Entretien réalisé par M. Chehhar

UN AVOCAT - SOCIOLOGUE

Cet entretien a été réalisé avec un avocat qui enseigne le droit au sein de la Faculté de Sciences Sociales de l'Université de Strasbourg. Progressivement il s'est intéressé à la sociologie. Tout l'intérêt de ses déclarations est dans l'effort qu'il accomplit pour relier ses lectures sociologiques et le point de vue normatif de son métier juridique.

M. Chehhar :

Le premier point que j'aimerais aborder avec vous c'est la réforme du divorce de 1975. Dernièrement, des débats ont été organisés sur le contrat d'union civil. Qu'en pensez-vous ?

L'avocat :

La réforme du divorce en 1975 s'inscrit en France dans un vaste mouvement de transformation du droit de la famille correspondant à une modification des comportements. C'est ainsi qu'en 1965, le régime de "la communauté de bien réduite aux acquêts", est devenu le régime matrimonial légal car il correspondait à l'aspiration des Français. Il est inutile de rappeler l'importance du régime matrimonial puisque c'est lui qui régit les rapports économiques des époux pendant la durée du mariage et surtout les modalités de partage en cas de divorce. Ce n'est qu'en 1970 que la puissance paternelle devient autorité parentale dans la famille légitime. C'est dans ce contexte que s'inscrit la réforme du divorce de 1975, qui permet les divorces à l'amiable et notamment par consentement mutuel, tout en laissant perdurer la procédure de divorce pour faute.

C'est aussi, dans ce contexte que s'inscrit la loi de 1987, qui a supprimé la notion de "garde" de l'enfant dans un divorce en consacrant le droit de l'enfant à ses deux parents dans le cadre d'une autorité parentale indivisible. Cette autorité parentale pouvait être imposée par le juge, après avoir, si possible, recueilli l'assentiment des époux. La grande idée, c'est de laisser perdurer un couple parental au delà du couple conjugal ; ce principe a été consacré par la loi de 1993, qui inscrit l'autorité parentale conjointe dans la loi, en s'inspirant notamment de la convention des Nations-Unies sur les droits des enfants de 1989. Cette loi stipule que l'enfant dans tous les cas et quelle que soit sa filiation a le droit d'être élevé dans la mesure du possible par ses deux parents.

La plupart de ces réformes a été précédée de recherches sociologiques, qui ont contribué à éclairer les choix du législateur. Il y a une très grande cohérence entre ces différentes lois, car la plupart des projets de lois a été rédigée par Jean Carbonnier. Ces réformes vont bien au delà du clivage entre la gauche et la droite et montrent en fait que la transformation des lois s'inscrit dans l'évolution des moeurs. C'est une véritable mutation à laquelle nous avons assisté ces 30 dernières années correspondant à ce que Louis Roussel appelle une « double désinstitutionnalisation, l'une des comportements, l'autre de la législation elle-même ». Mais ces réformes sont loin d'avoir réglé tous les problèmes. Reste notamment en suspens la réglementation du concubinage qui est, aujourd'hui, largement entré dans les moeurs. La « cohabitation juvénile » est devenue une réalité évidente. La nouveauté réside dans le fait qu'on ne se marie plus nécessairement au première enfant, ni au second. Plus d'un enfant sur trois naît aujourd'hui hors mariage, soit 5 fois plus qu'en 1965. La notion de "cohabitation" a remplacé l'union libre un peu provocatrice des années 1970. Le nombre d'hommes et de femmes âgés de 20 à 45 ans vivant en concubinage a doublé en 10 ans pour atteindre aujourd'hui un couple sur cinq dans cette tranche d'âge. Les concubins représentent aujourd'hui 13% des couples, soit près de 2 millions de couples concubins.

Si la loi de 1993 a réglé l'autorité parentale que les parents concubins peuvent exercer conjointement au même titre que les parents mariés (40% des couples concubins ont des enfants), d'autres problèmes subsistent, notamment au niveau de la protection sociale, des pensions de réversions, des congés parentaux, du logement, des impôts, de la succession ... tous ces problèmes auxquels se rajoutent ceux liés à la bioéthique, nécessitent de nouvelles lois et une politi-

que familiale claire. Car, si le droit devient incertain, il perd son rôle de régulation et de sécurisation des rapports entre les forts et les faibles. C'est la raison pour laquelle, il devient urgent de mettre en place des contrats, pour régler les rapports des gens qui cohabitent, qu'ils s'agissent de couple hétérosexuels, homosexuels, ou encore de frères et sœurs, d'amis, ou de personnes âgées qui vivent ensemble. Ainsi que le souligne Irène Thery, il convient de ne pas tout mélanger car « le droit n'est pas qu'un instrument de police et de gestion, il occupe une fonction instituante fondamentale » ; c'est la raison pour laquelle elle propose des contrats divers, en fonction des situations.

M.C :

Tout le monde est d'accord pour qualifier la réforme de 1975 comme un nouveau pas de « libéralisation de la famille ». On a relevé que cette libéralisation s'inscrit dans la droite ligne d'une réponse aux nouvelles exigences du marché. Que pensez – vous de cette hypothèse ?

Av.

Il est sûr que jusqu'à une date récente la famille, par le mariage, s'inscrivait dans la durée, dans la tradition et permettait non seulement la reproduction biologique mais avait également la « reproduction sociétale » pour reprendre l'expression de Pierre Bourdieu. Aujourd'hui le modèle familial devient pluriel et diversifié. Le mariage se dilue, la fonction paternelle s'affaisse et s'émiette. C'est la raison pour laquelle, la famille a de plus en plus de mal à s'inscrire dans la transmission. Le désarroi des jeunes traduit d'ailleurs cette situation.

Du côté de la femme, l'accès au travail, la possibilité de suivre des études longues, le progrès de la science avec les possibilités de contraception, la dépénalisation de l'avortement, ont permis une évolution très forte de ses droits subjectifs. Mais des enquêtes montrent que des discriminations existent encore notamment dans le monde du travail et de la politique. Par contre au niveau de la famille, il me semble que c'est l'homme qui est de plus en plus absent : il ne retrouve pas sa place dans les nouvelles configurations, qui de mon point de vue ne sont pas forcément toutes équivalentes.

A vrai dire ce n'est pas tant de l'absence de repères que souffre notre société, mais me semble-t-il, de faux repères avec des confusions évidentes qui ne permettent plus des élaborations claires au niveau de l'identité, comme la très bien analysé Irène Thery. En effet, les individus découvrent qu'il n'existe plus de statut protecteur ou de droit qui leur serait définitivement acquis, tout devient négociation avec la nécessité parfois de « séduire » : il en est ainsi dans les divorces des parents à l'égard de leurs enfants. Il est vrai que dans notre société dominée par des exigences du marché il peut être tentant de vouloir laisser réguler les rapports familiaux par les désirs, les besoins, les intérêts des uns et des autres, alors que me semble-t-il, la famille doit absolument rester "hors commerce" et qu'il faut l'encadrer par une législation claire pour préserver les valeurs essentielles de ce qui fait la « personne humaine ».

Face à l'affaissement des institutions, que ce soient les partis politiques, les syndicats ou les églises, l'émiettement de la fonction paternelle, la confusion des générations, le relâchement du lien social, la famille est restée en quelque sorte comme l'un des derniers remparts entre les pouvoirs économiques mondiaux et l'individu, en quelque sorte, le dernier corps intermédiaire entre l'Etat et le sujet. Face aux diverses dislocations, la famille protège l'individu, aujourd'hui atomisé dans ce face à face fascinant entre lui-même, la télévision et les médias. Cette atomisation n'a rien à voir avec l'autonomie. C'est dans ce changement constant, que l'enfant se sent de plus en plus désorienté. La transmission généalogique ne peut se faire que dans des cadres juridiques fondés et reconnus, à moins de basculer dans la folie ainsi que le souligne Pierre Legendre.

M.C :

Quelle est la proportion de la population qui divorce ? Ses caractéristiques ?...

Av.

En vingt ans le nombre de divorce a triplé en France, passant environ de 35 000 divorces en 1970 à près de 115 000 en 1995. Aujourd'hui un couple sur trois divorce, avec toutes les difficultés, parfois tous les drames que cela suppose. En tant qu'avocat, nous accompagnons ce moment souvent difficile et traumatisant dans la vie d'un couple, non seulement pour les parents mais surtout pour les enfants. Actuellement, près de 25 ans après la réforme de 1975, près de 50% des divorces sont encore engagés, selon la procédure conflictuelle de la faute et une grande partie se fait dans une guerre conjugale sans merci, dont les enfants sont souvent les premières victimes. En tant qu'avocat, j'ai pu mesurer le coût immense de ces litiges, coût économique bien sûr au niveau de la pension alimentaire non réglée, de la procédure et parfois de la marginalisation sociale, mais, aussi coût psychologique, pour les individus souvent dépressifs, déséquilibrés... Il faut savoir que certains divorces n'épuisent jamais le conflit, et que plus de la moitié des personnes divorcées reviennent devant les tribunaux en contentieux après divorce. Il y a des procédures qui durent parfois près de vingt ans : elles accaparent des procès multiples, des juges aux affaires familiales, des juges de l'exécution, des juges correctionnels, soit en tout plus d'une vingtaine de magistrats. C'est la raison pour laquelle je pense que les divorces pour faute sont nocifs, la notion de faute étant d'ailleurs psychologiquement erronée, car elle tend à désigner un coupable et un innocent : la réalité est tout autre, un couple « ça vit, ça mord », ainsi que le souligne Jean Lemaire dans son ouvrage « Le couple, sa vie, sa mort ». C'est la raison pour laquelle, je pense qu'il est urgent de réformer la législation en la matière, en mettant en place un divorce constatant l'échec, dont les modalités restent à définir.

Certes, le divorce sur faute peut avoir une fonction cathartique mais encore faudrait-il que ce divorce soit plaidé dans le cadre d'une audience ritualisée où la symbolique puisse opérer en présence des parties, ce qui n'est pratiquement plus le cas puisque la plus part des divorces sont traités dans le cadre d'audience de cabinet dans les bureaux des magistrats.

M.C :

La loi de 1975 répond-t-elle dans la pratique, à toutes les causes de rupture ? Y a-t- il des causes qui lui échappent à l'échelle de la législation ?

Av.

Je crois que la loi aujourd'hui, répond à toutes les causes de divorce de la famille légitime. Il est vrai qu'à côté, on voit se multiplier des familles naturelles avec ou sans cohabitation, des familles monoparentales qui représentent aujourd'hui près de 15% de l'ensemble, et des familles recomposées. Face à cette « pluralisation » du modèle familial, la loi n'a pas encore trouvé le mode de régulation des ruptures de toutes ces familles nouvelles, diversifiées ou recomposées, avec ou sans enfants.

Car, non seulement, il faut aujourd'hui mettre en place de nouvelles structures juridiques permettant de cadrer les nouvelles formes de cohabitation, mais encore des procédures permettant de les dissoudre dans le respect des droits et obligations de chacun, tout en préservant les intérêts des enfants. Dans ce cas, le divorce ne peut bien entendu pas s'appliquer puisque par définition il ne concerne que la dissolution du mariage. Pour les personnes non mariées, il convient d'imaginer d'autres formes de rupture. Faut-il permettre aux parties de défaire elles-mêmes le contrat qu'elles ont signé hors la présence de professionnels tels que magistrats ou avocats ? Personnellement je ne le pense pas. Un Etat de droit doit pouvoir fournir aux justiciables le moyen de préserver les intérêts des uns et des autres, que se soit sur le plan économique ou bien entendu sur le plan de l'intérêt des enfants. Seul un accompagnement fait par des professionnels, magistrats ou avocats, permet de vérifier que ces intérêts sont bien protégés, même dans un divorce à l'amiable. Car, très souvent c'est l'une des parties dominantes qui tend à imposer un rapport de force à l'autre, et de ce chantage, les enfants sont malheureusement trop souvent les otages.

M.C :

On a remarqué que des problèmes continuent souvent à se poser après le divorce. Que pensez-vous de l'évolution de la notion d'« intérêt de l'enfant » et de celle de l'« autorité parentale » ?

Av.

C'est à ce niveau là qu'il convient d'être le plus exigeant. Dans la réforme de 1975, on fait de « l'intérêt de l'enfant » le critère exclusif d'attribution de la garde des enfants mineurs, sans aucune référence à la notion de faute de l'un ou l'autre des parents, comme trop de justiciables le croient encore. L'émergence dans le droit contemporain du critère de l'intérêt de l'enfant, est le fruit d'une longue histoire lié à la transformation des mentalités. A partir du 19ème siècle, on a commencé à reconnaître l'enfance, comme une période de la vie d'un être humain en devenir, et l'enfant en tant que sujet en général et en tant que sujet de droit en particulier. Mais la loi de 1975 continue à attribuer le droit de garde de l'enfant à l'un ou l'autre des parents, un peu comme la garde d'un objet. Il est intéressant ici de noter que pour agir sur le comportement des parents et sur les mentalités, le législateur va opérer par une modification du « signifiant » en supprimant le mot de « garde » et en mettant en place le concept d'autorité parentale. Mais, ce n'est qu'en 1993 que le législateur va pleinement prendre en compte l'intérêt de l'enfant, notamment en posant comme principe l'autorité parentale conjointe non seulement pendant le mariage, mais aussi après le divorce, le juge ne faisant que constater le cas échéant ce droit puisqu'il est inscrit dans la loi. Cette autorité parentale conjointe a aussi été étendue à la séparation des couples concubins, à condition toutefois que le père reconnaisse l'enfant avant son premier anniversaire, et qu'il vive avec la mère au moment de cette reconnaissance. Cette loi permet aussi l'audition de l'enfant par le juge quel que soit son âge, à condition qu'il ait l'âge de discernement.

En tant que praticien du droit, je constate toutefois qu'il existe des décalages importants entre la volonté du législateur qui met en avant l'intérêt de l'enfant et la pratique. On peut en effet, légitimement se poser la question en quoi consiste l'intérêt de l'enfant : selon les statistiques il semblerait que l'hébergement principal de l'enfant est confié dans 85% des cas à la mère et dans 9% seulement des cas au père, les 6 autres % faisant l'objet d'un hébergement alterné. Pourquoi cette discrimination à l'égard du père ? Car dans le cas où la femme et l'homme travaillent, pourquoi l'homme ne serait-il pas autant apte à s'occuper de l'enfant que la femme. Pour certains, le fait que la profession de magistrats ou d'avocats se soit fortement féminisée n'est pas étranger à ce débat. Un juge ou un avocat est forcément pris dans un système de représentations, dans un itinéraire professionnel et dans un parcours familial. Il me paraît évident que l'implication de chacun est inévitable y compris dans mon propre discours, car on est toujours enfant de quelqu'un et souvent aussi père ou mère avec des statuts variables : divorcés, famille monoparentale etc... Or, je constate qu'à Strasbourg, 4 juges aux affaires familiales sur 5 sont des femmes, et 4 juges pour enfants sur 5 sont également des femmes.

Il semble par ailleurs que 40% des enfants du divorce ne voient leur père que moins d'une fois par mois, voire quasiment pas du tout. Parallèlement aux modèles familiaux, la fonction paternelle est de plus en plus fragmentée, souvent par la volonté de la mère, parfois par les décisions de justice ou alors par l'enfant lui même. L'homme surtout lorsqu'il est privé de son statut social, dans le cas du chômage, va souvent s'effacer moins par choix délibéré ou par démission, mais tous simplement parce — qu'il ne pourra plus assurer sa paternité et sa parentalité, sur le plan symbolique et ce surtout s'il n'y est pas encouragé soit par l'institution, soit par la mère qui souvent dans les règlements de comptes, plus ou moins consciente à parfois tendance à l'exclure et ce au détriment même de l'intérêt des enfants. Entre le second mari, l'oncle, le grand–père... se mettent en place des substituts paternels qui n'assurent pas du tout une continuité et une cohérence au niveau de l'identification nécessaire à l'enfant et ce d'autant plus que la plupart des professions sociales (nourrice, auxiliaire, institutrice) sont également fortement féminisée. Ce problème est d'autant plus exacerbé dans les familles immigrés ou mixtes (12% des mariages français comporteraient un conjoint étranger) où la coexistence de cultures différentes crée des malentendus parfois insurmontables.

M.C :

Est ce qu'il y a des différences, des oppositions entre les avocats sur ces questions ? Et comment pourrait–on les expliquer ?

Av.

Je pense pas qu'il n'y a pas de consensus des avocats sur ces questions, tout d'abord parce que comme la très bien montré Lucien Karpic, les avocats sont aujourd'hui une profession très morcelée pris eux-mêmes dans les lois du marché avec notamment depuis la fusion de 1992, d'une part les avocats d'affaires qui s'occupent plutôt du domaine juridique et d'autre part les avocats du droit des personnes qui s'occupent plutôt du domaine judiciaire. Depuis quelques années, d'ailleurs les ordres professionnels reconnaissent aux avocats des spécialités comme c'est le cas par exemple pour les médecins. Sont donc essentiellement concerné par ces questions les avocats qui traitent des problèmes du droit de la famille. Mais au delà des spécialités des uns et des autres, il y a sur ces questions là nécessairement des implications personnelles liées à l'éducation, la culture, l'itinéraire professionnel ou familiale.

M.C :

Qu'en est-il de l'accès à la justice par le justiciable : n'y a-t-il pas une différence de traitement entre ce que l'on peut nommer « les favorisés et les défavorisés » ?

Av.

Cette question de l'accès à la justice reste un vrai problème, non seulement en France mais dans l'ensemble des pays européens. En ce qui concerne le droit de la famille et notamment le divorce, la représentation de l'avocat est obligatoire s'agissant d'une procédure devant le tribunal de grande instance. Dans un certain nombre d'autres cas, notamment dans des contentieux après divorce, pour réajuster par exemple la pension alimentaire ou pour faire modifier l'hébergement principal, le justiciable peut directement saisir le juge aux affaires familiales sans passer par un avocat. Mais, même dans ce cas là, la présence d'un professionnel est souhaitable car il saura mieux présenter les arguments pour convaincre. De tous temps, en tout cas depuis la révolution française, les citoyens sont censés être égaux en droit devant la justice. C'est en 1851, qu'on a organisé l'assistance judiciaire qui permet à tout justiciable dont les ressources sont insuffisantes de se voir désigner un avocat ; mais les avocats le faisaient me semble-t-il bénévolement et c'est la raison pour laquelle, c'était surtout les avocats stagiaires qui étaient désignés ce qui ne permettait pas une égalité des citoyens devant la justice. C'est la raison pour laquelle la loi de 1972 a prévu une indemnité pour les avocats lorsqu'ils sont désignés en aide juridictionnelle, mais ces indemnités ne couvraient de loin pas les frais engagés par les professionnels. La loi de 1991 a largement étendu le domaine de l'aide judiciaire, en augmentant le nombre de bénéficiaires. L'objectif était ambitieux, il s'agissait également d'augmenter les crédits budgétaires qui devaient atteindre 1,5 milliards de francs en 1994, soit 3 fois plus qu'en 1991. Dans la réalité les crédits prévus pour l'année 1992 ne se sont élevés qu'à 900 millions de francs. Cette loi avait prévu également l'aide à l'accès au droit, ce qui est une innovation importante car elle permet au justiciable d'accéder non seulement aux procédures mais également à la consultation juridique, à l'élaboration de contrat etc... Malheureusement, en dehors de la consultation juridique gratuite qui a était mise en place dans la plupart des barreaux de France, les autres aspects prévus par cette loi n'ont pas été mis en place.

M.C :

Pensez-vous qu'il y ait des retombées négatives ? Le recours à l'aide juridictionnelle n'est-il pas un frein en lui même dans le choix de l'avocat ? dans le choix du divorce ?

Av.

L'aide juridictionnelle n'est pas un frein en elle-même. En effet, dans la plupart des cas le justiciable peut choisir son avocat en aide juridictionnelle. Il peut donc tout à fait choisir un avocat spécialisé en droit des personnes. Bien entendu celui-ci peut refuser d'assister quelqu'un dans le cadre des règles de déontologie qui régissent la profession. Il convient toutefois de souligner qu'en France l'aide juridictionnelle versée à l'avocat est relativement faible comparée à celle qui est payée dans d'autres pays tels que l'Allemagne par exemple. Cela peut bien sûr avoir des incidences sur les modalités de traitement du divorce. L'indemnité versée pour un divorce pour faute est actuellement de 3200 francs alors que ce type de procédure demande parfois plusieurs dizaines d'heures de travail... Par contre, un divorce sur requêtes conjointes avec un seul avocat est rétribué d'un montant de l'ordre de 4700 francs. Dans ce cas, la part contributive de l'Etat semble raisonnable. Si le justiciable ne trouve pas d'avocat acceptant d'être désigné en aide juridictionnelle, c'est l'ordre des avocat qui va le désigner. A Strasbourg, chacun des avocats est désigné à tour de rôle par ordre alphabétique même s'il n'est pas spécialisé en la matière, ce qui est discutable.

M.C :

Il n'est pas anodin de rappeler que c'est sous un régime de droite qu'il y a eu la réforme de 1975. Il se trouve, que maintenant on est devant des statuts flous et une ambiguïté des représentations familiales. La relation devient sensiblement plus complexe entre les représentations des politiques et les comportements des citoyens. Comment peut-on naviguer dans ce flou ?

Av.

L'évolution des mœurs n'est pas un problème de gauche ou de droite, le problème est de savoir si face à cette mutation les décideurs politiques vont pouvoir mettre en place les cadres juridiques nécessaires pour réguler cette mutation. A propos de la famille, J. Carbonnier a très justement écrit : « Si les savants d'il y a cent ans se demandaient d'où elle venait : ceux d'aujourd'hui se demandent plutôt où elle va ». Mettre en place une politique de la famille n'est pas une chose facile car cette politique relève non pas d'un ministère, mais d'une dizaine de ministères qui sont censés travailler ensemble de manière transversale alors que par définition les ministères sont morcelés. Au delà des problèmes de plafonnements, de prestations familiales et de réductions des allocations des gardes d'enfants à domicile qui relèvent plutôt de l'idéologie, il convient de s'interroger aujourd'hui sur les enjeux d'une véritable politique familiale qui fasse signe et qui donne un sens. Il convient avant tout de rendre les adultes plus capables d'être parent, en offrant à chaque enfant la possibilité d'une relation stable non pas seulement avec un individu mais avec un couple parental. A partir de ma pratique professionnelle, je constate que l'enfant a besoin à la fois d'un père et d'une mère. Cette double filiation est à la fois un gage de sécurité et de stabilité du lien, en permettant l'altérité nécessaire. L'exercice de la parentalité est une chose difficile et il faut que les parents puissent s'appuyer sur des lieux institutionnels tiers (centre sociaux, crèches, maisons de retraites etc...). En même temps il convient je crois de redonner au droit la place de référence nécessaire pour hiérarchiser et repenser les comportements sociaux au niveau du mariage, de la filiation, de l'état civil etc... Il convient également que le droit pénal sanctionne de manière plus signifiante les interdits en créant peut être de nouveaux délits pour celles ou ceux qui assumeraient mal ses fonctions de parentalité notamment en s'appropriant de manière exclusive l'affection d'un enfant par exemple.