

# AJ Famille

ACTUALITÉ JURIDIQUE FAMILLE

Dossier



455 JUSTICE DES MINEURS

445 et 472 s.

Loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République

**Flore Capelier, Isabelle Corpart, Sylvie Ferré-André, Fabienne Jault-Seseke et Léa Mary**

479

Vite, une nouvelle ordonnance de protection !

**Guillaume Barbe et Anne Sannier**

505

L'appel incident aussi doit saisir la cour d'une vraie demande...

**Jérôme Casey**

DAJLOZ

HORS-SÉRIE

PRESTATIONS  
COMPENSATOIRES



Version numérique incluse\*



## 445 Point de vue

## 448 Au fil du mois

## 453 Les quiz de l'AJ famille

par Stéphane David ..... 453

## 455 Dossier JUSTICE DES MINEURS

Les droits de l'enfant à l'épreuve de la justice des mineurs  
par Flore Capelier ..... 456

Continuité de l'action du juge des enfants : de l'assistance éducative à la répression  
par Philippe Destoges ..... 459

Le jeune enfant et l'articulation avec la protection de l'enfance  
par Laurent Gebler ..... 463

Le rôle de l'avocat du responsable légal du mineur mis en cause devant le tribunal pour enfants

par Sylvie Panetier ..... 465

Penser l'emprise après la loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste  
par Léa Mary ..... 468

## 472 Pratiques

La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République

■ Dispositions relatives au droit des étrangers et au DIP  
par Fabienne Jault-Seseke ..... 472

■ Instruction des élèves à la maison  
par Isabelle Corpart ..... 475

■ Autres dispositions relatives aux établissements d'enseignement  
par Valérie Avena-Robardet ..... 477

■ Dispositions pénales  
par Léa Mary ..... 478

Vite, une nouvelle ordonnance de protection !  
par Anne Sannier & Guillaume Barbe ..... 479

Les MARD s'invitent au pôle social du tribunal judiciaire de Marseille  
par Manon Illy & Sylvie Rébé ..... 482

## 429 Jurisprudence

**ADOPTION**  
Contours du droit à la vie privée et familiale lors du placement  
CEDH 27 mai 2021, obs. J. Houssier ..... 485

**AIDE SOCIALE**  
Contentieux de l'aide sociale : recours contre les décisions  
T. confl. 14 juin 2021, obs. M. Illy ..... 487

**ASSISTANCE ÉDUCATIVE**  
Notion de partie à la procédure  
Civ. 1<sup>er</sup>, 8 juill. 2021, obs. L. Gebler ..... 487  
Mesure de protection des mineurs : le provisoire doit demeurer provisoire  
CEDH 13 juill. 2021, obs. J. Houssier ..... 489

**AUTORITÉ PARENTALE**  
Droit de visite et d'hébergement du tiers : le conflit parental et la séparation justifieraient l'effacement de la mère sociale ?  
Civ. 1<sup>er</sup>, 7 juill. 2021, obs. F. Berdeaux ..... 489

Le changement de sexe d'un parent ne peut fonder la suppression d'un droit de visite à l'égard de ses enfants mineurs  
CEDH 6 juill. 2021, obs. M. Saulier ..... 490

Droit de visite des père et mère : l'Italie de nouveau condamnée  
CEDH 24 juin 2021, obs. J. Houssier ..... 491

Droit de visite des père et mère : le retour de la subsidiarité ?  
CEDH 6 juill. 2021, obs. J. Houssier ..... 491

**DIVORCE**  
Homologation des conventions de divorce  
Civ. 1<sup>er</sup>, 9 juin 2021, obs. J. Casey ..... 492  
Connaître un jugement n'est pas l'accepter...  
Civ. 2<sup>e</sup>, 20 mai 2021, obs. J. Casey ..... 494

**FAMILLE**  
Droit des personnes homosexuelles en Russie : que peut (vraiment) la CEDH ?  
CEDH 13 juill. 2021, obs. M. Saulier ..... 495

**FILIATION**  
Remake islandais de *Paradisio* et *Campanelli* ?  
CEDH 18 mai 2021, obs. J. Houssier ..... 497

**MINEURS**  
Décision de retour en dépit d'une décision de l'État d'origine validant la situation créée par la voie de fait  
Civ. 1<sup>er</sup>, 8 juill. 2021, obs. A. Boiché ..... 498

**RÉGIMES MATRIMONIAUX**  
De la nature des indemnités de licenciement en régime de communauté  
Civ. 1<sup>er</sup>, 23 juin 2021, obs. S. Ferré-André ..... 499

Expertise privée pour calculer une récompense  
Civ. 1<sup>er</sup>, 23 juin 2021, obs. J. Casey ..... 501

Collection et présomption de propriété entre époux séparés de biens : un arrêt bien mystérieux...  
Civ. 1<sup>er</sup>, 23 juin 2021, obs. J. Casey ..... 502

**SUCCESSIONS**  
Copie certifiée conforme du CSE  
CJUE 1<sup>er</sup> juill. 2021, obs. A. Guichard ..... 503

L'action en partage est une voiture-balai, pas un fourre-tout...  
Civ. 1<sup>er</sup>, 7 juill. 2021, obs. J. Casey ..... 504

L'appel incident aussi doit saisir la cour d'une vraie demande...  
Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2021, obs. J. Casey ..... 505

Contrôle des structures : le délai de neuf ans n'est pas limité à la personne du cédant  
Civ. 3<sup>e</sup>, 20 mai 2021, obs. J. Casey ..... 508

## Hors-série

Prestations compensatoires ..... I à XLII

<b>ADOPTION</b>	<b>ADOPTION PLÉNIÈRE</b>	
	■ Placement en vue de l'adoption - Révocation .....	485
<b>AIDE SOCIALE</b>	<b>CONTENTIEUX DE L'AIDE SOCIALE</b>	
pratiques	■ Admission - Répartition des compétences .....	487
	■ Mode alternatif de règlement des différends - Conciliation - Médiation .....	482
<b>ASSISTANCE ÉDUCATIVE</b>	<b>APPEL</b>	
	■ Qualité pour interjeter appel - Assistante familiale - Tiers à la procédure .....	487
	<b>VIE PRIVÉE ET FAMILIALE</b>	
	■ Mesure de protection des mineurs - Intérêt supérieur de l'enfant - Obligation positive .....	489
<b>AUTORITÉ PARENTALE</b>	<b>DROIT DE VISITE</b>	
	■ Obligation positive .....	489 et 491
	■ Suppression - Transsexualisme .....	490
	<b>DROIT DE VISITE ET D'HÉBERGEMENT</b>	
	■ Tiers - Parent social - Conflit entre les parents - Lien affectif durable .....	489
	<b>ACTUALITÉ</b> .....	448
<b>BIOÉTHIQUE</b>	<b>LIQUIDATION DU RÉGIME MATRIMONIAL</b>	
<b>DIVORCE</b>	■ Indemnité d'occupation - Quiz .....	453
quiz	<b>PRESTATION COMPENSATOIRE</b>	
	■ Voie d'exécution - Saisie-attribution - Titre exécutoire - Notification .....	494
	<b>PROCÉDURE</b>	
	■ Conclusions concordantes - Acte de partage - Homologation - Appel .....	492
<b>DROIT PÉNAL DE LA FAMILLE</b>	<b>ACTUALITÉ</b> .....	449
pratiques	<b>RÉFORME</b>	
	■ Entrave à l'exercice de la fonction d'enseignant - Virginité .....	478
pratiques	<b>VIOLENCES CONJUGALES</b>	
	■ Ordonnance de protection - Nécessité d'une réécriture des textes .....	479
	<i>V. ss. Mineurs</i>	
	<b>ÉTABLISSEMENT D'ENSEIGNEMENT PRIVÉ</b> .....	477
<b>ÉCOLE</b>	<b>INSTRUCTION DANS LA FAMILLE</b> .....	475
pratiques	<b>VIE FAMILIALE</b>	
pratiques	■ Couple de même sexe .....	495
<b>FAMILLE</b>	<b>GESTATION POUR AUTRUI</b> .....	497
	<b>ACTUALITÉ</b> .....	450
<b>FILIATION</b>	<b>VALIDITÉ</b>	
<b>FISCALITÉ</b>	■ Mariage de complaisance - Virginité - Polygamie .....	472
<b>MARIAGE</b>	<b>ENLÈVEMENT INTERNATIONAL D'ENFANT</b> .....	498
pratiques	<b>JUSTICE DES MINEURS</b>	
<b>MINEURS</b>	■ Juge des enfants - CJPM - Décentralisation - Crise sanitaire ....	456
dossier	■ Juge des enfants - Continuité de l'action du juge des enfants - Assistance éducative .....	459
dossier	■ Responsabilité pénale - Présomption d'irresponsabilité pénale - Mineur de moins de 13 ans - Assistance éducative .....	463
dossier	■ Responsabilité pénale - Responsable légal - Rôle de l'avocat ....	465
dossier	■ Violences sexuelles - Emprise .....	468
<b>PROCÉDURE FAMILIALE</b>	<b>ACTUALITÉ</b> .....	450
<b>PROTECTION DE L'ENFANCE</b>	<b>ACTUALITÉ</b> .....	451
<b>RÉGIMES MATRIMONIAUX</b>	<b>COMMUNAUTÉ LÉGALE</b>	
	■ Indemnité de licenciement - Nature commune - Bien propre par nature .....	499
	■ Liquidation - Expertise privée - Principe du contradictoire - Preuve complémentaire - Récompense .....	501
	<b>SÉPARATION DE BIENS</b>	
	■ Contrat de mariage - Présomption de propriété - Collection .....	502
<b>SUCCESSIONS</b>	<b>CERTIFICAT SUCCESSORAL EUROPÉEN</b> .....	503
	<b>CRÉANCE DE SALAIRE DIFFÉRÉ</b>	
	■ Action en partage - Prescription - Interruption .....	504
	<b>DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ</b>	
point de vue	■ Loi successorale étrangère - Discrimination - Réserve héréditaire - Droit de prélèvement compensatoire - Notaire .....	445 et 472
dossier	<b>LIBÉRALITÉ</b>	
	■ Bail à ferme - Contrôle des structures - Durée de la détention ..	508
	<b>PROCÉDURE</b>	
	■ Appel - Appel incident - Recevabilité - Saisine de la cour .....	505

# VITE, UNE NOUVELLE ORDONNANCE DE PROTECTION !

par Anne Sannier  
& Guillaume Barbe  
Avocats

Les violences conjugales sont un fléau que le législateur tente de juguler par un arsenal textuel continuellement amélioré et qui doit encore évoluer.

**Déjà plusieurs textes** - Depuis le référé violences conjugales de la loi n° 2004-439 du 24 mars 2004 dont le dispositif était limité aux couples mariés, la loi n° 2010-769 du 9 juill. 2010 a institué un nouveau dispositif permettant au juge aux affaires familiales de délivrer une ordonnance de protection au bénéfice de la victime de violences exercées au sein du couple, visé aux nouveaux art. 515-9 s. c. civ.

Cette première version de l'ordonnance de protection permettait la saisine du juge sur requête ou assignation en la forme des référés, aux fins d'un débat contradictoire, introduisant le contrôle du juge sur les notions de « raisons sérieuses », de « vraisemblance des violences » et du « danger » : « s'il estime, au vu des éléments produits devant lui et contradictoirement débattus, qu'il existe des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violence allégués et le danger auquel la victime est exposée ».

Ce dispositif a démontré une utilisation croissante mais trop peu effective avec un délai moyen de délivrance de l'ordonnance de 42,4 jours, un taux d'acceptation de 60 % et une grande disparité de jurisprudence selon les juridictions.

C'est dans ces conditions que de nouveaux textes ont été pris à la suite du Grenelle des violences conjugales, dont principalement les lois des 28 déc. 2019<sup>1</sup> et 30 juill. 2020<sup>2</sup> [réécrivant le dispositif de l'ordonnance de protection afin de répondre à plusieurs préoccupations : un traitement en urgence de la violence au sein du couple afin de mieux protéger la victime, une meilleure articulation de l'action du ministère public pour traiter les faits les plus graves, appréhender certains comportements et éviter la récurrence, et enfin, empêcher les rapprochements entre l'auteur et la victime.

La saisine du juge aux affaires familiales s'effectue désormais par requête, contenant un exposé sommaire des motifs et des pièces justificatives, au vu de laquelle le juge rend sans délai une ordonnance fixant la date d'audience, à signifier au défendeur

dans les deux jours de sa délivrance, la décision de protection ou de rejet devant elle-même être rendue dans un délai de six jours à compter de cette ordonnance, dans le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense<sup>3</sup>.

**Des législations étrangères dont on peut encore s'inspirer** - Si cette volonté de célérité est extrêmement louable, il continue d'exister un certain nombre de difficultés d'articulation de la procédure et de fond permettant de penser que le dispositif n'est que transitoire et qu'il doit encore être amélioré.

Il est à ce titre particulièrement intéressant de considérer les législations d'autres pays aux fins de s'inspirer d'autres modes de traitement des violences conjugales :

**Exemples** - L'Espagne a mis en place une législation destinée à apporter une réponse immédiate et massive aux faits de violences conjugales en créant des tribunaux spécialisés ouverts 24h/24 et 7J/7, les textes, genrés, prévoyant, d'une part, que seules les femmes sont protégées contre un conjoint ou un ex, sans critère de cohabitation, bénéficiant de la faculté d'obtenir une ordonnance de protection provisoire par précaution s'il existe un risque objectif pour la vie ou l'intégrité physique, sexuelle ou morale. Il faut démontrer des faits constitutifs de violences conjugales, un risque objectif pour la victime ou le non-respect d'une mesure de protection à caractère pénal. Par ailleurs, pour les violences familiales prises de manière générale, c'est-à-dire pour toutes les personnes de la famille, il y a toujours un juge de permanence au tribunal général et il est possible de solliciter la délivrance d'une ordonnance de protection en urgence, sans audience, le juge n'étant alors compétent que pour prononcer des mesures à caractère pénal. S'agissant de la procédure de l'ordonnance de protection : les deux parties sont convoquées à une audience mais l'absence de l'une d'elles n'empêche pas l'audience de se tenir ; le Parquet doit être présent à l'audience et y donner son avis pour une décision prononcée dans un délai maximal de 72 h après la saisine du juge dont les mesures civiles sont valables pour une durée de trente jours prolongeable pour une durée de trente jours supplémentaires si une requête a été déposée auprès du juge aux affaires familiales qui pourra alors compléter, amender ou supprimer des mesures prononcées.

En Californie (États-Unis), il existe plusieurs types de protections en fonction de la violence, du danger et de la rapidité recherchée offrant une réponse judiciaire graduée et adaptée<sup>4</sup> :  
- l'ordonnance de protection d'urgence (EPO) demandée par la police au juge pénal (24/7) nécessitant de démontrer une menace imminente de violence pour la victime ou les enfants et permettant l'expulsion de l'auteur des violences du domicile familial, une interdiction de contact pour une durée de cinq jours ouvrés ou sept jours calendaires ;  
- l'*Extrem risk protection order* : à la suite d'une audience,

(1) L. n° 2019-1480 du 28 déc. 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille, JO du 29.

(2) L. n° 2020-936 du 30 juill. 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, JO du 31.

(3) C. pr. civ., art. 1136-3.

(4) V. G. Barbe, R. Lolev et Ph. Bouveau, L'ordonnance de protection française en perspective d'autres législations nationales. Analyse de droit comparé, AJ fam. 2020. 400, in dossier « Violences conjugales ».

possibilité de retrait d'une arme en cas de menace de violence ou de violation d'une ordonnance de protection déjà existante ;

– l'ordonnance de protection temporaire (TRO) prononcée par le tribunal le jour de la demande, le cas échéant sans audience et permettant l'expulsion de l'auteur des violences du domicile familial, la fixation de la résidence des enfants, l'organisation des droits du parent violent et la jouissance des biens communs ;

– l'ordonnance de protection permanente (ROAH) prononcée pour cinq ans, sur le siège, à la suite d'une audience contradictoire fixée quatorze jours après la demande, la victime devant démontrer les faits de violence par tous moyens.

L'Allemagne a prévu des injonctions pénales prononcées par la police en cas de danger imminent pour une durée de dix jours permettant que soient ordonnées l'expulsion du domicile familial et l'interdiction de se rendre dans une zone déterminée. Une chambre dédiée à la famille dans les tribunaux communaux peut en outre prononcer une ordonnance de protection de droit civil pour une durée de six à douze mois, le cas échéant en référé en cas de danger immédiat, s'il est prouvé de manière crédible que des sévices, des menaces ou du harcèlement se sont produits ou existent

En Autriche, il existe à nouveau deux types de mesures : une ordonnance d'urgence d'interdiction à caractère administratif pour deux à quatre semaines qui peut être prononcée par la police aux fins d'expulsion du domicile familial, d'interdiction de se rendre à proximité du domicile familial ou ses environs, de se rendre à proximité de l'école lorsque les enfants sont en danger, avec une confiscation systématique de la clé du domicile familial ; et une ordonnance de protection civile judiciaire sur rapport adressé par la police au tribunal avec remise de la clé du domicile familial au juge, les services de police étant responsables de l'application de l'ordonnance de protection si elle est ordonnée.

En conséquence, on voit que la plupart des législations étrangères qui disposent de mesures de protection efficaces ont privilégié une ordonnance de protection en deux temps :

■ une ordonnance d'éloignement immédiate prononcée par un juge sans délai, afin de prévenir un danger immédiat sur requête motivée et documentée sans débat contradictoire ;

■ puis un débat contradictoire qui permet de confirmer, modifier, révoquer l'ordonnance de protection prononcée en urgence.

De quoi inspirer l'instauration d'un autre système en France ?

**Les failles de notre dispositif** - La réforme issue de la loi du 28 déc. 2019 – la plus significative depuis la loi du 4 août 2014<sup>5</sup> – est un véritable arsenal de dispositions nouvelles avec pour seul et unique but : la protection totale des victimes de violences conjugales.

Cependant, si le législateur a créé un panel impressionnant de mesures, il n'a pas souhaité modifier les textes du 1<sup>er</sup> oct. 2010, « socles » de la délivrance de l'ordonnance de protection, que sont les art. 515-9 et 515-11 c. civ. : « Lorsque les violences exercées au sein du couple [...] mettent en danger [...] le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence [...] une ordonnance de protection » et « L'ordonnance de protection est délivrée, par le juge aux affaires familiales [...], s'il estime [...] qu'il existe des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violence allégués et le danger [...] ».

C'était pourtant l'occasion de supprimer l'une des deux conditions permettant la délivrance de l'ordonnance de protection à savoir le « danger » vraisemblable qui peut parfois être un frein à la protection<sup>6</sup>.

En effet, certaines décisions, nonobstant des violences vraisemblables, caractérisées et stigmatisées, déboutent des demandes d'ordonnances de protection ou infirment celles rendues, faute d'un danger vraisemblable. Ces décisions procèdent d'une stricte

application des textes susvisés. Le fait est qu'elles sont souvent éloignées de l'objectif des politiques publiques d'enrayer la violence conjugale et d'en protéger toutes ses victimes. Celles-ci d'abord, les praticiens de la matière ainsi que tous les professionnels qui les assistent ensuite, ne peuvent que difficilement intégrer ce raisonnement – peu cohérent – avec l'objectif recherché.

Il est opportun de citer certaines décisions afin d'illustrer l'écueil.

**Exemples** - Malgré la vraisemblance des violences exercées par l'époux, il a été retenu :

« que postérieurement aux premiers faits de violence, la vie commune s'est poursuivie et que M<sup>me</sup> M. n'a engagé aucune démarche de séparation ; qu'il ressort des déclarations de M<sup>me</sup> M. aux services de police [...] qu'aucun changement n'était intervenu dans la vie des époux après la seconde plainte ; que dans cette plainte, M<sup>me</sup> M. déclarait que si elle avait du mal à communiquer avec son mari, ce dernier n'était pas méchant et n'avait pas un mauvais fond ; qu'il ressort de ces éléments qu'à la date à laquelle le premier juge a statué, il n'était pas établi que les violences exercées par le mari à l'encontre de son épouse la mettaient en situation de danger ; que les conditions de délivrance d'une ordonnance de protection n'étaient donc pas remplies en l'espèce »<sup>7</sup> ;

« même si la réalité des blessures de M<sup>me</sup> F. a effectivement été constatée par un certificat des UMJ, au regard des pièces versées aux débats, la preuve que les lésions relevées sur l'épouse soient imputables à des violences commises par M. C. ne peut apparaître en l'état suffisamment vraisemblable, alors que le seul témoignage présenté, qui est celui de sa sœur, ne fait état que des confidences recueillies auprès de l'intimée »<sup>8</sup> ;

« les deux certificats médicaux produits<sup>9</sup> sont des éléments objectifs ayant observé des hématomes sur le corps de M<sup>me</sup> X [...]. En tout état de cause [...] à la date de l'audience les parties sont séparées de fait depuis plusieurs mois, [...] le danger actuel auquel la demanderesse serait encore confrontée, nécessaire pour l'octroi d'une ordonnance de protection, n'est pas établi »<sup>10</sup>.

Ces motivations sont difficilement critiquables si l'on rappelle le caractère cumulatif des conditions de violences et de danger<sup>11</sup>, l'actualité du danger re-

(5) L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JO du 5.

(6) A. Sannier, *L'emprise et les violences au sein du couple, propositions d'améliorations des conditions de délivrance de l'ordonnance de protection*, in *L'emprise et les violences au sein du couple*, Dalloz « Thèmes et commentaires », mars 2021.

(7) Paris, 15 déc. 2016, n° 16/18251, AJ fam. 2017. 244, obs. A. Sannier .

(8) Paris, 7 févr. 2017, n° 16/16986.

(9) L'un faisant état d'hématomes sur les bras et de pleurs, troubles du sommeil, syndrome anxieux, l'autre faisant état de contusion et hématome sur les deux bras, nécessitant une ITT de 3 jours.

(10) TJ Toulouse, 9 nov. 2020, n° 20/03740.

(11) Paris, 30 mars 2017, n° 16/22459.

quise par la jurisprudence<sup>12</sup> ainsi que l'appréciation des conditions qui relèvent du seul pouvoir souverain d'appréciation du juge aux affaires familiales<sup>13</sup>.

En revanche, la critique est audible à la lecture de décisions qui, soit balaient le critère légal de « vraisemblance » au profit de celui de la « réalité » qui n'en n'est pas un : « [Madame] n'établit en rien la réalité des violences psychologiques alléguées<sup>14</sup> » ou « les trois faits distincts [...], à les supposer avérés<sup>15</sup> [...] traduisent une réactivité parfois excessive<sup>16</sup> », soit confondent disputes de couples et violences conjugales : « elle fait également état de douleurs cervicales ultérieures constatées [...] ainsi [que] d'une dispute [...] reconnue par [Monsieur] sans que [Madame] n'ait alors déposé de plainte et de main courante [...]. Si [Monsieur] reconnaît lui avoir fait mal et avoir eu un comportement répréhensible [...] cette seule altercation [...] s'inscrit dans une situation de séparation au sein du couple [...] et ne permet pas [...] de retenir la vraisemblance de faits de violences imputables à [Monsieur] qui auraient exposé [Madame] à une situation de danger »<sup>17</sup>.

Il ressort de l'ensemble une inadéquation des textes, cumulant – pour délivrer l'ordonnance de protection – vraisemblance des violences et danger actuel, avec la volonté du législateur de prévenir et protéger les victimes de violences conjugales.

Cela étant, on peut mesurer et comprendre une certaine frilosité des juges aux affaires familiales à délivrer des ordonnances de protection. Il s'agit pour eux de revêtir une casquette pénale qui revient à faire application de deux textes, en quelque sorte de prévention au civil (C. civ., art. 515-9 et 515-11) dont les mesures sont privatives de liberté, aux allures de peines principales et complémentaires, qui ne relèvent pas naturellement de leur domaine initial.

De plus, il est assez acrobatique d'ériger en conditions de délivrance de l'ordonnance de protection les notions de « violences » et de « danger », sans jamais les définir. Si l'on reprend la définition de la violence au sens de l'OMS, elle englobe « les atteintes qui compromettent le bien-être individuel et

familial »<sup>18</sup>. C'est dire si le champ est large. Il faut relever que de nombreux pays définissent la violence dans le cadre de leur dispositif de protection et l'envisagent sous plusieurs formes. C'est le cas notamment en Irlande, Italie, Finlande, Suède, Suisse, Serbie, aux États-Unis, au Portugal ainsi qu'à l'Île Maurice.

En l'état, l'on ne peut que s'interroger sur la pertinence de décisions « mécaniques » qui retiennent l'existence de violences mais qui, faute de démontrer un danger actuel, n'ordonnent pas la protection.

Peut-on valablement continuer à déconnecter les notions de « violences » et de « danger » ? Le danger n'est-il pas inhérent à la violence<sup>19</sup> ?

À ce titre, il faut rappeler la « clause de l'Européenne la plus favorisée »<sup>20</sup>, portée dès 1979 par M<sup>me</sup> Gisèle Halimi, permettant l'harmonisation des règles par le haut en faisant bénéficier à toutes les citoyennes européennes de la législation la plus avancée dans l'Union. Cependant, le 20 mars 2010, l'Assemblée nationale rejetait la proposition de résolution européenne<sup>21</sup> visant à introduire cette clause. Il semble plus que jamais indispensable que le législateur revienne sur ce projet. Un travail récent de droit comparé<sup>22</sup> illustre l'intérêt évident de s'inspirer des dispositifs les plus performants de nos voisins européens et d'ouvrir ainsi de nouvelles perspectives.

En droit français, il ne semble pas insurmontable de supprimer la condition de danger visée aux art. 515-9 et 515-11 c. civ. au seul profit de la condition de violences conjugales vraisemblables ouvrant droit aux mesures de protection. Certains pays comme l'Espagne, les États-Unis ou l'Allemagne évoquent en lieu et place de la notion de « danger », celles de « risque », de « menace imminente » ou requièrent la preuve de manière crédible de sévices, menaces ou harcèlement.

Nous proposons une  
réécriture des art. 515-9 s.  
c. civ.

**Proposition de réécriture des textes** - En conséquence, nous proposons une réécriture des art. 515-9 s. c. civ. aux fins de :

■ disposer d'une **procédure d'ordonnance de protection en deux temps** permettant au juge aux affaires familiales de permanence de rendre immédiatement une ordonnance d'éloignement et d'interdiction de contact non

contradictoire et applicable de suite, le cas échéant avec le concours de la force publique, puis, dans un second temps, d'ores et déjà fixé dans la première ordonnance, d'ouvrir un débat contradictoire respectueux du débat contradictoire et des droits de la défense ;

■ rendre effective la **présence du Parquet** dans la procédure d'ordonnance de protection en créant un Parquet civil dédié et en rendant sa présence et son avis obligatoires à l'audience contradictoire et en appel ;

■ imposer un **délai impératif en appel** de l'ordonnance contradictoire, la décision devant être rendue sous six à huit semaines ;

■ s'interroger sur la faculté pour le Parquet de prononcer une ordonnance immédiate sur demande motivée d'un avocat, une association habilitée ou une partie, sur pièce, sans enquête pénale nécessaire permettant l'éloignement jusqu'à l'audience contradictoire ;

■ **supprimer la notion de « danger »** de l'art. 515-9 c. civ. ;

■ **définir la notion de « violence »**, le cas échéant en ajoutant à l'art. 515-11 c. civ. : « [la *commission des faits de violence allégués*] et notamment : des antécédents de violences, leur répétition, des dépôts et retraits de plainte, des mains courantes, des pathologies médicales, de l'emprise, de la consommation de produits stupéfiants et/ou d'alcool, des menaces, des insultes [*sur un ou plusieurs enfants*] ».

■ rendre effective la **jouissance de plein droit par la victime du domicile familial** par la confiscation des clés du domicile, l'interdiction de se rendre à proximité du domicile familial, du travail, ou de l'école des enfants pour l'auteur, l'interdiction de tout contact ;

■ intégrer des **mesures de protection économique** à l'art. 515-11 c. civ. ;

(12) Paris, 2 juill. 2015, n° 15/01279 ; Orléans, 13 juill. 2011, JCP 2011. 1740 ; Pau, 30 nov. 2010, Dr. fam. 2011, n° 51, obs. V. Larribau-Terneyre ; Paris, 15 déc. 2016, n° 16/18251, préc. ; Saint-Denis de la Réunion, 19 mai 2017, n° 17/00607, AJ fam. 2017. 648, obs. A. Sannier .

(13) Civ. 1<sup>re</sup>, 5 oct. 2016, n° 15-24.180, D. 2017. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2016. 537, obs. A. Sannier ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 févr. 2020, n° 19-22.192, AJ fam. 2020. 249, obs. A. Sannier.

(14) Limoges, 14 mars 2017, n° 16/01254.

(15) Définition du mot « avéré », dictionnaire Larousse : « Être reconnu comme vrai, authentique, exact. »

(16) Orléans, 22 mai 2020, n° 20/807, « tirage de cheveux [...] saisi par le crâne et menton [...] crainte de représailles », le tout sur un enfant mineur.

(17) Paris, 20 avr. 2017, n° 16/22389.

(18) Rapport Mondial sur la violence et la santé, Résumé, p. 13.

(19) Rapport d'activité du Comité national de l'ordonnance de protection, juin 2021.

(20) D. de la Garanderie, avocate, ancien bâtonnier de Paris, « Gisèle Halimi, une vie d'avocate », D. actu. 11 sept. 2020.

(21) Proposition de résolution du 17 déc. 2009, n° 2168.

(22) L'Ordonnance de protection française en perspective d'autres législations nationales, analyse de droit comparé, par G. Barbe, R. Lolev et P. Bouveau, préc.

- corrélér la violence conjugale et les mesures afférentes aux enfants en suspendant de plein droit le droit de visite et d'hébergement du parent violent ou en le médiatisant ;
- permettre des notifications allégées des décisions de protection : par voie électronique, par lettre recommandée électronique (AR24),

par WhatsApp, une application dédiée, afin d'éviter les délais de signification par huissier notamment dans les outre-mers où ils ne peuvent répondre aux exigences légales trop brèves.

## LES MARD S'INVITENT AU PÔLE SOCIAL DU TRIBUNAL JUDICIAIRE DE MARSEILLE

par Manon Illy

Juriste assistante au pôle social du tribunal judiciaire de Marseille

Sylvie Rébé

Magistrat, 1<sup>re</sup> vice-présidente du tribunal judiciaire de Marseille en charge du pôle social

**Disons-le d'emblée, le recours aux modes alternatifs de règlement des différends – les célèbres MARD –, n'est pas, au pôle social du tribunal judiciaire de Marseille, un outil au service de la justice de quantité. Une dizaine de dossiers sont appelés à l'audience de conciliation chaque semaine, alors que le nombre d'affaires non encore traitées se compte en milliers. Les MARD sont, dans ce contexte, un des outils au service d'une justice de qualité.**

On ne peut que se réjouir de la place toujours plus grande laissée aux MARD<sup>1</sup>, tant leurs vertus sont bénéfiques pour le justiciable comme pour l'institution judiciaire. C'est ainsi que, depuis le 1<sup>er</sup> janv. 2020 dans le code de procédure civile, et plus précisément dans les dispositions communes aux procédures écrites et orales devant le tribunal judiciaire, un art. 750-1 vient poser le principe d'un recours à un MARD avant toute saisine de la juridiction d'une demande tendant au paiement d'une somme qui n'excède pas 5 000 €.

Mais – tout principe étant accompagné de ses exceptions –, le contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale n'est pas concerné par les dispositions de cet article qui prend d'ailleurs bien soin de l'exclure en écartant de son champ d'application les cas dans lesquels l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision. Tel est bien le cas des recours formés devant le pôle social du tribunal judiciaire qui doivent être systématiquement soumis à un recours préalable obligatoire devant une commission de recours amiable ou directement devant l'auteur de la décision, à peine d'irrecevabilité<sup>2</sup>.

Pourtant, nonobstant l'existence de ce recours préalable obligatoire, des audiences de conciliation sont organisées au sein du pôle social du tribunal judiciaire de Marseille, et connaissent un certain succès. Comment est née l'idée de créer des audiences de conciliation ? Comment s'organisent-elles ? Quel est l'intérêt pour le justiciable qui a déjà exercé un recours préalable ?

L'heure du retour d'expérience a sonné !

### ■ La conciliation, d'abord...

#### Pourquoi avoir organisé des audiences de conciliation ?

Parce qu'il y avait un besoin.

Un besoin du justiciable de « rencontrer » l'organisme social dont il conteste la décision, de lui exposer sa situation, et de lui deman-

der toutes les explications utiles sur le fondement de cette décision. Devant le tribunal, certains justiciables disaient ne jamais avoir pu obtenir de réponses aux questions qu'ils se posaient sur la décision qui leur faisait grief (les réponses apportées par les techniciens des organismes sociaux étant souvent jugées par eux insuffisantes). Il a d'ailleurs pu être observé que certains justiciables, une fois l'explication obtenue de la part de l'inspecteur juridique de l'organisme social à l'audience, se désistaient de leurs recours. Cette incongruité tient essentiellement au fait que le recours préalable obligatoire est traité sur dossier, hors la présence de l'assuré, ce qui peut laisser à ce dernier l'impression de ne pas avoir été entendu dans sa contestation et, dans les hypothèses où le recours est implicitement rejeté, de ne pas avoir obtenu de réponse. Il y avait donc une « place à prendre » pour la conciliation qui offrirait une rencontre non contentieuse aux deux parties qui ne s'étaient jusqu'alors jamais véritablement rencontrées.

À côté d'un besoin du justiciable, il y avait aussi un besoin de la juridiction. En dépit des efforts consentis avant la réforme des juridictions du contentieux de la sécurité sociale intervenue au 1<sup>er</sup> janv. 2019, certains pôles sociaux ont encore des délais de traitement des dossiers qui se comptent en années. À

(1) Le décret n° 2019-1333 du 11 déc. 2019 réformant la procédure civile a poursuivi, en matière de mode alternatif de règlement des différends, le travail initié par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, dite « Justice du XXI<sup>e</sup> siècle », et prolongé par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice.

(2) Rappelons que le décret n° 2018-928 du 29 oct. 2019 relatif au contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale a étendu l'obligation d'exercer un recours préalable obligatoire devant l'auteur de la décision contesté à l'ensemble du contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale.

Marseille, où se trouve le plus grand pôle social de France en termes de nombre de dossiers<sup>3</sup>, il y avait un besoin réel de proposer une alternative à la voie contentieuse offrant une issue à la fois rapide et pérenne à certains litiges. C'est ainsi que l'idée de la conciliation a germé et, avec elle, une véritable voie parallèle de traitement des recours.

## Comment ça marche ?

L'organisation de la conciliation repose sur deux étapes.

La première étape consiste à identifier les recours dans lesquels une conciliation pourrait offrir une issue au litige. Le contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale est en partie un contentieux médical dans lequel la conciliation n'aurait pas grand intérêt. En revanche, les litiges non médicaux ayant trait au recouvrement d'une somme d'argent se prêtent davantage aux règles de la conciliation. Tel est le cas des recours relatifs à la répétition d'un indu de prestations familiales, ou au recouvrement de cotisations sociales. Une fois ces recours identifiés (ils peuvent l'être dès l'enregistrement de la requête), les parties sont invitées à une audience de conciliation.

La seconde étape est donc l'audience de conciliation. Elle a lieu une fois par semaine, et est assurée bénévolement par un conciliateur de justice du tribunal judiciaire. Lorsqu'un accord est trouvé, même partiel, le conciliateur établit un constat d'accord signé par les parties qui peuvent le soumettre à l'homologation du juge afin de lui conférer force exécutoire. Si aucun accord n'est trouvé, le conciliateur établit un constat d'échec, et les parties seront alors convoquées ultérieurement devant le juge. La procédure étant confidentielle, le juge ne connaîtra pas, au jour de l'audience au fond, les raisons qui ont conduit à l'échec de la conciliation.

## Quel(s) intérêt(s) pour les parties ?

L'intérêt premier – et essentiel – réside dans la célérité. La conciliation peut offrir une issue rapide au différend qui oppose les parties, alors que le délai d'audiencement classique d'un dossier au pôle social de Marseille peut se compter en années. En effet, lorsqu'un dossier est identifié comme pouvant faire l'objet d'une conciliation ou, dans une hypothèse plus rare, lorsque les parties en font la demande, ces dernières sont invitées à une audience de conciliation dans un délai de quelques semaines, ou mois. Ce gain de temps peut être particulièrement appréciable pour le justiciable qui s'est vu supprimer une partie de ses prestations familiales, ou pour l'organisme social qui entend recouvrer un indu.

La conciliation recèle également un autre intérêt, cette fois-ci juridique, propre au contentieux de la

sécurité sociale et de l'aide sociale : les délais de paiement. Certes, l'art. 1343-5 c. civ. offre au juge le pouvoir d'accorder des délais de paiement dans certaines conditions. Pourtant, en matière de sécurité sociale et d'aides sociales, l'usage de ce pouvoir fait débat. Par trois arrêts<sup>4</sup> rendus en 2002, 2006 et 2013, la Cour de cassation a considéré, au visa de l'ancien art. 1244-1 c. civ., que « l'organisme social avait seul qualité pour accorder des délais à l'allocataire pour se libérer de sa dette », interdisant donc au juge d'user d'une telle prérogative. Sans entrer dans un débat critique sur le bien-fondé de ces arrêts, il n'en demeure pas moins que, s'ils s'en tiennent à la jurisprudence établie, les juges du fond ne peuvent pas accorder de délais de paiements en matière de sécurité sociale et d'aide sociale. La conciliation permet alors de trouver au litige une issue à laquelle le juge n'aurait pas pu parvenir puisque l'organisme social, seul titulaire du pouvoir d'accorder des délais de paiement, pourra le cas échéant accorder des délais de paiement au cours de l'audience de conciliation. C'est ainsi que de nombreux dossiers de répétition d'indus de prestations familiales ont trouvé une issue amiable au cours des audiences de conciliation, en permettant d'obtenir une remise de dette et/ou des délais de paiements directement accordés par l'organisme social.

## ■ La médiation, ensuite !

L'actuelle pandémie aura un impact certain sur le fonctionnement de la justice avec un risque fort d'augmentation des délais qui pourraient alors devenir déraisonnables.

Aussi après l'essai transformé de la conciliation, un autre mode de résolution des différends a été envisagé au pôle social de Marseille pour les dossiers à plus fort retentissements sociaux, apparaissant comme une des solutions permettant de faire face à cet allongement et à l'engorgement actuel des pôles sociaux : la médiation.

## Comment ça marche ?

La médiation a été définie par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 juin 1993 : « la médiation, dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'art. 21 du NCPC tendant au règlement amiable des litiges, et, par voie de conséquence, exclusive de tout pouvoir juridictionnel, dont le juge ne peut être investi par les parties que par la volonté commune exprimée en ce sens de manière certaine dans les termes des art. 12 et 58 du NCPC »<sup>5</sup>.

L'art. 5 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, modifiant le code de la justice administrative en y ajoutant un chapitre III relatif à la médiation (CJA, art. L. 213-1 s.) énonce que la médiation « s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction ».

Ce recours à la médiation a été ensuite organisé par l'art. 3 de la loi de programmation du 23 mars 2019 qui prévoit que le juge peut enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur au cours d'une réunion d'information sur l'objet et le déroulement de cette mesure qui peut être ordonnée en tout état de la procédure (référé ou fond) dès lors qu'une résolution amiable du litige est envisageable (L. n° 95-125 du 8 févr. 1995, art. 22-1).

Le médiateur, choisi par les parties, après les avoir informées des modalités de la médiation (durée, coût, confidentialité, auditions) dans l'hypothèse où elles adhèrent à ce processus, conduit son action sans juger, sans prendre parti et, à la fin, si un accord est trouvé, en informe le juge pour qu'il l'homologue ou qu'il prononce un

(3) Au 1<sup>er</sup> janv. 2019, lors de la réforme des juridictions du contentieux de la sécurité sociale, ce ne sont pas moins de 21 000 dossiers qui ont été transférés au tribunal judiciaire.

(4) Soc., 11 juill. 2002, n° 01-20.646, RDSS 2003. 64, obs. P.-Y. Verkindt ; Civ. 2<sup>e</sup>, 26 oct. 2006, n° 05-16.046 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 25 avr. 2013, n° 12-23.347.

(5) Civ. 2<sup>e</sup>, 16 juin 1993, n° 91-15.332.

désistement ou une radiation aux choix des parties.

La médiation peut être totale ou partielle et s'interrompt à tout moment du processus. Le juge retrouve son dossier sans être informé des raisons de cet échec et la procédure reprend son chemin initial.

Les parties sont accompagnées de leurs avocats dont le rôle est de les conseiller et les soutenir dans cette recherche d'une solution.

## À quoi ça sert ?

La médiation est destinée à permettre aux parties à un procès de rechercher ensemble la meilleure décision à prendre, sortir de leur affrontement, leur offrir une résolution de leur conflit dans des délais plus courts et pour un coût moindre qu'une longue procédure à l'issue incertaine.

Elle est en effet enfermée dans des délais (en principe trois mois renouvelables une fois) et son coût a été décidé et accepté par les parties, le tout repris dans une convention qu'elles ont signée, étant précisé que cette durée et ce coût sont parties intégrantes de l'accord. Enfin tout ou partie du prix peut être pris en charge au titre de l'aide juridictionnelle à laquelle la ou les parties sont éligibles.

Le but des MARD n'est pas seulement de désengorger la justice, il faudrait pour cela les industrialiser, ce qui n'est pas envisageable, mais de promouvoir une culture du règlement des conflits différente. Si l'usage de la médiation se développe, que cela aboutit à des accords permettant l'apaisement de conflits récurrents, familiaux ou à fort enjeu émotionnel, elle incitera les parties à réfléchir autrement à la résolution de leur différend, à ne plus se précipiter devant le juge pour qu'il dise un droit qui au fond ne satisfait aucune d'elles car il ne règle que le conflit et laisse perdurer le litige.

## Quelle application pour le pôle social ?

Le constat a été fait au pôle social de Marseille de la récurrence de certains dossiers à forts retentissements financiers, de ces dossiers qui comme les saisons reviennent régulièrement, concernent les mêmes parties pour le même litige.

Il en est ainsi notamment des dossiers de redressements menés par des organismes sociaux tels que la CPCAM ou l'URSSAF ou des procédures de demande d'inopposabilité de décision pour des raisons administratives.

La nécessité de rétablir ou de préserver entre ces parties, destinées à continuer de se côtoyer, des relations de qualité, la complexité des litiges laissant augurer un coût supplémentaire important, et parfois l'identification d'un dysfonctionnement qui se répète ont conduit à l'idée qu'une médiation pourrait permettre aux parties concernées de prendre le temps d'élucider ensemble les raisons de ces litiges, de comprendre pourquoi, malgré les décisions judiciaires déjà rendues, elles se retrouvent régulièrement devant un tribunal pour évoquer les mêmes problèmes.

Ainsi dans plusieurs de ces dossiers, les parties ont reçu une ordonnance leur enjoignant de rencontrer un médiateur pour une réunion d'information à l'issue de laquelle il leur était laissé toute liberté, une fois averties du déroulement du processus, de suivre ou pas le chemin de la médiation.

Ces procédures ont été soit choisies par le magistrat pour les raisons ci-dessus énoncées, soit par les parties qui ont émis le souhait d'une tentative de médiation.

Une union des médiateurs de la cour d'appel d'Aix-en-Provence (UMEDCAAP) a été créée au sein de la cour à laquelle peuvent adhérer notamment ceux qui sont inscrits en cette qualité sur la liste de cette cour. Des ordonnances d'injonction de rencontrer un médiateur ont été élaborées à destination des juges

pour une saisine rapide, dans les dossiers estimés éligibles par eux à ce mode de résolution du différend. Grâce à un logiciel mis en place par l'UMEDCAAP, le médiateur est désigné de façon aléatoire. Il invite les parties à cette réunion qui est obligatoire. Celles-ci conservent bien sûr le choix d'accepter ou de refuser cette médiation et si elles décident d'entrer en médiation, il en informe le juge qui rend alors une décision ordonnant la mesure, laquelle précise la durée et le coût de celle-ci.

Plusieurs dizaines de dossiers ont été ainsi transmis aux différents médiateurs choisis par le logiciel. Les procédures sont alors suspendues dans le temps, dans l'attente du dénouement de ce processus. Soit un accord est trouvé et le magistrat, en sa qualité de juge de la mise en état ou de président de l'audience, l'homologue ou constate le désistement de l'affaire, soit il n'y a pas d'accord et la procédure reprend son cours normal sans que le magistrat ne soit informé des raisons de ce retour du dossier.

\* \* \*

Les pôles sociaux, souvent en sous-effectif, destinataires de milliers de procédures concernant un public parfois en grande précarité pour lequel la résolution du litige est une urgence et une nécessité doivent faire preuve d'imagination en puisant dans les moyens juridiques offerts d'autres modes de résolution des différends que le traditionnel passage devant le tribunal plusieurs mois voire plusieurs années après le dépôt de sa demande.

Chantal Arens, première présidente de la Cour de cassation, avait déclaré à la presse qu'« il faut développer des nouvelles voies pour régler les litiges comme la médiation, la conciliation ou la procédure participative. Le droit doit intervenir en amont et pas uniquement en aval »<sup>(6)</sup>.

Soit, nous allons donc continuer d'essayer !

(6) Entretien à « l'Obs », publié le 16 sept. 2020.