

Jan-Robert Schmidt, *Will das Kind sein Wohl? Eine Untersuchung über Kindeswille und Kindeswohl im Sorge- und Umgangsrecht nach Scheidungen von 1946 bis 2016*

Philipp Glahé



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/ifha/11067>

ISSN: 2198-8943

Publisher

IFRA - Institut franco-allemand (sciences historiques et sociales)

Electronic reference

Philipp Glahé, "Jan-Robert Schmidt, *Will das Kind sein Wohl? Eine Untersuchung über Kindeswille und Kindeswohl im Sorge- und Umgangsrecht nach Scheidungen von 1946 bis 2016*", *Revue de l'IFHA* [Online], Date of review, Online since 05 January 2021, connection on 07 January 2021. URL: <http://journals.openedition.org/ifha/11067>

This text was automatically generated on 7 January 2021.

©IFHA

Jan-Robert Schmidt, *Will das Kind sein Wohl? Eine Untersuchung über Kindeswille und Kindeswohl im Sorge- und Umgangsrecht nach Scheidungen von 1946 bis 2016*

Philipp Glahé

« C'est Goethe qui disait : 'J'aime mieux une injustice qu'un désordre.' Parole inhumaine et odieuse derrière quoi toujours se réfugient les bourreaux et les mauvais juges, parole malfaisante et imbécile, car la justice provoque toujours ce désordre que M. Goethe, soucieux de sa tranquillité, redoutait tant », écrivait le scénariste et journaliste Henri Jeanson (François Caradec (dir.), *Henri Jeanson en verve*, 1971, p.14). En effet, il n'est pas rare que des jugements tout en respectant les lois, contredisent au sens de la justice. Chaque État de droit se heurte à un vieux problème presque insoluble, le conflit entre le respect de l'idée de la « sécurité juridique » et la justice. Théoriquement, ces deux principes devraient aller ensemble, ce n'est, en pratique, pas toujours le cas. La sécurité juridique repose sur la généralité et la clarté des lois ainsi que sur leur stricte application. Les lois sont cependant souvent confrontées à



une réalité hors toute théorie juridique mais qui nécessite néanmoins une régulation. Dans une telle situation, les juges ont peu de choix : ils optent plutôt pour l'injustice que pour le désordre. Mais que faire, quand même les lois par manque de clarté ne donnent aucune orientation aux juges ?

Dans sa thèse, le juriste Jan-Robert Schmidt se penche sur un problème qui incarne de manière emblématique le conflit jeansonien : il étudie un des termes juridiques les plus flous en droit allemand, celui du « Kindeswohl » (l'intérêt de l'enfant). Son livre a pour but de donner une vue d'ensemble de l'évolution du concept de « Kindeswohl » en relation avec celui de « Kindeswille » (la volonté de l'enfant) dans les procédures de divorce entre 1946 et 2016. En choisissant une démarche pluridisciplinaire, il se sert à la fois des méthodes historiques, juridiques et sociologiques, incluant également les connaissances scientifiques de la psychologie et de la pédagogie. Ainsi, l'auteur fonde pour quitter le cadre strictement juridique son argumentation non seulement sur les lois, la littérature juridique ou des verdicts publiés mais aussi sur une enquête de terrain réalisée avec plus de 300 juges.

Au centre du livre de Schmidt se trouvent les problèmes de définition, d'interprétation et d'application des termes « Kindeswohl » et « Kindeswille » par la justice allemande. L'auteur décrit de manière détaillée une des difficultés typiques rencontrées en droit : une « personne physique » (au sens légal, c'est-à-dire un être humain doté de droits) qui n'est pas capable de revendiquer elle-même ses droits – l'enfant. Il va de soi qu'en Allemagne, selon la Constitution, les enfants possèdent les mêmes droits que chaque citoyen majeur. Cela étant, faute d'une capacité d'autodétermination, les droits et les intérêts de l'enfant sont revendiqués soit par ses parents, soit par l'État (art. 6 de la Loi fondamentale).

Théoriquement, l'État n'intervient pas dans la sphère familiale et ne met pas en question le soin parental, sauf en cas de procédures de divorce conflictuelles. Quand les parents ne trouvent pas un accord en ce qui concerne de droit de garde des enfants, c'est à l'État de décider ce qu'est l'intérêt de l'enfant. La ligne directrice pour les décisions des Tribunaux de la famille selon Code Civil allemand (§ 1697a BGB) est le « Kindeswohl ». Le seul problème est que le législateur n'a pas défini ce terme juridique pour donner une certaine flexibilité aux juges dans leurs décisions. C'est justement le point clé que l'auteur examine : il retrace, dans une perspective diachronique, les manières dont les juges ont donné un contenu au terme juridique peu clair de « Kindeswohl ».

L'auteur montre que les tribunaux procédaient au début de la période examinée de manière très schématique et, surtout, ils n'intégraient pas les enfants et leur avis dans les jugements. Pour les juges, la question de la faute pour le divorce (« Scheidungsschuld ») était primordiale. Le parent qui était jugé coupable pour le divorce était considéré moins apte à s'occuper de ses enfants. A partir des années 1970, Schmidt constate une évolution remarquable dans les décisions de garde qui était dû à des changements profonds dans la société allemande, notamment du concept de la famille, de l'égalité homme-femme dans le mariage et de la perception de l'enfant. Désormais, les tribunaux commençaient à s'intéresser de plus en plus pour l'opinion des enfants pour lesquels ils devaient trouver une solution. L'auteur souligne que pour cette raison, les juges ont progressivement fait appel aux experts psychologiques afin de mieux évaluer la volonté de l'enfant. Toujours est-il que l'influence croissante des disciplines non-juridiques comme la pédagogie dans l'interprétation du « Kindeswohl »

n'a pas pu, au dire de Schmidt, contribuer à une amélioration considérable de la situation des enfants dans les procès de garde.

Malgré son approche innovatrice et interdisciplinaire, Schmidt restreint son étude au débat légal allemand. Ainsi, il ignore les discussions menées sur le même sujet dans d'autres pays où se posent les mêmes problèmes (Pierre Verdier, « De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant », *Enfances & Psy*, n° 2, 2009, pp. 85-92; Jodie Oshana, *Family and Juvenile Court Judges and the Best Interests of the Child: Current Practices, Procedures, and Recommendations*, 2017). Qui plus est, l'auteur met très peu l'évolution et l'interprétation du droit allemand en relation avec le développement des droits de l'enfant sur l'échelle internationale, par exemple avec la Convention relative aux droits de l'enfant de l'ONU de 1990. Cela aurait son doute enrichi l'argumentation de Schmidt qui cherche à quitter le cadre traditionnellement fermé de la jurisprudence allemande.

Pour en revenir à Jeanson, Schmidt peut difficilement contredire l'impression du journaliste que, au moins dans les décisions de garde, la justice « provoque le désordre ». Mais l'auteur montre bien que ni les « bourreaux » ni les « mauvais juges » sont à l'origine de cette problématique. Tout au contraire, la justice de la famille a reconnu ses déficits. Néanmoins, le cercle se referme. Le « Kindeswohl » restera, comme Schmidt conclut son étude, « insaisissable » (p. 335), toutefois pas faute de bon juges, mais parce que les adultes ne savent souvent pas malgré toutes les nouvelles méthodes psychologiques et pédagogiques comprendre la volonté des enfants. Les besoins et émotions des enfants ne sont alors pas justiciables.

INDEX

Chronological index: Époque contemporaine

Subjects: Histoire du droit

AUTHOR

PHILIPP GLAHÉ

EHESS Paris/ Universität Heidelberg