



Réforme du divorce par consentement mutuel : qui a peur du grand méchant loup ?

L'article 50 de la loi de modernisation de la justice, dite J21, a, dans l'ambition de « rendre la justice plus efficace, plus lisible et plus accessible », profondément réformé le divorce par consentement mutuel. Les objectifs du législateur sont économiques, l'usage d'une périphrase ne leurre personne : « recentrer les juridictions sur leurs missions essentielles » traduit la volonté d'éliminer le contentieux de masse et les procédures gracieuses de la sphère judiciaire ou même, publique. La réforme s'est attirée les critiques d'une grande partie du monde judiciaire, de la doctrine¹ et des organisations syndicales², sans faire l'unanimité contre elle toutefois puisque certains ont plutôt choisi d'y voir une marque de confiance envers les avocats, la possibilité pour les couples de se « réapproprier » la séparation ou l'occasion pour les avocats de réviser leurs pratiques³.



par Aurélie Lebel
SAF Lille,
Présidente de la commission Famille

LA RÉFORME, PORTE OUVERTE À LA « DÉJUDICIARISATION DE L'AMIABLE » ?

Cette divergence d'analyse soulève plusieurs questions, à commencer par celle des contrôles qu'il demeure possible d'exercer sur les libertés individuelles, au nom de la société ou de la protection des individus contre eux-mêmes. La société évolue incontestablement vers la « rupture administrative » du mariage envisagée par Irène Théry, même si le transfert de compétence qu'elle imaginait ne s'est *in fine* pas réalisé au profit de l'officier d'état civil mais d'un auxiliaire de justice, étrangement marié

pour l'occasion à un officier ministériel. Le justiciable est devenu de plus en plus rétif à l'ingérence judiciaire et la réforme du divorce par consentement mutuel semble, le concernant, avoir touché son public. Dès lors, la question dépasse aujourd'hui le simple champ du divorce par consentement mutuel pour gagner toute la matière familiale : après avoir réduit quasi à néant l'ordre public de direction, faut-il aussi envoyer aux oubliettes l'ordre public de protection incarné par le juge, dès lors qu'il existe un consensus au sein du couple ? En d'autres termes, peut-on maintenir l'intervention du juge aux affaires familiales en présence de justiciables non-mariés – sauf à considérer qu'ils sont de « moins bons parents » que les autres, dont les accords devraient donc être contrôlés a priori – alors qu'elle a été supprimée *ab initio* au profit (ou au détriment) du couple marié optant pour un divorce par consentement mutuel et qu'il est désormais possible de se passer du juge pour assortir la pension alimentaire conventionnelle de la force exécutoire ?

La déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel représente donc à cet égard, aussi, un tournant dans l'histoire



judiciaire en ce qu'elle pourrait rapidement conduire à la déjudiciarisation d'une part importante des affaires familiales. Cette déjudiciarisation pourrait passer par l'acte d'avocat, s'il était enfin doté de la force exécutoire, à l'image de ce qu'a imaginé l'Italie. Mais faute pour les avocats d'obtenir un tel acte, le notaire pourrait aussi apparaître comme le nouvel instrument de l'amiable en matière familiale, d'autant plus facilement qu'il l'est déjà devenu partiellement avec la réforme. Les juges, on l'a déjà dit, appellent de leurs vœux la suppression du contentieux de masse, ce que leur offrirait en partie cette déjudiciarisation de l'amiable dont le notaire aurait tôt fait de se présenter comme l'instrument « naturel ». Droit et difficultés conjugales représentent, ne l'oublions pas, un marché convoité par les associations, les médiateurs, les « braconniers du droit » et les notaires...

LA « DÉJUDICIARISATION DE L'AMIABLE » : ENTRE LA FIGUE ET LE RAISIN...

La privatisation de la justice est attendue par une partie importante de la profession en ce qu'elle offrirait aux avocats un rôle de premier plan. Les avocats, confrontés aux menaces qui pèsent sur leur exercice professionnel pourraient cependant être tentés de s'engouffrer un peu trop rapidement dans une brèche qui n'est pas dépourvue de danger, indépendamment du notaire. Outre qu'elle poursuit des objectifs essentiellement économiques, la déjudiciarisation de la matière familiale repose en effet sur le postulat d'une égalité au sein des couples qui n'est évidemment pas garantie par l'existence d'un consensus apparent ou la présence des avocats (dont le rôle, rappelons-le, ne consiste pas à contrôler l'équilibre des conventions mais à veiller au consentement éclairé de leur client) et qui, à ce jour, demeure un vœu pieux, ne serait-ce que pour des raisons économiques⁴. Elle pourrait par ailleurs donner à la volonté une primauté qui assimilerait la rupture conjugale à celle d'un simple contrat, ce qu'elle n'est pas...⁵ Le « tout amiable » prôné par le législateur fait au surplus figure d'angélisme : n'importe quel accord serait forcément bon, et la médiation assistée par avocat deviendrait le nouveau garant de l'ordre public de protection ?

Le législateur ne s'est pas embarrassé de toutes ces considérations lorsqu'il a éliminé le juge du divorce par consentement mutuel, du moins a priori. Il est regrettable qu'un virage de cette importance ait été abordé sans examiner les enseignements de l'histoire (Rome et l'an II ont déjà expérimenté le divorce par consentement mutuel sans juge...) et en faisant l'économie d'un débat de fond qui avait pourtant été entamé au début du quinquennat⁶. D'autant qu'un travail de prospective pourrait aussi conduire à une analyse moins sévère de la déjudiciarisation : si elle demeure critiquable en ce qu'elle constitue une privatisation de la justice déjà largement dénoncée, l'actuelle disparition du juge ne s'est pas accompagnée d'une libéralisation du droit s'agissant du divorce par consentement mutuel. Il n'a été ques-

tion, pour le législateur, que d'un simple transfert de compétences et si les conséquences de la réforme sont d'importance, nous ne sommes pas devenus totalement libres du contenu de nos actes, nonobstant la disparition du juge. Interdites, donc, les dispositions « fantaisistes », mais pas seulement, l'essentiel des dispositions de l'acte portant finalement sur des matières d'ordre public... Comme le révèle la déjudiciarisation concomitante du changement de prénom, le législateur n'a pas nécessairement donné, avec J21, de prime à l'autonomie de la volonté : il ne s'est pas agi de permettre un changement de prénom au gré des désirs du requérant, mais de transférer à l'officier d'état civil, en lieu et place du juge, l'appréciation d'un intérêt légitime demeurant inchangé dans ses critères⁷. De la même façon, en matière de divorce par consentement mutuel, le législateur n'a pas lâché

la bride sur le cou de ses rédacteurs : par les renvois qu'il opère, notamment en matière de prestation compensatoire, et par les contrôles dont il dispose *a posteriori*, il n'a pas d'avantage libéralisé le contenu du divorce⁸ y compris concernant les enfants, à condition évidemment, que le juge ne s'abrite pas derrière l'autonomie de la volonté pour refuser de statuer. Cette question renvoie à la nature même de l'acte, qui après avoir divisé les commentateurs de la loi, semble aujourd'hui faire l'unanimité : comme le relève, amusé, François Chénéde, s'il s'agit désormais d'une « convention-contrat »⁹, elle jouit en vertu de sa nature familiale d'une « nature particulière » et n'est donc pas soumise, par exemple, aux articles 1101 et suivants du Code Civil pour ses dispositions « inconciliables par nature »

avec le divorce...¹⁰ On relèvera qu'il conteste certaines propositions de la circulaire et notamment l'analyse qui fait du nouveau divorce un contrat « à terme... ».

AVOCAT, GARE À TON DEVOIR DE CONSEIL, OU LE NOTAIRE TE MANGERA...

La loi, vivement critiquée pour son imprécision, a été complétée par le décret du 28 décembre 2016, par une circulaire et par un arrêté, qui ont progressivement levé les doutes et les difficultés induites par la précipitation de la réforme. Mais, on l'a vu, en partie, seulement... Quoi qu'il en soit et même si le nouveau divorce par consentement mutuel appelle toujours de nombreuses critiques, il est indispensable pour les avocats de s'en emparer, d'abord parce qu'il répond à un besoin social. Il présente par ailleurs l'atout incontestable de la rapidité.

La réforme a effectivement fait du divorce un acte d'une nature nouvelle et a renforcé la responsabilité des avocats : cependant les avocats, jusqu'à nouvel ordre, rédigent des contrats et en maîtrisent les risques. Certes, le nouveau divorce est effectivement devenu un acte complexe ne permettant plus à l'avocat qui n'en maîtriserait qu'imparfaitement les modalités de le pratiquer : il a cessé de constituer la procédure refuge du non-spécialiste. Dont acte... Les difficultés posées par la réforme ont été globale-

**DROIT ET DIFFICULTÉS
CONJUGALES REPRÉSENTENT,
NE L'OUBLIONS PAS, UN
MARCHÉ CONVOITÉ
PAR LES ASSOCIATIONS,
LES MÉDIATEURS,
LES « BRACONNERS DU DROIT »
ET LES NOTAIRES...**



ment sériees par la doctrine, qui en a précisé les contours et qui a proposé les solutions pour les encadrer. Le risque existe, oui, mais pour l'avocat qui ne reverrait pas ses pratiques, pour tenir compte de la nouvelle responsabilité du rédacteur d'un acte qui a cessé d'être purgé de ses vices par l'homologation judiciaire. Si les voies de nullités sont effectivement ouvertes contre la convention dans un délai de 5 ans, à l'avocat, sauf à disparaître, de garantir par l'effectivité de son devoir de conseil la sécurité juridique qui entre dans sa mission : l'acte est notamment soumis aux dispositions de l'article 1128 du Code Civil qui prévoit que « sont nécessaires à la validité des contrats le consentement des parties, leur capacité à contracter, un consentement licite et certain » et que l'accord est constaté par une « convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374 ». L'acte d'avocat faisant foi quant à la signature et au consentement de son signataire, leur contrôle incombe donc à l'avocat, pas au notaire, et il doit être effectif. La responsabilité de l'avocat est d'autant plus engagée que ce dernier, « en contresignant l'acte, atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de l'acte » et que les époux sont « tenus par le devoir précontractuel d'information nouvellement codifié (1112-1 CC) », qui impose à celui qui connaît une information déterminante pour le consentement de l'autre de l'en informer. Cela implique, pour l'avocat, de se soumettre à des contrôles complémentaires, à la réécriture de ses conventions et à des vérifications nouvelles : incontestablement, les avocats insuffisamment formés ou qui prêteraient leur signature à des « divorces dématérialisés » s'exposeraient aux conséquences induites par la fragilité de leurs actes et leur défaut de conseil, outre d'inévitables poursuites ordinaires. Ils réduiraient par ailleurs à néant la place de l'avocat, justifiant le transfert des compétences qui lui sont accordées, au notaire. Le droit est effectivement un marché... ■

**QUOI QU'IL EN SOIT ET MÊME SI
LE NOUVEAU DIVORCE
PAR CONSENTEMENT MUTUEL
APPELLE TOUJOURS DE
NOMBREUSES CRITIQUES,
IL EST INDISPENSABLE
POUR LES AVOCATS DE S'EN
EMPARER, D'ABORD PARCE
QU'IL RÉPOND
À UN BESOIN SOCIAL.**

- 1 A. FAUTRE-ROBIN et C. BERANGER, *Le divorce sans juge : regards croisés sur une réforme controversée*, RJP, 2017 1/11 ; H. FULCHIRON, *Divorcer sans juge – à propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle*, JCP G 2016, 1267, J. CASEY, *Divorce par consentement mutuel sans juge : ce serait drôle si ce n'était pas si triste*, Lexbase, 19 mai 2016 ; C. BRENNER, *Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ?*, JCP N 2017, act., 262.
- 2 Communiqué du SAF, 17 mai 2016 : *Divorce sans juge : une privatisation progressive de la justice* ; Communiqué UJA du 30 janvier 2017, *Motion divorce sans juge*.
- 3 R. BARTHELEMY *Divorce sans juge : interrogeons nos pratiques !*, Dr. famille, 2016, n°7-8, n° 27.
- 4 Les conséquences économiques de la rupture, la prestation compensatoire en question, Paris, Ministère de la justice, 7 octobre 2016.
- 5 « *L'institution, ensemble de règles encadrant la vie conjugale dans la collectivité, cède le pas devant le contrat, alors qu'un but d'intérêt général, donc d'ordre public, justifie la dimension protectrice du droit de la famille. L'institution contractuelle poursuit d'autres objectifs. La petite loi réformant le divorce repose sur le postulat d'une égalité au sein des couples dont il est partout réaffirmé qu'elle n'existe pas (au point de nécessiter des lois sur la parité), comme l'a très récemment confirmé le colloque sur les prestations compensatoires. Croire que la présence de deux avocats suffit à assurer l'équilibre de la convention est-il illusoire ? Pas forcément, si tous les avocats s'engagent dans une démarche de qualité. Mais les époux ne doivent pas être perçus comme deux entités égales dans le divorce, ce qui n'est pas le cas en pratique. S'il y avait une ébauche de contractualisation du mariage avec la convention de DCM, qui laisse une vraie place à la volonté individuelle, elle était corrigée par la nécessité d'un contrôle judiciaire et la possibilité pour le juge de refuser l'homologation* », C. BRUNETTI-PONS, *Un divorce sans juge pour un droit dérégulé*, Dr. famille, 2016, n°7-8, dossier 28.
- 6 La procédure accélérée a permis d'éviter tout réel débat de fond et fait passer la modification en force. La pratique est dénoncée comme s'inscrivant dans un courant de réformes caractérisé par l'absence de réflexion sur le rôle de la norme avec une absence de prise en compte des conséquences sur tous ceux qu'elle régit et sur la société. Dr. famille, 2016, n°7-8, dossier.
- 7 Circulaire du 17 février 2017, Annexe 2, *Fiche notion sur l'intérêt légitime*.
- 8 J. CASEY, *Le nouveau divorce par consentement mutuel : une réforme en clair-obscur*, AJ Famille, février 2017.
- 9 *Divorce et contrat. À la croisée des réformes*, AJ Famille 2017, p. 26 : « *l'accord de volonté semble pouvoir être indifféremment qualifié de convention (qualification classique) ou de contrat (qualification nouvelle)* ».
- 10 *Le divorce sans juge : « contrat à terme » et « rétractation »*, AJ Famille, février 2017, p. 87.