisation de la prise en charge relationnelle des enfants. Aussi, face à ces contentieux parentaux, le rôle des juges d'appel se distingue nettement de celui des juges aux affaires familiales qui, pour une majorité d'affaires, « ne font que » suivre l'organisation de la garde des enfants sur laquelle se sont accordées les parents. La mésentente des parents se présentant devant la Cour d'appel oblige ainsi les juges d'appel à statuer sur ce qu'ils estiment être du ressort de l'intérêt de l'enfant et en filigrane de leurs motivations justifiant leur décision judiciaire, à dévoiler leur conception des normes de « bonne parentalité ». Ainsi, nous tenterons de relever parmi les différents arguments présentés par les avoués dans leurs écritures d'appel quels sont ceux principalement retenus par les juges d'appel pour trancher les contentieux parentaux.

⁵⁹⁰ Segalen Martine, *A qui appartiennent les enfants ?*, op. cit., p.125

2.1. *Les conceptions de l'intérêt de l'enfant et de la parentalité portées par les juges d'appel*

Les juges de la chambre familiale de la Cour d'appel, comme les juges aux affaires familiales en première instance, envisagent la notion d'« intérêt de l'enfant » comme intimement liée aux normes de bonne parentalité sous-jacentes à leurs décisions judiciaires. Cette intrication des notions d'intérêt de l'enfant et de parentalités tenue par les juges d'appel pour motiver leurs décisions se justifie, en premier lieu, par les dispositions de l'article 371-1 du Code Civil (issue de la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale) stipulant notamment « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne [...].* » Pour autant, cette disposition juridique ne définit pas les contours de cette notion. Or, les juges, devant des parents s'opposant dans un procès en appel pour définir les modalités de la prise en charge relationnelle de leur(s) enfant(s) mettent en avant le critère de l'intérêt de l'enfant pour justifier leur délibéré. Reprenant les problématiques d'Irène Théry dans son travail sur l'intérêt de l'enfant⁵⁹¹ au début des années 1980, il s'agit ici de préciser les « contenus » donnés à la notion par les juges d'appel.

2.1.1. La norme de coparentalité comme principale dimension de l'intérêt de l'enfant

A la lecture des motivations rédigées par les juges dans leurs arrêts, il apparaît clairement que, dans le cadre d'un exercice conjoint de l'autorité parentale érigée comme norme, le maintien du lien des deux parents avec l'enfant est envisagé comme la dimension principale de la notion d'intérêt de l'enfant. Qui plus est, cette norme de « coparentalité » s'articule avec une incitation des juges à ce que les parents prennent la responsabilité de la prise en charge en commun de leurs enfants. Autrement dit, pour les juges d'appel comme pour les juges aux affaires familiales en première instance, « *il incombe aux parents de décider des modalités qu'ils veulent appliquer dans la prise en charge de leurs enfants [...]* Le juge n'intervient pour trancher un différend qu'en dernier recours, lorsque tout

⁵⁹¹ Théry Irène, « La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés », *op. cit.*

arrangement paraît impossible »⁵⁹². Mais, à la grande différence des contentieux parentaux présentés en première instance aux juges aux affaires familiales où de nombreux parents parviennent à répondre à ces incitations à la coparentalité et à la responsabilisation parentale, les juges d'appel ont affaire devant le deuxième degré de juridiction à des conflits parentaux particulièrement cristallisés et exacerbés rendant cette approche de l'intérêt de l'enfant difficilement applicable aux situations familiales qui leur sont présentées.

« Tout ce que l'on fait, c'est dans l'intérêt de l'enfant. Alors, est-ce que c'est toujours vraiment dans l'intérêt de l'enfant ? Enfin, nous on a tendance à penser que l'intérêt de l'enfant, c'est d'avoir un père et une mère. Et nous on essaye toujours, mais on n'y arrive pas forcément, c'est quand même, même si les gens ne s'entendent pas, c'est essayer de remettre un minimum sur les rails, ... qu'ils s'entendent pour l'enfant, sur ce qui concerne l'enfant. »
Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel (M1).

Au final, dans la plupart des affaires présentées devant la Cour d'appel, les justiciables demandent davantage aux juges de trancher le contentieux qui les oppose et qu'exceptionnellement d'entériner un accord parental intervenu en cours de procédure. Pour autant, malgré le décalage entre la conception de l'intérêt de l'enfant qu'ils portent et les contentieux parentaux qui leur sont présentés, les juges d'appel ne manquent pas de rappeler dans leur décision cette norme de coparentalité au principe de la notion d'intérêt de l'enfant en invoquant dans les premières lignes de leur motivation des références à différentes dispositions du Code Civil matérialisant cette norme.

Extrait d'un arrêt de la Cour d'appel du 12 Novembre 2007 :

« Sur la résidence des enfants :

Les enfants sont âgés de 3 et 2 ans ;

Selon les dispositions des articles 373-2 du code civil, chacun des parents doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre enfant.

Les pièces produites par les parties établissent qu'elles entretiennent des relations conflictuelles depuis leur séparation intervenue à l'automne 2006.

A compter de cette séparation et jusqu'à la décision dont appel, c'est-à-dire pendant quelques mois, les enfants ont vécu en alternance au domicile de chacun de leurs parents. Madame ... affirme que cette organisation lui a été imposée, Monsieur ... soutient qu'il s'agissait d'une décision commune.

Plusieurs plaintes ont été déposées par Madame ..., notamment pour des faits de violence qui auraient eu lieu, selon elle, à l'occasion de l'exercice du droit d'accueil du père.

Ce dernier, qui conteste les faits, produit toutefois des attestations qui montrent que ses proches s'impliquent, eux aussi, dans un mode de relations difficilement conciliable avec l'intérêt des enfants, encore très jeunes et impressionnables (...) »

⁵⁹² Cardia-Vonèche Laura et Bastard Benoît, « Vers un nouvel encadrement de la parentalité ? L'intervention sociale face aux ruptures familiales », *op. cit.*

La dernière phrase de cet extrait d'arrêt de la Cour d'appel révèle que le rappel à la norme de coparentalité n'est pas suffisant pour motiver la décision judiciaire et surtout pour traiter la majorité des contentieux parentaux présentés devant la Cour d'appel. Face à des situations familiales conflictuelles où la communication entre les deux parents semble rompue, les juges d'appel se trouvent en demeure de trancher le contentieux parental. En première instance, la notion de « codécision » est un objectif fondamental à atteindre pour les juges aux affaires familiales afin de permettre le maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. Qui plus est, dans le cadre des procédures de divorce, les juges de première instance, rappelons-le, disposent d'une trame procédurale – à travers la phase réservée à la conciliation – participant à favoriser la codécision. Au contraire, ce principe de codécision s'avère être un objectif difficilement atteignable pour les juges d'appel face à l'intensité des conflits parentaux qu'ils ont à traiter et à une procédure où dominent les phases écrites laissant peu de marges aux juges pour inciter les justiciables à un exercice commun de l'autorité parentale et à un respect mutuel de la place de chacun des parents auprès des enfants. Aussi, les juges d'appel, doivent-ils donner d'autres significations à l'intérêt de l'enfant pour trancher les demandes contradictoires qui leur sont présentées au titre de la prise en charge relationnelle des enfants.

Il ressort de notre corpus d'arrêts de la chambre familiale de la Cour d'appel que deux autres ensembles de significations sont donnés à l'intérêt de l'enfant par les juges d'appel. Ces significations données à l'intérêt de l'enfant par les juges d'appel, ne sont pas propres à la régulation judiciaire du deuxième niveau de juridiction. Les juges d'appel ne font souvent que reprendre les significations données à l'intérêt de l'enfant par les juges de première instance. Mais, par l'effet de concentration des affrontements parentaux particulièrement conflictuels devant la Cour d'appel, ces deux ensembles de signification prennent une place bien plus importante dans les arrêts de la Cour d'appel que dans les jugements ou ordonnances prises en première instance par les juges aux affaires familiales.

2.1.2. Proposer un environnement stable à l'enfant

Une fois avoir rappelé l'intérêt pour l'enfant que les parents répondent à la norme de coparentalité, les juges d'appel estiment les différents facteurs favorables à la stabilité (résidentielle, scolaire, affective, psychologique, etc.) et à l'épanouissement de l'enfant

comme relevant de son intérêt. Ainsi, le critère de stabilité est très souvent invoqué par les juges d'appel pour motiver leur décision notamment concernant une demande de transfert de résidence ou de modification du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien. La stabilité comme dimension de l'intérêt de l'enfant est, par ailleurs, d'autant plus utilisée dans leur motivation par les juges que les enfants sont en bas âge et que le mode de garde fixé par une précédente décision judiciaire est exercé depuis un long laps de temps.

Extrait d'un arrêt de la Cour d'appel du 17 mai 2010 :

« Résidence principale de l'enfant :

Comme pour le droit de visite et d'hébergement attribué au parent non gardien, le critère à prendre en compte est l'intérêt de l'enfant.

Il n'est établi à l'encontre de la prise en charge de l'enfant par sa mère aucun grief sérieux et il apparaît que le motif principal de la demande de transfert formulée par le père réside dans les mauvaises relations des deux parents et dans les difficultés qu'il rencontre à exercer ses droits. Si la capacité d'un parent à respecter les droits de l'autre est un élément à prendre en considération pour la détermination de la résidence, il n'est pas cependant l'unique critère.

Mathilde est âgée de cinq ans, et **sa stabilité est aussi un des critères de son intérêt, et de son épanouissement**. Que ce soit dans les écritures de Monsieur ..., ou les pièces qu'il fournit, il n'y a aucun élément déterminant qui démontre l'incontestable intérêt qu'il y aurait à transférer à son domicile la résidence de Mathilde, **compte tenu de son âge et du fait qu'elle a toujours vécu avec sa mère**.

La demande de transfert de la résidence principale de l'enfant sera rejetée, ainsi que les demandes accessoires à un transfert de résidence qui deviennent sans objet (...) »

En érigeant la « stabilité » comme une dimension de l'intérêt de l'enfant, les juges d'appel (s') imposent un nouveau débat, à savoir quelle signification donnée à cette notion de stabilité dans un contexte socio-judiciaire où la coparentalité et son corollaire, la résidence alternée, se présentent comme norme de bonne parentalité. De ce point de vue, la question de la garde alternée cristallise les débats autour de conceptions divergentes de ce qu'est la stabilité pour l'enfant⁵⁹³. Au nom de cette stabilité, les juges d'appel ont à trancher entre la conception selon laquelle la fixation de la résidence alternée doit être envisagée comme une solution pour l'enfant de rester en contact de manière équilibrée avec son père et sa mère, et ce malgré le conflit et les tensions parentales sous-jacents⁵⁹⁴, et la conception qui envisage, au nom de savoirs en pédopsychiatrie, la fixation de la résidence principale de l'enfant au domicile maternelle comme un gage de stabilité pour l'enfant et plus particulièrement pour le

⁵⁹³ Segalen Martine, *op. cit.*, p.126.

⁵⁹⁴ De ce point de vue, le fait d'entériner une résidence alternée est envisagé par les juges penchant pour cette conception comme un moyen de mettre les parents « en face de leur responsabilité » en les obligeant à renouer le dialogue et en les incitant à prendre le chemin d'une véritable coparentalité et ce, en dépit des relations parentales conflictuelles.

jeune enfant. A la lecture du tableau 40 sur le traitement des demandes de modification de la résidence des enfants par les juges d'appel, il semblerait que les juges d'appel pencheraient davantage pour la deuxième conception de la stabilité familiale. En effet, les juges d'appel paraissent réfractaires à la mise en place d'une résidence alternée. Non seulement ils n'inversent pas la tendance des décisions prises en première instance limitant les résidences alternées face à des relations parentales conflictuelles, mais, au contraire, renforcent cette restriction des résidences alternées. Ainsi, pour les mêmes affaires, le nombre de fixation de résidence alternée passe de 9 en première instance à 7 devant la Cour d'appel. Même si le nombre très limité des observations ne permettent pas d'effectuer une montée en généralité, on peut néanmoins noter que près de la moitié des décisions de première instance ayant entériné une résidence alternée se voient réformées en appel pour substituer la résidence alternée par une résidence au domicile maternel. Preuve encore que les juges d'appel, pour la stabilité des enfants, préfèrent fixer la résidence des enfants au domicile maternel, parmi les affaires où la résidence des enfants a été fixée au domicile paternel en première instance, 57,5% ont vu les juges d'appel transférer la résidence des enfants au domicile de la mère.

Tableau 40. Le traitement des demandes de modification de la résidence des enfants par les juges d'appel

Résidence fixée par la Cour d'appel	Résidence au domicile maternel	Résidence au domicile paternel	Résidence alternée	TOTAL
Résidence fixée par la décision de première instance				
Résidence au domicile maternel	64,6% (53)	35,4% (29)	0,0% (0)	100% (82)
Résidence au domicile paternel	57,5% (23)	37,5% (15)	5,0% (2)	100% (40)
Résidence alternée	44,4% (4)	0,0% (0)	55,6% (5)	100% (9)
Totale	61,1% (80)	33,6% (44)	5,3% (7)	100% (131)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009 ayant pour objet une demande concernant la fixation de la résidence des enfants, N=131.

Lecture : Parmi les affaires où la résidence des enfants a été fixée au domicile paternel en première instance, 57,5% ont vu les juges d'appel transférer la résidence des enfants au domicile maternel.

Il est néanmoins remarquable que, dans plus d'un tiers (35,4%) des affaires où initialement les juges de première instance ont fixé la résidence des enfants au domicile maternel, les juges d'appel ont réformé la décision de première instance pour transférer la

résidence au domicile paternel. On ne peut pas, ici, lire cette tendance à travers la conception de « la stabilité » privilégiée par les juges d'appel. Il faut plutôt convoquer un second ensemble de significations donné à l'« intérêt de l'enfant » par ces juges d'appel, à savoir la protection de l'enfant de divers « risques » ou « dangers » ayant attiré à leur sécurité physique, psychique ou morale face à des situations familiales définies comme pathogènes ou déviantes.

2.1.3. Protéger l'enfant en « danger »

Pour reprendre les analyses de Sandrine Garcia dans son ouvrage « mères sous influence » à propos de la criminalisation des « déviances parentales »⁵⁹⁵, les juges d'appel, en assimilant à un danger, certaines pratiques et certains comportements parentaux ne correspondant pas à leur propre conception d'une parentalité responsable et sécurisante, sanctionnent à double titre ces parents « déviantes » par leur décision et par la forme de stigmatisation qu'ils opèrent. Par ailleurs, cette signification donnée à l'« intérêt de l'enfant » est non seulement utilisée par les juges pour confirmer ou transférer la résidence des enfants mais également pour limiter les rencontres entre les enfants et le parent non gardien à une visite encadrée au sein d'un « lieu d'accueil parents-enfants ». Pour les situations où, aux yeux des juges d'appel, les deux parents n'offrent pas de garanties suffisantes pour prendre en charge les enfants dans « un cadre sécurisant et sécurisé » (extrait d'un arrêt de la Cour d'appel), l'affaire est transmise au juge des enfants dans le cas où le juge de première instance ou des acteurs de la protection de l'enfance ne l'avaient pas déjà fait. Parmi les différents arguments présentés par les parties au procès et retenus par les juges d'appel pour invoquer la dimension « sécuritaire » de « l'intérêt de l'enfant », on relève, au premier plan, les faits de maltraitances ou violences parentales ou intrafamiliales. Dans notre corpus d'affaires, les juges d'appel ont retenu également des faits de « manipulations » d'un des parents visant à impliquer les enfants dans le conflit parental, un état de santé mentale et physique des parents (alcoolisme et d'autres formes d'addictions, dépression, etc.) incompatible avec la prise en charge quotidienne d'un enfant, des conditions matérielles d'accueil de chaque parent n'offrant pas un cadre sécurisé à l'enfant, un état des mœurs d'un parent (« immaturité », « train de vie incompatible avec la prise en charge d'un enfant », etc.) ou encore un risque de voir un des parents quitter le territoire national avec l'enfant. Nous verrons, par la suite, que

⁵⁹⁵ Garcia Sandrine, *Mères sous influence. De la cause des femmes à la cause des enfants*, Paris, La découverte, Coll. Texte à l'appui/ genre & sexualité, 2011, p.304.

les juges déploient les différentes significations de « l'intérêt de l'enfant » de manière différenciée selon les milieux sociaux d'affiliation des justiciables. Notamment, les « motivations » des juges les plus stigmatisantes sont le plus souvent adressées aux parents de milieux populaires dont les pratiques sont les plus éloignées de leur conception de la « bonne parentalité ».

Finalement, « l'intérêt de l'enfant », véritable pilier de la régulation judiciaire des contentieux parentaux, défini comme le maintien – dans la mesure du possible – de chacun des parents aux côtés de l'enfant, n'est invoqué qu'en filigrane de leur décision par les juges d'appel. La « coparentalité » exercée dans le respect réciproque de la parentalité du père et de la mère, comme norme de « bonne parentalité », est très souvent ineffective dans les affaires présentées à la Cour d'appel. Les magistrats se doivent, dès lors, déployer d'autres significations de « l'intérêt de l'enfant » pour trancher des situations familiales gangrenées par divers conflits et tensions relationnelles. « La stabilité » de l'enfant, d'une part, et la protection d'éventuels risques et dangers encourus par l'enfant, d'autre part, sont les deux principaux registres utilisés par les juges d'appel pour prendre leur décision au nom de « l'intérêt de l'enfant ». Mais, cette notion d'« intérêt de l'enfant » pose d'autres problèmes aux juges d'appel, cette fois-ci, d'ordre pratique lorsqu'il s'agit d'auditionner les enfants. Depuis la loi du 5 mars 2007, les juges d'appel comme les juges aux affaires familiales font face à une inflation des demandes d'enfants souhaitant être auditionnés. Les enjeux que recouvre cette pratique judiciaire permettent de saisir les postures pratiques et éthiques que les magistrats s'imposent pour mener à bien ce nouvel exercice.

2.2. Une « nouvelle » pratique judiciaire en question : auditionner les enfants quand les parents se séparent⁵⁹⁶

S'attarder sur les modalités d'appropriation de la pratique de l'audition de l'enfant par les juges (juges aux affaires familiales et juges d'appel) d'un même territoire judiciaire permet non seulement de dévoiler comment une pratique judiciaire oblige les juges de penser pratiquement l'application de leur conception de l'intérêt de l'enfant mais également de cerner les différentes contraintes à prendre en compte pour déployer cette conception. Par

⁵⁹⁶ Cette sous-section reprend certaines analyses remaniées et présentées dans le cadre d'une communication le 6 juillet 2011 au Congrès de l'Association Française de Sociologie tenu à Grenoble pour le Réseau Thématique 13 : « Sociologie du droit et de la justice ».

ailleurs, en s'appuyant tant sur des expériences de juges de première instance que de juges d'appel attachés à une même Cour d'appel, il s'agit, à travers l'exemple de leur appropriation pratique de l'audition de l'enfant, de mettre à jour l'existence ou non d'une véritable politique judiciaire en matière familiale à l'échelle d'une Cour d'appel. Aussi, au préalable, il semble nécessaire de présenter une forme d'histoire législative et judiciaire de l'audition de l'enfant puisque ce contexte notamment législatif pèse et détermine en partie les modalités d'appropriation de cette pratique par les magistrats.

2.2.1. L'audition de l'enfant : un nouvel exercice pour les magistrats ?

En France, lors de la refonte du droit du divorce en 1975, l'ancien article 290-3 du Code Civil permettait, déjà, pour l'attribution de la garde des enfants et les modalités de l'autorité parentale de donner la parole à l'enfant. Une des attributions du juge aux affaires matrimoniales était de tenir compte « *des sentiments exprimés par les enfants mineurs lorsque leur audition paraissait nécessaire et qu'elle ne comportait pas d'inconvénients pour eux* ». Les tribunaux en firent peu usage. La loi du 27 juillet 1987, dite Loi Malhuret, portant réforme de l'autorité parentale, transforme les modalités de l'audition de l'enfant dans le cadre de procédures judiciaires visant à la régulation des dissociations conjugales (divorces ou séparations de concubins). Cette loi fait de l'audition de l'enfant mineur de plus de treize ans un principe, tandis que ceux de moins de treize ans « *ne peuvent être entendus que si leur audition paraît nécessaire et ne comporte pas d'inconvénients pour eux* ». L'âge de treize ans définit dès lors une limite d'âge ; les enfants en deçà de cette limite d'âge étant par conséquent considérés par le législateur comme dépourvus de capacité de discernement. Par ailleurs, Gérard Neyrand explique que, dans l'esprit du législateur, le recours à l'audition est justifié notamment par « *l'insuffisance quantitative et qualitative des rapports d'enquête sociale* »⁵⁹⁷. Pour autant, suite à l'application de ce texte, l'enquête sociale reste la mesure d'instruction la plus répandue, bien qu'elle n'ait pas les mêmes objectifs⁵⁹⁸ que l'audition de l'enfant. Ce texte posa ainsi différents problèmes d'application pour les praticiens : l'enfant devait-il être entendu par un magistrat, un enquêteur social, un expert psychologue, ou un

⁵⁹⁷ Neyrand Gérard, *L'enfant face à la séparation des parents : une solution, la résidence alternée*, op. cit.

⁵⁹⁸ L'enquête sociale visait (et vise toujours) très généralement à recueillir des renseignements sur la situation matérielle et morale de chacun des parents, sur les conditions dans lesquelles vit et est hébergé l'enfant, ou encore sur les capacités éducatives de chacun des parents.

médiateur familial ? Fallait-il entendre l'enfant dans toutes les procédures de divorce y compris celles où une solution amiable existait ?

C'est dans ce contexte qu'intervient le 26 janvier 1990 la ratification française de la CIDE. Dès lors, face à cette innovation juridique, était-il nécessaire de mettre la loi en accord avec cette Convention. La loi du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, la famille et aux droits de l'enfant institue la fonction de « juge aux affaires familiales » (JAF) et élargit la place laissée à la parole de l'enfant devant les instances judiciaires civiles. Ces JAF auront, dès lors, pour objectif de régler les situations des enfants dans le cadre de divorces, de séparations de concubins et pourront également intervenir après la séparation ou le divorce des parents de l'enfant. Le nouveau cadre législatif précise que les enfants mineurs pourront être auditionnés dans les conditions suivantes :

« 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 par le juge à cet effet. Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. Il peut être entendu seul, avec un avocat, ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure » **Article 388-1 du Code Civil**

L'audition de l'enfant n'est désormais plus limitée au divorce mais peut être le fait de toutes les procédures le concernant. La loi de 1993 est également moins rigide que la loi Malhuret, puisqu'il est clairement écrit dans les textes que le juge n'est plus le seul à devoir entendre l'enfant, et qu'il peut, s'il le pense plus adéquat, désigner quelqu'un pour cela⁵⁹⁹. Les dispositions de cette loi sont perçues par certains comme une véritable proclamation et reconnaissance des droits de l'enfant tandis que d'autres y verront une remise en cause de l'autorité parentale, parlant même d'« infantilisation de la société ». Ainsi, un des objectifs sous-jacent à la production de cette loi de 1993 est de repenser le droit de la famille au regard des droits de l'enfant. Malgré ces innovations juridiques, l'audition des enfants dans le cadre des procédures de dissociations conjugales par les magistrats reste une pratique judiciaire peu exercée jusqu'en 2007, la pratique de l'enquête sociale primant toujours sur celle de l'audition de l'enfant par les magistrats.

Si la loi du 8 janvier 1993 laissa certaines marges d'appréciation aux juges pour refuser de procéder à l'audition de l'enfant ou, pour se décharger de cette activité en désignant une autre personne (le plus souvent un enquêteur social ou un expert psychologue), la parole

⁵⁹⁹ Théry Irène, *op. cit.*, p.421.

de l'enfant avait toutefois, dans une proportion limitée, pris place au sein des tribunaux et apparurent alors des avocats spécialisés, dits « avocats d'enfants », menant un véritable combat en faveur de la reconnaissance des droits de l'enfant⁶⁰⁰. La loi du 5 mars 2007 venant réformer les modalités de l'audition de l'enfant dans toutes les procédures judiciaires le concernant va changer la donne. Dorénavant, un enfant qui souhaite être entendu par un magistrat dans une procédure le concernant, notamment par un juge aux affaires familiales dans le cadre de la procédure de séparation de ses parents, peut le faire d'autant plus facilement que les nouvelles dispositions issues de la loi du 5 mars 2007 ont considérablement élargi la place de la parole de l'enfant. Pour faire résonance aux analyses d'Irène Théry, on peut ainsi avancer que ces nouveaux dispositifs juridiques renforcent la théorisation des droits de l'enfant basée principalement sur des savoirs pédagogiques et psychologiques, marquant ainsi la victoire des idéologues des droits de l'enfant. Ainsi, le nouvel article 388-1 du Code Civil précise notamment que « l'audition du mineur est de droit lorsqu'il en fait la demande ». Le décret du 20 mai 2009 vient compléter le dispositif législatif relatif à l'audition de l'enfant en justice. Dès lors, l'audition peut être sollicitée par l'enfant lui-même, à la demande des parties et également à l'initiative des juges. Le décret du 20 Mai 2009 impose par ailleurs, qu'un compte rendu soit effectué à l'issue de l'audition à toutes les parties à la procédure ; les magistrats étant libres de restituer à l'oral ou à l'écrit le compte rendu de l'audition. Par contre, les marges de manœuvres des juges pour refuser une audition sont de plus en plus restreintes. Qui plus est, les circulaires de la Chancellerie transmises aux magistrats en vue de l'application des derniers dispositifs juridiques de 2007 et 2009, précisent qu'il revient aux juges de présenter aux enfants leur droit à être auditionné. L'argument à l'origine de cette disposition est qu'il serait moins stigmatisant et culpabilisant pour l'enfant que lui soit présentée la possibilité d'être auditionné que d'attendre une démarche personnelle de sa part. Selon les magistrats, cette disposition visant « à rendre conscients les enfants de ce droit » est la principale cause à l'origine de l'inflation récente des pratiques d'auditions d'enfants. D'ailleurs, les juges doivent-ils préciser dans la motivation de leur décision qu'ils se sont bien assurés que le mineur a bien eu connaissance de son droit à être entendu.

« Pour que nos décisions soient reconnues, il faut que l'on mentionne systématiquement dans nos notes d'audience ou dans nos jugements que l'information a été transmise à l'enfant qu'il peut être entendu par le juge. Il faut que cela apparaisse quelque part donc forcément quand on le mentionne, l'idée vient plus fréquemment. Par conséquent, on entend de plus en plus les mineurs. On n'a pas le choix avant je pense qu'il y avait des collègues qui en faisaient

⁶⁰⁰ Douchy-Oudot Méline, « La parole de l'enfant en justice : ce que dit le droit », *Informations sociales*, 2010/4 n°160, p.76-82.

volontiers l'économie. Maintenant, il faut vraiment avoir une motivation bien, bien particulière. Je veux dire que, par exemple, même si l'enfant veut être entendu dans une procédure de divorce par consentement mutuel où il n'y a aucun enjeu, on est obligé de le faire. » **Juge aux Affaires Familiales (M4)**

Au final, les dernières dispositions juridiques ayant conduit à une effectivité plus importante du droit des enfants à être auditionné notamment dans le cadre des procédures judiciaires de séparation de leurs parents visent par là-même à accompagner une attente de la part d'une partie de la population favorable à une codification juridique des droits de l'enfant⁶⁰¹. Il s'agit, dès lors, d'analyser les différents enjeux judiciaires que suscite cette nouvelle pratique judiciaire, notamment à travers les « protocoles procéduraux » qu'établissent les magistrats pour réaliser ces auditions.

2.2.2. Les juges face à la parole de l'enfant et à l'affrontement judiciaire des parents

Pour rendre compte des modalités de l'audition de l'enfant en matière de divorces et de séparations de concubins et des enjeux judiciaires liés à l'expansion de cette pratique, nous nous intéresserons plus précisément aux pratiques de magistrats et à leurs « retours réflexifs » sur leur pratique. Au sein du territoire judiciaire étudié, rappelons que quatre tribunaux de grande instance⁶⁰² sont attachés à ladite Cour d'appel. Ainsi, les pratiques d'auditions d'enfants tant en première instance qu'en appel seront l'objet de cette analyse. Il est, en effet, intéressant de voir s'il existe une véritable « politique judiciaire » sur laquelle s'accorde l'ensemble des magistrats de ce territoire vis-à-vis de cette « nouvelle » pratique judiciaire. Déterminée par leur conception de l'« intérêt de l'enfant », nous verrons que l'appropriation par les magistrats des nouvelles dispositions juridiques concernant l'audition de l'enfant s'articule autour de trois pôles de questionnement : quels enfants entendre en audition et quel statut donner à cette parole ? Comment susciter la parole de l'enfant sans lui mettre sur les épaules le poids de la décision judiciaire finale ? Que retranscrire de la parole de l'enfant dans le procès verbal d'audition ?

Alors que jusqu'en 2007, les juges aux affaires familiales des quatre tribunaux de grande instance et les magistrats (conseillers et président) de la chambre familiale de la Cour

⁶⁰¹ Lascoumes Pierre, Serverin Evelyne, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *op. cit.*

⁶⁰² Nous les dénommerons, par la suite : TGI A, TGI B, TGI C et TGI D.

d'appel ne pratiquaient que ponctuellement l'audition d'enfants ; depuis les dernières législations en vigueur, cette nouvelle pratique judiciaire est rentrée dans leurs « mœurs professionnelles ». Face à un dispositif juridique contraignant mais laissant différentes marges d'appréciation, tous les juges rencontrés réalisent un important travail de réflexivité sur leurs pratiques d'audition.

Quels enfants entendre en audition et quel statut donner à cette parole ?

La première difficulté évoquée par les magistrats pour entériner une audition d'enfant est liée au statut même donné à la parole de l'enfant. Cette difficulté s'exprime à travers l'âge de discernement de l'enfant que les magistrats doivent déterminer. En effet, rappelons que la loi fixe le critère du discernement, sans prévoir de seuil d'âge. Ainsi, en l'absence d'une définition juridique, cette notion est laissée à l'appréciation des juges. Il est ainsi intéressant de remarquer qu'au sein d'un même territoire judiciaire, l'âge de l'enfant ouvrant le droit à son audition est défini de manière différente. Alors que devant la Cour d'appel, les magistrats s'accordent sur l'âge de douze ans, en première instance, les juges aux affaires familiales des différents tribunaux de grande instance se sont arrêtés sur d'autres critères : sept ans pour le TGI A, dix ans pour les TGI B et C, et huit ans pour le TGI D.

« Maintenant lorsque l'enfant en fait la demande, son audition est de droit sauf si on estime qu'il n'a pas le discernement. Donc là, cette question du discernement, c'est un peu la porte ouverte à toutes les interprétations. La loi ne fixe pas de limite d'âge. [...] La pratique à la Cour, chez nous, c'est de considérer qu'à partir de l'âge de douze ans, les enfants, ils savent à peu près ce qu'ils disent et on ne se pose pas trop de question : dès lors qu'ils demandent à être entendus, on les entend. ». **Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel (M1)**

« On se fixe généralement sept ans, après s'il y a une fratrie, ça peut être mal vécu par le plus jeune s'il n'est pas entendu. Dans ce cas, on peut convoquer toute la fratrie mais dans une certaine mesure quand même, on ne va pas descendre en de ça de cinq ans. » **Juge aux affaires familiales du TGI A (M4)**

« Donc nous, toutes les JAF du tribunal nous nous sommes accordées sur l'âge de dix ans ici. Nous, on considère que l'enfant est capable de discernement qu'à partir de dix ans. On s'est accordées mais c'est vrai que cela dépend des juridictions parce que je ne suis pas sûre que ce soit pareil partout. Je crois que le TGI A, il retenait l'âge de sept ans, donc ça dépend ... » **Juge aux affaires familiales du TGI B (M6)**

Le fait que les décisions statuant sur les demandes d'audition formées par le mineur ne soient susceptibles d'aucun recours notamment par une procédure d'appel (article 338-4 al. 1 du Code de Procédure Civile), peut expliquer que les différents magistrats de ce territoire

judiciaire ne se soient pas accordés sur des mêmes critères et qu'il n'existe pas une même « politique judiciaire » à l'échelle de cette Cour d'appel. Le choix ainsi laissé aux magistrats d'apprécier l'âge du discernement a ainsi pour effet de conduire à des inégalités d'accès à l'audition entre les enfants selon les juridictions. Néanmoins, pour différents magistrats, la limite d'âge définie ne ferme pas totalement la porte de l'audition aux enfants en deçà de cette limite. L'audition est ainsi possible dans des configurations familiales particulières. Ainsi, lorsque des enfants n'ayant pas l'âge pour être autorisé à être auditionné appartiennent à une fratrie au sein de laquelle les aînés sont auditionnés par les juges, les différents magistrats interrogés disent avoir tendance à accepter de les auditionner.

« Ça m'est arrivé d'en entendre des plus petits parce que j'entendais les aînés. Je n'ai pas voulu couper le plus petit en disant « Non, toi ça va, on va entendre ton frère, ta sœur et puis toi, tu vas rester à la porte ! ». C'est pas bien non plus ... » **Juge aux affaires familiales du TGI C (M7)**

Ensuite, au-delà du critère de discernement, tous les magistrats rencontrés se posent la question de la véracité des propos tenus par l'enfant et de l'impact de ces déclarations sur la décision qu'ils auront à rendre. Ils se trouvent confrontés à un problème majeur : quel statut donner à la parole de l'enfant ? La loi ne précise pas la fonction de l'audition dans la production de la décision judiciaire. Le juge, s'il doit prendre en compte les sentiments exprimés par l'enfant, n'est pas tenu spécifiquement de les suivre. Pour se sortir de ce premier dilemme, tout le travail des magistrats est, dès lors, de croiser les différentes informations contenues dans les pièces composant le dossier judiciaire, quitte à ordonner une enquête sociale ou une expertise psychologique suite à l'audition de l'enfant pour vérifier la véracité des propos tenus par ce dernier.

« Le législateur pousse à ce qu'on entende les enfants, mais je trouve que c'est à prendre avec des pincettes. Cela pose des problèmes parce que l'enfant peut mentir et j'ai vu plusieurs fois des enfants me dire une chose et me rendre compte que c'était faux. J'ai pu m'en rendre compte parce que j'avais ordonné une enquête sociale et qu'au cours de l'enquête sociale, l'enfant avait menti parce que l'un des parents avait fait pression juste avant l'audition et l'enfant n'avait pas osé me dire ce qu'il disait. J'ai vu des enfants mentir à leur avocat ou au juge, tenir des propos incompatibles entre ce qu'il dit à l'avocat et ce qu'il dit au juge. J'ai vu des enfants qui ont été gênés, donc tout est possible et toujours avec un aspect criant de vérité. Ce n'est pas facile de savoir s'il ment. » **Juge aux affaires familiales du TGI D (M5)**

Dans certaines configurations familiales, l'opportunité d'auditionner les enfants est l'objet de positionnements différents selon les magistrats. Les magistrats que l'on pourrait

qualifiés de « légalistes » s'en tiennent aux dispositifs législatifs à savoir autoriser l'audition de l'enfant dans la mesure où il respecte le critère de discernement. A l'opposé, d'autres magistrats « promoteurs » des droits de l'enfant, dans le cadre d'affaires faisant l'objet d'un affrontement exacerbé entre les parents, refusent d'auditionner des enfants ; cette audition allant à l'encontre de ce qu'ils considèrent être de l'intérêt de l'enfant dans sa dimension protectrice. Les propos suivants de Marc Benassy, Conseiller de la Défenseure des enfants, résument très bien le positionnement de ces magistrats : « *Le mineur à entendre peut être un mineur en danger soit du fait de la configuration familiale, soit parce qu'il est victime de violences, soit, le plus souvent parce qu'il se trouve pris en otage par ses deux parents dans le cadre d'une séparation conflictuelle. Dans ce cas, soucieux d'éviter de devoir se prononcer en faveur de l'un de ses parents, et donc au moins implicitement en défaveur de l'autre, l'audition du mineur risque d'être privée de tout intérêt pratique pour le juge.* »⁶⁰³

L'autodidactisme des juges pour procéder aux auditions ... et ses limites

La loi ne prévoit pas les modalités procédurales de l'audition. Ainsi, une fois prise la décision d'auditionner l'enfant, se pose la question pour les magistrats de savoir comment procéder à cette audition. La question centrale est dès lors : comment susciter la parole de l'enfant sans lui mettre sur les épaules le poids de la décision finale ? Le premier problème soulevé par les magistrats pour mener ces auditions est le fait de ne pas avoir reçu de formation spécifique à l'entretien d'enfants. Ils disposent ainsi des savoirs et savoir-faire cumulés le plus souvent de manière autodidacte leur permettant de codifier cette nouvelle pratique. Ainsi, les magistrats ont-ils mis en place différentes règles pour mener l'audition, mais également différentes stratégies relationnelles. Certains vont se donner comme impératif de consacrer un temps minimal à cet entretien. Si les journées d'audience notamment des juges aux affaires familiales sont très souvent l'objet de « *cadences infernales* », ces magistrats tentent de sortir de cette logique les auditions d'enfants en prenant le « *temps nécessaire pour écouter ce qu'ont à leur dire les enfants* ». Par ailleurs, tous les magistrats interrogés disent avoir en tête une forme de protocole d'entretien afin d'amener l'enfant à se détendre en parlant avec lui de son environnement, de ses goûts, de ses loisirs, de son école pour terminer sur les relations avec ses parents. Au début de l'entretien, les magistrats vont

⁶⁰³ Benassy Marc, « La Convention internationale des droits de l'enfant et la parole de l'enfant », *Journal des psychologues*, 2009/1, p24-26.

chercher à rassurer l'enfant en lui précisant que la décision qu'ils auront à prendre pourra tenir compte de ses déclarations, mais aussi et surtout, d'autres éléments qui ne seront pas le fait de ses déclarations. Encore, l'audition peut également aussi servir aux magistrats pour préparer l'enfant à la décision qu'il escompte rendre ou du moins « tester » les choix par exemple de résidence qu'il pourrait prendre en observant les réactions de l'enfant.

« Généralement une audition, cela me prend une demi-heure. Je prends une demi-heure par enfant, cela peut être plus long. Mais, c'est rarement plus court. Il y a forcément un démarrage pour faire le tour de l'environnement avant d'aborder ce qui est vraiment le cœur de la question. Il faut placer ça dans son contexte ne serait ce que pour que vous ayez en face de vous quelqu'un de relativement confiant pour qu'il vous parle sincèrement, pas qu'il vous parle de ce qu'il avait préparé à l'avance, qu'il vous parle sincèrement de ce qu'il est venu dire. Donc, il faut le temps de parler un petit peu, de la scolarité, des loisirs, pour en arriver aux conditions d'hébergement. Progressivement, on en vient donc aux questions des conditions d'hébergement. » **Conseiller à la Chambre familiale de la Cour d'appel (M3)**

Pour mener à bien l'audition, les magistrats peuvent également s'appuyer sur un médiateur, l'avocat de l'enfant. Si l'avocat n'est pas toujours présent lors de l'audition, lorsque celui-ci assiste l'enfant, il joue un rôle tout particulier, celui de soutenir la parole et d'aider l'enfant à s'exprimer. Par ailleurs, les juges se fient à la réputation professionnelle de l'avocat. Ils s'appuient, ainsi, d'autant plus sur l'avocat lors de l'audition lorsque celui-ci est connu pour représenter régulièrement les enfants dans ce type de procédure.

« Je commence le plus souvent l'audition en disant « ton avocat ... », ils viennent une fois sur deux accompagnés de leur avocat. Et c'est confortable, c'est mieux quand il y a l'avocat parce que déjà il y a eu une première audition de l'avocat et puis donc l'avocat qui déjà les rassure et puis s'il ne dit pas tout au cours de l'entretien et bien il y aura l'avocat qui dira « tu te souviens tu m'avais dit aussi... ». Donc cela permet un peu de compléter un peu les choses. » **Juge aux affaires familiales du TGI A (M4)**

Face à des situations parentales conflictuelles où la parole de l'enfant pourrait être utilisée contre lui, à la manière des anciens juges aux affaires matrimoniales, certains magistrats « généralistes » non spécialistes de la fonction de « JAF » ou de juges d'appel à la Chambre familiale, préfèrent transformer l'audition en enquête sociale ou en expertise psychologique. Ils demandent d'ailleurs à l'expert ou à l'enquêteur social de mentionner dans leur rapport que « l'enfant a été entendu seul », faisant de l'enquête sociale ou de l'expertise l'« équivalent juridique » d'une audition.

« C'est un exercice finalement auquel on n'est pas tellement préparé parce que la parole de l'enfant, c'est quelque chose qui n'est pas très simple, et il y a des moments où l'on a besoin d'un décodeur. Ce sont surtout des enfants qui sont dans un conflit de loyauté vis-à-vis des parents. Il faut y aller doucement, il faut voir quelle est la portée de ce qu'ils disent. Ce qui fait que des fois, quand le contexte est trop compliqué, j'aime mieux qu'ils soient entendus par un psychologue, par un pédopsychiatre ou par un enquêteur social. » **Juge aux affaires familiales du TGI C (M7), en poste depuis deux ans, se dit « généraliste, non attachée à une fonction spécifique dans la magistrature »**

On observe moins ces pratiques chez les juges aux affaires familiales ou les juges d'appel de la Chambre familiale ayant fait le choix de faire carrière dans cette fonction. Ils disposent davantage de ressources car notamment, ont le plus souvent suivi des formations continues sur des thématiques liées à cette fonction (techniques d'entretien, psychologie de l'enfant, sociologie de la famille, etc.).

Le dilemme de l'audition : trouver un équilibre entre protection de l'enfant et respect du contradictoire

Le troisième pôle de réflexion des magistrats sur leurs pratiques d'audition de l'enfant tient à la place de la parole de l'enfant dans le débat contradictoire du procès de ses parents. Autrement dit, que retranscrire de la parole de l'enfant dans le procès verbal d'audition ? Les règles juridiques en la matière sont pour le moins silencieuses. Toute la difficulté pour les magistrats est de trouver un équilibre entre protection de l'enfant et respect du contradictoire. Ainsi, dans des situations conflictuelles où l'enfant pourrait être mis en danger par la divulgation de ses propos à ses parents ou ses frères et sœurs, les magistrats, préfèrent soit rédiger un procès verbal écrit où il précise avoir satisfait à leur obligation d'audition et en indiquant quelques éléments limitant les risques de représailles que pourraient subir l'enfant, soit faire un compte rendu oral en limitant la restitution « au strict minimum » afin de ne pas engager davantage l'enfant dans le conflit parental.

« Quand j'entends les enfants, ce n'est pas pour être déloyal à l'égard de qui que soit, mais je ne mets pas quelque chose qu'ils ne souhaitent pas. Il arrive qu'ils disent des choses et après, on ne le met pas de cette manière-là. On dit des choses mais il ne faut pas non plus que cela laisse des traces indélébiles qui vont porter préjudice à l'enfant. » **Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel (M1)**

« Alors pour la restitution des auditions, on a le choix, ça peut être un compte rendu oral comme un procès verbal écrit et là tout l'enjeu, c'est de mesurer les conséquences pour l'enfant que peut avoir la restitution de sa parole. Alors j'avoue que dans les dossiers hyper sensibles, le dernier que j'ai vu là, c'est un petit qui était déjà connu au JE, il avait déjà été entendu à plusieurs reprises. C'est un enfant qui est très mal, j'ai souhaité faire un compte

rendu oral en limitant vraiment ma restitution au strict minimum en disant « écoutez, là, j'ai rien appris, déjà tout est dans le dossier donc on va arrêter » on va éviter d'impliquer ce pauvre gamin qui a dix ans et qui est vraiment dans une grande détresse. » **Juge aux affaires familiales TGI D (M5)**

Procès-Verbal d'audition de François (13 ans) devant le Conseiller de la Cour d'appel, Juin 2008 :

Avons procédé à l'audition de François X, né le ..., ce jour en présence de Me Y, avocat au barreau de D.

Nous l'avons avisé qu'en aucun cas il n'est partie à la procédure opposant ses parents et qu'il est entendu pour connaître son sentiment sans que cela lui donne qualité à la procédure.

Je vis actuellement avec ma maman. Cela se passe bien, je passe en quatrième, je voudrai devenir cuisinier. J'aide ma mère, par exemple hier soir j'ai fait une tarte à la pomme et à la cerise. Ça se passe bien également avec mon père, j'aide ma belle-mère à la cuisine. Je préférerais que cela reste comme c'est maintenant. Je préfère rester avec mon frère Xavier, mon frère Gérald est plus dur avec moi. Mais, j'apprécie mon frère Gérald. »

Nous avons clos le présent procès-verbal que nous avons signé avec la greffière.

Dans certains tribunaux de grande instance et devant la Cour d'appel, les magistrats vont, par ailleurs, imposer aux avocats des parents de venir consulter les procès-verbaux d'audition au Palais de Justice en leur interdisant d'en faire une copie afin que les parents ne puissent pas en disposer. Une jeune magistrate explique que « *ce procédé n'est qu'un artifice* » et qu'elle « *sait très bien que la consigne n'est pas toujours tenue, et que certains avocats vont prendre en note le PV et le transmettre à leur client* ».

Les stratégies des magistrats pour protéger la parole de l'enfant comportent un risque majeur en ce qu'elles peuvent constituer une atteinte au principe du débat contradictoire entre les parents. Lorsque la restitution de l'audition est écrite (ce qui est le plus souvent le cas), un des enjeux pour les magistrats dans la rédaction des procès-verbaux d'audition est d'envisager les appropriations qui pourront être faites de la parole de l'enfant par les deux parties au procès. Ainsi, le fait que le contenu du procès-verbal d'audition ne retranscrive pas textuellement les propos de l'enfant peut être un argument d'un parent pour soulever une cause de nullité de l'audition.

« On ne sait pas trop si ce que dit l'enfant peut être dit aux parents ou pas, et sous quelle forme. Ça, c'est très embêtant parce que le procès civil est basé sur le principe du contradictoire. Mais il est toujours une question délicate parce que parfois l'enfant veut parler mais sous condition que ce ne soit pas révélé non plus. Alors qu'est-ce qu'on fait d'une

information qui ne peut pas être discutée, mais qui va quand même avoir un pouvoir d'influence dans la décision ? Donc l'audition de l'enfant pose des problèmes par rapport au principe du contradictoire et ça tous mes collègues le disent également ! » **Juge aux affaires familiales du TGI D (M5)**

La rédaction du procès-verbal revêt par conséquent un enjeu central dans la pratique d'audition. Par ce travail d'écriture, les magistrats tentent de répondre au dilemme de la relation « protection de l'enfant/respect du contradictoire ». Ainsi, c'est dans la pratique rédactionnelle du procès-verbal d'audition que s'exprime tout le savoir-faire des magistrats et par la-même, un aspect de leur fonction régulatrice du conflit parental et conjugal.

« Lors d'une audition d'enfant, je dresse un procès verbal et il est versé au dossier. Et les parties en prennent connaissance et très souvent re-concluent après pour en tirer profit ou le critiquer, mais c'est un élément du débat. Donc, il faut que les choses soient dites et si on peut amener à dire de façon à ne pas blesser, c'est mieux. C'est aussi le contentieux familial, un contentieux où l'on écrit. La manière dont on écrit les choses peut faire des dégâts. Il faut être très vigilant dans la rédaction de manière à ne pas pointer du doigt : lui, c'est un mauvais père, elle, c'est une mauvaise mère ... On ne doit pas distribuer les bons ou mauvais points. » **Président de la Cour d'appel (M1)**

Finalement, se pose autrement la question des inégalités de traitement des justiciables. Ici, elles se trouvent indirectement produites par les pratiques différenciées de l'audition de l'enfant selon les juridictions et les magistrats. En effet, les magistrats ne possèdent pas dans les mêmes proportions ces savoir-faire spécifiques relationnels et rédactionnels. Ainsi, les magistrats paraissant les plus dotés en ces savoir-faire spécifiques sont notamment ceux ayant fait le choix de s'engager dans une carrière dans les affaires familiales, ceux passés par la fonction de Juge des Enfants, ou encore ceux ayant suivi des formations continues spécifiques proposées par l'Ecole Nationale de la Magistrature.

Cet aparté sur l'appropriation de l'audition de l'enfant par les juges aux affaires familiales et les juges d'appel a permis de révéler en filigrane la traduction pratique de leur conception de l'« intérêt de l'enfant » dans sa dimension protectrice. Après avoir cerné les normes de « bonne parentalité » prescrites par les juges et les différentes significations qu'ils donnent à la notion d'intérêt de l'enfant, il convient, maintenant, de voir si le traitement qu'ils opèrent des demandes et des moyens soulevés par les différents justiciables – notamment selon leur milieu social d'appartenance – s'inscrit dans la même lignée de celui effectué par les conseils juridiques dans leurs écritures d'appel.

2.3. Les différentes formes de régulation des juges d'appel pour remettre en ordre les relations parentales

Face à la majorité des affaires en appel où les parents n'ont pu s'accorder sur les modalités de prise en charge des enfants, les juges d'appel, pour se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale [type d'exercice (conjointe ou exercée exclusivement par un des parents), fixation de la résidence, fixation du droit de visite et/ou d'hébergement du parent non gardien], prennent notamment en considération les cinq critères juridiques suivants définis par le législateur :

- « 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 (sur l'audition)
- 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 373-3-12 » **Article 373-2-12 du Code Civil**

Si les juges d'appel s'appuient sur ces critères pour rendre leur décision, ils ne les retiennent pas tous de manière systématique tout simplement parce que toutes les affaires n'ont pas fait et ne font pas l'objet d'une audition des enfants, et encore moins d'une expertise psychologique, ou encore d'une enquête sociale. L'ordonnancement de ces critères dans le Code Civil traduit également l'ordre par lequel les juges d'appel se saisissent de ces critères en fonction notamment du caractère plus ou moins déviant qu'ils vont attribuer aux affaires traitées.

Il convient, dès lors, de mettre en parallèle cette grille de lecture des juges d'appel avec les traductions opérées par les conseils juridiques des demandes de leur client dans leurs écritures d'appel. Il est constant que les traductions différenciées réalisées notamment par les avoués à la Cour selon les milieux sociaux des justiciables se répercutent sur le traitement entrepris par les juges d'appel des dites affaires. Comme pour le travail effectué précédemment sur les écritures d'appel des avoués, nous nous intéresserons tant aux types de décision prises par les juges d'appel qu'à leurs motivations retenues pour justifier les arrêts de la chambre familiale de la Cour. L'analyse des arrêts la Cour d'appel et notamment des

motivations rédigées par les juges d'appel à l'appui de leur décision doit être attentive tant au mode de désignation des désordres parentaux (ce que les magistrats retiennent des descriptions proposées par les deux parties au procès et le cas échéant, par les enquêteurs sociaux et les experts psychologues ou psychiatres dans leur rapport) qu'aux réponses et aux formes que prennent celles-ci. Derrière les « prescriptions », les « injonctions », ou encore les « condamnations » des juges d'appel se posent la question de savoir quelles sont les attentes de ses garants de l'intérêt de l'enfant et des normes de bonne parentalité en ce qui concerne les rôles respectifs des pères et des mères. Et surtout, comment s'y prennent-ils pour définir ces attentes et ramener ces parents sur la voie d'une parentalité autonome et civilisée et pensée dans l'intérêt de l'enfant ? Autrement dit, et pour reprendre les termes de Benoît Bastard et Laura Cardia-Vonèche à propos des nouveaux dispositifs d'encadrement de la parentalité, comment la tendance à remettre aux parents la responsabilité de la prise en charge de leurs enfants s'observant dans l'intervention sociale⁶⁰⁴ (dispositifs de médiation, rôle des travailleurs sociaux au sein des lieux d'accueil parental, ou encore des juges aux affaires familiales dans le processus de conciliation parental, etc.) s'applique-t-elle devant la chambre familiale d'une Cour d'appel où les conflits parentaux sont très souvent aigus ?

2.3.1. D'un rappel à la norme de coparentalité aux parents des classes supérieures et des classes moyennes ...

Au début de ce chapitre, on a pu voir que les contentieux parentaux présentés devant la Cour d'appel opposant les couples aux fortes ressources économiques et culturelles se cristallisent principalement autour de la dimension financière de la prise en charge des enfants. Bien que, pour ces couples, en amont du passage devant les instances judiciaires, le conflit parental ne se limite pas toujours à la question de la fixation d'une contribution alimentaire, il demeure que ces couples ont pris acte de l'appel à l'autorégulation des différentes intervenants socio-judiciaires et, finalement, ne présentent devant la Cour d'appel très souvent qu'un contentieux financier. Si l'on prend comme indicateur la profession du père, il s'avère que pour 71,1% des pères appartenant à la catégorie « cadres et professions supérieures et intellectuelles » et pour 62,3% des pères appartenant à la catégorie « professions intermédiaires », le procès en appel traite uniquement de la prise en charge financière de l'enfant. A l'opposé, pour les pères ouvriers amenés à s'engager dans un procès

⁶⁰⁴ Bastard Benoît et Cardia-Vonèche Laura, « Vers un nouvel encadrement de la parentalité ? L'intervention sociale face aux ruptures familiales », *op. cit.*, p.110-121.

en appel sur la question de la prise en charge des enfants, 48,8% de ces procès se limite à un débat autour de la fixation d'une contribution alimentaire. Inversement, la différenciation sociale des débats judiciaires devant la Cour d'appel s'observe par le fait que seulement 28,9% des procès en appel où le père appartient à la catégorie « cadres et professions supérieures et intellectuelles » traitent de la question de la résidence des enfants contre 44,9% pour les procès où le père est ouvrier. Encore, seulement 13,3% des procès opposant des parents dont le père appartient à la catégorie « cadres et professions supérieures et intellectuelles », la question du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien (élargissement, maintien ou suppression) est soulevée dans le débat judiciaire en appel. Au contraire, ce taux s'élève à 41,9% pour les pères ouvriers. On observe les mêmes tendances si l'on prend comme indicateur la profession exercée par la mère excepté pour la catégorie « femme au foyer » qui cache des situations sociales très hétérogènes.

Ainsi, les juges d'appel sont moins sollicités pour trancher les modalités de la prise en charge relationnelle des enfants dans les catégories sociales intermédiaires et supérieures. Qui plus est, lorsqu'ils doivent se prononcer sur la question de la résidence des enfants ou du droit de visite et d'hébergement du parent non gardien dans ces milieux sociaux, les juges d'appel ont entre leurs mains des écritures d'appel présentées par les parties au procès participant d'une certaine manière à « lisser » le conflit parental en mettant en scène différents comportements prouvant leur respect de la norme de coparentalité. Malgré le travail d'écriture des avoués pour lisser le conflit parental sous-jacent à l'affrontement judiciaire, les juges ne manquent pas de rappeler dans les motivations à l'appui leur décision cette norme de coparentalité en précisant par exemple « *il est du devoir des parents de dépasser leurs conflits personnels pour harmoniser les conditions d'exercice des droits sur les enfants communs* » (formule relevée dans plusieurs arrêts de la Cour d'appel).

L'argument du respect de la norme de coparentalité très souvent avancé par les pères des classes moyennes pour voir entériner une résidence alternée n'est que très rarement retenu par les juges de la Cour d'appel, et plus particulièrement lorsque les enfants sont en bas âge. Ils préfèrent ainsi s'appuyer sur la conception de l'intérêt de l'enfant davantage développée dans les écritures d'appel des mères, à savoir l'« intérêt de l'enfant » entendu comme le maintien de l'enfant dans un environnement stable. Par ailleurs, si la dimension protectrice de l'« intérêt de l'enfant » n'a qu'une place très marginale dans ces débats judiciaires, pour autant, le seul argument de la coparentalité n'est souvent pas suffisant aux yeux des juges pour entériner une résidence alternée ou un transfert de résidence. Dans ces configurations,

une majorité des juges d'appel privilégient la fixation de la résidence des enfants en bas âge au domicile maternel invoquant dans leurs décisions, l'intérêt pour les enfants d'avoir des repères stables et leur besoin de « maternage ». Se dégage de leurs décisions une conception traditionnelle des rôles parentaux où les compétences maternelles sont considérées comme étant garantes de l'équilibre affectif et psychologique de l'enfant en dépit des choix résidentiels (domiciliation près de l'école de l'enfant) et des négociations professionnelles du père pour se rendre disponible auprès de l'enfant. Pour ces juges d'appel, si le respect à la norme de coparentalité est très souvent une condition nécessaire à l'organisation d'une résidence alternée, elle n'en est pas pour autant une condition suffisante.

La réponse judiciaire apportée par les juges d'appel à l'affrontement judiciaire du couple Bonnard est, de ce point de vue, caractéristique des registres justificatifs utilisés par les magistrats dans ce type de configuration socio-judiciaire. François et Estelle Bonnard se sont mariés en 2002 alors qu'ils avaient tous les deux 27 ans et occupaient respectivement un poste de cadre commercial dans une société de transport, et d'éducatrice spécialisée dans un institut médico-éducatif. De leur union, sont nés deux enfants : Alexis en mai 2003 et Eléonore en juillet 2005. En Novembre 2006, François Bonnard déposait une requête en divorce dans le cadre d'une procédure « tronc commun ». Après que les deux époux aient comparu devant le Juge aux affaires familiales en Janvier 2007, ce dernier rendait une ordonnance de non conciliation précisant notamment que la résidence habituelle des enfants était fixée chez la mère selon l'accord du couple et que le père bénéficierait un droit de visite et d'hébergement élargi. Finalement, deux mois plus tard, et, après avoir choisi de résider à proximité du logement de Madame Bonnard et obtenu de son employeur une modification de ses horaires de travail, François Bonnard décidait d'interjeter appel de cette décision pour solliciter que la Cour d'appel entérine une résidence alternée. Dans ses conclusions d'appel, l'avoué de Monsieur Bonnard concentre son argumentation autour d'une longue description des qualités parentales de son client (« *il s'est toujours occupé des enfants* », « *il a toujours veillé à leur épanouissement et à leur bonheur* », « *il est très proche d'eux et très complice* », « *le cadre offert aux enfants par le concluant est indiscutablement équilibré* », « *le concluant a obtenu de son employeur un aménagement de ses horaires et de travail et qu'il est ainsi parfaitement disponible pour s'occuper des enfants* ») s'appuyant sur de multiples attestations (19) rédigées par sa mère, ses deux sœurs, des voisins, plusieurs amis, la baby-sitter des enfants employée ponctuellement par Monsieur Bonnard, son employeur et ses collègues de travail) faisant montre par là-même de l'importance du tissu relationnel l'entourant. Les conclusions

d'appel de Monsieur Bonnard font également l'état de différentes critiques portées à Madame Bonnard qui ne jouerait pas le jeu de la coparentalité (« *force est de constater la mauvaise foi de Madame Bonnard, laquelle affirme que les enfants auraient du mal à ne pas dormir à son domicile* » ; « *Madame Bonnard a tout mis en œuvre pour empêcher les enfants d'assister au mariage de leur oncle paternel* », etc.). A l'opposé, l'avoué de Madame Bonnard invoque l'accord initial du couple pour fixer la résidence des enfants à son domicile rappelant que « *le seul désaccord tranché par le Juge aux Affaires Familiales est celui du montant de la contribution alimentaire à la charge de Monsieur Bonnard* ». Surtout, les écritures d'appel de Madame Bonnard s'opposent à celles de son mari de par les conceptions différenciées et opposées de la notion d'« intérêt de l'enfant » qu'ils développent respectivement. Si les différents arguments de Monsieur Bonnard s'articulent autour d'une conception de l'« intérêt de l'enfant » entendue comme l'exercice effectif de la coparentalité, les écritures d'appel de Madame Bonnard se déploient autour de différents arguments visant à décrire l'environnement stable et épanouissant dans lequel évoluent les deux enfants à son domicile. Cette approche de l'intérêt de l'enfant en termes de stabilité est clairement précisée dans ses écritures :

« Que, pour sa part, la concluante a toujours eu à cœur de veiller sur les enfants, sa volonté étant que dans leur seul intérêt, ils vivent dans un cadre de vie stable, rassurant et épanouissant.

Qu'ainsi, dans leur intérêt, elle sollicite que l'ordonnance soit confirmée en ce qu'elle fixe la résidence habituelle des enfants ; » **Extraits des conclusions d'appel prises au nom de Mme Bonnard.**

Bien que sollicitant le maintien de la résidence des enfants à son domicile à partir d'une interprétation différente de l'« intérêt des enfants », l'avoué de Madame Bonnard utilise les mêmes types d'arguments que ceux invoqués par l'avoué de son mari. Par ailleurs, Madame Bonnard invoque également à l'appui de ses écritures pas moins de 18 attestations rédigées par ses parents, ses frères et sœur, des membres de sa famille élargie, des collègues de travail, des amis, de l'assistante maternelle et de l'institutrice des enfants. Ces attestations visent notamment à démontrer la plus grande disponibilité parentale de Madame Bonnard (« *la concluante a produit aux débats différentes attestations prouvant sa disponibilité pour s'en occuper* » ; « *la concluante a versé aux débats les preuves de ce que Monsieur Bonnard n'a en réalité que peu de disponibilités pour les enfants* ») et de ses compétences parentales et plus spécifiquement maternelles (« *la concluante a produit aux débats des témoignages*

prouvant qu'elle est une mère attentive à ses enfants et qu'elle s'en occupe personnellement (par ex. pièces 11, 13, 32 et 38) »). Aussi, pour justifier que le maintien des enfants à son domicile serait un gage de stabilité affective pour ces derniers, l'avoué de Madame Bonnard tente d'établir par des attestations émanant de proches de sa cliente en réponse à celles produites par Monsieur Bonnard que le père ne s'occupait pas des enfants durant la vie commune (« si Monsieur Bonnard verse aux débats quelques attestations émanant de membres de sa famille qui ne sont que rarement venus au domicile conjugal pour affirmer qu'il se serait toujours occupé des enfants et serait très complice avec eux, la concluante produit des pièces prouvant que la réalité est autre »).

Après avoir fait état des registres sémantiques (pour qualifier l'intérêt de l'enfant) et des arguments soulevés par les deux parties au procès, il convient de repérer les arguments retenus par les magistrats de la Cour d'appel pour justifier leur décision de maintenir la résidence des enfants au domicile maternel. On relève ainsi que dans ce procès, les trois juges (deux hommes et une femme) composant la Cour d'appel dans sa forme collégiale sont tous les trois âgés de plus de 55 ans et issus de familles catholiques affiliées aux élites de province (familles de juristes et médecins) retiennent la conception de l'intérêt de l'enfant défendue par la mère. Si les conclusions de la mère ont justifié le maintien au domicile maternel de la résidence des enfants au nom de la stabilité affective des enfants et par une plus grande disponibilité maternelle, on peut relever que les juges d'appel allèguent l'argument du « besoin de maternage » qui n'était pourtant invoqué directement par aucune des deux parties au procès. Cette justification apportée par les juges d'appel à l'appui de leur décision s'apparente à une conception conservatrice de la morale familiale et, par extension, de l'ordre social.

« Sur la résidence des enfants :

Selon l'article 373-2-9 du Code Civil, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

Contrairement à ce que soutient Monsieur Bonnard, la résidence alternée n'est donc pas désormais la règle intangible, mais doit, comme toute mesure afférente à l'autorité parentale, correspondre à l'intérêt des enfants.

En l'occurrence, chacun des parents offre à son domicile personnel des conditions matérielles de vie satisfaisantes et leur attachement aux enfants n'est pas contestable aux termes des multiples attestations versées aux débats.

Même si Monsieur Bonnard est désormais susceptible d'obtenir des horaires de travail lui laissant le loisir de s'occuper de ses enfants dès leur sortie de l'école (cf. attestation de l'employeur – pièce n°25) et a pris des dispositions pour la garde des enfants le mercredi (cf. attestation de l'assistante maternelle, pièce n°64), Madame Bonnard, en congé parental temps partiel est actuellement plus disponible, ce qui doit profiter aux enfants qui,

compte tenu de leur très jeune âge, 4 ans et demi et 2 ans et demi, ont le plus grand besoin de maternage et se trouvent, depuis la séparation de leurs parents en septembre 2006, à son domicile où ils ont donc leurs repères.

Il y a donc lieu de confirmer l'ordonnance de non-conciliation en ce qu'elle a fixé la résidence habituelle des enfants chez leur mère ». **Extrait de l'arrêt de la Cour d'appel du 17 Janvier 2008.**

Le traitement de cette affaire révèle un des principaux enjeux auquel se trouvent confrontés les juges d'appel pour trancher la question de la prise en charge relationnelle des enfants chez les classes supérieures et moyennes. Dans ces milieux sociaux, les juges d'appel ont à trancher entre deux conceptions de l'intérêt de l'enfant, celle de la coparentalité effective défendue par le parent non gardien (très souvent le père dans les classes supérieures ; la proportion de père non gardien étant moins importante dans les classes moyennes) et celle de la stabilité affective et résidentielle des enfants par le parent gardien. Si en milieux populaires, les pères lorsqu'ils invoquent le principe de coparentalité au nom de l'intérêt de l'enfant devant la Cour d'appel, demandent très souvent de maintenir une relation avec les enfants à travers un droit de visite et d'hébergement classique ou un droit de visite médiatisé, les pères de milieux favorisés invoquant ce même principe sollicitent un exercice effectif de la coparentalité à travers une résidence alternée ou du moins, un droit de visite et d'hébergement élargi ou aménagé. Il s'avère que, face aux couples à fortes ressources économiques et culturelles engagés dans un affrontement judiciaire très souvent à multiples dimensions (le procès en appel ne se limite que très rarement à la seule dimension de la prise en charge relationnelle des enfants), les juges de la Cour d'appel du fait notamment de leurs caractéristiques sociologiques (ancienneté, affiliation sociale et parfois religieuse) penchent le plus souvent vers la conception de l'intérêt de l'enfant défendue par la mère à qui a été le plus souvent confiée la garde, à savoir maintenir la résidence des enfants au domicile maternel pour assurer leur stabilité affective et scolaire au nom de leurs « besoins de maternage ».

Cette tendance observée à travers l'analyse de cas empiriques se matérialise également par les résultats du tableau suivant à propos de la fixation du lieu de résidence de l'enfant par les juges de première instance puis par les juges d'appel. En prenant comme « strate » de référence l'ensemble des affaires présentées devant la Cour d'appel de notre corpus ayant pour objet la prise en charge relationnelle des enfants (fixation de la résidence, du droit de visite et d'hébergement et de l'autorité parentale), il s'avère que les couples des classes moyennes et supérieures (déterminées par la profession déclarée et le niveau de revenu du père) ont vu les juges d'appel renforcer la tendance des décisions prises par les juges de

première instance en fixant très largement la résidence des enfants au domicile maternel (75,% des affaires en appel contre 71,1% en première instance). Chez les classes supérieures et les classes moyennes, ce renforcement de la fixation de la résidence des enfants au domicile maternel par les juges d’appel se fait au détriment des décisions prises en première instance ayant fixé la résidence au domicile paternel (17,4% en première instance contre 13,5% en appel) et non pas celles, comme on aurait pu le croire, ayant entériné une résidence alternée, ces derniers étant confirmé par les juges d’appel (11,5% en première instance et en appel). A l’inverse, même si elle paraît toute relative, la tendance est au transfert de la résidence des enfants au domicile paternel dans les milieux populaires. Alors que parmi les affaires présentées devant la Cour d’appel opposant des couples parentaux de milieu populaire 65,4% avaient vu le juge de première instance fixé la résidence au domicile maternel, cette part se trouve ramenée à 58,7% après le passage devant la Cour d’appel. Au contraire, la part des affaires où la résidence des enfants est fixée au domicile paternel passe de 29,8% à 38,5% après le prononcé de l’arrêt de la Cour d’appel. Nous reviendrons par la suite sur cette tendance au transfert de résidence au domicile paternel en milieu populaire après l’affrontement judiciaire devant la Cour d’appel.

Tableau 41. La fixation du lieu de résidence de l’enfant par les juges de première instance et par les juges d’appel selon la classe sociale du père

Résidence fixée en première instance et par la Cour d’appel	Résidence au domicile maternel		Résidence au domicile paternel		Résidence alternée	
	Décision du JAF en 1 ^{ère} instance	Décision de la Cour d’appel	Décision du JAF en 1 ^{ère} instance	Décision de la Cour d’appel	Décision du JAF en 1 ^{ère} instance	Décision de la Cour d’appel
Classes populaires	65,4% (68)	58,7% (61)	29,8% (31)	38,5% (40)	4,8% (5)	2,9% (3)
Classes supérieures et moyennes	71,1% (37)	75,0% (39)	17,4% (9)	13,5% (7)	11,5% (6)	11,5% (6)
Ensemble	67,3% (105)	64,1% (100)	25,6% (40)	29,5% (47)	7,1% (11)	6,4% (9)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d’avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d’appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires présentés devant la Cour d’appel entre 1999 et 2009 ayant pour objet une demande concernant la prise en charge relationnelle des enfants (fixation de la résidence des enfants, du DVH du parent non gardien ou des modalités d’exercice de l’autorité parentale) N=156.

Lecture : Parmi les affaires présentées devant la Cour d’appel ayant notamment pour objet la prise en charge relationnelle des enfants (autorité parentale, fixation de la résidence ou fixation du DVH du parent non gardien), 65,4% des affaires où le père est affilié aux classes populaires ont vu la résidence des enfants être fixée au domicile maternel en première instance contre 58,7% devant la Cour d’appel.

Par ailleurs, si les affaires présentées devant la Cour d'appel par les couples issus des classes moyennes et supérieures traitant d'un contentieux parental ne sont pas exemptes de mesures d'instruction (enquête sociale, expertise psychologique ou psychiatrique, audition des enfants, injonction à se rendre à une réunion d'information sur la médiation familiale) ordonnées par les juges d'appel ou, en amont de la procédure d'appel, par les juges de première instance, il demeure qu'elles restent très marginales. Le tableau 42 permet ainsi de relever que les enquêtes sociales (13,5%), ou encore les expertises psychologiques ou psychiatriques (5,8%) sont présentes dans les affrontements judiciaires des couples de classes moyennes et de classes supérieures dans des proportions très modestes au regard de la place que celles-ci occupent dans les affrontements judiciaires opposant les parents de milieu populaire. Ainsi, en milieu populaire, plus de deux affaires sur cinq (41,3%) font l'objet d'une enquête sociale en première instance ou en appel. A contrario, les couples des classes moyennes et des classes supérieures se voient plus souvent enjoindre par les juges de première instance ou d'appel à se rendre à une réunion d'information sur la médiation familiale (11,5% contre seulement 1,9% pour les couples de milieu populaire).

Tableau 42. Les mesures d'instruction entérinées par les juges de première instance ou les juges d'appel selon la classe sociale du père

Mesures d'instruction ordonnées par les juges de première instance ou par les juges d'appel	Enquête sociale	Expertise psychologique ou psychiatrique	Audition de l'enfant	Injonction à se rendre à une réunion d'information sur la médiation familiale
Classe sociale du père (à partir de sa profession et de son niveau de revenu)				
Classes populaires	41,3% (43)	12,5% (13)	10,6% (11)	1,9% (2)
Classes supérieures et moyennes	13,5% (7)	5,8% (3)	11,5% (6)	11,5% (6)
Ensemble	32,1% (50)	10,3% (16)	10,9% (17)	5,1% (8)

Source : Base de données constituée à partir du traitement statistique des dossiers judiciaires mis à disposition par une étude d'avoué à la Cour et le Greffe de la Cour d'appel

Champ : Echantillon de dossiers judiciaires présentés devant la Cour d'appel entre 1999 et 2009 ayant pour objet une demande concernant la prise en charge relationnelle des enfants (fixation de la résidence des enfants, du DVH du parent non gardien ou des modalités d'exercice de l'autorité parentale) N=156.

Lecture : Parmi les affaires présentées devant la Cour d'appel ayant notamment pour objet la prise en charge relationnelle des enfants (autorité parentale, fixation de la résidence ou fixation du DVH du parent non gardien), 41,3% des affaires où le père est affilié aux classes populaires ont vu les juges de première instance ou d'appel ordonner une enquête sociale.

Ainsi, ces données renvoient aux inégalités sous-jacentes au nouveau modèle de la régulation familiale (à savoir l'injonction à l'autorégulation comme condition à l'exercice de la coparentalité). Devant la Cour d'appel, le traitement judiciaire différencié des contentieux parentaux vient répondre, en partie, à la question posée par Benoit Bastard et Laura Cardia-Vonèche⁶⁰⁵ quant aux nouvelles stigmatisations résultants de ce modèle pour les parents incapables d'y entrer par eux-mêmes. Ainsi, ceux qui subissent cette nouvelle forme de stigmatisme sont bien les classes populaires. Ainsi, alors qu'aux parents issus des classes moyennes et des classes supérieures, la tendance est à leur remettre la responsabilité de la prise en charge de leurs enfants et ce malgré l'intensité de leur affrontement judiciaire (en leur rappelant le principe de coparentalité ou plus rarement en les enjoignant à se rendre à une réunion d'information sur la médiation familiale), aux parents des classes populaires, la tendance est à remettre à des experts (enquêteurs sociaux, psychiatres, psychologues) la responsabilité de prendre la décision pour définir les modalités de la prise en charge des enfants par les parents. Bien qu'elle semble plus « douce », la « nouvelle » police éducative des familles⁶⁰⁶ dont la principale fonction se veut émancipatrice et civilisatrice s'exprime par une nouvelle forme de gestion morale des classes populaires dont les juges d'appel sont, d'une certaine manière, les porteurs. C'est à la description de cette gestion morale des affrontements judiciaires opposant les parents de milieu populaire qu'il convient maintenant de procéder.

2.3.2. ... A une codification scrupuleuse de la (co)-parentalité pour les couples de milieu populaire

La prise en charge relationnelle des enfants est une question centrale du débat judiciaire devant la Cour d'appel opposant les parents de milieux populaires. Nous avons pu voir que les juges d'appel traitent de ces affaires à partir d'écritures présentées par les avoués représentant ces parents d'un autre genre que celles présentées par les parents des classes moyennes ou supérieures. En effet, rappelons que les avoués et leurs collaboratrices par un regard souvent emprunt de misérabilisme participent à renforcer l'image d'un conflit exacerbé en milieu populaire où la partie adverse est décrite comme « défailante » ou « carencée » dans ses capacités à prendre en charge les enfants. Dans les écritures présentées par les avoués de chaque parent, l'intérêt de l'enfant est moins envisagé comme un argument visant à faire

⁶⁰⁵ Bastard Benoît et Cardia-Vonèche Laura, *op. cit.*, p.120.

⁶⁰⁶ Donzelot Jacques, *La police des familles*, Paris, Editions de minuit, 1977.

respecter le principe de coparentalité que comme un argument ayant pour objectif de démontrer aux juges d'appel que l'enfant doit être protégé de l'autre parent décrit comme ne présentant pas les garanties notamment morales pour prendre en charge l'enfant. Ainsi, deux principaux types de débat judiciaire sont présentés par les parents de milieux populaires aux juges d'appel. Le premier est celle de mères ayant la garde des enfants et ayant pris l'initiative d'un procès pour voir limiter les relations entre les enfants et leur père décrit comme « défaillant » (il abandonnerait les enfants en ne payant pas les pensions alimentaires, ou en n'exerçant pas ou que ponctuellement son droit de visite et d'hébergement, etc.), « carencé » (il ne disposerait pas de compétences parentales suffisantes pour prendre en charge les enfants à son domicile) ou voire « dangereux » (il serait dépendant à différentes substances psycho-actives, il aurait été l'auteur de différents délits faisant de lui un « délinquant », il serait violent, etc.). A l'opposé, on observe un autre type de débat judiciaire en appel où les pères de milieux populaires, cette fois-ci, en sont à l'origine. Il s'agit pour ces pères, de demander un transfert de résidence des enfants à leur domicile en invoquant chez la mère des carences parentales (elle n'assurerait pas la satisfaction des principaux besoins des enfants) ou un état des mœurs (elle serait instable affectivement, elle aurait de « mauvaises fréquentations ») incompatible avec la prise en charge d'enfants et ayant pour risque de « déstabiliser » ou de « mettre en danger » les enfants. Ces débats ont ainsi pour objet la question du maintien au domicile maternel de la résidence des enfants. La présence en nombre de ce type de débats devant la Cour d'appel permet ainsi d'interpréter la part importante des affaires présentées aux juges d'appel où la résidence des enfants a été fixée au domicile paternel (29,8% suite à la décision de première instance faisant l'objet d'une procédure d'appel et 38,5% après le passage devant la Cour d'appel, voir tableau 41). Aussi, est-il important de rappeler que le fait de prendre pour focal d'analyse les affaires présentées devant une Cour d'appel a pour effet de surreprésenter ce type de configurations d'affrontement judiciaire⁶⁰⁷ dont la dimension fortement conflictuelle s'explique par l'objet même du débat judiciaire. En effet, le centre de ces débats revient à évaluer les compétences maternelles et les dispositions « maternantes » des mères de milieux populaires dont on connaît l'importance de la figure dans ces milieux sociaux⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ On ne trouverait certainement pas ces proportions de résidence fixée au domicile paternel si l'on prenait pour cadre d'analyse, l'ensemble des procès ayant pour objet la prise en charge relationnelle des enfants en milieu populaire présentées en première instance devant les juges aux affaires familiales.

⁶⁰⁸ Schwartz Olivier, *op. cit*

Le processus judiciaire d'appel dans lequel se trouvent engagés les parents de milieu populaire conduit ainsi très souvent à ce que les juges d'appel, face à la demande croissante de régulation et d'arbitrage de ces justiciables n'ayant pas répondu aux différents appels à l'autorégulation, codifient de manière très précise les modalités de reconfiguration familiale. Par ailleurs, si les écrits des parties visent plus particulièrement à disqualifier l'autre parent pour obtenir que soit fixé à son domicile la résidence des enfants ou à limiter les contacts entre les enfants et l'autre parent en sollicitant de la Cour d'appel qu'elle supprime ou restreigne le droit de visite et d'hébergement de l'autre parent, les juges d'appel cherchent malgré tout à codifier un exercice *a minima* de la « coparentalité ». Cette codification se matérialise à partir de la fixation de règles strictes encadrant la situation parentale laissant notamment peu de marges d'interprétation aux justiciables et à leurs conseils juridiques. Ici, la « coparentalité » n'est pas entendue comme la recherche du maintien d'un même niveau de présence de chaque parent auprès de l'enfant, mais comme la recherche du maintien d'un lien minima des enfants avec chacun des deux parents. Si cette codification n'entraîne pas systématiquement la fin du conflit, elle se veut avoir au moins pour mérite de fixer des règles sur lesquelles peuvent (et doivent) se référer les justiciables pour exercer, en définitive, de manière protéiforme la coparentalité. De ce fait, la régulation judiciaire en appel des contentieux opposant les parents de milieux populaires tout en ayant pour ambition de recouvrir une véritable fonction socialisatrice⁶⁰⁹ s'écarte, en même temps, du modèle de l'autorégulation parentale. D'ailleurs, il est tout à fait significatif que les juges de la Cour d'appel, face à la conflictualité des situations parentales qui leur sont présentées, ne fixent ou ne maintiennent que très rarement le principe d'une résidence alternée.

Par cette tendance à la codification « à l'extrême » de la coparentalité, certains litiges peuvent conduire les juges d'appel, par exemple, à fixer le lieu où s'opère le transfert des enfants d'un domicile parental à l'autre devant une place de l'église d'un village, un commissariat de police, ou un lieu d'accueil enfants-parents encadrés par des travailleurs sociaux, etc. – lieux que les juges considèrent comme neutres et sécurisés pour les enfants. Les juges peuvent décider de délivrer un droit de visite d'un parent auteur de violences intrafamiliales pendant un après-midi chaque mois en point-relais sous le contrôle de travailleurs sociaux, ou encore d'instaurer un calendrier de « garde » des enfants spécifique, considérablement formalisé, et ajusté à des situations parentales gangrénées par un conflit diffus, etc. Reprenant une nouvelle fois les analyses de Pierre Bourdieu, ce travail de

⁶⁰⁹ Simmel Georg, *Le conflit*, *op.cit.*

codification de la coparentalité en milieu populaire par les juges d'appel s'appuyant le plus souvent sur une première ébauche établie par les juges de première instance vise en premier lieu « à minimiser l'équivoque et le flou » afin de « normaliser les pratiques » parentales et d'« assurer une communication minimale »⁶¹⁰ entre les deux parents.

« Dans certaines affaires, il y a tellement de périphériques à prendre en compte que cela nous amène à rendre des décisions qui sont parfois aberrantes en soi. Enfin, j'en ai encore rédigé une où l'on prévoit la remise de l'enfant sur la place de l'Eglise ou au commissariat de police. Mais c'est là aussi où l'on a besoin du regard des experts et des enquêteurs sociaux pour ajuster au mieux notre décision aux situations que l'on a à traiter. Alors quand on est dans des grandes villes, il existe des structures de type points-relais où les parents peuvent conduire l'enfant, s'ils ne peuvent pas se voir et s'ils ne peuvent pas se rencontrer sans se taper dessus, sans s'injurier, ce qui est désastreux pour l'enfant qui assiste à la scène. Donc, les systèmes du point-relais, lorsqu'il existe, est une bonne solution mais il n'y en a pas partout, surtout en milieu rural. Donc, en milieu rural, c'est souvent devant la place de l'église que nous fixons la remise des enfants ... Mais, j'ai déjà un jour rendu une décision où la remise de l'enfant se faisait devant le trottoir du commissariat de police, en me disant au moins devant le commissariat de police, ils ne se taperont pas dessus. Ou, s'ils se tapent dessus, la police interviendra tout de suite. » **Président de la Chambre familiale de la Cour d'Appel (M1)**

Comme le souligne le Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel, les juges d'appel n'hésitent pas à solliciter l'intervention d'un enquêteur social ou d'un expert psychologue ou psychiatre (si ce n'a pas déjà été fait en première instance⁶¹¹) pour trancher le conflit parental et codifier en « connaissance de cause » les modalités pratiques de l'exercice de la coparentalité. Il arrive régulièrement que les juges d'appel s'appuient sur les mesures d'investigation entérinées par un Juge des Enfants dans le cadre d'une procédure parallèle à celle engagée devant les juridictions familiales. Dans cette perspective, on peut donner sens aux résultats du tableau 42 quant aux mesures d'instruction ordonnées par les juges d'appel dans les procès opposant des couples de milieu populaire. Ainsi, parmi les affaires présentées devant la Cour d'appel ayant notamment pour objet la prise en charge relationnelle des enfants (autorité parentale, fixation de la résidence ou fixation du DVH du parent non gardien), 41,3% des affaires où le père est affilié aux classes populaires ont vu les juges de première instance ou d'appel ordonner une enquête sociale. De même, alors que d'une manière générale, l'expertise psychologique et psychiatrique reste peu pratiquée dans les affaires familiales, 12,5% des affaires où le père appartient aux milieux populaires ont été l'objet d'une telle mesure. Pour les enquêtes sociales, les juges d'appel ne pouvant prendre de

⁶¹⁰ Bourdieu Pierre, « Habitus, code et codification », *op. cit.*

⁶¹¹ Par ailleurs, bien qu'une enquête sociale ou une expertise psychiatrique ait été ordonnée en première instance, il arrive que les juges d'appel sollicitent, dans le cadre de la procédure d'appel, une contre enquête sociale ou une contre expertise psychologique.

décisions en l'état du débat judiciaire font appel à l'enquêteur pour qu'il pénètre au cœur même de la vie privée des justiciables et « *recueille tous renseignements sur la situation morale et les conditions matérielles d'existence des parents et des enfants* », et/ou « *sur les capacités éducatives de chacun des parents* » afin de fournir « *toutes informations permettant à la juridiction saisie de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et des droits de visite et d'hébergement* »⁶¹². Les enquêteurs sociaux rencontrés expliquent que pour mener leur investigation, ils obéissent à un même protocole lequel se différencie quelque peu selon les enquêteurs et les structures pratiquant ce type d'investigation. Ce protocole consiste à rencontrer, dans le cadre d'un entretien, les parents chacun à leur domicile et les enfants le plus souvent au domicile du parent où est fixée sa résidence. Dans les situations les plus conflictuelles, il arrive que l'enfant soit rencontré à l'école. Pour l'entretien avec les parents, les enquêteurs, à la manière d'un entretien semi-directif, évoquent des thématiques générales (« Eléments familiaux », « Eléments professionnels », « Eléments budgétaires », « Conditions de logement ») et poursuivent de façon non directive sur le point de vue du parent sur son parcours conjugal et parental. Les entretiens avec les enfants, même s'ils se différencient dans la forme selon l'âge des enfants, sont généralement construits autour des thématiques suivantes : « sa scolarité », « ses loisirs », « ses rapports avec ses deux parents », « son organisation au quotidien ». Les enquêteurs « visitent » également le domicile de chaque parent, et inspectent notamment les chambres des enfants. Les enquêteurs les plus « intrusifs » mènent des entretiens avec les grands parents, rencontrent le voisinage, les employeurs des parents, ou les travailleurs sociaux (éducateurs ou assistantes sociales) ayant pu déjà accompagner les parents. A partir de « ces données », les enquêteurs dressent dans leur rapport un « diagnostic » s'appuyant sur les discours produits par les différents membres de la famille. Ce diagnostic fait état des conditions d'hébergement au sein de chaque domicile parental, des relations parentales et des relations enfants-parents et propose une issue à l'affrontement judiciaire, en préconisant l'organisation familiale (type de résidence, étendu du DVH, modalité d'exercice de l'autorité parentale, etc.) s'ajustant le mieux, selon l'enquêteur, à sa conception de « l'intérêt de l'enfant ».

Dans une moindre proportion, les juges d'appel peuvent ordonner une expertise psychologique ou psychiatrique. En milieu populaire, ce type d'expertise intervient très souvent après qu'une enquête sociale ait été ordonnée en première instance et dont les préconisations n'ont pas suffi à résoudre le conflit parental. Il arrive, par ailleurs, qu'une

⁶¹² Extraits d'arrêts de la Cour d'appel où les magistrats ont ordonné une enquête sociale.

expertise soit ordonnée directement par les juges d'appel pour vérifier ou non l'existence de troubles psychologiques chez l'un des parents, ou pour comprendre d'un point de vue « psychologique » ou « psychiatrique » l'origine et les enjeux du conflit parental, ou encore l'origine d'un malaise ou de troubles d'un enfant. Comme pour les enquêteurs sociaux, les juges d'appel demandent aux experts psychologues ou psychiatres de proposer « *les mesures à prendre dans l'intérêt de l'enfant quant à sa résidence et/ ou aux modalités d'un droit de visite et d'hébergement* » (Extraits d'arrêts de la Cour d'appel ordonnant une expertise psychologique). Les entretiens cliniques réalisés par les experts avec les parents et les enfants sont réalisés en cabinet. Si la plupart du temps, chaque membre de la famille est reçu individuellement en entretien par l'expert, il n'est pas rare que les deux parents soient confrontés après leur entretien individuel pour tenter de les concilier autour des propositions de l'expert. Dans leur diagnostic, comme les enquêteurs sociaux, les experts décrivent l'état psychologique ou psychiatrique des différents individus concernés par l'expertise et se doivent, au final, de conclure en préconisant une organisation familiale la plus ajustée à « l'intérêt de l'enfant » qui, rappelons-le, reste une notion juridique et non pas un concept attaché aux disciplines psychologique ou psychiatrique. Ainsi, comme l'avait déjà montré Irène Théry, les enquêtes sociales comme « *les rapports d'expertise sont bien loin d'être consacrés à des évaluations savantes de l'intérêt de l'enfant* »⁶¹³. « *Demander à l'expert de se prononcer sur « la solution la plus conforme à l'intérêt de l'enfant » transforme l'expertise décisionnelle en inquisition sans limites dans la vie privée* »⁶¹⁴ écrit-elle par ailleurs. A la lecture de ces rapports, ces enquêtes et expertises ne font finalement que reprendre les trois dimensions de « l'intérêt de l'enfant » (coparentalité, stabilité, protection) utilisées par les autres acteurs judiciaires sans en proposer une définition propre permettant de décentrer le débat judiciaire sur un plan scientifique. Pour autant, il demeure que ces mesures ont pour principale fonction de légitimer les codifications de l'exercice de la coparentalité opérées par les magistrats. Mais surtout, le fait que les couples de milieux populaires soient davantage l'objet de telles mesures participent à renforcer le stigmatisme de ces parents dont la vie privée se trouve dévoilée notamment aux différents agents de la régulation judiciaire.

L'étroite codification des situations familiales en milieu populaire, si elle paraît parfois « *aberrante* »⁶¹⁵ pour les juges d'appel tellement elle va à l'encontre du modèle dominant de

⁶¹³ Théry Irène, *op. cit.*, p.275.

⁶¹⁴ Ibid, p.337.

⁶¹⁵ Terme employé par le Président de la Chambre familiale de la Cour d'appel pour qualifier les situations parentales où il se trouve en demeure de codifier précisément les modalités de la prise en charge des enfants.

l'autorégulation conjugale et parentale, semble pourtant nécessaire face aux risques de déchirement familial que revêtent certaines affaires présentées à la Cour. Au final, malgré les conclusions respectives de chaque partie visant à disqualifier l'autre parent, et/ou les mesures d'instruction visant à détecter des troubles psychologiques ou des carences chez les deux parents, c'est bien cette volonté de maintenir à tout prix le principe d'une coparentalité à *minima* qui conduit les juges d'appel à produire de telles décisions. Au misérabilisme sous-jacent des conclusions produites par les avoués pour traiter des conflits parentaux en milieu populaire, s'ensuit, au nom d'un paternalisme d'Etat prenant la forme d'une police éducative des familles, un discours tout autant légitimiste des juges d'appel visant à remettre ces parents sur la voie des bonnes normes de parentalité.

Le maintien de la résidence de l'enfant au domicile maternel en débat

Hélène Leray et Ludovic Rezeau sont âgés respectivement de 35 et 31 ans lors de leur passage devant la Cour d'appel en 2009. Ce couple de milieu populaire (Hélène Leray, issue d'une famille d'ouvriers dans le textile, est standardiste à temps partiel – Ludovic Rezeau dont les parents sont agriculteurs dans une petite exploitation est chauffeur-livreur) ont vécu en union libre pendant huit ans. Ethan, leur unique enfant, est né en 2003. En 2006, le couple décide de se séparer. Malgré le contexte conflictuel de la séparation, le jeune âge d'Ethan et alors que les deux parents sollicitent que la résidence d'Ethan soit fixé à leur domicile respectif, le juge aux affaires familiales, dans le cadre d'une ordonnance de référé, entérine une résidence alternée « à l'essai » pour une période de six mois. Après cette période, le père saisit le juge aux affaires familiales pour transférer la résidence d'Ethan à son domicile invoquant « *des fréquentations douteuses* » et « *un mode de vie instable* » de la mère. En février 2007, le juge aux affaires familiales maintient le principe d'une résidence alternée. Suite à cette décision, le père fait état de ses inquiétudes auprès de l'Aide Sociale à l'Enfance puis du Procureur de la République. Ce signalement n'est pas laissé sans suite puisque le Procureur transmet le dossier au Juges des Enfants lequel engage une mesure d'investigation et d'orientation éducative (IOE). Le rapport d'IOE conclut à de « *graves carences dans la prise en charge d'Ethan par Madame Leray eu égard aux conditions de vie de celle-ci, notamment la fréquentation de Monsieur Orière (actes de délinquance, de violences, alcoolisation ...) et des amis de celui-ci, de même qu'eu égard à sa grande difficulté à admettre la réalité de son mode de vie et le mal être en résultant pour les enfants (...)* ». Le

service social chargé de cette mesure évoque à la fin du rapport la possibilité d'une « garde » confiée au père. Finalement, le Juge des Enfants en ordonnant une mesure d'AEMO⁶¹⁶ a préféré soutenir Madame Leray dans la prise en charge d'Ethan en « *veillant à ce qu'elle lui apporte un cadre équilibré et préservé de ses relations personnelle et en veillant à l'évolution du mineur sur le plan comportemental et scolaire* ». S'appuyant sur le rapport tiré de la mesure d'IOE, Ludovic Rezeau dépose une nouvelle requête en janvier 2008, devant le Juge aux affaires familiales pour voir fixer la résidence d'Ethan à son domicile. Si dans son jugement d'août 2008, le juge aux affaires familiales, prend acte des éléments du rapport d'IOE en limitant la durée des séjours au foyer maternel du mercredi soir 18h au dimanche soir 19h les semaines impaires en périodes scolaires, il ne remet pas en cause le principe d'une résidence alternée invoquant qu'« *Ethan est très attaché à sa maman (...) qu'il a besoin de maternage (...) et que la mesure d'AEMO peut offrir à l'enfant des conditions de vie adaptées à ses besoins au foyer maternel* ». Le juge de première instance souligne par ailleurs que le père doit « *se consacrer à la prise en charge de l'enfant sans intrusion de la vie de Madame Leray et en respectant la place de celle-ci* ». Aussitôt le prononcé du jugement, Madame Leray forme appel de cette décision pour revenir à résidence alternée « classique » tandis que Monsieur Rezeau, de son côté, forme un appel incident pour fixer la résidence d'Ethan à son domicile. La procédure d'appel qui s'engage fait ainsi suite à un long affrontement judiciaire entamé quatre ans plus tôt. Les juges d'appel plutôt que d'ordonner une nouvelle mesure d'instruction (enquête sociale ou expertise psychologique) pour trancher ce conflit parental échelonnent la procédure d'appel de façon à ce que l'ordonnance de clôture du procès en appel intervienne après que le juge des Enfants rende sa décision suite au dépôt du rapport de la mesure d'assistance éducative. Ce rapport est déposé en janvier 2009 et préconise « *une distanciation de l'enfant par rapport à Madame Leray et un accueil d'Ethan chez son père, préparé et accompagné par la mesure d'assistance éducative à renouveler* ». Le Juge des Enfants reconduit la mesure d'AEMO pour une année supplémentaire sans pour autant placer l'enfant chez son père. Les deux parties se saisissent donc de la décision du Juge des Enfants et du rapport de la mesure d'assistance éducative pour construire leur défense devant la Cour d'appel. Dans ses écritures d'appel, l'avoué de Madame Leray maintient sa demande de résidence alternée « classique » et se saisit de la décision du Juge des Enfants en interprétant que ce dernier n'aurait pas considéré qu'il était de l'intérêt de l'enfant de modifier les modalités de sa résidence et d'être confié à son père. L'avoué d'Hélène Leray rejette le

⁶¹⁶ Mesure d'Action Educative en Milieu Ouvert.

lien qui pourrait être établi entre le mal être d'Ethan et les conditions de sa résidence au domicile maternel. A l'inverse, il interprète l'aggravation des « troubles caractériels » d'Ethan relevés par l'éducatrice du service d'AEMO avec la décision judiciaire qui a élargi les droits d'hébergement du père. Enfin, l'avoué de Madame Leray précise que sa cliente aurait pris ses distances avec les individus décrits comme dangereux pour la stabilité affective et psychologique de l'enfant dans les rapports d'IOE et d'AEMO. Surtout, il souligne le « besoin de stabilité et de maternage » de l'enfant. Du côté paternel, les conclusions d'appel de Monsieur Rezeau se concentrent sur la mise en danger d'Ethan au domicile maternel de part l'« *entourage douteux* » de la mère et le « *climat d'agressivité et de violences* » dans lequel l'enfant gravite au sein du foyer maternel. En filigrane, l'avoué du père cherche à démontrer que la mère est « *incapable de reconnaître qu'elle met en danger ses enfants* », se trouve « *en grande difficulté personnelle* » et « *ne sait pas protéger son enfant* ». Cette démonstration s'appuie sur les situations décrites par les éducateurs et psychologues au sein du rapport d'AEMO. A l'inverse, l'avoué présente son client comme « *un homme posé, réfléchi, très soucieux de l'évolution de son fils* », et disponible pour son fils car « *prêt à aménager ses horaires de travail pour prendre en charge Ethan* » (attestation de l'employeur à l'appui). A l'interprétation de l'intérêt de l'enfant sous l'angle de sa stabilité par l'avoué de la mère pour justifier le maintien d'une résidence alternée, l'avoué du père propose une interprétation de l'intérêt de l'enfant dans sa dimension protectrice pour justifier la demande de fixation de la résidence d'Ethan au domicile paternel, et ce tout en garantissant la stabilité de l'enfant grâce au « *cadre sécurisant proposé par le père* ». Les juges d'appel prenant acte des écritures d'appel des deux parties vont principalement motiver leur décision de transférer la résidence au domicile du père à partir des conclusions du rapport d'AEMO. Les juges retiennent de ce rapport « *les défaillances maternelles toujours plus grandissantes à l'origine du mal être de l'enfant, qui se manifeste par un comportement violent en classe, son instabilité, sa dispersion* ». Ils privilégient ainsi la dimension protectrice de l'intérêt de l'enfant en retenant que la mère « *ne présente pas toutes les garanties nécessaires à l'éducation d'Ethan et ne paraît pas en capacité de le préserver de l'insécurité que présente ses relations avec des hommes maltraitants* ». Ils reprochent ainsi à la mère de ne pas avoir « *pris conscience de l'utilité de construire un travail sur la parentalité avec l'aide des enseignants et des éducateurs, contrairement à Monsieur Rezeau* ». Pour ne pas disqualifier davantage la mère et maintenir le principe d'une coparentalité à *minima*, les juges d'appel

précisent dans leur décision que la mère « *est très attachée à son enfant* » et lui accorde, au final, un droit de visite encadré dans un lieu d'accueil parent-enfant.

Le maintien du lien père-enfant sous conditions

Claire et Christian Louvier se sont mariés en 2005 après avoir vécu maritalement pendant sept ans. Le couple a eu trois enfants, Mathis en 2003, Samuel en 2005 et Dorian en 2007. Claire Louvier, âgée de 30 ans lors du procès devant la Cour d'appel est issue d'une famille de milieu ouvrière (père : ouvrier dans le bâtiment ; mère : femme de ménage) tout comme son époux, âgé de 41 ans (père : ouvrier plasturgiste à la retraite ; mère au foyer). En décembre 2006, Claire Louvier assigne son époux devant le juge aux affaires familiales afin « *d'être autorisé à résider séparément en lui attribuant la jouissance du domicile conjugal et voir ordonner en tant que de besoin l'expulsion de son mari* » (extrait de l'assignation). Dans le cadre de cette procédure en référé, elle demande au juge que la résidence des enfants soit fixée à son domicile avec un droit de visite dans un point rencontre pour le père. Lors de l'audience, devant le juge de première instance, Madame Louvier revient sur l'entame de sa relation avec Monsieur Louvier et explique que ce dernier s'était montré violent du fait d'une addiction à l'alcool. Alors qu'il a subi un sevrage avant la naissance de leur premier enfant, elle explique que suite à son licenciement au début de l'année 2006, il aurait repris sa consommation d'alcool et se montrerait de nouveau violent verbalement. Une patrouille de police est intervenue au domicile conjugal au début du mois de décembre 2006, après que Monsieur Louvier ait proféré des menaces de mort et de suicide alors que Madame Louvier était enceinte de huit mois. C'est ce contexte qui justifie les demandes présentées par Madame Louvier dans son assignation en référé. De son côté, Monsieur Louvier n'a pas déposé de conclusions devant le juge des référés et compare en personne à l'audience. Il conteste ainsi avoir recommencé à boire. Il reconnaît que suite à son licenciement et plusieurs décès dans sa famille, il est moins patient avec ses enfants en bas âge. A l'audience, il avoue être suivi médicalement « pour les nerfs ». Finalement, à partir du travail de conciliation du juge, Monsieur Louvier s'engage à quitter le domicile conjugal, accepte que la résidence des enfants soit fixée au domicile de Madame Louvier et de verser une contribution alimentaire. Les deux parents s'accordent pour exercer conjointement l'autorité parentale et pour fixer, pour Monsieur Louvier, un droit de visite le samedi après-midi de 15h00 à 18h00 au domicile de la grand-mère paternelle. Si le travail de conciliation du juge de première instance a pu

aboutir à un accord des parties lors de l'audience sur les différentes dispositions de sa décision, cet accord ne s'avère finalement qu'une acceptation de façade. A peine huit jours après le prononcé de l'ordonnance de référé, Monsieur Louvier se rend chez un avocat avec la décision de justice, après que sa mère lui ait conseillé de rencontrer un conseil juridique pour qu'il bénéficie notamment d'un plus large droit de visite et d'hébergement auprès des enfants. Il engage ainsi une procédure d'appel et demande à la Cour qu'elle organise à son profit un droit de visite et d'hébergement classique exercé à son domicile. Madame Louvier demande la confirmation de l'ordonnance de référé sauf qu'à ce que le droit de visite du père s'exerce dans un point rencontre encadré par des travailleurs sociaux. Les écritures d'appel des deux parties visent respectivement à disqualifier l'autre parent et opèrent un véritable assénement de reproches qui n'ont pu être présentés en première instance. A partir de certificats médicaux, de dépôts de mains courantes et d'attestations de proches, la mère invoque la fragilité psychologique, et le caractère brutal et violent du père et le peu d'intérêt qu'il porterait pour les enfants (ne verse pas systématiquement sa contribution alimentaire et n'exerce pas chaque samedi son droit de visite). Elle demande ainsi, à la Cour, au nom de « la protection des enfants » que soit droit de visite soit exercé dans un point rencontre. A l'opposé, Monsieur Louvier dans ses écritures d'appel, conteste tout acte de brutalité. S'il ne conteste pas « *s'être adonné un temps à l'alcool* », il invoque une attestation médicale prouvant qu'il est suivi pour « *abandonner ces mauvaises habitudes* ». Pour contester « *la figure maternelle irréprochable* » dépeint dans les conclusions adverses, Monsieur Louvier invoque le fait que Madame Louvier « *s'adonnerait à des paradis artificiels* », qu'elle aurait entretenu « *des relations adultérines pendant la vie commune* », que « *son entourage familial et amical* » serait de « *moralité douteuse* ». Ainsi, au nom de la stabilité affective et psychologique des enfants, Monsieur Louvier demande que la Cour lui « *permette de conserver des liens suffisants étroits avec les enfants* ». Dans cette perspective, il précise qu'« *un simple droit de visite de trois heures est manifestement insuffisant* » et que dès lors, les juges d'appel devront lui accorder un droit de visite et d'hébergement classique. Pour éviter tout affrontement au moins du transfert des enfants entre les deux foyers parentaux, il propose de prendre et de ramener les enfants devant le domicile de la mère de Madame Louvier. Les juges d'appel, pour trancher le litige parental sur le droit de visite et d'hébergement du père, vont s'appuyer sur les nombreuses pièces justificatives versées aux débats par Madame Louvier (33 contre seulement 4 pour Monsieur Louvier). Finalement, c'est moins le nombre de pièces produites par Madame Louvier que leur origine et/ ou leur

auteur qui vont conduire les juges à pencher pour les demandes présentées par la mère. Ainsi, pour rejeter la demande d'extension des droits du père, les juges d'appel retiennent diverses attestations de proches venant justifier que le père, malgré l'octroi d'un droit de visite, n'a pratiquement pas rencontré ses enfants, des attestations d'amis du couple « *établissant la faiblesse et la fragilité psychologique du père* », une plainte pour menaces de mort, et un certificat médical prouvant « *qu'elle ne présente aucun signe clinique ou comportemental pouvant suggérer la prise de substances hallucinogènes* ». Au final, les juges d'appel retenant que « *l'intérêt de l'enfant commande que les relations père-enfants soient encadrées et la solution compte tenu de la situation actuelle très fragile du père, malgré un suivi psychiatrique qu'il justifie* » codifient au strict minimum les relations père-enfants en fixant « *le droit de visite de ce dernier en Point-Rencontre deux samedis par mois, à charge pour la mère d'y conduire les enfants ou de les faire conduire et de les reprendre ou les faire reprendre à l'issue du temps prévu pour la visite* ».

Enfin, d'un côté, l'importante formalisation judiciaire des situations familiales plus particulièrement des milieux populaires réalisée devant le deuxième niveau de juridiction permet d'inventer des normes et des règles communes sur lesquelles peuvent s'appuyer les parties au procès pour dépasser leur conflit, ou du moins le prévenir. Mais, d'un autre côté, en codifiant de manière extrême ces situations familiales et en laissant par là-même peu de marges de manœuvres aux justiciables, elle peut conduire à nourrir un conflit sous-jacent où chaque fois qu'une des parties tenues par l'arrêt de la Cour n'en respectera pas scrupuleusement les termes, l'autre partie s'empressera de déposer une main courante, ou de faire appel à un huissier de justice pour exécuter la décision, ou encore d'introduire une nouvelle procédure judiciaire circonscrivant, finalement, les rapports parentaux à des rapports purement juridiques. Les types d'affrontement judiciaire correspondant à ces cas limites rendent compte des difficultés des magistrats pour traiter de certaines situations parentales pour lesquelles l'idéal de coparentalité est difficilement applicable. Particulièrement pour la population étudiée, on peut voir en l'idée selon laquelle il est de l'intérêt de l'enfant de voir régulièrement ses parents suite à leur séparation, un véritable dogme dont les préceptes sont particulièrement difficiles à ajuster à toutes les situations familiales.

* * *

Pour résumer, cette troisième partie entendait rendre compte des modalités du traitement judiciaire des séparations conflictuelles autour de deux principaux objets : le traitement des comptes de la séparation et la prise en charge relationnelle des enfants. Les deux chapitres suivaient la même logique d'écriture et visaient, dans un premier temps, à restituer les traductions et les contrôles opérés par les conseils juridiques des visions de l'affaire et des demandes de leur client devant la Cour d'appel. Dans un second temps, il s'agissait d'appréhender les fondements des décisions et les types de réponses apportées par les principaux acteurs de la régulation judiciaire en appel – les président et conseillers de la chambre familiale de la Cour d'appel – aux récits, demandes et arguments qui leur sont présentés.

Le septième chapitre a cherché à montrer la centralité des questions d'argent dans les séparations conflictuelles. Elle a mis également en évidence les différentes dimensions financières du traitement judiciaire de ces séparations et leurs différentes manières de se déployer selon les caractéristiques sociodémographiques des justiciables. Le statut juridique du couple entraîne une différenciation très nette des procès devant la chambre familiale de la Cour d'appel, avec la possibilité d'une multitude de dimensions financières de l'affrontement judiciaire pour les couples divorçants ou divorcés (pension alimentaire au titre du devoir de secours, prestation compensatoire, dommages et intérêts, contribution alimentaire à l'entretien et l'éducation des enfants, coût du procès) et, au contraire, une limitation de l'enjeu financier de l'affrontement judiciaire des couples concubins ou pacsés à la pension alimentaire pour les enfants et au coût du procès. Mais quelque soit le statut marital des justiciables, l'entrée devant les instances judiciaires et qui plus est devant la chambre familiale d'une Cour d'appel marque une rupture avec l'idéal d'un argent domestique neutre. Ainsi, devant la Cour d'appel, on observe une véritable lutte entre les différents acteurs judiciaires pour donner une signification sociale et/ou morale aux différentes dimensions de l'argent de la séparation. La position de parent gardien ou parent non gardien est déterminante dans les significations données à la contribution alimentaire des enfants tout comme la position de débiteur ou de créditrice pour ce qui est de la prestation compensatoire. La signification morale de « l'argent de la séparation » s'inscrit plus particulièrement dans les débats autour de la condamnation au

versement de dommages et intérêts et au coût du procès d'appel. En effet, avec l'importance que peut revêtir le coût financier pour les justiciables de l'engagement dans une procédure d'appel, il s'avère que cette dimension devient un enjeu à part entière de l'affrontement judiciaire. Au final, ce sont de toutes ces dimensions et des significations qui leur sont attribuées par les parties au procès que les juges d'appel ont à traiter. D'un point de vue général, les modalités de traitement des demandes financières des parties par les juges d'appel conduisent à accentuer les inégalités sociales et les inégalités de genre dans la recomposition économique des structures familiales après une séparation. D'une manière générale, les femmes de milieux populaires se trouvent « lésées » à plusieurs titres : elles rencontrent davantage de difficultés pour voir la Cour d'appel au moins maintenir le niveau de la pension alimentaire fixée en première instance, elles sont moins nombreuses à se voir attribuer une prestation compensatoire et elles se voient le plus souvent être condamnées à prendre en charge l'ensemble du coût du procès pour les deux parties.

De façon similaire, le huitième chapitre a mis en évidence un traitement judiciaire différencié des affrontements judiciaires autour de la prise en charge relationnelle des enfants par les deux parents. Ainsi, deux populations de justiciables se distinguent devant la Cour d'appel entre d'une part, des couples divorcés, plus avancés dans leur carrière parentale, de milieux sociaux hétérogènes et pour qui l'affrontement judiciaire se concentre principalement sur le principe et le montant de la contribution alimentaire versée par le parent non gardien et, d'autre part, des couples en unions libres ou civiles, avec très souvent des enfants en bas âge, de milieu populaire en majorité et pour qui l'affrontement judiciaire se joue tant autour de la prise en charge matérielle que de la prise en charge éducative des enfants. Les traductions judiciaires et les registres argumentatifs déployés par les conseils juridiques pour qualifier les relations parents-enfants, là aussi, se distinguent selon le genre et les milieux sociaux d'affiliations de leur client. Alors que dans les milieux sociaux plus favorisés, la tendance est au « lissage » du conflit parental afin de faire voir aux juges d'appel les « compétences » maternelles ou paternelles de leur client et la proximité de ses pratiques parentales avec la norme de coparentalité, pour les milieux populaires, les écritures juridiques produites par les avoués et leurs collaboratrices sont empruntées d'une forme de misérabilisme où les arguments pour disqualifier l'autre parent – que ce soit le père ou la mère – se multiplient afin d'exposer ses « carences » pour prendre en charge les enfants, quitte à tomber parfois dans un discours caricatural. Au cœur de ces affrontements parentaux en milieu populaire, il demeure que la mère est souvent la première mise en accusation et désignée directement comme la première

responsable des désordres familiaux⁶¹⁷. Face aux récits produits au nom de chaque partie au procès, les juges d'appel s'appuient sur trois conceptions différentes de l'intérêt de l'enfant (coparentalité, stabilité, protection) pour trancher le contentieux parental. La différenciation sociale des arguments exposés conduit les juges d'appel à produire deux principaux registres de décisions pour remettre en ordre les relations parentales et familiales : rappeler la norme de coparentalité aux parents des catégories sociales supérieures et intermédiaires et codifier scrupuleusement les pratiques et échanges parentaux pour les couples de milieu populaire.

En définitive, le passage par la Chambre familiale d'une Cour d'appel conduit à ce que la vision de « l'affaire » des justiciables, déjà retraduite en première instance, soit passée une seconde fois au filtre du regard de nouveaux conseils juridiques, les avoués à la Cour et leurs collaboratrices et de nouveaux magistrats, les juges d'appel. Notamment, le second regard porté à l'affaire par les avoués à la Cour, conduit à forcer le trait sur les stratégies judiciaires amorcées en première instance et ainsi à cliver davantage encore le traitement des affrontements judiciaires selon les milieux sociaux d'origine des justiciables.

⁶¹⁷ Cardi Coline, *op. cit.*, p.38

Conclusion

« La « libération » de la famille à l'égard des tutelles traditionnelles produit des effets différents selon les types de familles, et les membres des familles économiquement les plus précaires et socialement les plus démunies peuvent faire l'expérience négative de la liberté lorsque survient par exemple une rupture conjugale, une séparation ... »⁶¹⁸

L'intensité des différents liens d'interdépendance – notamment des liens affectifs et économiques – des membres d'une même configuration familiale est inévitablement à l'origine de la difficulté pour ces individus de réorganiser tant leurs nouvelles relations que leur perception de celles-ci lorsqu'intervient une rupture conjugale. Le cadre théorique érigé par Norbert Elias⁶¹⁹, et celui développé par Georg Simmel⁶²⁰, chacun à leur manière, donnent une interprétation sociologique au fait que les conflits civils et notamment les conflits familiaux sont très souvent les plus intenses. Dans ces perspectives, on comprend que les différents degrés d'intensité des liens d'interdépendance des membres d'une même structure familiale ou conjugale ou encore la plus ou moins grande concurrence entre les deux parents pour définir le lieu de résidence des enfants conduisent à des ruptures conjugales potentiellement plus ou moins conflictuelles. Par ailleurs, la redéfinition des relations familiales et le retour à la paix familiale suite à une rupture conjugale ne se jouent pas seulement au sein de la cellule familiale. Ces conflits ne sont pas seulement investis par les intéressés et ne se limitent pas aux seules configurations familiales, ils engagent d'une certaine manière toute la société. Comme l'écrit Louis Assier-Andrieu, « *le conflit humain est un processus géré par la société selon un nuancier de solutions qui se prête à l'examen typologique, depuis l'accord négocié jusqu'au jugement contraignant* »⁶²¹. Dans les sociétés occidentales et notamment pour le cas français, les conflits liés à une rupture conjugale ont de spécifique qu'ils ont été et sont encore largement encadrés et réglés par le Droit. Ce

⁶¹⁸ Castel Robert, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, op. cit., p.766.

⁶¹⁹ Elias Norbert, *Qu'est-ce que la sociologie ?*, op. cit., p.165.

⁶²⁰ Simmel Georg, op. cit.

⁶²¹ Assier-Andrieu Louis, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, Coll. Essais & Recherches, 1996, p.164.

dernier revêt également une autre fonction, davantage politique⁶²². Cette deuxième dimension du Droit vise moins à régler des contentieux conjugaux qu'à maintenir un ordre familial dont les contours se sont largement transformés ces dernières décennies. La première partie de la thèse a ainsi montré les différentes étapes du processus de transformation de l'encadrement juridique et judiciaire des dissociations conjugales et de leurs conséquences. Ainsi, le droit de la famille constitué dans un premier temps par le Droit canonique lui-même fondé sur le principe d'indissolubilité du mariage subit une véritable laïcisation avec les lois révolutionnaires et la production du Code Civil de 1804⁶²³. Néanmoins, ce transfert ne remet pas en cause fondamentalement les principes sur lesquels se fondaient les réglementations juridiques de l'Ancien Droit en matière familiale. La législation issue du Code Civil institue ainsi un ordre familial s'appuyant sur une conception autoritaire et patriarcale de la famille et revient sur la loi révolutionnaire ayant introduit le divorce. Il faudra dès lors attendre la fin du XIX^{ème} siècle, avec la montée de mouvements anticléricaux, pour voir restaurer le divorce. Pour autant, la morale laïque qui supprime la morale catholique au tournant du XX^{ème} siècle conçoit la famille comme un véritable « pilier » du nouvel ordre social et l'Etat laïc doit, dans cette perspective, protéger le mariage et la famille dans la mesure où les « intérêts sociaux » y sont engagés⁶²⁴. L'union libre est toujours hors du droit. A partir des années 1960, l'évolution de la condition des femmes entraîne une transformation des relations et de la vie familiales davantage perceptibles dans les classes moyennes et supérieures. La salarisation progressive des femmes de ces groupes sociaux conduit à une transformation importante des rôles conjugaux et parentaux. Ainsi, « ce processus engagé à l'intersection de la sphère du travail et de la famille a donc généré de formidables attentes : une attente d'égalité entre les genres, une attente d'accès à l'autodétermination, au choix et à l'égalisation des conditions »⁶²⁵. Il est à l'origine des nouveaux contours de l'ordre familial contemporain où, au nom du respect du double processus de privatisation et de démocratisation des relations familiales et conjugales, « l'Etat s'incline devant les choix familiaux des individus comme les choix individuels au sein des familles »⁶²⁶. Le droit de la famille a progressivement pris acte de l'évolution de ces mœurs familiales en modifiant tour à tour, les régimes matrimoniaux (1965), l'exercice de l'autorité parentale (1970), la condition juridique des enfants naturels (1972) et surtout, les

⁶²² Commaille Jacques, *L'esprit sociologique des lois*, op. cit.

⁶²³ Plessix-Buisset Christiane (sous la dir.), *Ordre et désordre dans les familles. Etudes d'Histoire du droit*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2002.

⁶²⁴ Lenoir Rémi, *op. cit*, p.225.

⁶²⁵ Martin Claude, « La question familiale face à la montée des incertitudes », op. cit., p.253.

⁶²⁶ Ségalen Marine, *Sociologie de la famille*, op. cit., p.300.

conditions d'obtention du divorce (1975). Cette dernière réforme entérine différents types de divorce et propose ainsi un compromis entre le modèle du « divorce sanction » (divorce pour faute) et celui « du divorce consensuel » (divorce par consentement mutuel), elle vise en outre à dédramatiser ce phénomène tout en laissant la possibilité de croiser le fer devant les tribunaux pour les couples engagés dans une séparation conflictuelle. Les réformes récentes du droit de la famille (promotion de la norme de coparentalité avec la réforme de l'autorité parentale en 2002, simplification des procédures de divorce en 2004, etc.) encadrant les ruptures conjugales s'inscrivent pleinement dans le même modèle de la séparation autorégulée et accompagnent ainsi une forme de processus de civilisation « des mœurs familiales ». Au final, nous avons affaire ici à un modèle tout autant porteur d'effets normatifs que les précédents. Se trouvent ainsi érigés en normes l'autonomie individuelle et l'autorégulation conjugale. Face à cette injonction à l'autonomie, le passage devant les instances judiciaires cristallise de profondes inégalités sociales et sexuelles dans l'accès à ce modèle.

1. Les exigences et les enjeux du modèle de la séparation autorégulée

Après avoir retracé les grandes étapes du processus sociopolitique ayant conduit à l'ère de la contractualisation du conjugal et à son corollaire le modèle de la séparation autorégulée, le premier objectif de la thèse était de cerner les modalités du conditionnement socio-judiciaire vers une gestion pacifique et concertée du divorce et plus généralement de la rupture conjugale. L'appropriation par les justiciables de ce nouveau modèle du traitement judiciaire des contentieux conjugaux et parentaux est exigeante et laisse entrevoir d'inégales ressources pour atteindre cet idéal de la « bonne séparation ». Ce paradigme contemporain de la régulation judiciaire des dissociations conjugales a également contraint les différentes professions judiciaires et extrajudiciaires intervenant dans le traitement des ruptures à se positionner face à ce nouveau modèle. La grande majorité des « démarieurs » ont soutenu et participé à la légitimation de ce nouveau modèle en instaurant et/ou en favorisant la création de nouveaux modes de résolution des contentieux conjugaux et familiaux tels que la conciliation, ou la médiation familiale. Pour autant, l'institutionnalisation notamment de la médiation familiale à partir de la fin des années 1980, pour des motivations distinctes, a pu faire l'objet de certaines réticences de la part des magistrats et des avocats. Ces professionnels du droit ont pu être réservés quant à l'intervention de ces profanes du droit dans le processus judiciaire. Surtout, le deuxième chapitre de la thèse a mis en évidence que les différents agents judiciaires ayant en charge la régulation des dissociations conjugales n'ont pas les

mêmes intérêts dans la production du modèle de la séparation autorégulée et ne défendent pas ainsi les mêmes positions. En premier lieu, les juges, réservés quant à la volonté politique de déjudiciariser une partie des contentieux conjugaux et familiaux, pointent le risque que l'intérêt de l'enfant ne soit plus garanti avec la privatisation de ce contentieux. En second lieu, pris dans des logiques économiques et marchandes, les avocats se trouvent tiraillés entre deux positions parfois intenables : défendre les intérêts individuels de leur client et participer à la recherche du consensus entre les deux conjoints. Face à l'émergence de ce nouveau modèle de régulation des contentieux conjugaux, les positions des avocats sont variées selon notamment les conceptions qu'ils se font de leur rôle (« serviteur » de l'intérêt de leur client, « promoteur » du consensus et de l'intérêt de l'enfant, etc.). Enfin, avec le caractère encore très limité de la pratique de la médiation familiale au regard de la masse des contentieux présentée aux agents judiciaires, les médiateurs familiaux travaillent à sa diffusion en s'appuyant sur l'engouement pour ce mode alternatif de règlement au procès de certains magistrats et surtout des agents politiques voyant en son développement une possibilité d'économie pour l'administration judiciaire. Néanmoins, si le très relatif développement de la médiation familiale a pu participer à une forme de déjudiciarisation des contentieux conjugaux et parentaux, la référence à l'intérêt de l'enfant comme fondement de l'intervention des différents agents judiciaires s'avère être un pilier de la judiciarisation de ce contentieux. Finalement, malgré leurs intérêts parfois divergents, les différents agents judiciaires se sont vus contraints de penser de nouveaux rôles et de nouvelles catégories de pensées convergents vers le même paradigme de la régulation sociale des dissociations conjugales.

Mais, cette incitation à ce que les justiciables trouvent par eux-mêmes les solutions à leur conflit a aussi ses « zones d'ombre ». Il importe ainsi de distinguer les notions de litige et de conflit. Le litige est le fruit du processus de judiciarisation des conflits, autrement dit la forme instituée du conflit. La formalisation juridique des conflits conjugaux en litige ne prend le plus souvent que partiellement en charge l'ensemble du « méta-conflit » opposant les couples. Ainsi, après le règlement du litige par les agents chargés de la régulation judiciaire, peut-il subsister un conflit sous-jacent entre les conjoints pouvant aboutir à une contestation de l'accord ou de la décision judiciaire. Ainsi, la principale difficulté pour les agents judiciaires chargés de traiter de séparations particulièrement conflictuelles se trouve dans la « mise en mots juridiques » du conflit conjugal rendant impossible l'initiation d'un processus de conciliation ou de médiation familiale. Alors que les incitations au consensus ou à trouver un accord à minima des différents agents judiciaires échouent face à l'intensité de ces conflits,

les justiciables concernés peuvent ainsi être amenés à rejeter les décisions des juges aux affaires familiales à travers l'engagement dans une procédure d'appel. Ainsi, la principale ambition de la thèse était d'éclairer les zones d'ombre du modèle de séparation autorégulée en prenant pour objet d'étude le traitement par une chambre familiale d'une Cour d'Appel de l'Ouest de la France des séparations et de leurs diverses conséquences.

2. La régulation judiciaire en appel : de la mise à distance des justiciables à l'imposition de la décision

L'étude de trajectoires judiciaires de couples amenés à s'engager dans des procédures devant une Cour d'appel a pour intérêt de saisir des ruptures conjugales pour lesquelles les couples n'ont pu résoudre leur conflit en amont du passage devant les instances judiciaires et qui, par ailleurs, résistent ou rejettent les décisions entérinées lors d'un premier procès par un juge aux affaires familiales. De par ces deux traits, ces ruptures ne répondent pas aux exigences de l'idéal de la « bonne séparation ». Aussi, l'engagement dans un procès en appel conduit les justiciables à se confronter à une toute autre organisation judiciaire qu'ils ont pu connaître en première instance. Aussi, au modèle davantage négocié de la régulation judiciaire proposée aux justiciables en première instance, s'en suit un modèle principalement imposé devant le deuxième niveau de juridiction judiciaire. Ce caractère imposé de la régulation judiciaire en appel s'explique, en premier lieu, par la spécificité de la configuration relationnelle liant les différents acteurs du procès en appel. La présence d'un nouvel acteur dans les procès civils en appel, l'avoué à la Cour, participe à renforcer la distance qui avait déjà pu s'instaurer en première instance entre le justiciable et le traitement de son affaire avec la présence d'un avocat. En appel, la très grande majorité des justiciables se trouve représentée par deux professionnels du droit : un avocat et un avoué. Dès lors, ces justiciables font face à un processus progressif de mise à distance (symbolique et physique) se jouant dès l'engagement du procès en appel. En effet, la plupart du temps, la décision et l'opportunité de « faire appel » se déterminent, en premier lieu, dans le cabinet de l'avocat lequel endosse le rôle d'un filtre pour ouvrir l'accès ou non au procès en appel. A ce premier filtre s'ajoute un second lorsque le « dossier » arrive entre les mains de l'avoué véritable maître d'œuvre de la procédure d'appel. Cette double mise à distance des justiciables se joue également avec le traitement du « fond » de l'affaire. Ainsi, à la première traduction de l'affaire réalisée en première instance par l'avocat s'ajoute une seconde opérée par l'avoué. Par ailleurs, la relation écrite entre le justiciable et son avoué et l'absence de leur rencontre « physique »

renforce le sentiment de distance et parfois de dépossession des justiciables de « leur » affaire. Il faut toutefois souligner que les ressources juridiques, économiques ou sociales de certains justiciables permettent de contrecarrer ce processus de mise à distance. Alors que l'enquête s'est déroulée en pleine réforme de la procédure d'appel avec, au final, la suppression du monopole de la représentation devant les Cours d'appel des avoués au 1^{er} Janvier 2012 (par la loi n°2011-94 du 25 Janvier 2011), il se pose la question des effets de la perte de ce monopole des avoués sur le rapport des justiciables à leur affaire⁶²⁷. Quoi qu'il en soit, le mode imposé de la régulation judiciaire en appel s'incarne non seulement dans une chaîne relationnelle entre les différents acteurs du procès mettant à distance les justiciables du traitement de leur affaire mais également dans une trame procédurale spécifique devant les chambres familiales des Cours d'appel. En effet, on a pu observer que les règles particulières de la procédure d'appel produisent une régulation judiciaire s'opposant par certains aspects à celle proposée en première instance. La domination des échanges écrits sur les échanges oraux à tous les niveaux de la chaîne judiciaire caractérise notamment la régulation judiciaire en appel. Alors que les phases orales occupent une place fondamentale dans les procès en première instance devant les juges aux affaires familiales (notamment l'audience de conciliation), celles-ci se trouvent particulièrement limitées dans les procédures d'appel. La prépondérance des phases écrites en appel renforcent les inégalités d'accès des justiciables au « centre névralgique » de la régulation judiciaire. Cette dimension écrite du procès en appel peut alors constituer un élément catalyseur de l'affrontement judiciaire des justiciables les moins dotés en ressources rédactionnelles et contribuer par là-même à accroître l'écart les séparant d'un conflit socialisateur⁶²⁸. La dimension temporelle de la procédure d'appel différente du « temps quotidien » dans lequel gravitent les couples durant leur procès participe également à renforcer le caractère imposé de la régulation judiciaire en appel. En effet, le processus judiciaire d'appel segmenté en différentes séquences temporelles – lesquelles, rappelons-le, font l'objet de lutte entre les différents agents judiciaires pour en avoir la maîtrise – se trouve ainsi désincarné du temps profane des justiciables. Enfin, nous avons montré que le mode

⁶²⁷ Nous avons pu nous entretenir avec différents avoués depuis la réforme visant à la suppression de leur monopôle. Sur les neuf avoués attachés à la Cour d'appel investie comme terrain d'enquête, sept sont devenus avocats, les deux autres ont pris leur retraite. Après quelques mois d'activités, il semblerait que, malgré la perte de leur monopole, un accord tacite s'opérerait avec les autres avocats. Les anciens avoués deviennent avocats spécialistes exclusifs des procédures d'appel au civil – ce qui revient finalement à conserver une forme de monopole. En contre partie, ils s'engagent à ne pas prendre de dossiers en première instance. Reste à voir si cet accord tiendra à plus long terme. La question est également de savoir si ce type d'accord s'applique dans d'autres Cours d'appel du territoire où la concurrence sur le marché du conseil juridique peut être nettement plus forte (on pense, ici, notamment aux Cours d'appel de Paris ou d'Aix en Provence).

⁶²⁸ Simmel Georg, *op.cit.*

imposé de la régulation judiciaire en appel pouvait s'exprimer à travers l'inflation des mesures d'instruction (enquête sociale, expertise psychologique, audition de l'enfant), et à l'opposé la quasi-disparition des mesures de médiation familiale devant la Cour d'appel. Si, dans « l'esprit du droit », le procès civil en appel recouvre une véritable fonction socialisatrice et vise ainsi à réparer des dommages ou à formuler des règles communes aux parties pour résoudre le conflit qui les oppose, il n'en demeure pas moins que la complexité de la procédure et la difficile lecture du jeu judiciaire entre les différents acteurs du procès pour un profane du droit, peut au contraire avoir pour effet de catalyser des conflits déjà aigus. En définitive, pour que les justiciables se saisissent du jeu judiciaire dans lequel se joue « leur » affaire et qu'ainsi le procès puisse exprimer une véritable fonction socialisatrice, cela suppose que ces derniers mobilisent des ressources de différentes natures (financières, juridiques, rédactionnelles, sociales, etc.) et dont on sait très bien qu'elles sont inégalement réparties.

3. L'inégalité des ressources des justiciables face à l'épreuve et au dénouement judiciaires

Les raisons ayant amené les justiciables à s'engager dans un affrontement judiciaire devant une Cour d'appel se concentrent autour de deux grands pôles de conflit : le traitement financier de la séparation et la question de la prise en charge relationnelle des enfants du couple. De ce point de vue, les affaires présentées aux juges d'appel sont loin de former un corps de contentieux homogènes. En effet, les juges d'appel ont à traiter plusieurs types de d'affrontements judiciaires se distinguant, en premier lieu, selon trois principaux enjeux, que l'on pourrait résumer ainsi : l'argent, les enfants et l'honneur. Ces enjeux se déployant différemment selon le type de lien conjugal, la présence ou non d'enfants mineurs ou à charge, la durée de la vie commune du couple et le niveau de ressources matérielles et financières du couple. Ces trois enjeux produisent ainsi différents types d'affrontement judiciaire se spécifiant selon l'âge des conjoints, le milieu social d'affiliation des deux membres du couple, le contexte conjugal à l'origine de la séparation, et le parcours judiciaire préalable au passage devant la Cour d'appel. Parmi ces types d'affrontement judiciaire, certains se différencient par leur caractère davantage contentieux s'expliquant notamment par les risques et les coûts élevés (économiques, sociaux, affectifs) de la séparation. On pense notamment aux couples d'agriculteurs⁶²⁹ et de petits indépendants sur le point de prendre leur

⁶²⁹ Bessière Céline, *De génération en génération. Arrangements de famille dans les entreprises viticoles de Cognac*, Paris, Raisons d'agir, 2010.

retraite, aux couples mariés hétérogames pour qui la séparation conduit à d'importants déséquilibres financiers entre les deux nouvelles configurations familiales, ou encore à certains couples de milieux populaires en difficulté pour répondre à la norme de coparentalité et pour générer une pension alimentaire pour l'entretien et l'éducation des enfants étant donné la précarité de leurs économies domestiques.

Le succès de l'épreuve judiciaire ne se joue pas uniquement dans son dénouement. Il se concrétise également dans la manière d'aborder et de s'engager dans la procédure d'appel c'est-à-dire dans l'appropriation et la maîtrise du jeu judiciaire en appel par les justiciables. La nouvelle configuration du « jeu » entre les différents acteurs du procès d'appel et la complexité de la procédure ne permet pas à tous les justiciables de s'approprier leur dossier d'appel. Ainsi, les justiciables les plus dotés en ressources économiques, juridiques, rédactionnelles et plus généralement bureaucratiques ont davantage de chance de participer à l'élaboration de leur dossier. Leurs dispositions sociales jouent un rôle essentiel pour réduire la distance au « centre névralgique » du jeu judiciaire d'appel, autrement dit les Etudes d'avoués. La maîtrise de la procédure d'appel par les justiciables paraît d'autant plus importante qu'elle participe à leur acceptation du dénouement judiciaire. Néanmoins, il est à noter que les justiciables les plus initiés aux rudiments et techniques juridiques ne trouvent pas toujours de la part des principaux acteurs judiciaires (avoués et magistrats) un accueil favorable à leur forte implication dans l'élaboration de leur dossier judiciaire. Notamment les justiciables participant à la production des actes juridiques de leur dossier remettent ainsi en cause les règles du jeu judiciaire fondées sur le monopole des professionnels du droit à dire et produire le droit.

Aussi, la thèse a permis de mettre en relief une forme de différenciation sociale des affrontements judiciaires autour des deux principaux pôles de conflictualité de la séparation. Si les questions financières sont présentes dans pratiquement toutes les affaires traitées par la Cour d'appel, il demeure que « l'argent de la séparation » cristallise plus particulièrement l'affrontement judiciaire des couples mariés à fortes ressources financières pour lesquels le contentieux financier se matérialise dans de multiples dimensions (répartition des biens, prestation compensatoire, coût du procès, etc.). Avec la précarité de leurs économies domestiques, les contentieux financiers des couples de milieux populaires se limitent très souvent à la fixation et/ou au maintien de la contribution alimentaire du parent non gardien, l'introduction d'un débat en appel pour entériner une prestation compensatoire restant relativement rare. A une différenciation sociale des enjeux financiers des procès s'ajoute une

différenciation sexuée des stratégies judiciaires. Ces dernières se jouent également sur le plan des significations sociales données aux deux principales dimensions de l'argent de la séparation : la pension alimentaire (coût de l'enfant / budget de l'enfant) et la prestation compensatoire (compensation de l'investissement domestique maternel / aplanissement des niveaux de vie respectifs après la séparation). Face à ces stratégies argumentatives, l'analyse des décisions de la Cour révèle que si les hommes sortent, sur un plan symbolique, plus souvent perdant du procès d'appel en étant majoritairement condamnés à prendre en charge le coût du procès, il demeure que sur le plan financier, les femmes notamment celles de milieux populaires sortent rarement gagnantes de l'affrontement judiciaire ; les significations sociales qu'elles donnent aux différentes dimensions de l'argent de la séparation étant moins souvent retenues par les juges d'appel. Par ailleurs, la question de la prise en charge relationnelle des enfants est davantage le fait de couples concubins de milieux populaires pour qui l'affrontement judiciaire intervient plus tôt dans leur « carrière » conjugale et parentale et pour qui la principale dimension financière de leur conflit (contribution alimentaire pour les enfants) ne peut pas toujours être présentée devant les instances judiciaires étant donné la situation d'impécuniosité du parent non gardien. Cette différenciation sociale des affaires présentées aux juges d'appel révèle, sous un autre aspect, que, même engagés dans un affrontement judiciaire, les couples des catégories sociales intermédiaires et supérieures semblent attachés au modèle de la séparation autorégulée en gardant la main mise sur la gestion de « leurs affaires parentales » et en circonscrivant leur conflit judiciaire autour de questions principalement financières. Par ailleurs, les conseils juridiques participent également, dans leur travail d'écriture, à ce processus de différenciation sociale des affrontements judiciaires en usant de manière différenciée des catégories d'arguments pour qualifier les conflits parentaux qu'ils ont à traiter. Ainsi, selon l'origine sociale et le genre des justiciables, les conseils juridiques ne déploient pas les mêmes arguments et le cas échéant, ne donnent pas la même signification sociale aux arguments investis dans leur travail de défense. Au bout du compte, les trames argumentatives utilisées par les avoués pour défendre les parents des classes populaires conduisent à renforcer l'idée que les contentieux parentaux en milieu populaire sont particulièrement conflictuels alors que celles investies pour défendre les parents des classes moyennes et supérieures produisent une description plus lissée du conflit parental qu'il ne peut être parfois réellement. Aussi, la seconde traduction judiciaire de « l'affaire » opérée par les avoués affermit très souvent celle amorcée dans le procès en première instance. Entre les mains des juges d'appel, elle participe à la production de deux

registres de décisions socialement différenciés avec d'une part, un rappel à la norme de coparentalité pour les pères et mères des catégories sociales supérieures et intermédiaires et, d'autre part, une codification pointue des relations parentales pour les couples de milieu populaire.

4. L'étape ultime d'un conditionnement socio-judiciaire visant à la production d'un « ethos parental civilisé »

Si la configuration du jeu judiciaire en appel se distingue de celle de première instance en ce qu'elle participe davantage d'une justice imposée, il demeure qu'elle se donne également pour principale mission de pacifier les relations familiales et conjugales. En se fixant comme impératif de ramener à minima sur la voie du dialogue les couples en conflit, les juges d'appel concentrent plus particulièrement leur mission civilisatrice autour des contentieux parentaux avec pour objectif premier le maintien des relations des deux parents avec l'enfant. A côté de ces affaires considérées par les juges comme les plus « *difficiles* » et les plus « *sensibles* », il en est d'autres, strictement financières où « *les justiciables ne sont plus dans l'affectif et ont su se défaire du conjugal* », et qui finalement n'attendent des juges qu'une réponse « *purement comptable* » (Extraits d'entretien avec le Président de la Chambre familiale). Ainsi, dans l'affrontement judiciaire, il est des couples qui restent finalement proche de l'idéal d'une séparation pacifiée.

La structuration de la procédure d'appel peut conduire, par certains aspects (disjonction des temporalités judiciaires et profanes, domination des phases écrites sur les phases orales) à catalyser le conflit opposant les parties au procès. Par contre, face aux conflits parentaux les plus aigus, cette codification de la trame judiciaire permet de fixer des règles communes aux justiciables sur lesquelles ils doivent se référer. Cette dimension de la régulation judiciaire en appel peut recouvrir une véritable fonction socialisatrice au sens « *simmelien* » du terme. Mais, les vertus socialisatrices du procès en appel ne peuvent se révéler qu'à la condition que les justiciables soient en mesure de maîtriser pleinement les contours et enjeux du jeu judiciaire.

A « la manière douce »⁶³⁰ des différents acteurs judiciaires (juges aux affaires familiales, médiateurs familiaux) intervenant en première instance pour accompagner, concilier, susciter la négociation et le dialogue et soutenir les parents pour les (r)amener sur la voie de la

⁶³⁰ Cardia-Vonèche Laura et Bastard Benoît, « Vers un nouvel encadrement de la parentalité ? L'intervention sociale face aux ruptures familiales », *op. cit.*

coparentalité, s'en suit, pourrait-on dire, « la manière forte » des juges d'appel pour imposer la norme du maintien du lien parental. Plus question devant la Cour d'appel d'une régulation sur le mode d'un ordre négocié. La mission civilisatrice des juges d'appel se matérialise très souvent par une ingérence de plus en plus marquée dans les « affaires de famille » (inflation des interventions d'enquêteurs sociaux et d'experts psychiatres ou psychologues, contrôle et codification des relations et échanges parentaux). Par ses injonctions à la pacification des relations parentales et ce, même lorsque celles-ci sont rompues ou sur le point de l'être, le juge d'appel se trouve être l'un des ultimes représentants de cette « nouvelle police éducative des familles » laquelle semble plus douce qu'auparavant mais reste tout autant normative. Le principal trait commun aux polices des familles décrites par Jacques Donzelot dans les différentes configurations historiques qu'il a étudiées reste la population essentiellement ciblée par « ces polices » : les familles des couches populaires.

Finalement, l'analyse du traitement judiciaire des conflits parentaux par le deuxième degré de juridiction ne fait que révéler sous un autre jour le coût social inégal du mouvement d'autonomisation de l'individu par rapport à la famille contemporaine. Pour prolonger cette recherche, il s'agirait maintenant d'étudier à la fois plus largement (en ne se limitant pas aux séparations les plus conflictuelles) et en même temps plus précisément, les rapports qu'entretiennent les classes populaires avec ce nouvel encadrement des séparations par l'Etat et de réinterroger, par là même, le modèle diffusionniste qui laisse penser que les couples de milieux populaires et ruraux seraient les plus éloignés des nouvelles normes de conjugalité et de parentalité.

Bibliographie

Archambault Paul, *Le devenir des enfants de familles dissociées. Approche sociodémographique à partir des enquêtes sur la jeunesse en France*, Thèse de sociologie, Paris, Université Paris Descartes, 2001.

Ariès Philippe et Duby Georges (ss la dir.), *Histoire de la vie privée, De la Révolution à la Grande Guerre* », Volume 4, Paris, Seuil, 1999.

Assier-Andrieu Louis, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, Coll. Essais & Recherches, 1996.

Astier Isabelle, « Du récit privé au récit civil : la construction d'une nouvelle dignité ? », *Lien Social et Politiques-Riac*, n°34, Automne 1995, p.121-130.

Audren Frédéric, « Les mondes leplaysiens du droit (1855-1914) ou l'art et la manière d'être un « juriste leplaysien », *Les Etudes Sociales*, n°135-136, 2002, p175-213.

Bard Christine, *Les femmes dans la société française au XXe siècle*, Paris, Armand Colin, 2001.

Bart Jean, « Le Droit, La Loi, les Mœurs : L'enjeu de la codification », *Droit et Société*, N°14, 1990, p.45-52.

Bart Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe s.*, Paris, Montchrestien, Coll. « Domat/ Droit privé », 1998.

Bastard Benoît, *Les démarieurs, enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, Paris, La découverte, Coll. Alternatives sociales, 2002.

Bastard Benoit, Cardia-Voneche Laura, Liziard Sylvie, « Juge dominant ou juge démuni ? La rédefinition du rôle du juge en matière de divorce », in *Droit et Société*, N°33, 1996, p.277-398.

Bastard Benoît et Cardia-Vonèche Laura, « Autonomie de la famille et intervention judiciaire. Une analyse des décisions concernant les enfants au moment du divorce à Genève », *Déviance et Société*, Volume 9, n°2, 1985, p.107-118.

Bastard Benoît et Cardia-Vonèche Laura, « invention du possible ou apprentissage obligé ? Négociation et ordre social dans la médiation familiale », in Michel Hélène et Willemez Laurent (dir.), *La justice au risque des profanes*, Paris, PUF, coll. « CURAPP », 2007.

Bataillard Charles, *Les origines de l'histoire des procureurs et des avoués, depuis le Ve siècle jusqu'au XVe (422-1483) suivies de notices sur quelques procureurs célèbres et de textes*, Paris, Librairie Cotillon, 1868.

Baudin Louis, *Le Play, textes choisis*, Paris, Librairie Dalloz, 1947.

Beaud Stéphane, « L'usages de l'entretien en sciences sociales, plaidoyer pour l' « entretien ethnographique » », *Politix*, N°35, 1996, p.226-257.

Beaud Stéphane et Pialoux Michel, *Retour sur la condition ouvrière*, Paris, Fayard, 1999.

Beaud Stéphane, *80% au bac ... Et après ? Les enfants de la démocratisation scolaire*, Paris, La découverte, coll. « Enquêtes de terrain », 2002.

Beaud Stéphane et Weber Florence, *Guide de l'enquête de terrain*, Paris, La découverte, 2003.

Benassy Marc, « La Convention internationale des droits de l'enfant et la parole de l'enfant », *Journal des psychologues*, 2009/1, p24-26.

Benec'h-Le Roux Patricia, *Au tribunal pour enfants, L'avocat, le juge, le procureur et l'éducateur*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2008.

Bernaudeau Vincent, *La justice en question, Histoire de la magistrature angevine au XIXe siècle*, Rennes, P.U.R., 2007.

Besnier Christiane, « La notion spatio-temporelle dans le processus judiciaire : l'exemple du procès criminel », in Rude-Antoine Edwige (dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, PUF, 2007, p.41-55.

Bessière Céline, « Se marier pour aller jusqu'au bout ensemble ? » Ruptures conjugales et transmission des exploitations agricoles dans la lignée », *Revue d'études en agriculture et environnement*, Vol. 88, n°3, 2008, p.47-70.

Bessière Céline, *De génération en génération. Arrangements de famille dans les entreprises viticoles de Cognac*, Paris, Raisons d'agir, 2010.

Bessière Céline, Gollac Sybille (et alii), *Au tribunal des couples. Situations professionnelles des conjoints et procédures judiciaires de séparation conjugale*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, 2010.

Bessin Marc, « La temporalité de la pratique judiciaire : un point de vue sociologique », *Droit et Société*, N°39, 1998, p.331-343.

Boigeol Anne, « La formation des magistrats, de l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 76-77, mars 1989, p.49-64.

Boigeol Anne, « La magistrature au féminin : entre spécificité et banalisation », *Droit et Société*, n°25, 1993, p.489-522.

Boigeol Anne et Commaille Jacques, « Divorce, milieu social et situation de la femme », *Economie et Statistique*, 1974, Vol. 53, n°53, p.3-21.

Boigeol Anne, Jacques Commaille, Marie-Laurence Lamy, Alain Monnier et Louis Roussel, *Le Divorce et les Français I ; enquête d'opinion*, INED, Cahier n°69, PUF, Paris, 1974.

Boigeol Anne, Commaille Jacques, Munoz-Pérez Brigitte, « Le divorce », *Données Sociales*, 1984, p.428-446.

Boltanski Luc, Darré Yann, Schiltz Marie-Ange, « La dénonciation », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 51, Mars 1984, p.3-40.

Borillo Daniel et Fassin Eric (dir.), *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1999.

Bosse-Platière Hubert, « Dossier juridique – La réforme du divorce par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004. Présentations, enjeux, débats », *Informations sociales*, n°2, 2005/2, p100-106.

Bourdieu Pierre, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, septembre 1986, p.3-19.

Bourdieu Pierre, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°64, septembre 1986, p.40-44.

Bourdieu Pierre et Christin Rosine, « La construction du marché. Le champ administratif et la production de la « politique du logement » », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°81, 1990, p65-85.

Bourdieu Pierre, « A propos de la famille comme catégorie réalisée », *Actes de la Recherches en Sciences Sociales*, n°100, 1993, p.32-36.

Bourdieu Pierre, « L'objectivation participante », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 150, 2003, p. 43-58.

Bourdieu Pierre, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in Chazel François et Commaille Jacques (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGJD, 1991.

Bourdieu Pierre, « La domination masculine », *Actes de la recherche en sciences sociales*, N°84, Septembre 1990, p.2-31.

Bourguignon Odile, Rallu Jean-Louis et Théry Irène, *Du divorce et des enfants*, Travaux et documents de l'Ined, Cahier n°111, Paris, PUF, 1985.

Bourreau-Dubois Cécile, Jeandidier Bruno et Deffains Bruno, « un barème de pension alimentaire pour l'entretien des enfants en cas de divorce », in *Revue Française des Affaires Sociales*, N°4, 2005/4, p.101-132.

Brunetti-Pons Clotilde, « L'exercice de l'autorité parentale face au pluralisme familial », in *Dialogue*, n°165, troisième trimestre 2004, p7-22.

Burguière André, « L'Etat monarchique et la famille (XVIe-XVIIIe siècle) », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, 56^e année, N°2, 2001, p313-335.

Burguière André, « La Révolution française et la famille », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 46^e année, N°1, 1991, p.151-168.

Burguière André, « La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil) », *Droit et Société*, N°14, 1990, p. 21-36.

Buton François, « Le droit comme véhicule. Portrait sociologique d'un justiciable », in Israël Liora, Sacriste Guillaume, Vauchez Antoine et Willemez Laurent (dir), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, PUF, Coll. CURAPP, 2005, p.127-144.

Büttner Olivier, Letablier Marie-Thérèse et Pennec Sophie, « L'action publique face aux transformations de la famille en France », Rapport issu d'une recherche financée par la Commission Européenne (DG V, cinquième programme-cadre) sur le thème *Improving Policy Responses and Outcomes to Socio-Economic Challenges : Changing Family Structures, Policy and Practice*, Février 2002.

Cadier Loïc, Clay Thomas et Jeuland Emmanuel, *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, LexisNexis Litec, 2005.

Cadolle Sylvie, *Etre parent, être beau-parent, La recomposition dans la famille*, Paris, Odile Jacob, 2000.

Cadolle Sylvie, « La transformation des enjeux du divorce. La coparentalité à l'épreuve des faits », *Informations Sociales*, 2005/2, N°122, p136-147.

- Cadolle Sylvie, « « C'est quand même mon père ! » La solidarité entre père divorcé, famille paternelle et enfants adultes », *Terrain*, N°45, septembre 2005, p.83-96.
- Carbonnier Jean, « Le statut de l'enfant en droit civil pendant la Révolution », in *L'enfant, la famille et la Révolution française*, actes du colloque du 30-31 janvier et 1^{er} février 1989, Paris-Sorbonne, 1990.
- Carbonnier Jean, *Sociologie juridique*, Armand Collin, Paris, 1972.
- Carbonnier Jean, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du Natariat Defrénois, 2^{ème} Edition, 1995.
- Carbonnier Jean, *Droit Civil Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, Presses Universitaires de France, 21^e édition refondue, 2002.
- Cardi Coline, « La construction sexuée des risques familiaux », *Politiques sociales et familiales*, n°101, 2010, p35-45.
- Cardi Coline, « Familles et professionnels face à l'écrit, L'exemple de l'assistance éducative », *Informations sociales*, n°133, 2007, p.82-83.
- Cardia-Vonèche Laure et Bastard Benoît, « La médiation familiale : une pratique en avance sur son temps ? », *Recherches et Prévisions*, N°70, 2002.
- Cardia-Vonèche Laura et Bastard Benoît, « Vers un nouvel encadrement de la parentalité ? L'intervention sociale face aux ruptures familiales », *Informations sociales*, n°122, 2005, p110-121.
- Cardoni Fabien et Savoye Antoine (coord.), *Frédéric Le Play. Parcours, audience, héritage*, Paris, Edition de l'Ecole des mines de Paris, 2007, p277-289.
- Castel Robert, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995.
- Castel Robert et Haroche Claudine, *Propriété privée, propriété de soi, propriété sociale. Entretiens sur la construction de l'individu moderne*, Paris, Fayard, 2001.
- Castel Robert et Martin Claude, *Changements et pensées du changement. Echanges avec Robert Castel*, Paris, La Découverte, 2012.
- Catala Pierre et Ghazi Alain, *Médiations judiciaires, témoignages de praticiens avertis*, Rapport de recherche du Centre d'Etudes des Modes Alternatifs de Règlements des Conflits, Paris, 1999.
- Cefaï Daniel (ss la dir.), *l'engagement ethnographique*, Editions EHESS, Paris, 2010.
- Charageat Martine, « La confrontation des genres au tribunal au Moyen Âge (XIV^e-XVI^e siècles). Une relecture des relations de couples en conflit », *Genre & Histoire*, n°5, Automne 2009.
- Charnay Jean-Paul, *Esprit du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2008.
- Chaussebourg Laure et Baux Dominique, *L'exercice de l'autorité parentale après le divorce ou la séparation des parents non mariés*, Ministère de la Justice, 2007.
- Chaussebourg Laure, « La contribution à l'entretien et l'éducation des enfants mineurs dans les jugements de divorce », *Infostat justice*, n°93, Février 2007.
- Chaussebourg Laure, Carrasco Valérie, Lermenier Aurélie, *Le divorce*, Rapport de la sous-direction de la Statistique et des Etudes, Ministère de la Justice, Juin 2009.

- Chauvière Michel, « Quatre cibles pour le familial », *Informations sociales*, n°108, 2003, p38-47.
- Chazel François et Commaille Jacques (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGJD, 1991.
- Chenu Alain, « La famille-souche. Questions de méthode », postface à Le Play Frédéric, Cheysson Emile, Bayard, Butel Fernand, *Les Mélouga. Une famille pyrénéenne au XIXe siècle*, Paris, Nathan, 1994, p177-230.
- Chevalier Pierre, Desdevises Yvon, et Milburn Philip, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice* », Paris, La documentation française, Coll. « perspectives sur la justice », 2003.
- Christin Angèle, *Comparutions immédiates, enquête sur une pratique judiciaire*, Paris, La Découverte, 2008.
- Cohen-Lang Sonia, *Le divorce au masculin, au féminin, Nouvelle loi : mode d'emploi*, Paris, Editions Michalon, 2004.
- Commaille Jacques, *Le divorce en France. De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce*, Notes et études documentaires, 1978, 2^{ème} édition, 1980.
- Commaille Jacques, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection Droit Ethique Société, 1994.
- Commaille Jacques, « Ethique et droit dans l'exercice de la fonction de justice », *Société Contemporaine*, n°7, 1991, p.87-101.
- Commaille Jacques, *Familles sans justice ?, le droit et la justice face aux transformations de la famille*, Paris, Le Centurion, 1982.
- Commaille Jacques, Yves Dezalay, « les caractéristiques du divorce en France », *Population*, Vol. 26, N°2, 1971, p173-196.
- Commaille Jacques et Martin Claude, *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, Bayard, 1998.
- Commaille Jacques, *Territoire de justice – une sociologie politique de la carte judiciaire*, Paris, P.U.F., 2000.
- Commaille Jacques et Kaluszynski Martine (dir.), *La Fonction politique de la Justice*, Paris, La découverte, 2007.
- Cossart Paula, « Les juristes en réaction contre le désordre conjugal des masses : la « crise du mariage » en débat (1900-1940) », *Histoire Sociale/ Social History*, vol. 37, n°74, 2004, p 229-261.
- Coutrot Laurence, « Les catégories socioprofessionnelles : changement des conditions, permanence des positions ? », *Sociétés contemporaines*, n°45_46, 2002/2, p.107-129.
- D'Halluin Estelle, *Les épreuves de l'asile. De la politique du soupçon à la reconnaissance des réfugiés*, Thèse de doctorat, Paris, EHESS, 2008.
- Damon Julien, « La pensée de ... Louis de Bonald (1754-1840) », *Informations Sociales*, 2005/2, n°122.
- Darrois Jean-Michel, *Vers une grande profession du droit : rapport sur les professions du droit*, Paris, La découverte, 2009.

Davidson Claire et Hervé Hamon, « Autorité parentale dans la famille et autorité dans le cadre de l'assistance éducative : une histoire de respect », in *Dialogue*, N°165, 3^e trimestre 2004, p23-32.

Davies Iwan, Desdevises Yvon, Friant-Perrot Marine, James Kerry, Lebon-Blanchard Marie-Françoise, Moulévrier Pascale, Retière Jean-Noël, Suaud Charles, West Andrew, *Conciliateurs et conciliation*, Rapport de recherche subventionnée par la « Mission recherche droit et justice » du GIP, Mai 2001.

Deharo Gaëlle, « L'écrit dans les procédures judiciaires », *Gazette du Palais*, 6-8 Mars 2005.

Dekeuwer-Defossez Françoise, « Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, 1999.

Demazière Didier et Gadéa Charles (dir.), *Sociologie des groupes professionnels, acquis récents et nouveaux défis*, Paris, La découverte, 2009.

Desan Suzanne, « Pétitions de femmes en faveur d'une réforme révolutionnaire de la famille », *Annales historiques de la Révolution française*, N° 344, avril-juin 2006.

Desdevises Yvon, « Qu'est-ce qu'un mode alternatif de règlement des litiges ? » in *La Médiation*, actes du séminaire Le Lien Social, organisé par le LABECD, Nantes, Mai 2000.

Deville Anne, « L'entrée du syndicat de la magistrature dans le champs juridique en 1968 », in *Droit et Société*, n°28, 1994, p.639-671.

Deville Jean-Claude et Desplanques Guy, « Fécondité et milieu social: les différences demeurent », in *Economie et statistique*, n°111, 1979, p.27-40.

Donzelot Jacques, *La police des familles*, Paris, Editions de minuit, 1977.

Douchy-Oudot Méлина, « La parole de l'enfant en justice : ce que dit le droit », *Informations sociales*, 2010/4 n°160, p.76-82.

Dubois Vincent, *La vie au guichet. Relation administrative et traitement de la misère*, Paris, Economica, 2003.

Dubet François, « Dimensions et figures de l'expérience étudiante dans l'université de masse », in *Revue française de Sociologie*, 1994, n°35-4, p.511-532.

Durkheim Emile, « Crime et santé sociale », *Revue Philosophique*, 39,1895, reproduit in Durkheim Emile, *Textes 2. Religion, morale, anomie*, Paris, Minuit, 1975, p.173-180.

Durkheim Emile, *Les règles de la méthode sociologique* (1895), Paris, PUF, Quadrige, 1981.

Durkheim Emile, *Le suicide* (1897), Paris, Presses Universitaires de France, 1976.

Durkheim Emile, « Le divorce par consentement mutuel », *Revue Bleue*, 44, 1906, reproduit in Durkheim Emile, *Textes 2. Religion, morale, anomie*, Paris, Minuit, 1975, p.181-194.

Durkheim Emile, « Débat sur le mariage et le divorce », extrait des *Libres entretiens de l'Union pour la vérité*, 1909, 5^e série, reproduit in Durkheim Emile, *Textes 2. Religion, morale, anomie*, Paris, Minuit, 1975, p.206-215.

Durkheim Emile, *Textes 2. Religion, Morale et Anomie*, Paris, Les Editions de Minuit, 1975.

Dworkin Ronald, « La chaîne du droit », *Droit et société*, N°1, 1985, p.61-98.

Egée Vincent, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Editions Defrénois, 2010.

- Elias Norbert, *La civilisation des mœurs*, Paris, Calman-Lévy, 1991.
- Elias Norbert, *Qu'est-ce que la sociologie ?*, La Tour d'Aigues, Editions de l'Aube, 1991 [1970].
- Elias Norbert, *Engagement et distanciation*, Paris, Fayard, 1993.
- Elias Norbert, *Au-delà de Freud. Sociologie, psychologie, psychanalyse*, Paris, La découverte, 2010.
- El Miri Mustapha et Masson Philippe, « Une charte de déontologie est-elle utile en sociologie ? », *La vie des idées.fr*, 9 Avril 2009.
- Engels Friedrich, *L'origine de la famille, de la propriété et de l'Etat*, Paris, Broché, 2010.
- Epineuse Harold, *Evolution de la formation des magistrats en France et en Europe, Bilans et perspectives*, Mission de recherche Droit et Justice, Octobre 2008.
- Faget Jacques, « La double vie de la médiation », *Droit et Société*, N°29, 1995, p.25-38.
- Faget Jacques, « La juridicisation de la médiation », in Chevalier Pierre, Desdevises Yvon, et Milburn Philip, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La documentation française, Coll. « perspectives sur la justice », 2003.
- Farge Arlette et Foucault Michel, *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, Paris, Gallimard-Julliard, 1982.
- Fassin Didier, « La supplique. Stratégies rhétoriques et constructions identitaires dans les demandes de secours », *Annales, Histories, sciences sociales*, n°5, 2000, p.953-981.
- Fassin Didier et Bensa Alban, *Les politiques de l'enquête, épreuves ethnographiques*, La Découverte, coll. « Recherches, 2008.
- Fassin Eric, « Le savant, l'expert et le politique : la famille des sociologues », *Genèses*, n°32, 1998, p.156-169.
- Fraenkel Béatrice, Pontille David, « L'écrit juridique à l'épreuve de la signature électronique. Approche pragmatique », *Langage et société*, n°104, 2003/2, p.83-122.
- Fraenkel Béatrice, « Actes écrits, actes oraux : la performativité à l'épreuve de l'écriture », *Etudes de communications*, n°29, p69-93.
- Fraenkel Béatrice, Pontille David, Collard Damien et Deharo Gaëlle, *Le travail des huissiers, Transformations d'un métier de l'écrit*, Toulouse, Octarès Editions, 2010.
- Freidson Eliot, *La profession médicale*, Paris, Payot, 1984.
- Gallet Jean-Louis, *La procédure civile devant la Cour d'appel*, Paris, Litec, 2010.
- Garapon Antoine, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Editions Odile Jacob, Collection « Opus », 1997.
- Garcia Sandrine, *Mères sous influence. De la cause des felles à la cause des enfants*, Paris, La découverte, Coll. Texte à l'appui/ genre & sexualité, 2011.
- Ginzburg Carlo, *Le juge et l'historien. Considérations en marge du procès Sofri*, Lagrasse, Editions Verdier, 1991.
- Girard Alain, *Le choix du conjoint*, Paris, PUF, INED, « Travaux et Documents », Cahier n°70, 1964, 2° éd., 1974.
- Goffman Erving, *Les rites d'interaction*, Paris, Minuit, Coll. « Le sens commun », 1974.

- Gollac Sybille, Neuberg Samuel, Steinmetz H el ene, « Comment « contribuer à l'entretien des enfants » ? R esistances à la norme judiciaire de la pension alimentaire », Colloque « les usages sociaux de l'argent », Nantes, CENS et MSH Ange Gu epin, 6 et 7 Juin 2011.
- Goody Jack, *La logique de l'écriture. Aux origines des soci t es humaines*, Paris, Armand Colin, 1986.
- Granovetter Mark S., *Le marché autrement : les réseaux dans l' conomie*, Paris, Desclée de Brouwer, 2000.
- Grignon Claude et Passeron Jean-Claude, *Le savant et le populaire : misérabilisme et populisme en sociologie et en littérature*, Paris, Gallimard Le Seuil, 1989.
- Guinchard Serge, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au garde des Sceaux, Paris, La documentation française, Collection des rapports officiels, 2008.
- Halpérin Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. « Droit fondamentale », 1996.
- Halpérin Jean-Louis, *Le Code Civil*, Paris, Dalloz, 1996.
- Halpérin Jean-Louis (dir.), *Avocats et notaires en Europe : Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, Volume 19, 1996.
- Hauser Jean (ss la dir.), *Sociologie judiciaire du divorce*, Paris, Edition Economica, 1999.
- Heuer Jennifer et Verjus Anne, « L'invention de la sphère domestique au sortir de la révolution », in *Annales historiques de la Révolution française*, N  327, janvier-mars 2002.
- Hoggart Richard, *La culture du pauvre*, Paris, Editions de Minuit, 1970.
- Hugues Everett Cherrington, *Men and their Work*, Glencoe, The Free Press, 1958 (trad. 1996).
- Israël Liora, « Les mises en scène d'une justice quotidienne », *Droit et société*, n 42/43, 1999, p.393-419.
- Israël Liora et Mouralis Guillaume, « Le chercheur en sciences sociales comme acteur du procès ? », *Droit et Société*, N 44, 2000, p.159-175.
- Israël Liora, « un droit de gauche ? Rénovation des pratiques professionnelles et nouvelles formes de militantisme des juristes engagés dans les années 1970 », in *Sociétés contemporaines*, N 73, 2009, p.47-72.
- Israël Liora, Sacriste Guillaume, Vauchez Antoine et Willemez Laurent (dir), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, PUF, Coll. CURAPP, 2005.
- Jamoule Pascale, *Des hommes sur le fil. La construction de l'identité masculine en milieux précaires*, Paris, La découverte, 2005.
- Jandeaux Jeanne-Marie, *Les lettres de cachet pour affaires de famille en Franche-Comté au XVIIIe siècle*, Thèse de l' cole des chartes, 2008.
- Karpik Lucien, *Les avocats : Entre l'Etat, le public et le marché XIIIe –XXe siècle*, Paris, Gallimard, 1995.
- Kross Jean-Claude, « Le JAF et le juge unique », in Hauser Jean (ss la dir.), *Sociologie judiciaire du divorce*, Paris, Edition Economica, 1999, p.35-43.

- Krynen Jacques, *L'Etat de la justice, France, XIIIe – XXe siècle, Tome 1 : L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009.
- Lambert Anne, « Des causes aux conséquences du divorce : histoire critique d'un champ d'analyse et principales orientations de recherche en France », *Population*, 2009, Volume 64, N°1, p 155-182.
- Lascoumes Pierre et Séverin Evelyne, « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques », in Lascoumes Pierre (ss la dir.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, collection « Droit et Société », 1995.
- Lascoumes Pierre (ss la dir.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, collection « Droit et Société », 1995.
- Latour Bruno, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, Paris, 2004.
- Laurens Sylvain et Neyrat Frédéric, *Enquêter : de quel droit ? Menaces sur l'enquête en sciences sociales*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du Croquant, 2010.
- Lazuech Gilles, *Contribution à une sociologie compréhensive des usages quotidiens de l'argent*, Habilitation à diriger des recherches, Nantes, Février 2011.
- Le Feuvre Nicky, Walters Patricia, « Egales en droit ? La féminisation des professions juridiques en France et en Grande-Bretagne », in *Sociétés Contemporaines*, N°16, Décembre 1993, p.41-62.
- Le Marec Yannick, *Le temps des capacités. Les diplômés nantais à la conquête du pouvoir dans la ville*, Paris, Belin, 2000.
- Le Play Frédéric, Cheysson Emile, Bayard, Butel Fernand, *Les Mélouga. Une famille pyrénéenne au XIXe siècle*, Paris, Nathan, 1994.
- Le Roy Etienne, « Le dédoublement de la figure du procès, « cérémonie de reconstitution du lien social », in Rude-Antoine Edwige (ss la dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, P.U.F., 2007, p.14-30.
- Lemarchant Clotilde, « La famille dans la société, familles et inégalités sociales », in Philippe Tronquoy (ss la dir.), Cahiers Français « Famille(s) et politiques familiales », La documentation française, n°322, Septembre-Octobre 2004, p.39-45.
- Lenoir Rémi, *généalogie de la morale familiale*, Paris, Seuil, Collection Liber, Paris, 2003.
- Leonetti Jean, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Rapport au Premier Ministre, Paris, La documentation française, Octobre 2009.
- Lermenier Aurélie, Timbart Odile, « Les divorces prononcés de 1996 à 2007 », *Infostat Justice*, Janvier 2009, n°104.
- Makaremi Chowra, *Participer en observant, Etudier et assister les étrangers aux frontières*, in Fassin Didier et Bensa Alban, Les politiques de l'enquête, épreuves ethnographiques, La Découverte, coll. « Recherches, 2008, p.165-183.
- Martial Agnès, « Paternités contemporaines et nouvelles trajectoires familiales », *Ethnologie française*, Vol. 42, 2012, p.105-116.
- Martin Claude, « La question familiale face à la montée des incertitudes », in Castel Robert et Martin Claude, *Changements et pensées du changement. Echanges avec Robert Castel*, Paris, La Découverte, 2012, p.246-260.

Martin Claude et al, « Living together apart: vivre ensemble séparés: Une comparaison France Etats-Unis », *Population*, Vol. 66, n°3-4, 2011, p647-669.

Martin Claude, *L'après divorce, Lien familial et vulnérabilité*, Rennes, PUR, 1997.

Martin Claude, « Les médiations familiales : structures, modèles d'intervention, publics et rapports au judiciaire. Justice pour tous ou justice communautariste ? », Rapport pour le service de la recherche du ministère de la recherche, 1994.

Martin Raymond, *Déontologie de l'avocat*, LexisNexis Litec, Paris, 2008.

Mathieu-Fritz Alexandre, « La compétence relationnelle dans l'application des décisions judiciaires. Eléments pour une sociologie de l'action des huissiers de justice dans le cadre du recouvrement des créances », *Réseaux*, n°121, 2003, p.173-202.

Mathieu-Fritz Alexandre, *Les huissiers de justice*, Paris, PUF, 2005.

Mathieu-Fritz Alexandre et Quemain Alain, « Les officiers ministériels face à l'Etat et à l'Europe. Commissaires-priseurs, huissiers de justice et notaires », in Demazière Didier et Gadéa Charles (dir.), *Sociologie des groupes professionnels, acquis récents et nouveaux défis* », Paris, La découverte, 2009.

Mauger Gérard, « Enquêter en milieu populaire », *Genèses*, Vol. 6, n°1, 1991, p.31-43.

Mazaud Caroline, « La confusion entre argent de l'entreprise et argent de la famille chez les artisans », Colloque « les usages sociaux de l'argent », Nantes, CENS et MSH Ange Guépin, 6 et 7 Juin 2011.

Meyer Michaël, *Pour une sociologie visuelle du monde policier : regards, visibilité et médiatisation de la police lausannoise*, Thèse de doctorat de l'Université de Nantes et de l'Université de Lausanne (ss la dir. de Sylvain Maresca et Gianni Haver, 2011.

Meyer Michaël, « « Tu veux ma photo ? » Droit de regard et droit à l'image dans la sociologie visuelle », in Laurens Sylvain et Neyrat Frédéric, *Enquêter : de quel droit ? Menaces sur l'enquête en sciences sociales*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du Croquant, 2010, p.155-186.

Michel Hélène et Willemez Laurent (dir.), *La justice au risque des profanes*, Paris, PUF, coll. « CURAPP », 2007.

Milburn Philip, « La compétence relationnelle : maîtrise de l'interaction et légitimité professionnelle. Avocats et médiateurs. », *Revue française de sociologie*, vol. 43, n°1, 2002, p.47-72.

Montesquieu, *De l'Esprit des lois I*, Paris, Garnier Frères, 1973.

Moreau Caroline, Munoz-Perez Brigitte et Severin Evelyne, *La médiation judiciaire civile en chiffres, situation au 31 octobre 2001*, Rapport de la Cellule Etudes et Recherches de la Direction des affaires civiles et du Sceau du Ministère de la Justice, Décembre 2002.

Moulévrier Pascale, « La relation bancaire : le contenu social du contrat marchand », in Actes du colloque « le Capital Social, GRIS, 6 février 2003.

Mussaud Véronique et Six Jean-François, *Médiation*, Paris, Seuil, 2002.

Neyrand Gérard, *L'enfant face à la séparation des parents : une solution, la résidence alternée*, Syros, Paris, 1994.

Noiriel Gérard, *La tyrannie du national : Le droit d'asile en Europe, 1793-1993*, Paris, Calman-Levy, 1991.

- Noreau Pierre, « La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution », in *Droit et Société*, n°40, 1998, pp.585-612.
- Nozay Catherine, « « Il n'y a pas de vol entre époux » : la prestation compensatoire en droit français », in *Droit et société*, N° 73, 2009/3, p. 725-745.
- Pahl Jan, « Individualisation et modèles de gestion des finances au sein des familles », in *Enfances, Familles, Générations*, n°2, 2005.
- Perrot Michelle, « Drames et conflits familiaux », in Ariès Philippe et Duby Georges (ss la dir.), *Histoire de la vie privée, De la Révolution à la Grande Guerre* », Volume 4, Paris, Seuil, 1999.
- Phillips G. Roderick, « Le divorce en France à la fin du XVIIIe siècle », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, Vol. 34, N°2, 1979, p.385-398.
- Pierru Emmanuel et Spire Alexis, « Le crépuscule des catégories socioprofessionnelles », in *Revue Française de Science Politique*, N°58, 2008, p.457-481.
- Pinto Josiane, « Les secrétaires et la nouvelle économie des bureaux », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°134, 2000, p.62-65.
- Plessix-Buisset Christiane (sous la dir.), *Ordre et désordre dans les familles. Etudes d'Histoire du droit*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2002.
- Pollak Michael, *L'expérience concentrationnaire*, Paris, Métailié, 1990.
- Pontille David, « Ouvrir un dossier, fermer un lieu », in Fraenkel Béatrice, Pontille David, Collard Damien et Deharo Gaëlle, *Le travail des huissiers, Transformations d'un métier de l'écrit*, Toulouse, Octarès Editions, 2010, p.145-157.
- Prioux France, « La fécondité hors mariage en France depuis 1968 : évolution des contrastes interdépartementaux », *Espaces, populations, sociétés*, Vol. 11, n°2, 1993, p.281-291.
- Prioux France et Mazuy Magali, « L'évolution démographique récente en France : dix ans pour le pacs, plus d'un million de contractants », in *Population*, Vol. 64, n°3, 2009, p.445-494.
- Prioux France, « Les couples non mariés en 2005 : quelles différences avec les couples mariés ? », *Recherches et Prévisions*, n°96, juin 2009, p.87-93.
- Quemin Alain, *Les commissaires-priseurs : la mutation d'une profession*, Paris, Anthropos, 1997.
- Rafin Nicolas, « Enquêter sur les conflits judiciaires d'ordre privé, ou comment concilier les déontologies du juriste et du sociologue » in Laurens Sylvain et Neyrat Frédéric, *Enquêter : de quel droit ? Menaces sur l'enquête en sciences sociales*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du Croquant, 2010, p.211-233.
- Rafin Nicolas, « Les fondements de la régulation judiciaire de « l'argent du divorce » : du maintien des positions sociales des divorçants à la moralisation des usages de l'argent », Colloque « les usages sociaux de l'argent », Nantes, CENS et MSH Ange Guépin, 6 et 7 Juin 2011.
- Retière Jean-Noël, « La (bonne) volonté de juger des assesseurs au Tribunal pour enfants », in Michel Hélène et Willemez Laurent (dir), *La justice au risque de ses profanes*, Paris, PUF, coll. CURAPP, 2007.

Retière Jean-Noël, « En retard pour l'aide d'urgence ... Analyse de courriers de demandeurs (FUS 1998) », *Revue française des affaires sociales*, n°1, 2001, p.167-183.

Retière Jean-Noël, *Identités ouvrières. Histoire sociale d'un fief ouvrier en Bretagne 1909-1990*, Paris, L'Harmattan, 1994.

Revillard Anne, « Le droit de la famille : outil d'une justice de genre ? Les défenseurs de la cause des femmes face au règlement juridique des conséquences financières du divorce en France et au Québec (1975-2000) », in *L'Année sociologique*, Vol. 59, n°2, 2009, p.345-370.

Riot-Sarcey Michèle, *Histoire du féminisme*, Paris, La découverte, Coll. Repères, 2002.

Rondeau-Rivier Marie-Claire, « La carte géographique des cas de divorce à travers les statistiques judiciaires », in *Droit et Société*, N°25, 1993, p.361-367.

Ronsin Francis, *Les Divorciés, Affrontements politiques et conceptions du mariage dans la France du XIXème siècle*, Paris, Aubier, 1992.

Rouet Gilles, *Justice et justiciables aux XIXe et XXe siècles*, Paris, Belin, 1999.

Rouland Norbert, *L'Etat français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, Odile Jacob, 1995.

Roumiguières Eve, « Des prestations compensatoires sous forme de capital et non plus de rente », *Infostat Justice*, N°77, Novembre 2004.

Roussel Louis, « Les divorces et les séparations de corps en France (1936-1967) », *Population*, N°2, 1970, p.275-302.

Roussel Louis, Jacques Commaille, Anne Boigeol et Marie-France Valetas, *Le divorce et les français, II. – L'expérience des divorcés*, Travaux et Documents, Cahier N°72, INED, Paris, Presses Universitaires de France, 1975.

Roussel Violaine, « Le changement d'ethos des magistrats », in Commaille Jacques et Kaluszynski Martine (dir.), *La Fonction politique de la Justice*, Paris, La découverte, 2007.

Roy Delphine, « L'argent du « ménage », qui paie quoi ? », in *Travail, genre et sociétés*, N°15, 2006, p.101-109.

Rude-Antoine Edwige, « Jean Carbonnier et la famille. Transformations sociales et droit civil », *L'Année Sociologique*, Vol. 57, N°2, 2007, p.527-543.

Rude-Antoine Edwige (ss la dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, P.U.F., 2007.

Salas Denis, *Du procès pénal*, Paris, P.U.F., Collection « Les voies du droit », 1992.

Sardon Jean-Paul, « L'évolution du divorce en France », *Population*, 1996, Volume 51, N°3, p.717-750.

Savoye Antoine, « Frédéric Le Play en quelques dates », in Cardoni Fabien et Savoye Antoine (coord.), *Frédéric Le Play. Parcours, audience, héritage*, Paris, Edition de l'Ecole des mines de Paris, 2007, p277-289.

Savoye Antoine et Audren Frédéric, *Naissance de l'ingénieur social : les ingénieurs des mines et la science sociale au XIXe siècle*, Paris, Mines ParisTech-Les-Presses, Coll. Sciences sociales, 2008.

- Schnapper Bernard, « La séparation de corps de 1837 à 1914. Essai de sociologie juridique », *Revue Historique*, avril-juin 1978, n°526, p 453-466.
- Schnapper Dominique, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010.
- Schwartz Olivier, *Le monde privé des ouvriers* [1990], Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p.177.
- Segalen Martine, *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Collin, 6^{ème} édition, 2006.
- Segalen Martine, *A qui appartiennent les enfants ?*, Paris, Tallandier, 2010.
- Serre Delphine, « la « judiciarisation » en actes », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, Vol. 136, N°1, 2001, p70-82.
- Serre Delphine, *Les coulisses de l'Etat social. Enquête sur les signalements d'enfant en danger*, Paris, Raisons d'agir, 2009.
- Sheinman Leslie, « Ethique juridique et déontologie », *Droit et Société*, n°36/37, 1997, p.265-275.
- Simmel Georg, *Le conflit*, Saulxures, Editions Circé, 1992.
- Singly François de (ss la dir.), *La famille : l'Etat des savoirs*, Paris, La découverte, 1991.
- Singly François de, *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, PÜF, 2^{ème} éd., 1992.
- Singly François de, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, Coll. 128, 1993.
- Sohn Anne-Marie, « Sois un Homme ! », *La construction de la masculinité au XIXe siècle*, Paris, Seuil, 2009.
- Supiot Alain, « Les mésaventures de la solidarité civile. (Pacte civil de solidarité et système d'échanges locaux) », *Droit social*, n°1, Janvier 1999, p.64-73.
- Théry Irène, *La référence à l'intérêt de l'Enfant dans la modification du droit de garde après le divorce*, Thèse de 3^e cycle en Démographie (Sous la Direction de Louis Roussel), Université Paris V-René Descartes, 1983.
- Théry Irène, « La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés », in Bourguignon Odile, Rallu Jean-Louis et Théry Irène, *Du divorce et des enfants*, Travaux et documents de l'Ined, Cahier n°111, Paris, PUF, 1985.
- Théry Irène, *Le Démariage, Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993.
- Théry Irène, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Editions Odile Jacob, 1998.
- Tonneau Jean-Philippe, « L'accès au droit et à la justice durant les années 1970, ou lorsque les avocats deviennent des passeurs », in Michel Hélène et Willemez Laurent (dir.), *La justice au risque des profanes*, Paris, PUF, Coll. « CURAPP », 2007.
- Trepos Jean-Yves, Haddad Isa, Lambert Aurélien, Liebelt Fanny, Nifri Soumia, Roumens Serena et Scheerer-Molnar Maria, « Les marquages conjugaux de l'argent en milieu populaire », *Le Portique*, N°19, 2007, 11 pages.
- Vatin Florence, « Evolution historique d'une pratique : le passage de l'adultère à l'infidélité », *Sociétés*, N°75, 2002.
- Walch Agnès, *Histoire de l'adultère, XVIe – XIXe siècle*, Paris, Perrin, 2009.
- Weber Max, *Economie et société 1, les catégories de la sociologie*, Paris, Plon, 1995.

Weber Max, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 2007.

Zelizer Viviana, *La signification sociale de l'argent*, Paris, Seuil Collect. Liber, 2005.

Annexes

Table des annexes

Annexe 1. Eléments méthodologiques

Annexe 2. Bref historique des dispositifs juridiques fondamentaux en matière de désunion

Annexe 3. Le cadre juridique du divorce sous le Code Civil de 1804

Annexe 4. La procédure de divorce issue de la loi du 27 Juillet 1884

Annexe 5. Les différentes procédures de divorce entérinées par la Loi du 11 Juillet 1975

Annexe 6. Nouvelles saisines par année des juridictions civiles pour des contentieux ayant trait à l'autorité parentale (2004 à 2008)

Annexe 7. Exemples de décisions judiciaires ayant fait l'objet d'une procédure d'appel selon le statut du couple (mariés, concubins, divorcés ou séparés)

Annexe 8. Carte judiciaire des Cours d'Appel en France métropolitaine

Annexe 9. Tableau synoptique des Etudes d'avoué et fiches biographiques des avoués affiliés à la Compagnie de la Cour d'appel

Annexe 10. Exemples de traitement judiciaire d'affaires ayant pour objet la fixation d'une contribution alimentaire pour l'entretien et l'éducation des enfants

Annexe 1: Eléments méthodologiques

Tableau A : Liste des variables retenues dans la base de données

1	Sexe client
2	Nationalité client
3	Age client
4	Profession du client
5	Lieu de naissance du client
6	Lieu de résidence du client
7	Sexe partie adverse
8	Nationalité partie adverse
9	Age partie adverse
10	Profession de la partie adverse
11	Lieu de naissance de la partie adverse
12	Lieu de résidence de la partie adverse
13	Nationalité homme
14	Age homme lors de la procédure d'appel
15	Age homme au début de la procédure judiciaire
16	Profession homme
17	Lieu de naissance homme
18	Lieu de résidence homme
19	Nationalité femme
20	Age femme lors de la procédure d'appel
21	Age femme au début de la procédure judiciaire
22	Profession femme
23	Lieu de naissance femme
24	Lieu de résidence femme
25	Distance entre les deux foyers pendant la procédure d'appel
26	Nombre d'enfants du couple
27	Age des enfants
28	Age de l'ainé des enfants
29	Age du benjamin des enfants
30	Situation et/ou scolaire de l'ainé des enfants
31	Situation et/ou scolaire du plus jeune enfant
32	Enfants à charge/enfants indépendants
33	Nombre d'enfants à charge pendant la procédure d'appel
34	Nombre d'enfants à charge pendant la procédure de première instance
35	Type de lien conjugal
36	Année du mariage
37	Revenu du couple avant la séparation
38	Salaire homme
39	Salaire femme
40	Charges homme
41	Charges femme
42	Type de ressources financières de l'homme
43	Type de ressources financières de la femme
44	Aide juridictionnelle client
45	Aide juridictionnelle partie adverse
46	Aide juridictionnelle homme
47	Aide juridictionnelle femme
48	Nombre de bénéficiaires de l'AJ au sein du couple
49	Ecart mariage-début procédure judiciaire
50	Année du lancement de la procédure judiciaire
51	Ecart entre première requête et décision de la Cour d'Appel
52	Ecart entre décision dont appel et déclaration d'appel

53	Type de divorce
54	Requête après divorce
55	Type de décision dont appel
56	Cause de la séparation
57	Violences conjugales
58	Membre du couple à l'origine de la procédure judiciaire
59	Position du client en appel (appelant, intimé, appelant incident ...)
60	Position de la partie adverse en appel
61	Position de l'homme en appel
62	Position de la femme en appel
63	Représentation du client par un avocat en appel
64	Représentation de la partie adverse par un avocat
65	Représentation homme par un avocat en appel
66	Représentation femme par un avocat en appel
67	Etude d'avoué représentant la partie adverse
68	Résultats décision 1ère instance (moyens retenus)
69	Garde aménagée suite à la décision de 1ère instance
70	Montant prestation compensatoire 1ère instance
71	Montant pension alimentaire décision 1ère instance
72	Type de pension alimentaire 1ère instance (enfants/devoir de secours)
73	Mesure d'instruction en 1ère instance
74	Audition de l'enfant en première instance
75	Demandeur de la mesure d'instruction en 1ère instance
76	Montant de l'article 700 en première instance
77	Montant des dommages et intérêts en première instance
78	Prise en charge des dépens de 1ère instance
79	Condamnation art. 700 en première instance
80	Condamnation dommages et intérêts en première instance
81	Membre du couple condamné à verser des dommages et intérêts en 1ère instance
82	Membre du couple condamné à verser un article 700 en 1ère instance
83	Moyens soulevés par les parties en appel
84	Résultat appel (réformation/confirmation de la décision de 1ère instance)
85	Résultat appel (moyens retenus)
86	Garde aménagée suite à l'appel
87	Montant prestation compensatoire en appel
88	Montant pension alimentaire en appel
89	Type de pension alimentaire en appel (enfants/devoir de secours)
90	Mesure d'instruction devant la Cour d'appel
91	Demandeur de la mesure d'instruction en appel
92	Audition de l'enfant en appel
93	Composition du coût du procès en appel
94	Prise en charge des dépens d'appel
95	Condamnation art. 700 en appel
96	Condamnation Dommages et Intérêts en appel
97	Montant de l'article 700 en appel
98	Montant des dommages et intérêts en appel
99	Abandon de la procédure d'appel
100	Cause de l'abandon de la procédure d'appel
101	Autre procès en appel
102	Pourvoi en cassation
103	Production d'attestations de proches par l'homme
104	Statut des personnes délivrant des attestations pour l'homme
105	Production d'attestations de proches par la femme
106	Statut des personnes délivrant des attestations pour la femme
107	Nombre d'attestations invoquées par l'homme en appel
108	Nombre d'attestations invoquées par l'homme en appel
109	Nombre de pièces invoquées par l'homme en appel

110	Nombre de pièces invoquées par la femme en appel
111	Usages judiciaires attestation
112	Différence du nombre de pièces produites en première instance et en appel pour l'homme
113	Différence du nombre de pièces produites en première instance et en appel pour la femme
114	Avec qui réside l'homme pendant la procédure d'appel
115	Avec qui réside la femme pendant la procédure d'appel

Tableau B : Liste des justiciables interviewés

N°	Sexe	Age	Profession Enquêté / Niveau de diplôme	Origine sociale Enquêté	Age Ex	Profession	Situations familiale et conjugale avant le passage par la justice	Principaux motifs juridiques du conflit Judiciaire devant la Cour d'Appel	Etat du parcours judiciaire
J1	H	34	Soudeur	Père : ouvrier non qualifié Mère : ouvrière non qualifiée	31	Serveuse	Marié, deux enfants issus du couple	Pension alimentaire des enfants	Appel du Jugement de divorce
J2	F	53	En invalidité (ancienne employée (secrétaire) de l'entreprise familiale)	Parents : agriculteurs	56	Artisan peintre à son compte	Marié, trois enfants issus du couple	prestation compensatoire	Appel du Jugement de divorce
J3	F	41	Secrétaire juridique	Coiffeur et coiffeuses	41	Educateur spécialisé	Divorcé d'une ancienne union, en concubinage, un enfant issu du couple	Pension alimentaire, résidence des enfants et droits de visite et d'hébergement	Appel du jugement du juge aux affaires familiales
J4	F	31	Serveuse CAP/BEP vendeuse	Père décédé en 2000 : ouvrier ébéniste ; Mère : assistante maternelle	34	soudeur	Marié, deux enfants issus du couple	Pension alimentaire des enfants	Appel du Jugement de divorce
J5	F	37	Assistante maternelle (ancienne aide-soignante)	Père et Mère : receveurs des postes	39	Instituteur	Marié, deux enfants issus du couple	Résidence, droit de visite et d'hébergement des enfants, pension alimentaire	Appel de l'Ordonnance du JAF
J6	F	42	Aide-soignante (BEP/CAP de comptabilité) + formation d'aide soignante	Père : ouvrier qualifié Mère au foyer	42	Gendarme	Marié, un enfant issu de cette union (13 ans)	Prononcé du divorce, résidence, droit de visite, pension alimentaire, prestation compensatoire	Renvoi de Cassation de l'Arrêt de la Cour d'Appel de Rennes
J7	F	51	Au chômage ancienne employée dans l'entreprise artisanale familiale	Parents agriculteurs	61	Artisan (dans le bâtiment) à la retraite	Mariée, une fille issue de cette union (20 ans)	Pension alimentaire au titre du devoir de secours, nomination d'un notaire pour procéder au liquidation du régime matrimonial	Appel de l'ordonnance de non conciliation
J8	F	47	Assistante-maternelle (CAP Agent Administratif)	Père : ouvrier pépiniériste, Mère au foyer	48	Chauffeur routier	Marié, trois enfants (fils aîné est peintre : 24 ans, fils cadet est en BTS Vente : 21 ans, et fille benjamine en CAP esthéticienne : 18 ans)	Prestation compensatoire, pension alimentaire pour le dernier enfant	Appel du jugement de divorce

N°	Sexe	Age	Profession Enquêté / Niveau de diplôme	Origine sociale Enquêté	Age Ex	Profession	Situations familiale et conjugale avant le passage par la justice	Principaux motifs juridiques du conflit Judiciaire devant la Cour d'Appel	Etat du parcours judiciaire
J9	H	57	Prothésiste dentaire	Père : Officier militaire, Mère au foyer, éducation catholique	52	Infirmière	Marié, deux enfants (une fille : 29 ans, un fils : 26 ans)	Prestation Compensatoire	Appel du jugement de divorce
J10	H	73	Médecin généraliste à la retraite	Père : médecin Mère au foyer	65	Secrétaire médicale à la retraite	Concubinage pendant 12 ans puis mariage pendant 17 ans, aucun enfant n'est issu de cette union. Monsieur a eu deux enfants d'une précédent mariage (divorce en 1965 : « faux » divorce pour faute)	Répartition des biens et des capitaux, prononcé du divorce, prestation compensatoire	Appel du Jugement du JAF
J11	F	38	Aide soignante	Père : employé en maison de retraite Mère au foyer	39	Salarié dans une entreprise du bâtiment	Marié pendant 7 ans, deux enfants sont issus de cette union (deux garçons de 9 et 6 ans). Madame était mariée une première fois pendant trois (un enfant de 17 ans est issu de cette union). Entre les deux mariages, Madame a eu une fille dont le père ne l'a pas reconnu (13 ans)	Prononcé du divorce, résidence des enfants, pension alimentaire ;	Appel du jugement de divorce, la procédure judiciaire est terminée
J12	F	56	Secrétaire administrative (pré-retraite)	Père : ouvrier non qualifié dans des pépinières Mère au foyer	58	Cadre Bancaire	Marié en 1997 après près de dix ans de concubinage, la procédure de divorce a été enclenchée par Madame en 2007. Monsieur et Madame ont connu un divorce auparavant et ont eu chacun une fille de leur précédente union	Pension alimentaire au titre du devoir de secours	Appel de l'ONC, le divorce n'est pas encore prononcé

N°	Sexe	Age	Profession Enquêté / Niveau de diplôme	Origine sociale Enquêté	Age Ex	Profession	Situations familiale et conjugale avant le passage par la justice	Principaux motifs juridiques du conflit Judiciaire devant la Cour d'Appel	Etat du parcours judiciaire
J13	H	58	Cadre bancaire	Parents : exploitants agricoles	56	Secrétaire administrative (pré-retraite)	Marié en 1997 après près de dix ans de concubinage, la procédure de divorce a été enclenchée par Madame en 2007. Monsieur et Madame ont connu un divorce auparavant et ont eu chacun une fille de leur précédente union	Pension alimentaire au titre du devoir de secours	Appel de l'ONC, le divorce n'est pas encore prononcé
J14	F	37	Saisonnier dans les travaux agricoles (Niveau BEPC)	Père : militaire Femme au foyer	39	Ouvrier qualifié	Marié pendant 4 ans, un enfant est issu de cette union (17 ans, lycéen en Terminale Arts Appliqués)	Pension alimentaire, dommages intérêts pour non paiement de pension alimentaire	Appel d'un jugement du JAF
J15	F	47	Rédacteur territorial dans un Conseil Général	Père : notaire Mère : clerc de notaire	48	Ingénieur (arrêt de son activité professionnelle depuis le divorce), vit de rentes immobilières	Mariés pendant 13 ans, deux garçons sont issus de cette union (17 ans en terminale S)	Pension alimentaire	Appel d'un jugement du JAF (post divorce)
J16	F	45	Vendeuse en charcuterie (ancienne commerçante : boulangère, puis bar)	Parents : agriculteurs	44	Ancien commerçant (bar), au chômage	Mariés pendant 11 ans, cinq enfants sont issus de cette union (23, 18, 16, 15 et 13 ans), le divorce a été prononcé en 2000	Pension alimentaire	Appel d'un jugement du JAF (post divorce)
J17	H	36	Directeur d'un Centre Hospitalier (Maîtrise d'Histoire + DESS de psychologie)	Parents : enseignants dans le secondaire	31	Professeur des Ecoles	Concubinage pendant 7 ans, un enfant est issu de cette union (3 ans)	Résidence de l'enfant, droit de visite et d'hébergement du parent non gardien et pension alimentaire	Appel d'un jugement du JAF
J18	F	31	Professeur des Ecoles	Père : médecin psychiatre Mère : Infirmière	36	Directeur d'un Centre Hospitalier	Concubinage pendant 7 ans, un enfant est issu de cette union (3 ans)	Résidence de l'enfant, droit de visite et d'hébergement du parent non gardien et pension alimentaire	Appel d'un jugement du JAF

N°	Sexe	Age	Profession Enquêté / Niveau de diplôme	Origine sociale Enquêté	Age Ex	Profession	Situations familiale et conjugale avant le passage par la justice	Principaux motifs juridiques du conflit Judiciaire devant la Cour d'Appel	Etat du parcours judiciaire
J19	F	38	Serveuse / BEPC	Père : ouvrier en viticulture / Mère au foyer	42	Intermittent du spectacle	Concubinage pendant 3 ans, un enfant est né de cette union (4 ans)	Résidence de l'enfant, droit de visite et d'hébergement du parent non gardien et pension alimentaire	Appel d'un jugement du JAF
J20	F	27	Sans emploi (CAP esthétique)	Père : ouvrier dans l'agroalimentaire Mère : en invalidité	29	Chauffeur-Manutentionnaire	Couple en union libre pendant 4 ans puis pacsé pendant deux ans, deux enfants sont issus de cette union (3 et 5 ans)	Droit de visite et d'hébergement du père, autorité parentale	Appel d'un jugement du JAF
J21	F	34	Aide soignante	Parents : viticulteurs à la retraite	32	Chef d'une petite entreprise artisanale (3 salariés)	Concubinage pendant 3 ans puis mariage pendant 8 ans, un enfant est issu de cette union (8 ans)	Prononcé du divorce, droit de visite et d'hébergement du père, pension alimentaire	Appel du jugement de divorce
J22	F	63	Secrétaire comptable à la retraite	Parents : agriculteurs	63	Cadre commercial à la retraite	Mariés pendant 41 ans, sans enfant	Jouissance du domicile conjugal, de la résidence secondaire et des véhicules du couple	Appel de l'ONC
J23	F	32	Aide à domicile (BEP sanitaire et sociale)	Père : employé municipal Mère : assistante maternelle	32	Electro-technicien	Mariés pendant 6 ans, deux enfants sont issus de ce couple (3 et 5 ans)	Résidence des enfants, droit de visite et d'hébergement, pension alimentaire	Appel de l'ONC
J24	H	32	Electro-technicien (Bac professionnel + BTS non obtenu)	Père : Gendarme Mère : secrétaire de mairie	32	Aide à domicile	Mariés pendant 6 ans, deux enfants sont issus de ce couple (3 et 5 ans)	Résidence des enfants, droit de visite et d'hébergement, pension alimentaire	Appel de l'ONC
J25	F	46	Directrice d'une Agence de Voyage	Père : géomètre Mère : au foyer	48	Cadre commercial	Mariés pendant 18 ans, deux enfants sont issus de cette union (un fils de 20 ans et une fille de 16 ans)	Pensions alimentaires au titre du devoir de secours et pour les enfants	Appel de l'ONC du JAF

N°	Sexe	Age	Profession Enquêté / Niveau de diplôme	Origine sociale Enquêté	Age Ex	Profession	Situations familiale et conjugale avant le passage par la justice	Principaux motifs juridiques du conflit Judiciaire devant la Cour d'Appel	Etat du parcours judiciaire
J26	H	54	Chef d'entreprise (pompes funèbres)	Père : chef d'entreprise (pompes funèbres) Mère : salariée de l'entreprise familiale	53	Au chômage, ancienne cadre dans l'entreprise familiale	Mariés pendant 29 ans, deux enfants sont issus du couple (un fils de 29 ans, directeur financier et une fille de 27 ans, étudiante en mathématiques)	Pensions alimentaires, prestations compensatoires, liquidation du patrimoine matrimonial,	Appel du jugement du JAF (Mars 2008)
J27	F	53	Au chômage, ancienne cadre dans l'entreprise familiale	Père : ouvrier Mère décédée jeune	54	Chef d'entreprise (pompes funèbres)	Mariés pendant 29 ans, deux enfants sont issus du couple (un fils de 29 ans, directeur financier et une fille de 27 ans, étudiante en mathématiques)	Pensions alimentaires, prestations compensatoires, liquidation du patrimoine matrimonial,	Appel du jugement du JAF
J28	H	37	Mètreur (CAP de plombier chauffagiste)	Père : plâtrier Mère : au foyer	36	Comptable	En concubinage, deux filles sont issues de cette union (8 et 5 ans)	Pension alimentaire, résidence des enfants, droits de visite et d'hébergement	Appel du jugement du JAF
J29	H	35	Brocanteur/antiquaire	Père : militaire Mère : au foyer	32	Hôtesse de l'air	Marié pendant 3 ans, une fille est issue de cette union (7 ans)	Prononcé du divorce, pension alimentaire, résidence de l'enfant	Appel du jugement de divorce
J30	F	32	Hôtesse de l'air	Père : retraité Mère : Assistante maternelle	35	Brocanteur/antiquaire	Mariée pendant 3 ans, une fille est issue de cette union (7 ans)	Prononcé du divorce, pension alimentaire, résidence de l'enfant	Appel du jugement de divorce
J31	F	47	Au RMI, fait quelques heures de ménage	Père : mineur Mère au foyer	49	Fendeur/Rondisseur	Mariée pendant 28 ans, trois enfants sont issus de cette union (22, 20 et 17 ans)	Prestation compensatoire, résidence de l'enfant, pension alimentaire	Appel du jugement de divorce
J32	F	35	Sans emploi, elle a été pendant un temps ouvrière dans une imprimerie	Parents ouvriers chez dans une grande entreprise d'électroménager	35	Responsable de la maintenance dans une entreprise industrielle	Mariés pendant 9 ans, le couple a eu deux enfants (7 et 8 ans)	Résidence des enfants, pension alimentaire	Appel de l'ONC
J33	F	34	Secrétaire de direction	Parents : artisans boucher	35	Educateur spécialisé	En union libre pendant 11 ans, un enfant est issu de leur union (5 ans)	Résidence de l'enfant, pension alimentaire	Appel d'un jugement du JAF
J34	H	35	Educateur spécialisé	Parents : tous les deux employés des PTT	34	Parents : artisans boucher	En union libre pendant 11 ans, un enfant est issu de leur union (5 ans)	Résidence de l'enfant, pension alimentaire	Appel d'un jugement du JAF

N°	Sexe	Age	Profession Enquêté / Niveau de diplôme	Origine sociale Enquêté	Age Ex	Profession	Situations familiale et conjugale avant le passage par la justice	Principaux motifs juridiques du conflit Judiciaire devant la Cour d'Appel	Etat du parcours judiciaire
J35	F	40	Préparatrice en pharmacie	Père : employé commercial à la retraite ; mère : employée à la perception à la retraite	54	Salarié Plombier	Mariés depuis 20 ans, deux enfants sont issus de cette union (l'aîné est décédé, le cadet est âgé de 18 ans)	Résidence de l'enfant, pension alimentaire	Appel du jugement de divorce
J36	F	55	Gérante d'une charcuterie	Parents : agriculteurs à la retraite (éleveurs)	56	Gérant d'une charcuterie	Mariés depuis 36 ans, trois enfants sont issus de cette union (34, 32 et 27 ans)	Pension alimentaire au titre du devoir de secours	Appel de l'ONC
J37	F	38	Employée de restauration	Père : horticulteur salarié à la retraite Mère : ouvrière dans le textile	40	Policier municipal	Mariés pendant 9 ans, le couple a divorcé en 2006, deux enfants sont issus de cette union, âgés de 5 et 10 ans au moment du procès en appel en 2008	Pension alimentaire	Appel d'un jugement du JAF (Post divorce)
J38	F	74	Infirmière à la retraite	Père : assureur Mère au foyer	75 ans	Cadre dirigeant dans une banque à la retraite	Mariés depuis 1967, trois filles sont issues de cette union (51, 44, et 42 ans)	Prononcé du divorce, pension alimentaire au titre du devoir de secours, prestation compensatoire, liquidation des biens et du patrimoine	Appel d'une ordonnance du juge de la mise en état, le divorce n'est toujours pas prononcé
J39	F	37	Cariste / BEPC	Père : ouvrier à la retraite Mère : employée de maison à la retraite	34	Chauffreur-livreur	Concubinage pendant 9 ans, un enfant est né de leur union (7 ans)	Résidence de l'enfant	Appel d'un jugement du JAF
J40	F	59	Employée dans le domaine socio-judiciaire	Père : marin Mère : au foyer	56	Chef d'entreprise (d'une SARL familiale avec ses fils)	Mariés pendant 20 ans, aucun enfant n'est issu de cette union, Madame a eu deux fils d'un premier mariage, Monsieur a eu trois enfants d'un premier mariage, les cinq enfants sont indépendants	Prononcé du divorce, prestation compensatoire	Appel du jugement de divorce
J41	F	38	Employée de bureau / Bac professionnel	Parents gérant d'une petite entreprise de maçonnerie	38	Ouvrier	En concubinage, deux enfants sont issus de cette union (11 et 14 ans)	Pension alimentaire, résidence des enfants.	Appel d'un jugement du JAF

Tableau C : Liste des conseils juridiques interviewés

N°	Sexe	Age	Statut professionnel	Origine sociale / Niveau d'étude	Etapes du parcours professionnel	Configuration du cabinet ou de l'étude
A1	F	41	Collaboratrice d'Avoué spécialiste des affaires familiales au sein de son étude	Père : Chauffeur routier Mère : femme de ménage	Secrétaire juridique (pendant 5 ans), puis collaboratrice d'avoué (pendant 15 ans)	Un avoué, trois collaboratrices, trois secrétaires
A2	F	50	Avouée à la Cour (spécialiste des affaires familiales)	Père : Magistrat Mère au foyer	Collaboratrice dans une étude d'avoué (pendant 6 ans), avoué depuis 19 ans	Deux avoués, deux secrétaires
A3	F	45	Avocate	Père : avocat Mère au foyer	Spécialiste des affaires familiales	Appartient à un des plus importants cabinets d'avocats de la ville où elle exerce
A4	F	42	Avocate	Père: médecin Mère: psychologue	Avocate généraliste	Appartient à un cabinet composé exclusivement de femmes (4)
A5	F	49	Avocate	Parents: Commerçants	Ancienne conseillère juridique, devenue avocate suite à la fusion des deux professions	Appartient à un cabinet composé exclusivement de femmes (4)
A6	F	35	Avocate	Père: Agent de maîtrise Mère: employée de bureau	Avocate spécialiste des affaires criminelles et des contentieux familiaux	Appartient à un cabinet composé exclusivement de femmes (4)
A7	F	38	Avocate	Père : Enseignant dans le secondaire Mère: institutrice	Avocate généraliste (affaires familiales, affaires pénales et contentieux liés aux droits des étrangers constituent la part importante de son activité)	Cabinet de deux avocates
A8	F	59	Avocate Ancienne bâtonnier	Parents : exploitants agricoles dans la Beauce	Avocate spécialiste du droit privé	Appartient à un des plus importants cabinets d'avocats de la ville où siège la Cour d'Appel

N°	Sexe	Age	Statut professionnel	Origine sociale / Niveau d'étude	Etapes du parcours professionnel	Configuration du cabinet ou de l'étude
A9	F	41	Avocate	Parents : instituteurs	Institutrice (pendant 3 ans), puis avocate spécialiste du droit privé	Seule à son compte, a travaillé auparavant, plusieurs années en collaboration avec trois autres avocats
A10	F	36	Collaboratrice d'Avoué spécialiste des affaires familiales au sein de son étude	Père: Educateur spécialisé	Avocate à Paris pendant 6 ans, puis retour vers son territoire natal, en tant que collaboratrice d'avoué	Appartient à la plus importante étude d'avoué (en effectifs) de la Cour d'Appel
A11	H	59	Avoué à la Cour	Père: Avocat Mère: secrétaire juridique	Collaborateur d'avoué pendant 3 ans puis avoué depuis 34 ans	Un avoué, trois collaboratrices, trois secrétaires
A12	F	58	Avocate	Père : dirigeant dans la grande distribution Mère au foyer	Avocate spécialiste de droit privé, membre du SAF, engagée auprès de mouvements féministes et syndicaux	Appartient à un cabinet de trois avocats dont elle est la créatrice
A13	F	53	Collaboratrice d'avoué	Père : Avoué (décédé) Mère : collaboratrice d'avoué à la retraite	Premier clerc d'avoué depuis son une trentaine d'années	Un avoué, trois collaboratrices, trois secrétaires

D : Liste des magistrats interviewés

N°	Sexe	Age	Type de Magistrat	Origine sociale	Étapes du parcours professionnel (Ancienneté dans les affaires familiales)
M1	H	58	Président de la Chambre Familiale d'une Cour d'Appel	Père : exploitant agricole Mère : au foyer	Préside la Chambre depuis 8 ans. Passé par Paris et différentes villes de l'Ouest, il a exercé des fonctions au Tribunal Correctionnel, en Cour d'assises, au Tribunal de Commerce et à la Chambre des mineurs
M2	H	55	Conseiller à la Chambre familiale de la Cour d'appel	Père : officier militaire Mère au foyer	Conseiller à la Cour depuis 12 ans (depuis 2 ans à la Chambre Familiale), il a exercé des fonctions en matière civile dans différentes villes de métropole et en territoire d'outre mer
M3	F	49	Conseillère à la Chambre familiale de la Cour d'appel	Père : Magistrat Mère : Infirmière	Conseillère à la Cour pendant 5 ans, vient de prendre la présidence d'une autre Chambre de la Cour. Elle a été présidente d'un TGI du Nord de la France avant de devenir conseillère.
M4	F	32	Juge aux Affaires Familiales d'une petite ville de l'Ouest de la France	Père : employé de France Télécom Mère : Employée de Bureau	Sciences-Po Rennes, puis ENM, a toujours été JAF depuis son intégration dans la magistrature il y a 4 ans
M5	F	36	Juge aux Affaires Familiales d'une ville moyenne de l'Ouest de la France	Parents : enseignants	Fac de droit, puis ENM, JAF depuis une dizaine d'années
M6	F	29	Juge aux Affaires Familiales d'une ville moyenne de l'Ouest de la France	Père : Greffier Mère : au foyer	Fac de lettres, puis ENM, JAF depuis deux ans
M7	H	39	Juge aux Affaires Familiales d'une petite ville de l'Ouest de la France	Père : haut fonctionnaire Mère au foyer	Sciences Po Paris, puis Fac de droit, puis ENM, JAF depuis 5 ans, Vice président du TGI dans lequel il exerce, a exercé la fonction conseiller en tant que spécialiste en matière d'affaires financières auprès de la Cour de Cassation

Tableau E : Liste des experts et autres professionnels judiciaires et extrajudiciaires interviewés

N°	Sexe	Age	Profession	Fonction judiciaire
E1	F	55	Psychologue clinicienne	Intervient en tant qu'experte psychologue près de la Cour d'Appel, en première instance et en appel
E2	H	52	Psychiatre	Intervient en tant qu'expert psychiatre près de la Cour d'Appel, en première instance et en appel
E3	F	42	Médiatrice Familiale (CAF)	Intervient en amont et au cours de la procédure judiciaire
E4	F	59	Enquêtrice Sociale	Intervient en première instance et en appel
E5	F	56	Enquêtrice Sociale et Assistante Sociale inter-entreprise	Intervient en première instance et en appel. Vient d'arrêter son activité d'enquêtrice suite à la réforme de l'encadrement financier des enquêtes sociales
E6	F	57	Greffière de la Chambre familiale de la Cour d'appel	Intervient tout au long de la procédure judiciaire et veille notamment à la « bonne mise en état » des affaires

Annexe 2: Bref historique des dispositifs juridiques fondamentaux en matière de désunion

1563	Le Concile de Trente introduit et confirme le mariage comme l'un des sept sacrements de la Loi de l'Évangile
Fin XVIe s.	Transfert de la gestion de la dimension contractuelle des affaires matrimoniales de l'Église à l'État
A partir du XVIIe s.	L'Église fait du libre consentement des époux le fondement légal du mariage
1792	La loi révolutionnaire du 20 Septembre 1792 instaure le divorce (divorce par consentement mutuel et divorce pour incompatibilité d'humeur et de caractère) et les Tribunaux de famille chargés de traiter les demandes en divorce.
1804	Le 21 Mars 1804, la loi sur le divorce du Code Civil se substitue à la loi révolutionnaire.
1816	Le 8 Mai 1816 : indissolubilité du mariage réinstaurée par la loi Bonald.
1884	La loi du 27 Juillet dite « Loi Naquet » rétablit le divorce. Le seul divorce pour faute est autorisé par cette législation.
1893	La loi des 6 et 8 février modifie l'article 311 du Code Civil qui permet dorénavant à la femme de recouvrer sa capacité civile avec le prononcé d'une séparation de corps
1904	La loi du 15 Décembre 1904 abroge l'article 298 du Code Civil levant ainsi l'interdiction de remariage du conjoint coupable d'adultère avec son (ou sa) « complice ».
1908	La loi du 6 juin 1908 facilite la conversion de séparation de corps en divorce.
1941	La loi du 2 avril 1941 instaure des dispositions juridiques limitant l'accès au divorce.
1975	La loi du 11 Juillet 1975 sur le divorce consacre trois nouvelles formes de divorce : le divorce sur requête conjointe, le divorce sur acceptation du principe de la rupture et le divorce pour altération définitive du lien conjugal.
1993	La loi du 8 janvier 1993 instaure la fonction de juges aux affaires familiales et aura dès lors pour fonction de régler notamment les situations des enfants dans le cadre de divorces ou de séparations d'unions libres.
1999	La loi du 15 novembre 1999 introduit le Pacte Civil de Solidarité (PACS). Elle prévoit les modalités de rupture de ce contrat civil.

<i>2002</i>	La loi du 4 Mars 2002 relative à l'autorité parentale introduit la coparentalité comme principe général.
<i>2004</i>	La loi du 26 Mars 2004 réforme la loi sur le divorce de 1975 en maintenant le principe d'un pluralisme juridique tout en facilitant les passerelles des procédures contentieuses vers les procédures gracieuses

Annexe 3. Le cadre juridique du divorce sous le Code Civil de 1804

Le Code Civil supprime le divorce pour incompatibilité d'humeur et celui par consentement mutuel, bien que maintenu, fait l'objet de conditions très restrictives. L'obtention du divorce par consentement mutuel doit répondre ainsi, par exemple, aux conditions imposées par les articles 277 et 278 du Code Civil : « *Il (le divorce par consentement mutuel) ne pourra plus l'être (admis) après vingt ans de mariage, ni lorsque la femme aura 45 ans* » ; « *Dans aucun cas, le consentement mutuel des époux ne suffira s'il n'est autorisé par leurs père et mères, ou par leurs autres ascendants vivants* ». On peut également ajouter, dans les conditions pour accéder aux divorces par consentement mutuel, celle ayant trait à la durée du mariage (plus de deux ans et moins de vingt ans). Le divorce par consentement mutuel se trouve être le modèle par excellence du divorce-sanction du fait, d'une part, du caractère infantilisant des conditions de son obtention et, d'autre part, des délais de remariage (trois ans⁶³¹ après le prononcé du divorce) nettement plus longs que ceux imposés pour les divorces pour cause déterminée (dix mois pour les femmes après le prononcé du divorce – cf. art. 296 du Code Civil).

Dans le cadre des divorces pour cause déterminée, l'époux demandeur doit remettre au Président du tribunal ou au juge servant de fonction les pièces permettant de détailler les faits à l'origine de la demande en divorce. Suite à la remise des pièces, le magistrat dresse un procès-verbal sous forme d'ordonnance qui fixe une date de comparution afin de tenter une conciliation et qui est adressée au membre du couple contre lequel le divorce est demandé. Durant l'audience qui se tient à huis clos, la partie demanderesse expose donc les motifs de sa demande en présentant les pièces à l'appui et en nommant les témoins qu'elle se propose de faire entendre (jusqu'à trois). Ensuite, la partie défenderesse procède de la même façon. A la fin de cette audience, soit le Président du Tribunal parvient à concilier les parties, soit il les renvoie à une audience publique devant le Tribunal. Les dépositions des témoins sont reçues au Tribunal à huis clos en présence du commissaire du Gouvernement, des parties et de leur conseil. Le jugement de divorce, s'il est admis, est prononcé publiquement. La décision ainsi prononcée peut faire l'objet d'une procédure d'appel à condition d'interjeter appel dans un délai de trois mois à compter de la décision rendue.

⁶³¹ L'article 297 du Code Civil de 1804 précise que « *dans le cas du divorce par consentement mutuel, aucun des deux époux ne pourra contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce* ».

Le Code Civil codifie également les conséquences du divorce en prévoyant les modalités de la reconfiguration familiale. Si les enfants sont le plus souvent confiés au parent ayant obtenu le divorce⁶³², il demeure que l'« administration provisoire » des enfants, au cours de la procédure, est donnée au mari qu'il soit demandeur ou défendeur dans la procédure de divorce (article 267 du Code Civil). Par ailleurs, si l'épouse peut quitter le domicile conjugal durant la procédure judiciaire et demander une pension alimentaire à son mari, l'institution judiciaire décide du lieu dans lequel l'épouse sera tenue de résider (article 268 du Code Civil). La procédure judiciaire instituée par le Code Civil de 1804 rétablit de nouvelles formes d'inégalités juridiques. Ainsi, l'article 269 du Code Civil stipule que « *la femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en sera requise : à défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire ...* ». Pour ce qui est du remariage suite à une procédure de divorce pour cause déterminée, seules les femmes sont soumises à un délai (de dix mois) pour contracter un nouveau mariage. On relève les mêmes dispositions pour la procédure de divorce par consentement mutuel. Dans la convention écrite présentée au Tribunal, le couple doit préciser auquel des parents les enfants seront confiés, le niveau de la pension alimentaire que le mari devra payer à l'épouse si ses revenus lui permettent, et le lieu où « *la femme devra se retirer et résider pendant le temps de la procédure* » (article 280 du Code Civil), cette contrainte juridique n'étant pas imposée au mari puisqu'il a systématiquement la jouissance du domicile conjugal.

On relève également que la procédure de divorce par consentement mutuel se différencie de la procédure de divorce pour cause déterminée en ce que l'audience devant le Président du Tribunal civil s'effectue en présence de deux notaires (représentant chaque partie) lesquels exposent la « déclaration de volonté » de leurs clients respectifs. Le juge, représentant de « la morale familiale », rappelle au couple tous les effets (du moins juridiques) du divorce et donc des conséquences de leur démarche. Ils déposent à l'audience, entre les mains des deux notaires qui dresseront un procès-verbal, les actes de leur naissance et celui de leur mariage, les actes de naissances (et de décès) de tous les enfants nés de leur union et surtout, les déclarations de leurs pères, mères et ascendants vivants les autorisant à demander le divorce. La procédure de divorce par consentement mutuel ne s'achève pas à cette audience devant le magistrat et les notaires. Les dispositions de l'article 286 du Code

⁶³² Il arrive néanmoins que le Tribunal tranche différemment suite à une demande de la famille – parents ou tout autre ascendant– ou à celle du commissaire du Gouvernement.

Civil venant clôturer la procédure, de par les contraintes sociales qu'elles imposent, permettent de comprendre en quoi le divorce par consentement mutuel est le fait principalement des catégories sociales les plus dotées en capital social. Il stipule ainsi que *« dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année, à compter de la première déclaration, les époux, assistés chacun de deux amis, personnes notables dans l'arrondissement, âgés de cinquante ans au moins, se présenteront ensemble et en personne devant le président du tribunal ou le juge qui en fera fonction ; (...) ils requerront du magistrat, chacun séparément, en présence néanmoins de l'un de l'autre et des quatre notables, l'admission du divorce »*. En cas de rejet de la demande en divorce du juge ou du commissaire du Gouvernement, les conditions pour former appel de cette décision sont particulièrement draconiennes. L'appel doit être formé dans les vingt jours de la date de jugement de première instance et par les deux conjoints simultanément mais par actes séparés, ce qui augmente le coût des frais de justice. Enfin, les actes d'appel doivent être signifiés tant à l'autre époux qu'au commissaire du Gouvernement attaché au Tribunal de première instance.

Annexe 4. La procédure de divorce issue de la loi du 27 Juillet 1884

La procédure de divorce de 1884, s'organise autour de grandes étapes : le dépôt d'une requête au Tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux ont élu domicile, une tentative de conciliation, la délivrance par le juge d'un permis de citer ouvrant la voie du jugement (sauf lorsqu'il rejette la requête initiale en divorce en ajournant sa décision ou surseoit à statuer) et enfin le prononcé du jugement. Si une poursuite est engagée devant le Tribunal Correctionnelle, notamment pour les faits d'adultère, l'action en divorce devant le Tribunal Civil est dès lors suspendue jusqu'à ce que la juridiction répressive rende sa décision. Etant donné qu'aucune alternative n'est proposée aux couples souhaitant divorcer autrement que par un divorce pour faute, les juges auront pour option de refuser le divorce ou de l'accorder, soit aux torts de l'un des époux, soit aux torts réciproques. Dans une perspective de divorce-sanction, les effets du divorce sont pensés par le législateur en faveur de l'époux au profit de qui le divorce a été prononcé et en termes de sanctions pour l'époux contre lequel le divorce a été prononcé⁶³³. Ainsi, l'article 298 du Code Civil stipule que « *dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice* » et reconduit une législation sanctionnant sévèrement l'adultère mais qui sera rapidement remise en cause dès la fin du XIXe siècle. Par ailleurs, l'époux considéré comme le fautif (ou la fautive) ne peut prétendre au versement d'une pension alimentaire au titre de ce que l'on pourrait appeler aujourd'hui le devoir de secours. Les enfants sont confiés au parent ayant obtenu le divorce à moins que le juge sur la demande de la famille, ou du ministère public et dans « le plus grand avantage des enfants », n'ordonne qu'ils soient confiés à l'autre parent (article 302 du Code Civil). Enfin, les juges ont la possibilité d'allouer des dommages et intérêts au conjoint ayant obtenu le divorce pour des préjudices d'ordre matériel ou moral causés par les conditions dans lesquelles s'est effectuée la séparation et par la dissolution en tant que telle du mariage.

⁶³³ Commaille Jacques, *op. cit.*, p.18

Annexe 5. Les différentes procédures de divorce entérinées par la Loi du 11 Juillet 1975

- La procédure de divorce sur demande (ou sur requête) conjointe : elle est différente des trois autres procédures. Les deux époux d'accord sur le principe du divorce et sur ses conséquences forment une requête (signée par les deux époux et le ou les avocats des deux époux puisque les deux époux peuvent être représentés par un même avocat) devant le Juge aux Affaires Matrimoniales. Seul l'avocat est autorisé à présenter la demande en divorce devant le juge. La requête délivrée au Juge aux Affaires Matrimoniales précise les identités, les noms, prénoms, dates et lieux de naissance des deux époux, mais également leur profession, leur lieu de résidence au moment du dépôt de la requête, et la date et le lieu du mariage. Lorsque le couple a des enfants, sont précisés les dates et lieux de naissance de ces derniers. Surtout, est jointe à la requête une convention temporaire ayant pour objectif d'organiser la séparation pendant le temps de la procédure à travers différentes mesures provisoires (garde des enfants, droit de visite et d'hébergement, montant des éventuelles pensions au titre du devoir des secours ou pour l'entretien des enfants). Enfin, le projet d'une convention définitive est également annexée à la requête et traite de l'ensemble du règlement des effets du divorce (sensiblement les mêmes que celles de la convention provisoire auxquelles s'y ajoutent une demande d'homologation d'une prestation compensatoire ou bien les éléments permettant la liquidation du régime matrimonial (ex : indication d'un Notaire)). La principale nouveauté apportée par cette procédure est de ne pas imposer aux époux de divulguer la ou les cause (s) de leur séparation. Sur le plan du rituel judiciaire, la procédure de divorce par requête conjointe introduite en 1975 prévoit deux comparutions devant le Juge aux Affaires Matrimoniales. Lors de la première audition, le juge examine la convention temporaire et le projet de convention définitive et homologue la convention temporaire s'il estime qu'elle est établie dans l'intérêt des enfants et si elle fait bien l'objet d'un consentement des deux conjoints. Pour vérifier le consentement des deux époux à divorcer, dans un premier temps, le juge entend séparément chacun des époux puis ensemble avec la présence du (ou) des avocat(s). La deuxième audition devant le juge se tient au minimum trois mois après la première comparution, délai de réflexion imposé par le législateur, et au maximum neuf mois après la première audience. Une requête réitérée est présentée au juge,

composée de deux documents écrits : un compte-rendu d'exécution de la convention temporaire visant à démontrer les capacités des époux à régler les conséquences du divorce et une convention définitive réglant définitivement l'ensemble des effets du divorce et constituant l'*accord* des époux à divorcer. Les modalités de l'intervention et les fonctions du juge en deuxième audience sont similaires : protéger les consentements et l'intérêt des enfants. L'homologation du juge de la convention définitive de divorce entérine la séparation par la production d'un jugement de divorce.

- *La procédure de divorce sur demande acceptée* : assimilée à un cas de divorce par consentement mutuel, elle est introduite par un seul des époux que l'autre accepte ou non. Si l'accord des deux époux sur le principe du divorce est nécessaire pour lancer cette procédure, par contre, subsiste un contentieux sur les effets de la séparation. Ainsi, au sein de cette procédure, coexistent une phase gracieuse et une phase contentieuse. L'accord des époux sur le principe du divorce est entériné après le dépôt d'une requête initiale en divorce déposée par l'époux demandeur, communiquée ensuite à l'autre conjoint qui donne son accord sur le principe de la rupture. Cette première phase de la procédure se déroule devant le Juge aux Affaires Matrimoniales. L'époux demandeur doit joindre à la requête initiale un mémoire au sein duquel il « fait état d'un ensemble de faits procédant de l'un et de l'autre conjoint rendant intolérable le maintien de la vie commune ». L'objectif du mémoire n'est pas de qualifier des faits (notamment en terme de fautes) auquel cas le juge peut rejeter la demande en divorce au titre de cette procédure et rediriger l'époux demandeur vers une procédure de divorce pour faute. Le contenu des mémoires fait le plus souvent état d'une « incompatibilité de caractère », de « tempérament opposé », d'une « conception divergente de la vie en commun ». Ensuite, dans les quinze jours du dépôt de la requête et du mémoire, le greffier du tribunal les communique à l'autre époux, lequel peut soit refuser de donner son accord et la procédure s'achève à cet instant, soit accepte le principe de la séparation (en produisant une déclaration d'acceptation auprès du greffe) et peut éventuellement joindre son propre mémoire traduisant sa version personnelle des motifs de la rupture conjugale. Dans ce cas, le juge aux affaires matrimoniales va convoquer les deux époux pour une tentative de conciliation. Les textes précisent que s'il s'aperçoit au regard des mémoires déposés que persiste

« une communauté de sentiment », il revient au juge de faire comprendre aux époux qu'ils peuvent toujours renoncer au divorce. En cas d'absence de conciliation, le juge rend une *ordonnance de non conciliation* faisant mention « *du double aveu des faits qui rendent intolérable le maintien de la vie commune* » et tranchant les mesures provisoires. La mission du juge aux affaires matrimoniales s'achève, et la phase contentieuse, dès lors, est prise en charge par le tribunal de grande instance dans sa forme collégiale. La procédure qui s'engage à partir de cet instant est sensiblement la même que celle des deux autres procédures contentieuses. Le demandeur en divorce dispose de trois mois pour lancer l'assignation en divorce devant le tribunal par le ministère d'un huissier de justice. Lors de l'audience devant le tribunal, à la différence des deux procédures suivantes, les débats ne portent que sur les conséquences du divorce et le divorce est automatiquement prononcé aux torts partagés. Le tribunal exerce par contre sa liberté d'appréciation sur les effets du divorce en statuant aussi bien sur les conditions matérielles de la séparation (montant des pensions alimentaires ou d'une éventuelle prestation compensatoire, etc.) que sur les modalités de reconfiguration familiale (modalité de la garde, attribution de la garde et des droits de visite et d'hébergement, etc.).

- *La procédure de divorce pour rupture de la vie commune* : elle peut être utilisée dans deux principaux cas de figure soit lorsque les deux conjoints vivent séparément depuis six ans minimum, soit lorsque les facultés mentales d'un conjoint sont altérées depuis six années de sorte qu'aucune communauté de vie ne subsiste plus. L'époux demandeur en divorce dépose une requête initiale précisant donc la forme de procédure sollicitée et exposant les « moyens par lesquels l'époux qui la présente, assurera, tant durant la procédure qu'après la dissolution du mariage, son devoir de secours ainsi que ses obligations à l'égard des enfants ». Cette procédure est pénalisante d'un point de vue économique pour le demandeur en divorce, lequel doit supporter toutes les charges liées à la séparation, notamment par le versement d'une pension alimentaire au titre du devoir de secours au conjoint défendeur. Aussi, lorsque le divorce est demandé pour maladie mentale du conjoint, la requête doit être accompagnée d'un document établissant la réalité de la situation. Le divorce ne pourra être prononcé « qu'au vu d'un rapport médical établi par trois médecins experts ». Il est important de signaler que pour un divorce demandé pour maladie mentale, même si

les conditions du divorce sont remplies, le juge peut refuser de prononcer le divorce s'il estime que la séparation aurait des conséquences matérielles et morales d'une « exceptionnelle dureté » soit pour l'autre conjoint, soit pour les enfants (en droit : *la clause d'exceptionnelle dureté*). La procédure de divorce pour rupture de la vie commune comme celle du divorce pour faute se décompose en deux audiences : l'audience de conciliation devant le juge aux affaires matrimoniales et l'audience en jugement de divorce devant le tribunal de grande instance. Lors de la tentative de conciliation, si le juge doit s'efforcer de rechercher un accord des époux que ce soit sur le principe même de la séparation ou bien sur les conséquences du divorce, son rôle principal à ce stade de la procédure est de statuer sur les mesures provisoires. Enfin, à l'audience visant au prononcé du divorce devant le tribunal de grande instance, le tribunal prononce le divorce aux torts de l'époux qui en est à l'initiative. Il est intéressant de remarquer sur le plan de la procédure écrite, que si le jugement mentionne le prononcé du divorce aux torts de l'époux demandeur, il ne doit faire aucune référence à la cause du divorce. A la suite du jugement, le versement d'une pension au titre du devoir de secours par l'époux demandeur subsiste sous forme de rente ou de capital (révisable en cas de changement des ressources de l'un ou de l'autre conjoint).

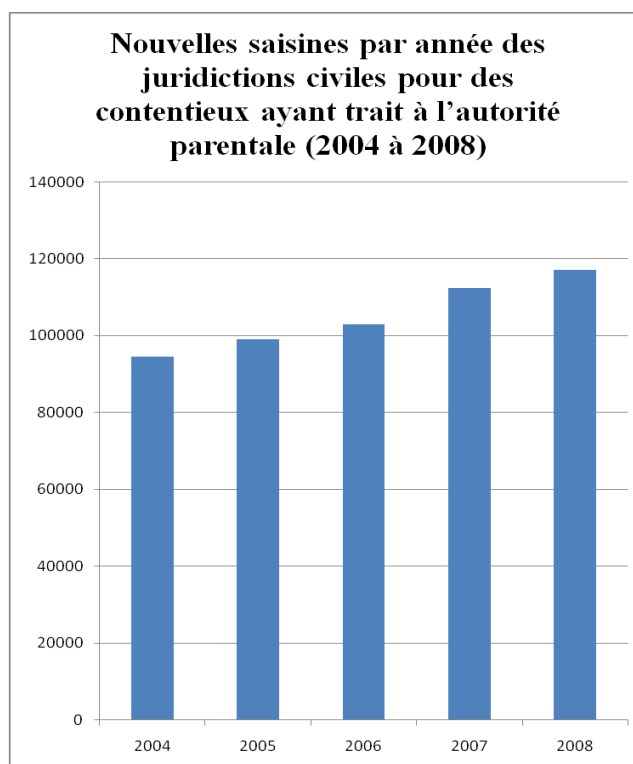
- *La procédure de divorce pour faute* : issue de la loi Naquet, est maintenue dans la loi de 1975. Le déroulement de la procédure est similaire sur de très nombreux points à celle du divorce pour rupture de la vie commune : dépôt d'une requête initiale, audience de tentative de conciliation devant le juge aux affaires matrimoniales et audience devant le tribunal de grande instance visant au prononcé du divorce. La requête initiale déposée par l'époux demandeur présente « les faits qui constituent une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune ». Si le juge admet la requête, il fixe alors une audience de tentative de conciliation. La tentative de conciliation ayant très peu de chance d'aboutir à une réconciliation du couple, le juge aux affaires matrimoniales rend le plus souvent une ordonnance de conciliation qui ne tranche pas les causes du divorce, mais fixe seulement les mesures provisoires dans l'attente du jugement de divorce. Lors de la phase du prononcé du divorce, le jugement est prononcé, soit aux torts exclusifs de l'un des époux, soit aux torts partagés. La loi de 1975 met un terme à

l'intervention de tiers à la procédure tels que par exemple les beaux-parents, les enfants majeurs. Par contre, des attestations écrites de proches (amis, voisins, nourrices, enseignants des enfants, collègues de travail, etc.) peuvent toujours être versées aux débats judiciaires mais sont soumis à une stricte appréciation du magistrat quant à leur portée pour éclairer les causes de la séparation et les torts de chacun des époux. Enfin, à la demande des deux époux, le juge peut s'abstenir d'énoncer les torts et griefs retenus, seul le dispositif (l'énoncé des décisions prises par le magistrat) étant rendu public notamment pour éviter que le jugement intégral tombe entre les mains des enfants.

Annexe 6. Nouvelles saisines par année des juridictions civiles pour des contentieux ayant trait à l'autorité parentale (2004 à 2008)

Année	2004	2005	2006	2007	2008
Type de contentieux					
Demande de modification de l'exercice de l'autorité parentale ou de la résidence habituelle des enfants mineurs	18323	18804	19648	19837	20617
Demande tendant à faire trancher un conflit relatif à l'exercice de l'autorité parentale	675	770	758	881	1060
Demande de délégation, de restitution de l'autorité parentale	3495	3668	3530	3518	3597
Demande relative à l'exercice de l'autorité parentale, à la fixation de la résidence habituelle des enfants mineurs ou aux droits de visite quant aux enfants naturels	71896	75745	78986	87981	91649
TOTAL NOUVELLES SAISINES	94389	98987	102922	112217	116923

Sources : Annuaire statistique de la justice – Edition 2009-2010⁶³⁴



Sources : Annuaire statistique de la justice – Edition 2009-2010

⁶³⁴ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_anur09_10_20101122.pdf

Annexe 7. Exemples de décisions judiciaires ayant fait l'objet d'une procédure d'appel selon le statut du couple (mariés, concubins, divorcés ou séparés)

**Figure A : Jugement de divorce
(Affaire entre époux)**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS
Le Tribunal de Grande Instance

a rendu le jugement suivant :

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE

CHAMBRE DES AFFAIRES FAMILIALES

JUGEMENT DE DIVORCE

CABINET D
01/03/2007

DU PREMIER MARS DEUX MIL SEPT, contradictoire,
prononcé publiquement, signé par le Président et le Greffier,

AFFAIRE : N° 05/02921

DEMANDEUR :
Madame [redacted] épouse [redacted]

époux [redacted]

C/ [redacted]

représentée par Me [redacted], avocat au barreau
(bénéficie d'une aide juridictionnelle Totale numéro 2005/5578 du
06/10/2005 accordée par le bureau d'aide juridictionnelle [redacted])

ET

BPA

DEFENDEUR :
Monsieur [redacted]

Assignation du : 27/04/2006

représenté par Me [redacted], avocat au barreau [redacted]

Ordonnance de clôture
du : 21/12/2006

Code 20J
Demande en divorce
autre que par
consentement mutuel

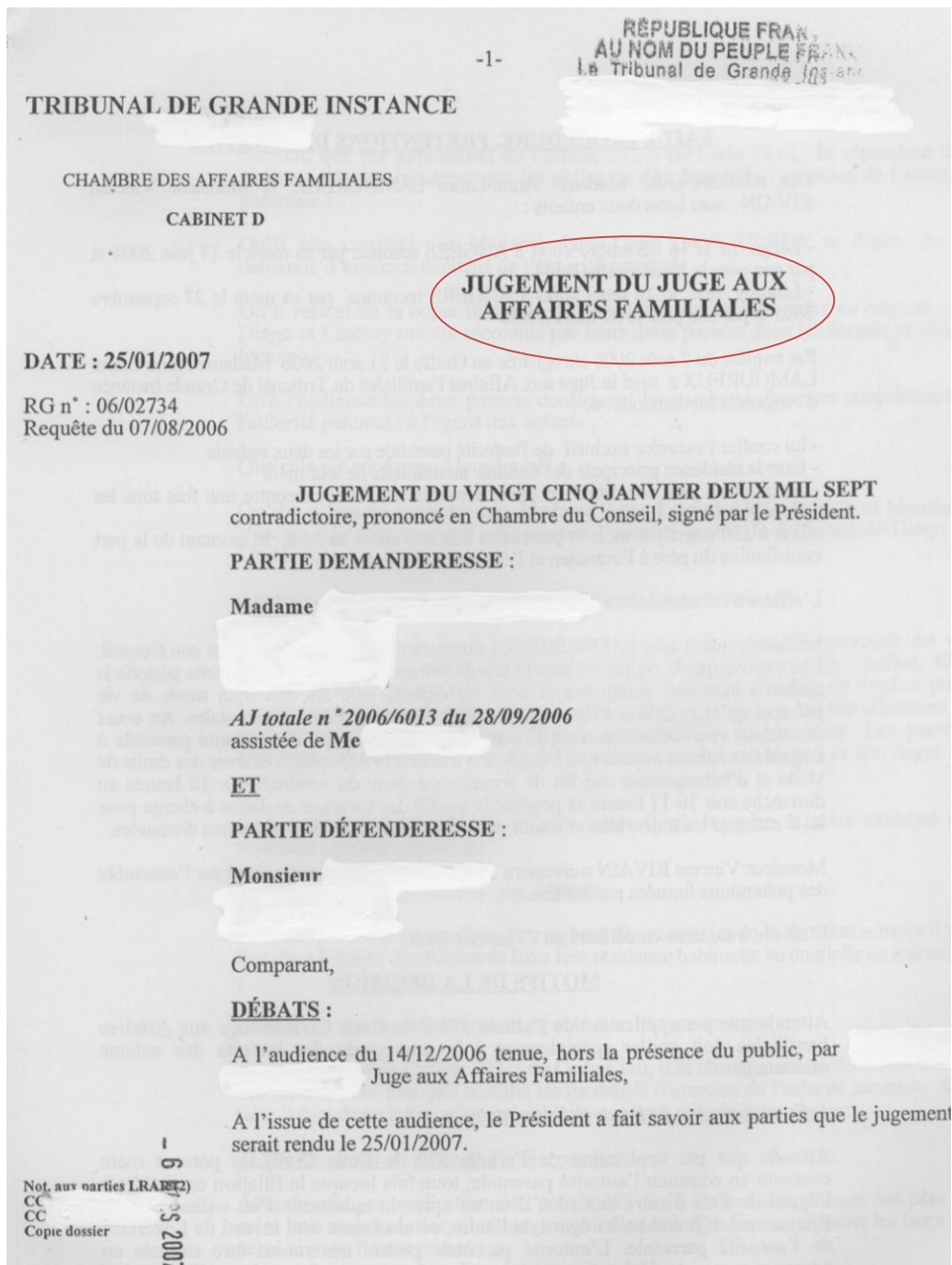
DÉBATS

A l'audience hors la présence du public du 11 Janvier 2007 tenue par [redacted], Juge aux affaires familiales,

A l'issue de cette audience, le Président a fait savoir aux parties que le jugement serait rendu le 01 Mars 2007, conformément à l'article 450 alinéa 2 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

Première page d'une décision d'un Juge aux affaires familiales ayant pour objet la séparation d'un couple marié.

**Figure B : Jugement du Juge aux Affaires Familiales
(Affaire entre concubins)**



Première page d'une décision d'un Juge aux affaires familiales ayant pour objet la séparation d'un couple de concubins.

**Figure C : Jugement du Juge aux Affaires Familiales
(Affaire entre ex-époux)**

TRIBUNAL DE GRANDE
INSTANCE

**JUGEMENT DU JUGE AUX AFFAIRES
FAMILIALES**

N° R.G. : 05/01978
Affaire :

JUGEMENT DU 19 DECEMBRE 2006 :

Prononcé par Madame , Juge aux Affaires Familiales.

DEMANDEUR :

Monsieur
né le à
représenté par Me avocat au barreau

CHAMBRE 4 CABINET 1
Code : 22 A

DÉFENDERESSE :

Madame divorcée
née le à

Assistée par avocat substituant Me avocat au barreau
(bénéficie d'une aide juridictionnelle Totale numéro 2006/000594 du 02/02/2006
accordée par le bureau d'aide juridictionnelle)

DÉBATS

En Chambre du Conseil du : 28 Novembre 2006 :

A l'issue de ceux-ci, le Juge aux Affaires Familiales a fait savoir aux parties que le
jugement serait rendu à l'audience du 19 Décembre 2006.

AFM N° : 929

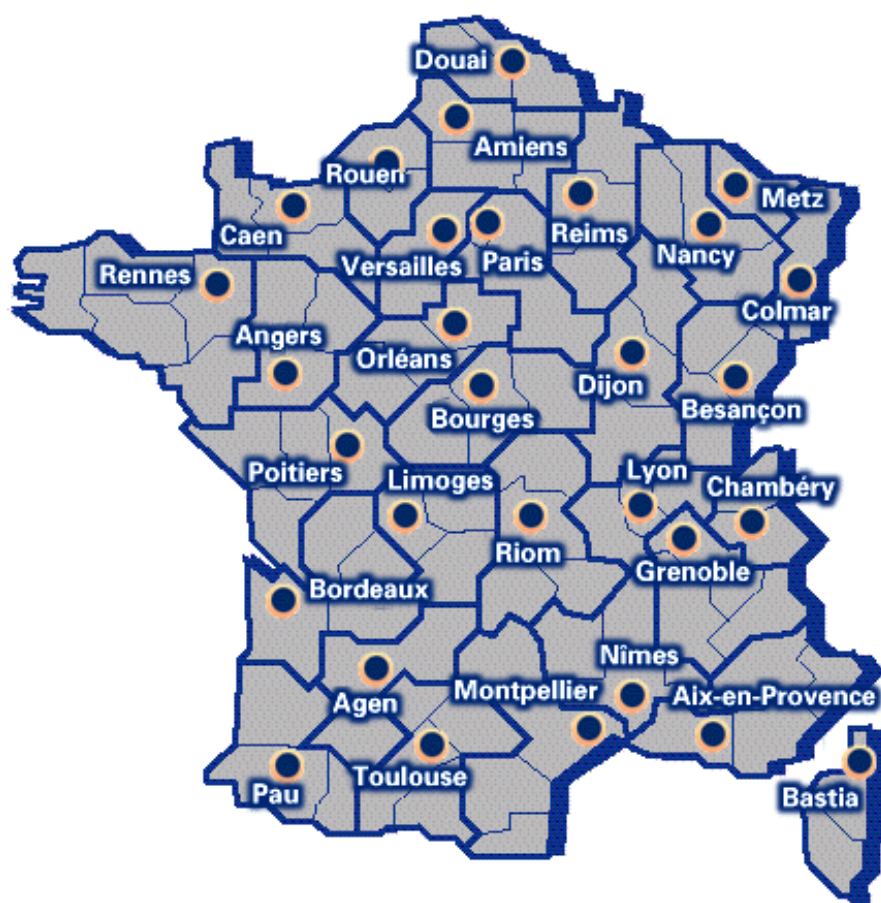
JUGEMENT :

Contradictoire,
premier ressort.

Copie exécutoire aux avocats
+ copies délivrées le : 19 DEC. 2006

Première page d'une décision d'un Juge aux affaires familiales ayant pour objet le règlement des conséquences de la séparation d'un couple suite au prononcé de leur divorce.

Annexe 8. Carte judiciaire des Cours d'Appel en France métropolitaine



Source: Ministère de la Justice⁶³⁵, 2011.

⁶³⁵ <http://www.justice.gouv.fr/recherche-juridictions/mapjurid.php>

Annexe 9. Tableau synoptique des Etudes d'avoué affiliées à la Compagnie de la Cour d'appel

Nom de l'Etude	Origine sociale des avoués	Modalité d'exercice	Composition salariale de l'Etude	Nombre moyen d'affaires traitées par an (toutes chambres de la Cour d'appel confondues)
Etude de Me CHENE et Me MENARD	Me CHENE : fils et petit fils d'avoué Me MENARD : fils et petit fils d'avoué	En Société Civile Professionnelle	4 collaboratrices, 8 secrétaires juridiques et 1 standardiste	Plus de 1000
Etude de Me BARROT et Me CHAUVIERE	Me BARROT : fils d'avoué, petit fils d'avocat Me CHAUVIERE : fils de 1 ^{er} clerc de notaire	En Société Civile Professionnelle	4 collaborateurs, 9 secrétaires juridiques et 1 secrétaire comptable	Plus de 1000
Etude de Me DURAND	Me DURAND : fils d'avocat	A titre individuel	3 collaboratrices et 3 secrétaires juridiques	Environ 500
Etude de Me LE DAUPHIN et Me DUBOIS	Me LE DAUPHIN : fille d'officier militaire Me DUBOIS : fille de magistrat	En Société Civile Professionnelle	2 secrétaires juridiques	Environ 300
Etude de Me MARTIN et Me DUPONT	Me MARTIN : fils d'un gros commerçant Me DUPONT : fils de conseiller juridique	En Société Civile Professionnelle	2 secrétaires juridiques	Environ 300

Annexe 10. Exemples de traitement judiciaire d'affaires ayant pour objet la fixation d'une contribution alimentaire pour l'entretien et l'éducation des enfants

Exemple d'affrontement judiciaire en milieu favorisé opposant le couple PLESSIS divorcé depuis 2005.

Madame BOBET divorcée PLESSIS, 46 ans, institutrice et Monsieur PLESSIS, 51 ans, pharmacien, propriétaire de son officine, ont eu trois filles de leur mariage (Mélanie, Amandine, Maryline), âgées respectivement de 20, 17 et 13 au moment du procès d'appel.

Monsieur PLESSIS est appelant d'un jugement du juge aux affaires familiales intervenant trois ans après le jugement prononçant le divorce d'avec Madame PLESSIS. Ce jugement de 2008 l'a condamné à payer une pension alimentaire de 450 euros pour chacun de ses deux enfants mineurs, Amandine et Maryline, et de 730 euros pour Mélanie, dès lors, majeur, et engagée dans des études supérieures.

Conclusions d'appel du parent gardien, Madame BOBET divorcée PLESSIS (extraits)

« [...] Que la concluante, qui justifie, pleinement de sa propre situation financière et du détail des besoins de ses filles, sollicite la condamnation de Monsieur PLESSIS au paiement d'une pension de 750 euros par mois pour l'entretien de l'enfant Mélanie et de 500 euros par mois pour chacune des deux autres filles mineures, mais néanmoins adolescentes, dont les besoins n'ont cessé de croître ;

Et que le jugement entrepris sera infirmé en ce sens ;

Attendu que, n'en déplaise, à Monsieur PLESSIS, la situation de la concluante ne s'est pas sensiblement modifiée et reste assez semblable à celle qui était sienne lors du prononcé du divorce ;

Que son salaire se chiffre à 1700 euros par mois, en moyenne, sur l'année 2007 ;

Et que s'y ajoutent les prestations familiales d'un montant de 550 euros par mois outre une indemnité de logement d'un montant de 222 euros par mois puisqu'elle ne bénéficie pas d'un logement de fonction en tant qu'institutrice ;

Attendu que la concluante n'ouvre pas droit à l'APL ;

Attendu que la concluante vit seule avec les trois enfants communs à charge ;

Qu'elle justifie de ses charges incompressibles au travers du tableau qu'elle a dressé et des justificatifs joints constitués d'un loyer plus charges d'un montant de 475 euros par mois, de l'EDF d'un montant de 152 euros par mois, du gaz s'élevant à 45 euros par mois, de l'eau à hauteur de 28 euros par mois, de l'impôt sur le revenu d'un montant de 53, 25 euros par mois, des assurances MAIF d'un montant de 159 euros par mois, des ordures ménagères d'un montant de 20 euros par mois, de la redevance télévisuelle de 25 euros par mois, des frais de téléphone (portable + télécom) d'un montant de 76 euros par mois, des frais d'internet d'un montant de 30 euros par mois ;

Que s'y ajoutent les frais de mutuelle pour elle-même et les deux enfants mineurs prélevés sur son salaire à hauteur de 67 euros par mois, les frais de nourriture, de vestiaire, les frais d'entretien de son véhicule, de carburant, ...

Et qu'il sera constaté que la concluante n'a pas un train de vie démesuré et mesure ses dépenses ;

Attendu qu'elle justifie de la situation de chacune de ses filles ;

Que Mélanie a dû prendre un logement pour la poursuite de ses études, ce qui n'était pas le cas lors du prononcé du divorce, et qui coûte à la concluante 346 euros de loyer mensuel ;

Qu'il sera précisé que, dans la mesure où l'enfant Mélanie est toujours fiscalement à la charge de la concluante, elle n'ouvre pas droit à l'APL pour son logement ;

Et que la concluante a dû lui prendre une mutuelle supplémentaire, d'un montant de 25 euros par mois compte tenu de ce que Mélanie a plus de 18 ans, montant prélevé sur son compte bancaire et non sur son bulletin de salaire comme l'autre mutuelle ;

Attendu que s'y ajoutent l'inscription à la Faculté d'un montant de 30,71 euros par mois, les frais de trajets en train s'élevant à 66 euros par mois, les frais de bus d'un montant de 21 euros par mois, d'assurances d'un montant de 16 euros par mois ;

Que les dépenses de fournitures (achat de manuels, de fournitures diverses, de photocopie, ...) peuvent être évalués à 60 euros par mois ;

Et que doivent encore s'ajouter ses frais de restauration scolaire ;

Attendu qu'il ne faut pas oublier que la prise d'un logement pour Mélanie a occasionné des frais de 787 euros pour garnir le logement du minimum ainsi que la concluante le détaille précisément ;

Que les frais de son permis de conduire se sont élevés à 1800 euros !

Et que la jeune fille aurait besoin d'acquérir un ordinateur pour faciliter ses études et envisage l'achat d'une voiture et d'un téléviseur ;

Attendu qu'il s'agit, certes, de dépenses ponctuelles mais indispensables au quotidien de la jeune fille afin qu'elle puisse mener correctement ses études ;

Qu'il est indécent de lire qu'elle aurait dû recourir à l'emprunt alors même que la situation très satisfaisante de son père, pharmacien, ne justifiait aucunement recours à ce choix extrême ;

Que Monsieur PLESSIS ne peut continuer à affirmer qu'il se préoccuperait de ses filles et les inciter à emprunter pour acquérir leurs premiers biens d'équipement !

Attendu que l'on est loin de frais pour les enfants qui ne dépasseraient pas 100 euros par mois pour chacune d'elles, comme croit devoir l'écrire Monsieur PLESSIS qui n'a, semble-t-il, aucunement conscience du coût de l'entretien que représentent trois enfants âgés de 19, 16 et 12 ans ;

Attendu que, concernant Amandine, qui est lycéenne, la concluante expose bien évidemment des frais de scolarité, de fournitures scolaires, de restauration scolaire, mais aussi des frais de lunettes et de lentilles à hauteur de 14 euros par mois, de coiffeur (comme pour ses deux autres sœurs d'ailleurs) et d'entretien ;

Que la jeune fille prend des cours de Maths qui coûtent à la concluante 68 euros par mois ;

Et que c'est sans compter les sorties scolaires et extrascolaires (cinéma, théâtre, musée) qui viennent se surajouter, les frais de transport, etc.

Attendu que Maryline, quant à elle, en sus de sa scolarité et toutes les dépenses s'y rapportant, pratique la GRS, le piano et le solfège ;

Que ces activités se chiffrent à la somme totale de 72 euros par mois, non compris les dépenses en découlant comme l'accord du piano d'un montant de 7 euros par mois, l'achat des partitions, les tenues de danse, les frais liés à des compétitions, au transport sur place, etc.

Et que la concluante expose en sus, dans l'intérêt de sa fille, des frais d'orthodontie d'un montant de 20 euros par mois ;

Attendu que preuve est démontrée de ce que l'entretien de chacun des trois enfants communs excède très largement la somme de 100 euros par mois ;

Qu'il sera ajouté que Monsieur PLESSIS exerce très irrégulièrement son droit de visite et d'hébergement sur ses filles, de sorte que ces dernières restent à la charge de leur mère la quasi-totalité de l'année ;

Que c'est la concluante qui finance leurs stages, leurs séjours durant les vacances ;

Attendu qu'il n'est pas sans savoir que ses filles sont en droit de profiter, au moins pour partie, du train de vie de leur père ;

Que, dans ce contexte, il est parfaitement normal qu'elles disposent d'un minimum d'argent de poche, s'autorisent des activités de loisirs à leur convenance ;

Et que Monsieur PLESSIS ne saurait tout critiquer comme il le fait et comprendrait, s'il s'investissait plus dans le quotidien de ses enfants, ce que recouvre réellement leur entretien ;

Attendu que, dans ce contexte, au regard de la situation respective des parties et des besoins croissants des enfants communs, la pension alimentaire de Monsieur PLESSIS à l'entretien de ses filles ne sera ni supprimée, ni diminuée, mais sera fixée à la somme de 750 euros par mois pour Mélanie et à la somme de 500 euros par mois et par enfant pour Amandine et Maryline [...] »

Conclusions du parent non gardien, Monsieur PLESSIS (extraits)

« [...] Attendu que le premier juge a retenu, au titre des revenus du concluant, en 2005, un bénéfice mensuel de 6.350 euros nets.

Or attendu que si le concluant a fait l'acquisition d'une officine de pharmacie située à Toulouse, il n'en a pas exploité le fonds dans l'immédiat, après la vente de son propre fonds.

Attendu que le concluant justifie de ce qu'il a été employé dans cette officine, ponctuellement, en octobre, novembre 2007 et janvier 2008, pour un salaire moyen de 800 euros par mois ;

Qu'il y travaille, à temps plein, depuis le 1^{er} janvier 2008 et ce jusqu'au 30 septembre 2008 ;

Attendu que le concluant n'a pu encore verser de bulletin de paie, mais qu'il produit une grille de salaires justifiant de ce que le salaire d'un pharmacien correspondant à un coefficient 550 se chiffre à 2510 euros par mois.

Attendu que le concluant justifie de ce que son salaire pour le mois de Juin 2008 s'est élevé à la somme de 2520 euros, ce qui correspond à ce que le concluant affirmait ;

Attendu que c'est cette situation qui n'a pas été appréciée dans sa réalité qui doit être prise en compte dans cette procédure d'appel.

Que d'autre part, et contrairement à ce que prétend Madame BOBET, le concluant n'avait pas le choix d'un travail à temps plein dans une officine, sachant que les officines de pharmacie subissent une crise et limitent leur personnel plutôt que d'en rechercher ;

Attendu que ce qu'affirme le concluant est une réalité.

Que ce fait de la crise que subissent les officines est confirmé par la Société d'Expertise Comptable « X ».

Attendu que pour continuer à exercer son activité de pharmacien, qu'il a dû interrompre en vendant, à la suite du divorce, sa propre officine, le concluant est dans la nécessité d'investir, à nouveau, dans l'acquisition d'une nouvelle officine.

Attendu, en outre, que les charges du concluant se sont accrues d'une nouvelle charge de loyer ;

Attendu que le concluant justifie de ce qu'il a pris en location un appartement à Toulouse à compter du 1^{er} Juin 2008, et dont le loyer s'élève, charges comprises, à 900 euros par mois ;

Attendu qu'il en résulte que la situation du concluant est entièrement différente de celle qui était la sienne durant le mariage ;

Attendu, quant à ses revenus, il apparaît de l'examen de la situation du concluant par la société d'expertise comptable « X » qu'en fonction du remboursement de l'emprunt pour financer le

rachat de l'officine, et en fonction de l'évolution de l'activité pharmaceutique, sa rémunération ne saurait excéder 2.500 euros par mois. [...]

Attendu par ailleurs que Madame BOBET ne justifie pas de ce que l'entretien et l'éducation des deux enfants mineurs requièrent une contribution de 450 euros, pour chacune d'elles ;

Attendu, en ce qui concerne les frais de scolarités d'Amandine, élève en classe de seconde, ils s'élèvent, en demi-pension, à 174,43 euros pour le premier trimestre, et à 152,33 euros, pour le second trimestre, soit une moyenne sur neuf mois de 54,46 euros, par mois.

Que les frais de scolarité pour Maryline, élève en cinquième, s'élèvent à la même somme, soit, en période scolaire, 198,92 euros, par mois, en tant que demi-pensionnaire ;

Attendu en réalité, que les frais de demi-pension pour Mathilde s'avèrent moindres puisque, pour les trois trimestres, ils s'élèvent, pour celle-ci à 452 euros pour l'année, soit 37,67 euros par mois ;

Attendu que les autres frais dont Madame BOBET justifie concernent les loisirs, Ecole de Musique d'un montant de 31,78 euros, par mois, danse 40 euros.

Attendu qu'il apparaît que ces frais ne dépassent pas, pour chacune, une somme de 100 euros, pour ces frais fixes.

Attendu que Madame BOBET devra justifier des prestations familiales qu'elle perçoit et qui sont destinées à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Qu'il apparaît que la somme de 450 euros, par enfant, fixée, alors que le concluant avait des revenus de 6400 euros par mois, est incompatible avec les revenus actuels du concluant, mais encore ne correspond pas à des frais réels justifiés pour ces deux adolescentes, et a fortiori, la somme de 500 euros, par enfant, requise par Madame BOBET.

Qu'il convient d'évaluer, à leur juste valeur, et en fonction des possibilités contributives du parent débiteur d'une pension alimentaire des dépenses obligatoirement justifiées et qui correspondent à de véritables besoins ;

Attendu, concernant Mélanie, étudiante à la faculté de droit, que c'est une méconnaissance des ressources du concluant, et, en méconnaissance de la demande de Madame BOBET, que la contribution du concluant, en ce qui concerne Mélanie, a été fixée à une somme de 730 euros ;

Attendu que cette contribution se trouve être, en fonction des charges justifiées, non fondée dans son quantum.

Attendu que la principale charge consiste en le loyer de la Résidence Etudiante d'un montant de 346 euros par mois.

Attendu qu'entre autres charges fixes qu'elles exposent autres qu'il s'agit de l'inscription à l'Université pour une somme de 150 euros, pour l'année, des frais de transport carte TER de 15 euros, par an, et d'abonnement aux transports urbains pour 21 euros par mois ;

Attendu que la situation actuelle du concluant, telle qu'elle est justifiée, ne lui permet plus de faire face au montant des pensions mises à sa charge, et encore moins aux demandes excessives de Madame BOBET ;

Attendu, en tout état de cause, qu'ayant rapporté la preuve de sa situation nouvelle, en ce que ses revenus qui s'élevaient à 6400 euros par mois, lors de la fixation de la contribution initiale, sont réduits à 2140 euros par mois, le concluant se trouve recevable et fondé en sa demande de suppression de pension alimentaire [...] »

Exemple s'affrontement judiciaire en milieu populaire opposant Madame MAINE et Monsieur DELOFEU. Ces concubins ont eu ensemble quatre filles (Alexandra, Béatrice, Cécilia et Dorothee) âgées respectivement de 18, 13 et 11 ans lors du procès d'appel.

Mr DELOFEU, âgé de 38 ans, est maçon, salarié au sein d'une petite entreprise en bâtiment. Il est issu d'une famille de petits agriculteurs, tout comme son ex-compagne, Mme MAINE, laquelle est âgée de 41 ans et travaille comme employée de maison à temps partiel. Madame MAINE est appelante du jugement du juge aux affaires familiales qui a fixé la résidence des quatre filles à son domicile et mis à la charge de Monsieur DELOFEU une pension alimentaire de 90 euros par mois et par enfant, soit 360 euros mensuel au total. Elle demande le versement d'une pension alimentaire de 155 euros par mois et par enfant, soit 620 euros mensuel au total. Monsieur DELOFEU, de son côté, a formé un appel incident pour demander la fixation de la résidence des quatre enfants à son domicile et conséquemment solliciter la suppression de la contribution alimentaire qu'il verse pour l'entretien des quatre enfants.

Conclusions d'appel du parent gardien, Madame MAINE (extraits)

« [...] Attendu que depuis la séparation et jusqu'à la décision entreprise, Monsieur DELOFEU n'a versé à la concluante, comme contribution à l'entretien de ses quatre enfants, que 400 euros ;

Que la concluante se trouve dans une situation de grande difficulté puisqu'elle ne perçoit qu'un salaire, comme employée de maison, de 115,00 euros par mois, somme à laquelle s'ajoutent les prestations sociales pour un montant de 980,52 euros ;

Qu'il y a lieu de préciser que ces prestations incluent l'allocation de parent isolé qui se substitue à la pension alimentaire que doit verser Monsieur DELOFEU, et ce, pour une somme de 379,78 euros, par mois ;

Attendu que les ressources de la concluante sont très limitées et ne lui permettent pas de faire face aux charges d'une famille de cinq personnes ;

Attendu que la situation de la concluante, en ce qui concerne ses charges fixes est la suivante :

- Loyer : 426,12 €
- Assurance habitation : 10,33 €
- EDF : 49,00€
- Assurance MAAF : 60, 00 €
- Mutuelle : 74,24 €
- Carte PASS : 76,72 €
- Taxe d'habitation : 6,00 €
- Scolarité Alexandra demi pension : 27,00 €

Soit pour ces seules charges, une somme mensuelle de 729,41 € ;

Qu'à ces charges s'ajoutent toutes les charges d'entretien de la vie courante pour les 4 enfants, dont deux adolescentes, et deux enfants de 10 ans, frais de nourriture, d'habillement, frais scolaires, de transports, charges auxquelles la concluante ne peut faire face avec un disponible de 240 euros par mois ;

Attendu que Monsieur DELOFEU procède par allégation en prétendant que la concluante ferait des heures supplémentaires de ménage ;

Attendu que c'est trop facile d'alléguer ce genre de propos, en toute gratuité ;

Que la contribution de 90 euros par mois, mise à la charge de Monsieur DELOFEU, et qui se substitue à l'allocation de parent isolé est une somme dérisoire en fonction de la situation de la concluante et des besoins des enfants ;

Que c'est en fonction de ces besoins que la concluante a sollicité une contribution qui ne peut être inférieure à 155 euros par mois et par enfant ;

Attendu que, en outre, la situation de Monsieur DELOFEU lui permet de verser une contribution de ce montant ;

Attendu que le premier juge a retenu, concernant le salaire de celui-ci une somme de 1525 euros, par mois ;

Or, attendu que le chiffre résulte de la déclaration de revenus de Monsieur DELOFEU pour l'année 2002 ;

Qu'il est certain que son revenu a augmenté pendant cette période de trois ans ;

Attendu que Monsieur DELOFEU devra justifier de situation pour les années 2003 et 2004 ;

Attendu qu'en l'état, il apparaît que Monsieur DELOFEU perçoit son salaire, et n'a aucune autre charge que son propre entretien ;

Qu'il ne peut arguer des dettes qu'il réglerait et qui seraient dues à des dépenses anciennes de la concluante alors qu'aucun élément ne permet d'attribuer à lui-même ou à celles-ci la nature personnelle de ces dépenses qui étaient débitées sur le compte joint ;

Qu'il convient de considérer l'obligation alimentaire qui incombe à Monsieur DELOFEU, obligation qui prime toute autre ;

Attendu que l'on constate que Monsieur DELOFEU ne justifie pas de ses revenus, ni pour l'année 2003, ni pour l'année 2004 ;

Que volontairement, il dissimule sa situation pour ne pas verser une pension alimentaire très minime ;

Que Monsieur DELOFEU ne peut prétendre qu'il ne peut verser une telle contribution alors que son revenu, en 2002, soit il y a près de trois ans, se chiffrait déjà 1525 euros par mois ;

Attendu que c'est en fonction du fait qu'il réglait des dettes que sa contribution à l'entretien de ses enfants a été fixée à une somme si faible ;

Que la concluante qui, à l'évidence, ne peut travailler davantage, alors qu'elle a la charge de quatre enfants, sollicite, que soit porté à la somme de 155 euros par enfant le montant de la contribution du père à l'entretien des enfants [...] »

Conclusions du parent non gardien, Monsieur DELOFEU (extraits)

« [...] Attendu qu'il échet de constater qu'au titre des allocations familiales, Madame MAINE perçoit chaque mois une somme de 635,58 euros ;

Que cette somme est évidemment destinée à la satisfaction des besoins des enfants, comme d'ailleurs la contribution alimentaire du père ;

Et que Madame MAINE ne peut prétendre à aucune pension alimentaire pour elle-même ;

Attendu qu'en l'état et au vu de la pension alimentaire mise à la charge du concluant par le premier Juge, Madame MAINE dispose au total d'une somme de 995,58 € (635, 58 € + 360 €) pour la satisfaction des besoins des enfants, soit près de 250 € par mois et par enfant ;

Qu'il n'est évidemment pas justifié que les besoins des enfants pourraient excéder et même atteindre une telle somme ;

Attendu que l'on ajoutera que le nouveau loyer de Madame MAINE est couvert quasiment en totalité par l'allocation logement qu'elle perçoit ;

Que le différentiel à sa charge est de 60 € par mois et non pas de 426,12 € par mois ainsi qu'elle croit devoir le prétendre ;

Et que son total de charges fixes se limite à 360 € par mois environ ;

Attendu certes que Madame MAINE déclare un revenu personnel de 115 € par mois en tant qu'employée de maison ;

Mais attendu qu'il échet de constater que Madame MAINE, âgée de 40 ans, travaille pour un seul employeur et pour une durée de 15 heures par mois environ ;

Qu'elle ne justifie pas être dans l'impossibilité de travailler plus alors que les employées de maison sont toujours très recherchées ;

Que Madame MAINE pourrait parfaitement travailler davantage et par suite gagner davantage si elle le souhaitait ;

Attendu encore une fois qu'il échet de rappeler qu'il s'agit en l'espèce de statuer uniquement sur la contribution du père à l'entretien et l'éducation des enfants ;

Et que la contribution alimentaire du père ne saurait être majorée pour permettre la satisfaction des besoins personnels de la mère ;

Que le concluant a dû faire l'acquisition d'un nouveau véhicule et pour cela, il a dû contracter un prêt familial qu'il rembourse tous les mois ;

Qu'il a dû entièrement se remeubler et acheter également des meubles pour les chambres des enfants ;

Attendu encore que le concluant justifie de sa propre situation et notamment de ce que ses revenus n'ont pas augmenté depuis 2003 ;

Qu'il perçoit toujours la somme de 18293 €, soit 1524,41 € par mois ;

Qu'il justifie de charges importantes dont :

- Loyer : 404,83€
- Assurances (maison et auto) : 71,14 €
- Prêt automobile : 230 €
- Taxe d'habitation : 2 €
- Impôt sur le revenu : 10,33 €
- EDF-GDF : 33 €
- Fuel, gasoil : 80 €
- Redevance audiovisuelle : 18,71 €
- Téléphone : 38 €
- Pensions alimentaires : 360 €
- Assurance : 106,6 €

TOTAL :1379,11 €

Qu'il produit le relevé de ses ressources et charges, et les pièces justificatives ;

Que l'on voit ainsi que le disponible conservé par le concluant est particulièrement maigre et ne lui permet pas de verser la pension alimentaire réclamée par Madame MAINE ;

Que le concluant n'a pas bénéficié d'augmentation de salaire depuis 2002 ;

Qu'il doit prendre beaucoup de congés, puisqu'à chaque fois qu'il a la garde de ses filles, il ne travaille pas, ne pouvant pas s'offrir une garde à domicile ;

Attendu qu'il échet ainsi de constater que la situation du concluant est elle-même très modeste et sans commune mesure avec les réclamations alimentaires de Mme MAINE ;

Attendu de surcroît qu'il convient de rester à l'état des besoins des enfants ;

Et que force est bien de constater que Mme MAINE est totalement incapable de démontrer que la somme de 250 euros par mois serait insuffisante à la satisfaction des besoins des enfants ;

Qu'il n'est même pas justifié que les besoins des enfants pourraient atteindre une telle somme ;

Et que c'est la raison pour laquelle, le concluant sollicite en toute hypothèse que la contribution alimentaire mise à sa charge soit réduite dans la plus large mesure, supposé que par impossible la résidence habituelle des enfants reste maintenue au domicile de la mère ;

Thèse de Doctorat

Nicolas Rafin

Quand la séparation tourne à l'affrontement judiciaire ...

De l'émergence du modèle du « bon » divorce au traitement judiciaire des séparations conflictuelles

RESUME

Si divorcer paraît aujourd'hui entré dans les mœurs des Français, le processus socio-juridique ayant abouti à cette situation est issu d'une longue production historique. La première partie de cette thèse est ainsi consacrée à l'analyse de la transformation du traitement socio-juridique et politique de la désunion. Elle rend compte du mouvement de normalisation des dissociations conjugales vers une séparation réglée au sein de la sphère privée et affranchie de différentes contraintes institutionnelles extérieures à la famille. En prenant pour objet d'étude les modalités du traitement judiciaire des séparations devant une Cour d'appel, la suite de la thèse s'intéresse à l'envers du modèle autorégulé. La deuxième partie de la thèse est consacrée à l'étude de la chaîne relationnelle judiciaire et des différentes caractéristiques et séquences du débat qui structurent le procès d'appel. Elle montre en quoi l'engagement dans un tel procès peut conduire à catalyser un combat judiciaire. La troisième et dernière partie examine les contentieux conjugaux et parentaux autour de deux objets principaux : le traitement financier de la séparation et la prise en charge relationnelle des enfants. Elle révèle sous une autre perspective, d'une part, qu'hommes et femmes ne sont soumis ni aux mêmes risques ni aux mêmes traitements dans l'épreuve judiciaire et, d'autre part, qu'en fonction des milieux sociaux d'affiliation des justiciables, les objets du débat judiciaire, les registres argumentatifs utilisés à l'appui de leurs demandes et l'accueil qui en est fait par les juges se différencient clairement.

Mots clés :

Désunion, régulation judiciaire, traduction juridique, morale familiale, genre, parents, enfants, argent

ABSTRACT

**When the separation tends to judicial confrontation
Emergence of the model of "the good divorce" and
judicial treatment of conflicting separations**

Though divorcing nowadays seems to be common practice for French people, the socio-legal process leading to this situation is the result of a long historical production. The first part of the thesis deals with analysing the transformation of the socio-legal and political treatment of divorce. It reports on the normalisation movement of conjugal dissociations towards separation resolved within the private sphere and freed from different institutional constraints outside the family. Studying the modalities of the legal treatment of separation before a Court of Appeal, the thesis further focuses on the counterpart of the self-regulated model. The second part of the thesis is dedicated to the study of the relational justice chain and of the different characteristics and sequences of the proceedings structuring the appeal trial. It shows to what extent engaging in such a trial can lead to catalyse the legal fight. The third and last part of the thesis investigates conjugal and parental disputes around two main objects: financial treatment of the separation and relational childcare. From another perspective, it reveals on the one hand that men and women are not subject to the same risks and to the same treatment during the judicial experience, on the other hand that depending on the social environment of the parties, the objects of the legal proceedings, the argumentative registers used to support their requests and their reception by the judges are clearly differentiated.

Key Words

Divorce, judicial and legal regulation, judicial translation, family moral, gender, parents, children, money