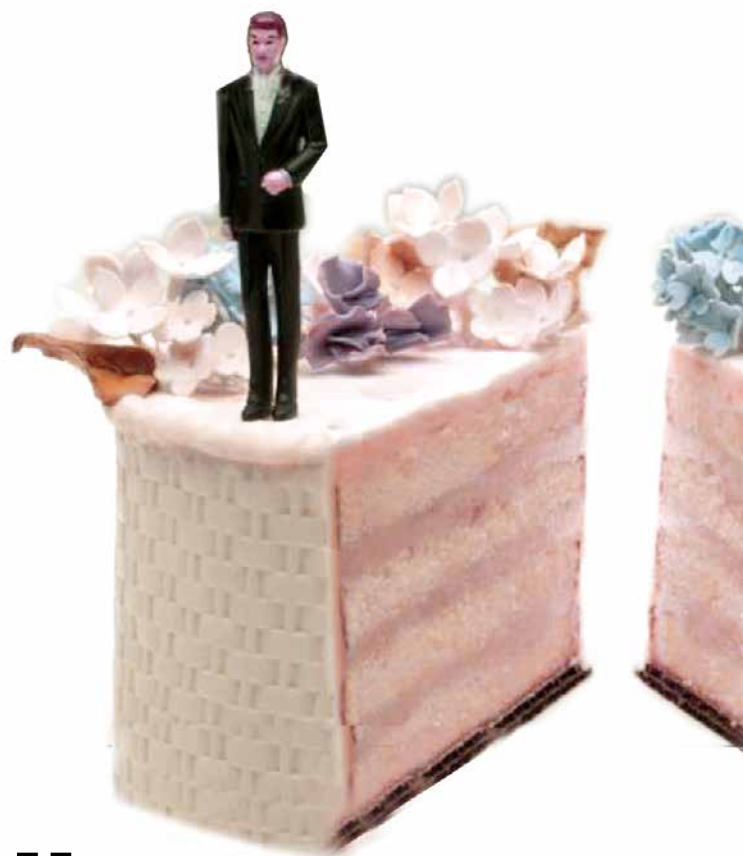


On s'y attendait depuis un certain temps et la loi dite de « modernisation de la justice du XXI^e siècle »* l'a fait: depuis le 1^{er} janvier 2017, il est possible de divorcer (en cas de consentement mutuel seulement) sans avoir à comparaître devant un magistrat. Explications.



Le nouveau divorce sans juge

Jean-Paul Vassal

*Docteur en droit
Avocat à la Cour*

La nouvelle procédure de divorce a pour nom: « divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ». Ce nouveau texte (qui a été validé par le Conseil Constitutionnel – décision du 17 novembre 2016) doit permettre de « déjudiciariser » le divorce, d'en réduire

* Loi n° 2016-1547 du 18/11/2016 et son décret n° 2016-1907 du 28/12/2016.

les délais et de désengorger les tribunaux qui n'examineront plus que les cas conflictuels.

Selon le nouvel article 229-1 du Code civil, lorsque les époux parviennent à s'entendre sur la rupture du mariage et ses conséquences, ils peuvent, chacun assisté par un avocat (l'avocat unique n'est plus possible), constater leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats. Chaque conjoint

doit avoir son propre avocat, de manière à garantir que son consentement est éclairé et libre de toute pression.

La convention de divorce

Elle sera préparée par les avocats des deux époux. Elle sera ensuite signée (passé un délai de réflexion d'au moins quinze jours) par les époux et leurs avocats, ensemble, ce qui permettra de solenniser ce moment de la procédure. Cet acte doit être détaillé et réfléchi car



l'article 229-3 rappelle que « le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas ».

La convention devra comporter expressément, à peine de nullité :

- les nom, prénoms, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des époux, la date et le lieu de mariage, ainsi que les mêmes indications, le cas échéant, pour chacun de leurs enfants ;
- les nom, adresse professionnelle et structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que le barreau auquel ils sont inscrits ;
- la mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ;

- les modalités du règlement complet des effets du divorce, notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire à l'un des époux ;
- l'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière (c'est-à-dire un appartement ou une maison par exemple) ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ;
- la mention que les enfants mineurs, s'il en existe, ont été informés par leurs parents de leur droit à être entendus par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 (voir le texte de cet article page suivante) et qu'ils ne souhaitent pas faire usage de cette faculté.

Chaque avocat adresse à l'époux qu'il assiste, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le projet de convention, qui ne peut être signé, à peine de nullité, avant l'expiration d'un délai de réflexion d'une durée de quinze jours à compter de sa réception (article 229-4 du Code civil).

Dépôt chez un notaire

Une fois signée, cette convention, qui détermine les modalités du règlement complet des effets du divorce, est déposée par les avocats au rang des minutes d'un notaire. Ce dépôt lui confère date certaine et force exécutoire. Le divorce sera donc daté du jour de cet enregistrement par le notaire. Ce dernier remettra une attestation de dépôt aux avocats qui permettra à ceux-ci de faire la transcription en marge de l'acte de mariage des ex-époux.

Le notaire sera (modiquement) rémunéré 50 € pour cette formalité mais, bien entendu, ce coût ne comprend pas celui de la liquidation du régime matrimonial (s'il y a des biens à partager).

Ainsi que le souligne Jean-Jacques Urvoas, ministre de la Justice, dans un communiqué du 27 décembre 2016 : « Le notaire ne remplace pas le juge : il ne contrôle pas le consentement des parties ni l'équilibre de la convention, ces missions étant assurées par les avocats. Ni les parties ni les avocats ne se présentent devant lui. » En effet, le notaire, qui ne reçoit pas les parties, ne contrôle que la forme de la procédure : il se borne à vérifier le respect des exigences formelles prévues aux paragraphes 1 à 6 de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion de quinze jours prévu à l'article 229-4 précité.

Les exceptions

Cette procédure simplifiée comporte néanmoins deux exceptions (article 229-2). Ainsi, les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque :

- l'enfant mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge ;
- l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus par le Code civil : sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle.

Conséquences

Cette procédure simplifiée pourra plus facilement être remise en cause qu'un jugement de divorce. En effet, ici, il n'y a pas de jugement, mais un simple contrat dont l'un des époux pourra (pendant cinq ans conformément à l'application de l'article 2224 du Code civil sur la prescription de droit commun) demander la nullité s'il estime par exemple que son consentement n'a pas été libre (vice affectant le consentement comme la tromperie ou la violence) ou encore que l'un des époux pourra contester pour ce qui concerne par exemple la valeur des biens partagés.

À titre de comparaison, l'ancien divorce par consentement mutuel entériné par un juge n'était susceptible que d'un pourvoi en cassation dans un délai de quinze jours à compter du prononcé du divorce.

Cette observation ne concerne pas les mesures concernant les enfants (notamment quant à l'exercice de l'autorité parentale) qui peuvent toujours faire l'objet d'une modification par le juge aux affaires familiales si la situation familiale a changé (article 373-2-13 du Code civil).

Cette nouvelle procédure est déjà critiquée, notamment parce qu'elle oblige les parties à avoir chacune leur avocat alors que, jusqu'à présent, 80 % des procédures de divorce par consentement mutuel étaient initiées par un avocat commun, ce qui entraînera donc un surcoût pour un couple qui souhaite divorcer.

En outre, certains magistrats estiment qu'elle n'est pas suffisamment protectrice des intérêts des enfants et certaines

associations féministes jugent qu'elle serait dangereuse pour les droits des femmes : « Lorsqu'il y a violence dans le couple, les femmes qui en sont victimes souhaitent que la séparation se fasse le plus vite possible et elles sont souvent prêtes à brader leurs droits. »

Quoi qu'il en soit, il est sûr que la vigilance et la conscience professionnelle des avocats seront déterminantes pour éviter de telles dérives.

Droit des enfants à être entendus par un juge

L'article 338-1 du Code civil stipule que : « 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, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet.

Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus.

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.

Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat. »