

Le rôle du juge en matière de divorce

Sabrina LEBUFFE

Mémoire de Master 2 Droit Privé Approfondi, Spécialité Droit civil

Sous la direction du Professeur Xavier LABBEE

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur le Professeur Xavier Labbé pour avoir accepté de diriger ce mémoire, ainsi que pour ses conseils et sa disponibilité.

De même, je remercie l'ensemble de l'équipe pédagogique, qui, au travers des différents travaux à effectuer cette année, nous ont apporté de précieux conseils concernant le travail de recherche.

Enfin, je remercie Madame Aurélie Vitteaut, juge du tribunal de grande instance de Lille, qui m'a offert l'opportunité d'effectuer un stage en juridiction cette année et m'a conseillée pour la réalisation de ce mémoire.

Sommaire

Introduction

Section 1 – Le droit de divorcer

Section 2 – L'évolution historique du juge et du divorce en droit français

Section 3 – Le droit du divorce aujourd'hui

Première partie – Le rôle du juge dans les différentes procédures de divorce

Chapitre 1 – Le juge du divorce : un juge spécialisé aux nombreuses prérogatives

Section 1 – La compétence du juge aux affaires familiales en matière de divorce

Section 2 – Les prérogatives du juge du divorce

Chapitre 2 – Le juge du divorce : un juge aux rôles multiples

Section 1 – La diversité de l'intervention judiciaire

Section 2 – Les mutations du rôle du juge

Seconde partie – Les problèmes posés par la déjudiciarisation du divorce

Chapitre 1 – Le choix contestable de la déjudiciarisation du divorce

Section 1 – La remise en question de l'opportunité de la déjudiciarisation

Section 2 – L'apport du juge dans le divorce par consentement mutuel auparavant

Chapitre 2 – Les risques liés à la déjudiciarisation du divorce

Section 1 – Un divorce fragilisé

Section 2 – Des risques liés au droit européen et au droit international privé

Conclusion

Table des abréviations

al.	alinéa
<i>AJ fam.</i>	<i>Actualité juridique famille</i>
art.	article
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
c/	contre
Civ. (1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e)	Chambre civile de la Cour de cassation (première, deuxième, troisième)
C. civ.	Code civil
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Circ.	Circulaire
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
Décr.	Décret
dir.	sous la direction de
<i>Dr. et sociétés</i>	<i>Droit et sociétés</i>
<i>Dr. fam.</i>	<i>Droit de la famille</i>
éd.	édition
<i>et al.</i>	<i>Et alii</i> (et autres)
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>id.</i>	<i>Idem</i> (au même endroit)
<i>infra</i>	<i>Infra</i> (ci-dessous)
JAF	Juge aux affaires familiales
JAM	Juge aux affaires matrimoniales

<i>JCP G</i>	<i>Juris-Classeur Périodique édition Générale</i> (La Semaine Juridique)
<i>JCP N</i>	<i>Juris-Classeur Périodique édition Notariale</i> (La Semaine Juridique)
L.	Loi
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> (à l'endroit déjà cité)
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
n°	numéro
not.	notamment
<i>op. cit.</i>	<i>Opere Citato</i> (dans l'ouvrage cité)
Ord.	Ordonnance
p.	page(s)
pp.	groupe de pages
préc.	précité
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question Prioritaire de Constitutionnalité
Règl.	Règlement
<i>RID comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>RJPF</i>	<i>Revue juridique personnes et famille</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy droit civil</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
s.	et suivant(e)s
<i>supra</i>	<i>Supra</i> (ci-dessus)
t.	tome
TGI	Tribunal de grande instance
UE	Union européenne
v.	voir
vol.	volume

Introduction

« Dans notre société en perte de repères, le juge aux affaires familiales est incontournable. Un divorce sans juge c'est comme une opération sans chirurgien. C'est vital pour les parents et les enfants »¹.

Cette citation s'inscrit dans le contexte de déjudiciarisation du divorce qui est apparu avec la loi du 18 novembre 2016 dite de modernisation de la justice du XXI^e siècle². Désormais, et comme nous le verrons ultérieurement, le juge n'intervient plus en principe dans le divorce par consentement mutuel. Afin de bien comprendre les enjeux liés au rôle du juge en matière de divorce, il convient dans un premier temps de définir les différentes notions relatives à ce sujet.

Le terme de « rôle » peut avoir plusieurs sens différents. Dans le contexte qui nous intéresse, celui du « rôle du juge », il pourrait être défini comme l' « *action, influence que l'on exerce, fonction que l'on remplit* »³. Le terme d' « office » peut également être utilisé. En effet ce terme, du latin « *officium* », désigne l' « *ensemble des pouvoirs et devoirs attachés à une fonction publique* »⁴ et est régulièrement utilisé pour désigner les prérogatives du juge notamment en matière de divorce.

Le terme de « juge » quant à lui provient du latin « *judex* ». Le *Vocabulaire juridique* lui donne plusieurs sens différents⁵. Tout d'abord, au sens générique, il correspond à « *toute juridiction, quels que soient son degré dans la hiérarchie (juge de première instance, juge d'appel, juge de cassation), son pouvoir (juge du droit, juge du fond, juge du provisoire), l'origine de son investiture (juge de l'Etat ou nommé par les parties), sa composition (collégiale ou non), ou même l'ordre auquel elle appartient (juge administratif ou juge judiciaire, et au sein de l'ordre judiciaire, juge civil ou juge pénal, etc.) ; tout organe doté d'un pouvoir juridictionnel (du pouvoir de dire le droit, de trancher un litige) ; en ce sens sont des juges, la Cour de cassation, la cour d'appel, la cour d'assises, l'arbitre* ».

¹ JUSTON (M.), « Le divorce par consentement mutuel sans juge : une opération sans chirurgien », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, p. 13.

² L. n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

³ ROBERT (P.), REY-DEBOVE (J.) et REY (A.), *Le Petit Robert de la langue française*, Paris : Le Robert, 2015, p. 2263.

⁴ CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris : PUF, 2018, p. 708.

⁵ *Id.*, pp. 582-583.

Il peut également désigner spécifiquement le juge unique par opposition au tribunal qui est une formation collégiale ou encore la juridiction saisie par opposition aux plaideurs ; le juge de la cause (le juge et les parties). Il est aussi parfois synonyme de magistrat et plus spécifiquement de magistrat du siège par opposition aux magistrats du parquet. Plus particulièrement encore, le terme peut renvoyer aux magistrats du siège, membres des tribunaux de première instance, par opposition à ceux qui sont membres de la Cour de cassation ou des cours d'appels nommés conseillers. Parfois même, il désigne, dans une formation collégiale, les juges (assesseurs) par opposition au président.

Il s'agit aussi, très généralement, d'une personnification de la justice, ou du pouvoir judiciaire, par opposition à la loi ou à l'administration. Enfin le terme de juge, dans certaines expressions, prend le sens particulier de « *celui qui est compétent pour trancher, celui qui connaît l'affaire* ». Par exemple, le juge de l'action est le juge de l'exception ; tout juge est juge de sa compétence⁶.

Conformément à l'article 66 de la Constitution de 1958, le juge est le garant des libertés individuelles. Il est également le protecteur des droits fondamentaux et un des fondements de toute société démocratique. Il veille à la bonne application du droit, à la cohésion sociale et à la préservation de l'intérêt commun, des parties mais aussi de la société. Le juge est un tiers neutre et impartial, il représente le peuple français.

Selon l'article L.213-3 du Code de l'organisation judiciaire, le juge aux affaires familiales (JAF) est le seul juge compétent pour connaître du divorce de deux époux. La définition du juge aux affaires familiales donnée dans le *Vocabulaire juridique* est la suivante : « *Nom donné au successeur du juge aux affaires matrimoniales (institué en 1975 comme un rouage du divorce est de l'après-divorce), juge unique et spécialisé délégué dans chaque tribunal de grande instance aux affaires familiales, avec mission spéciale de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs, qui a compétence pour prononcer le divorce qu'elle qu'en soit la cause (sauf, à certaines conditions, renvoi à l'audience collégiale), statuer sur ses conséquences et le contentieux d'après divorce et qui connaît des actions spécifiées par la loi (obligation alimentaire, charges du mariage, exercice de l'autorité parentale, etc. COJ, a. L. 213-3) (C. civ., a. 247 ; CPC, a. 1074, 1135) »⁷.*

⁶ *Id.*, pp. 582-583.

⁷ *Id.*, p. 583.

Le terme de « divorce » est issu du terme latin « *divortium* ». Le divorce peut être défini comme étant la dissolution du mariage résultant d'une décision de justice prononcée à la demande de l'un ou des deux époux ou d'une convention conclue entre eux⁸. Au sein du *Vocabulaire juridique* la définition du divorce correspond aux articles 229 et suivants du Code civil à savoir la « *dissolution du mariage prononcée, à la demande des époux ou de l'un d'eux, par le tribunal de grande instance, ou constatée par un accord des époux assistés chacun par leur avocat et déposé au rang des minutes d'un notaire, dans les cas et selon les formes déterminés par la loi* »⁹.

L'objet du divorce est la dissolution du mariage. A ce titre, il constitue l'un des deux cas, avec la mort, de dissolution du mariage en France aujourd'hui. L'article 227 du Code civil dispose ainsi : « *Le mariage se dissout : 1° Par la mort de l'un des époux ; 2° Par le divorce légalement constaté* ». La différence fondamentale entre les deux est donc que le divorce est la dissolution du mariage du vivant des époux. Le divorce ne s'applique qu'en cas de mariage entre deux personnes, il n'est de ce fait pas applicable aux autres formes de conjugalité telles que le Pacte Civil de Solidarité (PACS)¹⁰ ou le concubinage. Il apparaît opportun de s'interroger à ce titre sur la définition du mariage.

Ainsi, le mot « mariage », qui est un dérivé du terme « marier » du latin « *maritare* » peut faire référence à l' « *union légitime de deux personnes de sexe différent ou (depuis la loi n°2013-404 du 17 mai 2013) de même sexe en vue de vivre en commun et de fonder une famille, un foyer (désigne l'institution même du mariage)* »¹¹. Dans un second sens, il signifie « *l'acte de formation du mariage (l'acte juridique solennel) qui préside à sa formation (échange des consentements)* »¹². Enfin, il désigne aussi l' « *état des gens mariés ; statut d'époux* »¹³. Voltaire déclarait ironiquement dans le *Dictionnaire philosophique* : « *Le divorce est presque aussi ancien que le mariage. Je crois seulement que le mariage est plus vieux de quelques semaines* ».

Le divorce se distingue de l'annulation du mariage car celle-ci sanctionne un vice de formation du lien conjugal et fait en principe disparaître le mariage rétroactivement. Par ailleurs, le divorce se rapproche de la séparation de corps qui est prononcée pour des causes

⁸ BEIGNER (B). et BINET (J.-R.), *Droit des personnes et de la famille*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2017, p. 417.

⁹ CORNU (G.) (dir.), *op. cit.*, p. 363, *supra* notre note n°4.

¹⁰ Institué par la Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de Solidarité.

¹¹ CORNU (G.) (dir.), *op. cit.*, p. 645, *supra* notre note n°4.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

identiques mais qui « *relâche seulement, sans le rompre, le lien du mariage* »¹⁴. Le terme de « *démariage* » est aussi régulièrement employé pour faire référence au divorce. Le *démariage* renvoie aux modes de relâchement ou de dislocation juridique du lien conjugal¹⁵.

Il apparaît opportun de s'interroger sur ce qu'implique le droit de divorcer (Section 1), avant d'étudier l'évolution historique du divorce et du juge dans le divorce (Section 2) et enfin de présenter brièvement le droit du divorce aujourd'hui (Section 3).

Section 1 – Le droit de divorcer

Il existe différentes conceptions du divorce dans lesquelles le droit de divorcer est admis ou non (§ 1). Il s'agit notamment d'un choix de société comme l'a été le cas de la reconnaissance du divorce en droit français (§ 2).

§ 1. Les différentes conceptions du divorce

Plusieurs conceptions du divorce existent. Comme l'explique Monsieur Bénabent, « *en présence de ce phénomène de dégradation de l'union conjugale, le droit (c'est-à-dire le groupe social) peut adopter diverses attitudes que l'on peut ranger, de manière schématique, en quatre catégories* »¹⁶.

La première attitude consisterait donc à interdire une telle dissolution du mariage. L'utilité et la fonction sociale de la cellule familiale seraient à protéger selon le groupe social qui en interdirait sa « *désagrégation* » dans un double souci de respect de l'ordre public et de l'intérêt des éventuels enfants issus du mariage. Le système juridique de cette conception est donc un système qui privilégie la considération du groupe et la hiérarchie au détriment de la liberté individuelle. Elle se retrouve essentiellement dans les droits primitifs et dans les droits qui connaissent une influence religieuse importante, « *le levier de la religion apparaissant seul assez puissant pour contenir les forces individuelles naturelles* »¹⁷.

A l'opposé de cette conception, se trouve celle consistant à permettre à chaque époux de mettre fin au mariage par une simple décision unilatérale et ce, à tout moment. La rupture

¹⁴ COURBE (P.) et GOUTTENOIRE (A.), *Droit de la famille*, 7^e éd., Paris : Sirey, 2017, p. 185.

¹⁵ TERRE (F.), GOLDIE-GENICON (C.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil. La famille*, 9^e éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 180.

¹⁶ BENABENT (A.), *Droit de la famille*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2014, p. 173.

¹⁷ *Ibid.*

unilatérale du mariage est parfois appelée « répudiation »¹⁸ même si le terme renvoie originellement à la répudiation de la femme par le mari. La possibilité de mettre fin au mariage par décision unilatérale a été consacrée dans de nombreux systèmes, comme cela a été le cas en droit romain¹⁹. Aujourd'hui la rupture unilatérale est admise dans de nombreux systèmes contemporains notamment dans un certain nombre de pays anglo-saxons ou nordiques.

A mi-chemin entre ces deux conceptions radicalement différentes, certaines positions sont plus nuancées, reconnaissant la nécessité du divorce mais ne l'autorisant pas par décision unilatérale de l'un des époux. Deux aspects différents se dégagent de ces positions intermédiaires.

Premièrement, d'aucuns estiment que le mariage, qui a été formé par un accord entre les époux peut être dissous par un même accord. Le divorce par consentement mutuel est clairement visé ici. Ainsi, dans un grand nombre de systèmes cette forme de divorce est admise, se fondant sur la logique que la volonté des personnes peut défaire ce qu'elle a fait. La conception du mariage est dans ce cas une conception contractuelle et non institutionnelle. Elle implique également une philosophie individualiste dans laquelle le mariage est davantage tourné vers l'épanouissement personnel des individus que vers une fonction sociale. En revanche, elle a comme inconvénient que la libération d'un époux nécessite l'accord de l'autre.

Deuxièmement, il est possible de reconnaître la nécessité du divorce mais de la restreindre à des cas délimités par la loi et soumis au contrôle du juge. C'est aujourd'hui la conception la plus répandue du divorce. Comme l'indique Monsieur Bénabent, « *une telle conception repose sans le dire sur le postulat profond du caractère indissoluble du mariage, auquel seules certaines hypothèses permettent de déroger, hypothèses déterminées par la loi et contrôlées par le juge : les époux doivent justifier de raisons et obtenir une décision pour mettre fin au mariage* »²⁰. Deux conceptions différentes peuvent alors être utilisées pour mettre en œuvre cette forme de divorce et décider quels seront les cas pouvant mettre fin au divorce.

¹⁸ V. en ce sens LABBEE (X.), *Le droit commun du couple*, p. 205.

¹⁹ V. *infra*, Introduction, Section 2, § 1. L'évolution historique du droit du divorce.

²⁰ BENABENT (A.), *op. cit.*, p. 174, *supra* notre note n° 16.

Le divorce dit « divorce-sanction » consiste à retenir les fautes commises par l'un des deux époux ou les deux comme cause de divorce. Le divorce est alors considéré comme une sanction à l'égard de celui qui a rendu le maintien du mariage impossible de par son attitude fautive et ses manquements aux obligations nées du mariage. A l'opposé se trouve le « divorce-constat », qui ne cherche pas à trouver les raisons pour lesquelles le mariage a fait faillite et qui en est responsable mais qui constate simplement la « *désunion du ménage* »²¹ dans le présent afin d'y apporter une solution pour l'avenir. « *Le divorce apparaît alors comme étant la seule solution à une situation de fait qui a abouti à une impasse* »²².

§ 2. La reconnaissance du droit de divorcer

En France, le droit positif a évolué entre ces quatre attitudes²³. Monsieur Bénabent explique qu'afin de comprendre l'évolution de cette position et les réformes qui y sont liées et qui ont eu un grand retentissement auprès de l'opinion publique, il faut garder à l'esprit que ce domaine correspond à un croisement entre le droit et les conceptions religieuses et morales. Ainsi, la question du divorce est une question d'ordre à la fois religieux, moral, sociologique et juridique. L'aspect juridique n'est pas autonome vis-à-vis des trois autres. La règle de droit n'est donc pas « *une règle autonome, qui porte sa fin en soi, mais n'est que la consécration pratique et technique de choix d'ordre politique, religieux ou moral* »²⁴. En ce sens, les différentes étapes de l'évolution du droit positif en matière de divorce reflètent plus généralement l'évolution sociale.

Concernant l'acceptation du divorce par la société, Monsieur Carbonnier déclarait : « *La réflexion doit se porter sur un phénomène plus massif, qui est l'institution même du divorce, plus exactement l'introduction (ou l'extension) du divorce dans un système de droit qui le rejetait (ou le restreignait), à l'opposé de son abolition (ou sa restriction) dans un système de droit qui auparavant l'admettait. Un vote tel que la Loi Naquet chez nous, ou de la loi italienne du 1^{er} décembre 1970, traduit une attitude globale de la société. La société veut que divorcent un certain nombre de couples, de couples sans visages. Or, pourquoi le veut-elle ? Les motifs en sont mélangés, et il ne suffirait pas, pour les élucider, d'analyser les débats parlementaires, ni même de percer à jour des lobbies divorcistes. Un fait cependant*

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ V. *infra*, Introduction, Section 2, § 1. L'évolution historique du droit du divorce.

²⁴ BENABENT (A.), *op. cit.*, p. 175, *supra* notre note n°16.

est indubitable, imposé par la constatation même qu'une loi a été votée à la majorité : c'est qu'il n'y a pas de commune mesure entre ceux qui proclament le droit au divorce et ceux qui divorceront, c'est que l'opinion divorciste dépasse considérablement la pratique divorçante »²⁵.

Plusieurs interrogations sont apparues concernant l'existence ou non d'un droit au divorce. En effet, les textes fondamentaux de droit ne méconnaissent pas la liberté de divorcer. Ainsi, le Conseil constitutionnel dans une décision du 29 juillet 2016²⁶ a affirmé que conformément aux articles 2 et 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, il résultait de la liberté de chacun de se marier ainsi que de mettre fin au mariage. Le Conseil a toutefois précisé qu'il appartenait au législateur d'apporter des restrictions à cette liberté de divorcer si celles-ci étaient liées aux exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général et à la condition qu'elles n'entraînent pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

La Cour européenne des droits de l'homme a quant à elle une position différente. En effet, elle a estimé que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'impose pas le droit au divorce²⁷.

Après avoir étudié les différentes conceptions du divorce qui reconnaissent ou non aux époux un droit de divorcer dans les différents systèmes juridiques, il appartient d'étudier l'évolution historique du droit du divorce en France.

Section 2 – L'évolution historique du juge et du divorce en droit français

Nous étudierons dans un premier temps l'évolution du droit du divorce (§ 1) avant de nous pencher sur l'évolution du juge dans le divorce (§ 2).

§ 1. L'évolution historique du droit du divorce

²⁵ CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris : LGDJ, 2013, p. 227.

²⁶ Cons. const., 29 juill. 2016, QPC, n° 2016-557.

²⁷ CEDH, 22 nov. 2016, n°1955/10, BABIARTZ c/ Pologne et CEDH, 10 janv. 2017, n°8923/12, PIOTROWSKI c/ Pologne.

A Rome dans l'Ancien Droit, le divorce était reconnu et abondamment pratiqué sous ses deux formes : par consentement mutuel et par répudiation. Si l'Eglise chrétienne a apporté une nouvelle conception du mariage qui entraînait son indissolubilité, elle ne parvint cependant pas à faire abolir le divorce à Rome.

En revanche, l'idéologie chrétienne s'est imposée en Occident pendant une dizaine de siècles. A cette époque, les autorités et les juridictions ecclésiastiques avaient la mainmise sur le droit des personnes et de la famille, l'indissolubilité du mariage a donc écarté toute possibilité de divorce. Néanmoins cette prohibition du divorce, qui a subsisté pendant tout l'Ancien droit, comportait certains tempéraments. Ainsi, d'autres modes de relâchement du lien conjugal étaient possibles.

D'une part, la théorie des nullités était largement appliquée en droit canonique et, dans une certaine mesure, faisait une entorse à la prohibition du divorce. L'annulation du mariage était relativement fréquente, les causes de nullité du mariage en droit canon étaient plus nombreuses et mieux comprises qu'en droit civil. Cependant, elle comportait des limites ; en effet, les cas de nullité se rattachaient en principe à des faits antérieurs au mariage ou concomitants. De ce fait, le défaut de consommation du mariage était le seul fait postérieur à la célébration du mariage qui pouvait donner lieu à une action en nullité.

D'autre part, lorsque la vie commune était insupportable, la séparation de corps était admise par le droit canonique. Elle permettait ainsi aux époux de cesser la vie commune sans nécessiter la dissolution du lien du mariage. Néanmoins, la séparation de corps ne pouvait pas avoir lieu par consentement mutuel, elle supposait une décision de la justice ecclésiastique et ne pouvait s'appliquer que dans les cas où le mari la demandait suite à l'adultère de sa femme tandis qu'elle pouvait être demandée par la femme pour un grand nombre de fautes.

Avec la Réforme, une scission a eu lieu entre les régimes de religion catholique et les régimes de religion réformée. Tandis que dans les régimes de religion catholique, qui sont majoritairement des pays latins, le divorce a continué à être interdit, dans les régimes de religion réformée il a au contraire été admis.

La Révolution française a constitué un tournant majeur dans l'acceptation du divorce en France. En effet, guidée par le souci prédominant de garantir la liberté individuelle des citoyens, la période a été celle de l'admission d'une manière très large du divorce. Le lien du mariage au caractère perpétuel étant perçu comme une atteinte à la liberté individuelle, le

divorce a donc été admis pour de nombreuses causes. Il a notamment été admis par consentement mutuel et consistait en une simple déclaration devant l'officier d'état civil. Le divorce sans juge existait donc déjà pendant la période révolutionnaire. Le divorce par volonté unilatérale a lui aussi été autorisé, l'incompatibilité d'humeur et de caractère pouvait même être invoquée.

De ce fait, le nombre de divorces a explosé pendant la période révolutionnaire. La dissolution des mœurs est souvent évoquée pour expliquer cette tendance mais il semblerait en réalité que de nombreux couples déjà séparés auraient profité des nouvelles dispositions légales. Ainsi, parmi les divorces prononcés, nombre d'entre eux n'étaient que la régularisation de séparations antérieures.

Lors de l'élaboration du Code civil en 1804, le principe du divorce n'a pas été remis en cause mais Napoléon et les rédacteurs du Code ont entendu en limiter l'application à un certain nombre de cas. L'indissolubilité du mariage a donc été remise au goût du jour et on ne pouvait y déroger que dans deux cas : lorsqu'une faute avait été commise par l'un des époux rendant intolérable le maintien du lien conjugal et le divorce par consentement mutuel a également été admis mais avec des conditions beaucoup plus restrictives que lors de la période révolutionnaire.

La prohibition du divorce est cependant réapparue en 1816 avec la Restauration. Puis, au départ des rois de France, le divorce n'a pas été rétabli. De ce fait, l'indissolubilité du mariage a été maintenue pendant à peu près tout le XIXe siècle. Ce n'est qu'en 1884 que le divorce a été rétabli en France par la loi Naquet²⁸. Si le divorce a été à nouveau admis en France, il l'était pour des cas très limités. En effet, le divorce consacré par la loi Naquet était le divorce-sanction. Ce n'était qu'en cas d'excès, d'injures ou de sévices graves qu'il était possible de divorcer. Le divorce était alors prononcé contre l'époux qui avait commis les fautes justifiant le prononcé du divorce et lorsque les deux époux avaient commis des fautes il était prononcé aux torts réciproques.

Néanmoins, cette conception avait un double inconvénient. Premièrement, elle augmentait les hostilités entre les époux, les conséquences notamment matérielles étaient importantes et les époux se livraient dès lors régulièrement des batailles sans merci au cours du procès. Ensuite, il ne prenait pas en compte un grand nombre de situations dans lesquelles le maintien de la vie commune et du mariage n'était pourtant pas souhaitable. Au cours du

²⁸ L. n°14-485 du 27 juillet 1884 dite Loi Naquet, qui rétablit le divorce.

XXe siècle il a donc été de moins en moins bien perçu le fait que deux individus qui souhaitaient divorcer ne le puissent pas et soient maintenus contre leur gré dans les liens du mariage.

Dès lors, la réalité sociologique a mené à ce que de nombreux divorces par consentement mutuel soient déguisés en divorces pour faute, donnant ainsi la possibilité aux époux qui le souhaitaient de pouvoir divorcer. Le gouvernement de Vichy a par la suite tenté de réagir à ce mouvement en interdisant notamment le divorce pendant les trois premières années du mariage. Mais durant la IV^e et le début de la Ve République, la tendance a été d'un accroissement considérable du nombre de divorces. L'écart entre la loi de 1884 et la réalité de l'époque a rendu nécessaire une nouvelle réforme du divorce.

C'est ainsi qu'a été mise en place la réforme fondamentale de la Loi Carbonnier de 1975 sur le divorce. Soucieux d'adapter le droit positif à la réalité sociologique de l'époque²⁹, Monsieur Carbonnier, qui avait par ailleurs déjà refondu plusieurs pans du droit de la famille comme les régimes matrimoniaux en 1965, l'autorité parentale en 1970 et la filiation en 1972, est intervenu pour réformer le droit du divorce après avoir mené des études comparatives et sociologiques.

La loi du 11 juillet 1975³⁰ a ainsi été promulguée et prévoyait une réforme du divorce sur trois axes principaux qui concernent les trois pans de la matière c'est-à-dire les cas de divorce, la procédure et les conséquences du divorce.

Tout d'abord, en ce qui concerne les cas de divorce, l'idée principale a été d'ouvrir « *plusieurs voies parallèles* »³¹ permettant ainsi de répondre à la diversité des situations et des conceptions possibles de l'institution. Le divorce pour faute a été maintenu mais à ses côtés ont été ouvertes deux nouvelles voies : d'une part le divorce par consentement mutuel et d'autre part le divorce en cas de séparation apparaissant irréversible.

Ensuite, concernant la procédure, la finalité était de « *dédramatiser* » le divorce³². Pour satisfaire cet objectif, différentes mesures ont été prises notamment l'institution du juge

²⁹ CARBONNIER (J.), « La question du divorce », *D.* 1975, pp. 115-122.

³⁰ L. n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

³¹ BENABENT (A.), *op. cit.*, p. 179, *supra* notre note n°16.

³² *Ibid.*

aux affaires matrimoniales (JAM), magistrat spécialisé du tribunal de grande instance³³, sur lequel nous reviendrons ultérieurement.

Enfin, en ce qui concerne les effets du divorce, plusieurs tendances se dessinent avec la loi de 1975. Tout d'abord, les sanctions occupent une place moins importante qu'auparavant. Par ailleurs, il est apparu opportun de rapprocher le plus possible le règlement définitif de tous les rapports entre époux. En effet, il est possible qu'un jugement de divorce condamnant par exemple l'un des époux à verser une somme périodiquement soit de moins en moins facile à exécuter au fil du temps. Si l'époux peut verser avec une certaine bonne volonté dans un premier temps, l'exécution peut devenir dans certains cas plus espacée par la suite voire aboutir à une inexécution totale.

Monsieur Carbonnier était néanmoins conscient que la réforme qu'il venait de mener ne devait pas rester figée et était vouée à évoluer, en fonction des transformations de la société. Dans les années 2000, de nouveaux débats sont en effet apparus avec en particulier deux questions : La cause est-elle nécessaire pour divorcer ? Et, est-il nécessaire de recourir au juge pour prononcer le divorce ?

La première question est relative à la notion de cause qui se fonde sur la logique de l'indissolubilité du mariage. Celle-ci relèverait donc de convictions personnelles et non d'un droit laïque censé assurer la liberté de chacun. Ainsi, de nombreuses voix se sont élevées pour proposer d'introduire un « divorce par volonté unilatérale persistante » dans le droit français. La question du bien-fondé du divorce pour faute a également été posée, car celui-ci provoque des effets néfastes, impliquant de rechercher et de désigner un « coupable », poussant donc à un système qui exacerbe les hostilités. De plus, les fautes importantes peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité et n'auraient à ce titre pas besoin de constituer une condition du divorce.

La deuxième question, relative à l'opportunité du recours au juge pour prononcer le divorce se base sur plusieurs fondements. Nous reviendrons par la suite sur les différents arguments évoqués en faveur de la déjudiciarisation du divorce, mais nous traiterons ici de ceux évoqués dans le début des années 2000.

D'une part, les relations plus pacifiées grâce à la nouvelle procédure n'impliquent plus la nécessité pour le juge de trancher les litiges. De plus, de nombreuses personnes ont

³³ V. *infra*, Introduction, Section 2, § 2. L'évolution historique du juge dans le divorce.

privilegié le PACS ou l'union libre dont la rupture n'exige aucune procédure. Par ailleurs, dans le souci de respecter le parallélisme des formes avec le mariage, certains se sont prononcé en faveur d'un divorce devant l'état civil ou par l'intervention d'un notaire.

D'autre part, le contexte socio-économique évoluant, des modifications touchant les effets du divorce avaient déjà été apportées comme en 1993 puis en 2002 en ce qui concerne le sort des enfants et en 2000 sur la prestation compensatoire. Comme Monsieur Carbonnier l'avait pressenti lorsqu'il avait réalisé la réforme de 1975, il était temps d'effectuer une nouvelle réforme adaptée à son temps.

La loi du 26 mai 2004³⁴ est donc venue prolonger la refonte de 1975. Précédemment, certains avaient proposé l'abandon du divorce pour faute, jugé archaïque et relativement malsain. D'autres étaient favorables au maintien de la pluralité des cas de divorce prévue par la loi de 1975 mais voulaient tout de même moderniser la loi afin de l'adapter aux évolutions sociales.

En ce qui concerne les innovations majeures de la loi nous pouvons citer le remplacement du divorce pour rupture de la vie commune par le divorce pour altération définitive du lien conjugal qui contribue à la reconnaissance en droit français d'un véritable droit au divorce tout proche de la répudiation. Nous pouvons également mentionner la fin de la corrélation du règlement des effets du divorce avec les torts réels ou supposés du conjoint demandeur ou défendeur.

Par ailleurs, la réforme a allégé, simplifié et raccourci la procédure de divorce par consentement mutuel. Ainsi, au lieu des deux passages des époux devant le juge auparavant, ils n'avaient désormais à comparaître qu'une seule fois. Enfin, malgré les nombreuses remises en cause du divorce pour faute, celui-ci a tout de même été maintenu par la réforme.

La loi de 2004 s'est donc révélée être davantage une amélioration technique de la loi de 1975 qu'une véritable réforme en profondeur. Les numéros d'articles ont ainsi été conservés dans la mesure du possible. Se fondant dans une conception d'ensemble, la réforme de 2004 avait comme préoccupation maîtresse de rendre le divorce plus « facile »³⁵.

Enfin, la dernière grande réforme concernant le divorce a eu lieu avec la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Cette loi est fondamentale car

³⁴ L. n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

³⁵ CORNU (G.), *Droit civil. La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2006, p. 488.

elle a instauré le « divorce sans juge » pour les divorces par consentement mutuel. Ainsi, lorsque les époux n'ont pas d'enfant mineur qui demande à être entendu par le juge³⁶, le divorce se fait désormais par acte sous signature privée contresigné par avocats, enregistré au rang des minutes d'un notaire³⁷. La « déjudiciarisation » du divorce est donc apparue avec la loi de 2016. Celle-ci constitue une étape capitale dans la « privatisation » du droit de la famille³⁸.

Le terme de « déjudiciarisation », non défini au sein du *Vocabulaire juridique*, doit être distingué de la « déjurictionnalisation ». La déjudiciarisation consiste à faire passer le traitement du divorce du juge en un organe non judiciaire tel que le notaire, l'officier d'état civil, une autorité administrative, etc. La déjurictionnalisation quant à elle le fait passer du juge vers un autre organe judiciaire tel que le greffier par exemple.

Désormais donc, les époux qui s'accordent tant sur le principe de la rupture du mariage que sur les conséquences du divorce, établissent une convention rédigée par leurs avocats respectifs, ils ne peuvent plus avoir d'avocat commun, et cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire qui lui donne force exécutoire.

Ainsi, cette réforme consacre encore en peu plus la désinstitutionnalisation du mariage. En effet, le mariage n'est plus aujourd'hui perçu comme une institution, le mouvement de contractualisation du droit de la famille a bel et bien atteint son paroxysme avec la réforme de 2016 qui permet aux époux de mettre fin conventionnellement à leur mariage.

Depuis la fin de l'époque révolutionnaire, le divorce avait toujours été prononcé par un juge. Même en cas de consentement mutuel, l'intervention d'un magistrat était considérée comme étant indispensable. Mais la loi de 2016 qui a consacré la déjudiciarisation dans certains cas de divorce était tout de même attendue. Comme nous l'avons vu précédemment, dès après la réforme de Carbonnier certaines voix se sont élevées pour s'interroger sur le bien-fondé du recours systématique au juge en cas de divorce.

En outre, depuis ces vingt dernières années, la possibilité de créer un divorce par consentement mutuel sans juge avait été envisagée à de nombreuses reprises. En 1997, un rapport remis au gouvernement avait proposé la mise en place d'un divorce sur déclaration

³⁶ Comme prévu à l'article 229-2, 1° du Code civil. Le divorce par consentement mutuel n'est pas non plus possible pour les majeurs protégés.

³⁷ Art. 229-1, C. civ.

³⁸ MALAURIE (P.) et FULCHIRON (H.), *Droit de la famille*, 6^e éd., Paris : LGDJ, 2018, p. 280.

commune qui aurait été prononcé par un greffier ou un officier de l'état civil³⁹. Le rapport de Madame Théry en 1998 avait lui aussi plaidé en faveur de la déjudiciarisation du divorce, proposant un « divorce sur déclaration commune »⁴⁰. En 2007 également, le ministre du Budget avait proposé que le divorce par consentement mutuel soit enregistré par un notaire. Enfin en 2013, les auteurs d'un nouveau rapport réalisé pour le ministre de la Justice prévoyaient également de confier le rôle jusqu'alors dévolu au juge au greffier qui serait devenu un « greffier juridictionnel »⁴¹.

Néanmoins des rapports issus d'autres commissions se prononçaient contre la déjudiciarisation. C'est notamment le cas de la commission Dekeuwer-Défossez qui s'est tenue en 1999 et qui recommandait d'agir avec sagesse, écartant la proposition de déjudiciarisation pour des motifs techniques mais surtout pour des raisons de principes⁴². Le rapport de la commission dirigée par Monsieur Guinchard en 2008 quant à lui s'est prononcé en faveur du « *maintien de la procédure de divorce par consentement mutuel devant un juge, mais selon une procédure allégée et au coût régulé ou tarifé* »⁴³. Les propositions de déjudiciarisation avaient donc toutes été enterrées, car elles suscitaient de nombreuses contestations de divers acteurs de la vie juridique, notamment de magistrats, d'avocats et d'une grande partie de la doctrine.

Monsieur Cornu écrivait en 2006 : « *Le postulat de la conception française (et sans doute de tous droits civils civilisés) est que le divorce est judiciaire (c'est-à-dire ni purement contractuel, ni purement notarial, même par consentement mutuel, ni administratif)* »⁴⁴. Mais « *l'idée de créer un divorce par consentement mutuel n'a toutefois jamais pu être durablement chassée : malgré la pertinence des arguments avancés pour la combattre, elle refaisait périodiquement surface* »⁴⁵.

Aussi, à l'occasion des débats portant sur le projet de loi pour une justice du XXI^e siècle, un amendement a été introduit par le Ministre de la Justice, Monsieur Urvoas, pour permettre un divorce par consentement mutuel sans juge. Deux objectifs principaux étaient poursuivis par le législateur : « *offrir aux personnes un divorce apaisé et sécurisé grâce à l'intervention de deux avocats contresignataires et mettre en place un processus*

³⁹ Rapp. COULON (J.-M.), *Réflexions et proposition sur la procédure civile*, 1997.

⁴⁰ Rapp. THERY (I.), *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, 1998.

⁴¹ Rapp. DELMAS-GOYON (P.), *Le juge du XXI^e siècle*, 2013.

⁴² Rapp. DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille*, 2000.

⁴³ Rapp. GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, 2008.

⁴⁴ CORNU (G.), *loc. cit.*, supra notre note n°35.

⁴⁵ GARRIGUE (J.), *Droit de la famille*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 298.

conventionnel simple, rapide et efficace »⁴⁶. Le projet de loi prévoyait ainsi que les juridictions devaient se recentrer sur leurs missions essentielles. Monsieur Urvoas pour défendre ce projet de loi a notamment affirmé « *Le juge doit juger* »⁴⁷.

Si les diverses propositions en ce sens avaient jusque-là suscité de vives oppositions, le projet de loi avec l'amendement a été adopté par le Parlement sans provoquer de véritable contestation. Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire a donc été introduit par l'article 50 de la loi du 18 novembre 2016 à l'article 229-1 du Code civil. Par la suite, le décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016⁴⁸ et l'arrêté du même jour⁴⁹ sont venus apporter des précisions procédurales pour l'application de ce nouveau divorce.

Le Conseil constitutionnel a été saisi *a priori* au motif notamment que cette nouvelle procédure ne respecterait pas le principe d'égalité devant la loi, qu'elle « porterait atteinte au caractère d'ordre public du droit de la famille » et qu'elle violerait les dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE). Néanmoins, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions conformes à la Constitution dans une décision du 17 novembre 2016 en indiquant notamment qu'il était « *loisible au législateur, compétent pour fixer les règles du divorce, de substituer à la procédure judiciaire de divorce par consentement mutuel une procédure conventionnelle* »⁵⁰.

§ 2. L'évolution historique du juge dans le divorce

En 1975, la loi prévoyait que le tribunal de grande instance ait une compétence exclusive pour prononcer le divorce sauf dans le cas d'un divorce sur demande conjointe. Dans ce cas, elle avait délégué un magistrat du tribunal qui avait compétence exclusive pour prononcer le divorce sur demande conjointe. Il s'agissait du juge aux affaires matrimoniales.

⁴⁶ FERRE-ANDRE (S), FRICERO (N.) et DYMARSKI (F.), « Le nouveau divorce extrajudiciaire par consentement mutuel », *Dr. fam.* 2017, n°1, p. 14.

⁴⁷ URVOAS (J.-J.), Garde des Sceaux, discussion en séance publique, Assemblée Nationale, 17 mai 2016.

⁴⁸ Décr. n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale.

⁴⁹ Arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire.

⁵⁰ Cons. const., 17 nov. 2016, n°2016-739.

Disposant de nombreuses compétences, celui-ci a été considéré comme étant l' «*homme-orchestre du divorce* »⁵¹.

La loi du 8 janvier 1993⁵², qui répond à un objectif du législateur de simplification et d'unification des procédures, a substitué le juge aux affaires familiales au juge aux affaires matrimoniales. Le Code de l'Organisation Judiciaire prévoit ainsi qu'au sein de chaque tribunal de grande instance, au moins un juge soit délégué aux affaires familiales⁵³. Etant comme son prédécesseur une émanation du tribunal de grande instance, le juge aux affaires familiales a recueilli l'ensemble de ses attributions. «*Mais il ne s'agit pas seulement d'un changement d'étiquette* »⁵⁴. Les compétences du juge aux affaires familiales (JAF) se sont considérablement accrues, que ce soit en ce qui concerne le divorce ou en dehors du divorce.

Le JAF avait donc compétence pour prononcer le divorce, qu'elle qu'en soit la cause et non plus seulement sur demande conjointe comme c'était le cas pour le juge aux affaires matrimoniales. En 2006, Monsieur Cornu écrivait : «*le juge aux affaires familiales est aujourd'hui le seul juge du divorce et le juge de tout divorce* »⁵⁵. Par ailleurs, dès son institution en 1993, nombreuses ont été les réactions concernant ce nouveau juge et ses compétences⁵⁶.

Madame Larribau-Terneyre écrivait en 1994: «*Dans une formule devenue célèbre, M. Groslière a pu dire du JAM qu'il était « l'homme-orchestre » du divorce ; on a déjà dit du JAF (juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales comme le fut aux affaires matrimoniales le JAM qu'il remplace) qu'il serait incontestablement un soliste, mais qu'il pourrait, s'il le désire, jouer avec l'orchestre* »⁵⁷. En effet, la porte du collège reste ouverte. Ainsi, le JAF peut renvoyer l'affaire devant le TGI pour que celui-ci siège collégalement et il siègera lui-même au sein de cette formation.

⁵¹ GROSLIERE (J.-C.), « Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce) », *D.* 1976, pp. 73-80.

⁵² L. n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

⁵³ Art. L.213-3, COJ.

⁵⁴ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 496, *supra* notre note n°35.

⁵⁵ *Id.*, p. 497.

⁵⁶ V. notamment LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Le juge aux affaires familiales », *D.*1994, pp. 141-164 ; PARCHEMINAL (H.), « Le juge aux affaires familiales. Nouveau juge des conflits familiaux (L. n°93-22, 8 janvier 1993) », *JCP G* 1994, n°1, pp. 227-233. ; MAILLARD (C.), « La réforme sur le juge aux affaires familiales. Loi du 8 janvier 1993 », *LPA* 1994, n°51, pp. 15-18.

⁵⁷ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Le juge aux affaires familiales », *D.* 1994, p. 141.

Il apparaît important de souligner que le JAF n'est pas « *un JAM qui renaitrait de ses cendres* »⁵⁸. Le JAM n'avait pas été envisagé comme le juge du divorce. La loi de 1993, qui n'a pas étendu les compétences de ce dernier mais l'a supprimé et a institué un nouveau juge à sa place, s'inscrit dans une logique spécifique. L'intention du législateur était donc que le JAF devienne « *un juge de la famille, sinon le juge de la famille* »⁵⁹.

L'institution du JAF repose principalement sur un rapport, le rapport de la Commission Allaer qui s'est tenue en 1988. Le rapport a mis en avant plusieurs raisons le poussant à préconiser la mise en place d'un juge spécialisé aux affaires familiales au sein du tribunal de grande instance.

D'une part, il a été ressenti le besoin d'attribuer à un seul juge, spécialisé, les prérogatives du contentieux familial en raison de la spécificité de ce dernier où l'aspect relationnel voire passionnel est très important. En effet, l'idée a été de favoriser le dialogue entre les personnes dans le cadre de contentieux qui peuvent se révéler très complexes et dont l'adhésion des intéressés s'avère être très importante pour la résolution du conflit. Avoir un magistrat spécialisé dans le domaine et qui devient l'interlocuteur privilégié des parties a donc été envisagé afin d'atteindre cet objectif.

D'autre part, il a été constaté que le droit de la famille était marqué par de nombreuses compétences différentes ce qui avait pour conséquence néfaste la dispersion du contentieux familial entre différents juges et juridictions collégiales. De nombreuses incertitudes naissaient donc quant à savoir quel était le juge compétent. De plus, l'imbrication fréquente des procédures était un facteur supplémentaire de complexité voire même de contrariété dans certains cas où les juridictions saisies concurremment ou successivement pouvaient par exemple rendre des décisions difficilement conciliables. Enfin, la durée des procédures s'en trouvait régulièrement prolongée.

L'objectif de la loi de 1993 a donc été de confier l'essentiel du contentieux familial à un juge unique. Toutefois, il s'agit bien de l'essentiel du contentieux familial et non de tout le contentieux familial. En effet, le tribunal de grande instance, le juge des enfants ou encore le

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

juge des tutelles restent compétents pour certaines questions relatives au contentieux familial comme nous le verrons dans le cadre de nos développements⁶⁰.

Aujourd'hui la compétence d'attribution du juge aux affaires familiales couvre un champ très vaste. Il connaît notamment de l'autorité parentale, du divorce et de ses suites, des obligations alimentaires, de la contribution aux charges du mariage, de l'obligation d'entretien, des demandes relatives au prénom, des recours d'organismes sociaux, des mesures d'urgence en matière de régimes matrimoniaux et du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et de l'indivision entre les personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins. Comme nous le verrons ultérieurement, il connaît aussi depuis l'ordonnance du 15 octobre 2015 de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux au moment du prononcé du divorce.

Les évolutions historiques du divorce en droit français et du rôle du juge permettent une meilleure appréhension du droit français actuel du divorce. Mais au-delà de l'histoire il apparaît opportun d'analyser les dispositions des pays étrangers qui, pour nombre d'entre eux, s'inscrivent également dans un mouvement d'affaiblissement du rôle du juge dans le divorce.

Section 3 – Le droit du divorce aujourd'hui

Dans un premier temps, nous analyserons le droit du divorce et notamment le rôle du juge dans différents systèmes juridiques étrangers (§ 1). Puis, dans un second temps, nous présenterons brièvement le droit français actuel du divorce, avec la déjudiciarisation qui y est associée (§ 2).

§ 1. Le divorce et le juge dans les systèmes juridiques étrangers

Si le choix du législateur de recourir au divorce sans juge est majoritairement perçu comme « révolutionnaire » en droit positif français⁶¹, il est en réalité appliqué dans plusieurs systèmes juridiques étrangers. De nombreux pays européens ont admis dans des conditions plus ou moins larges la validité du divorce sans juge. Nous pouvons citer à titre d'exemples le

⁶⁰ V. *infra*, Première partie, Chapitre 1, Section 1, § 2. Les limites à la compétence du juge aux affaires familiales.

⁶¹ FULCHIRON (H.), « Divorcer sans juge. A propos de la loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G* 2016, n°48, p. 2182.

Danemark, l'Estonie, l'Espagne, la Norvège, la Russie ou encore l'Ukraine. L'Islande a elle aussi recours au divorce sans juge. Les conditions varient cependant en fonction des pays.

La déjudiciarisation du divorce dans les différents pays concernés est justifiée principalement par des considérations économiques, sociétales et sociales. Par ailleurs, cette déjudiciarisation est dans tous les cas une déjudiciarisation partielle, elle ne concerne que les divorces consensuels pour lesquels les époux s'accordent que ce soit sur le principe de la rupture ou sur ses conséquences⁶².

D'autre part, plusieurs pays qui n'ont pas supprimé le recours au juge ont en revanche affaibli son rôle en matière de divorce ou ont simplifié la procédure. Dans certains pays, le contrôle du juge n'est qu'un contrôle formel. En Angleterre ou au Pays de Galles par exemple, le juge n'examine pas le fond de l'affaire, son contrôle est donc pratiquement inexistant. En Belgique, il s'agit d'un simple contrôle de légalité effectué par le procureur du Roi qui doit donner au juge un avis sur le respect des conditions légales de forme et d'admissibilité de la requête. Quant à la Norvège, elle a mis en place un système dans lequel le gouverneur du comté est compétent à la place du juge pour les divorces non contestés et il ne vérifie que le respect des conditions de délai de séparation.

La compétence du juge peut aussi être restreinte. En outre, une autorité administrative peut être compétente pour le règlement de certains effets accessoires du divorce. Nous pouvons citer à titre d'exemple le Danemark, où les droits de visite sont de la compétence de l'administration ainsi que l'Angleterre et le Pays de Galles où la pension alimentaire due aux enfants est déterminée par une agence administrative.

Il apparait cependant que la protection des intérêts des enfants des époux s'avère être une limite importante à la déjudiciarisation du divorce. Le délai de réflexion peut être allongé comme c'est le cas en Angleterre et au Pays de Galles, des mesures de médiation peuvent être imposées comme en Norvège. Enfin, dans des pays comme la Belgique, des modifications de la convention après le prononcé du divorce peuvent être demandées par l'un des ex-époux pour protéger l'intérêt des enfants suite à des circonstances imprévisibles.

C'est surtout par un contrôle accru du juge en présence d'enfants que la protection des intérêts de ces derniers est assurée. Il contrôle principalement les accords passés entre les

⁶² BERNAND (Y.), « Brèves observations sur les expériences étrangères de divorce sans juge », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, p. 10.

époux. Au Danemark, lorsque le divorce ne fait pas l'objet de contestations, l'administration, si l'accord entre les parents est contraire à l'intérêt des enfants, peut refuser de prononcer le divorce par décret. En Italie, le divorce n'est également possible que si les accords entre époux sont satisfaisants pour l'intérêt des enfants. En Suède, le juge ne contrôle que les accords concernant les intérêts des enfants afin de vérifier qu'ils ont été respectés. Enfin, en Belgique, un contrôle judiciaire d'opportunité a été introduit depuis 1994 pour s'assurer de la défense des intérêts des enfants mineurs. Ainsi, le procureur donne son avis sur les conventions concernant les enfants mineurs et le juge peut modifier ou supprimer des dispositions de ces conventions s'il les estime contraires aux intérêts des enfants.

D'une manière générale, il apparaît en étudiant les législations européennes que plusieurs caractéristiques se dégagent du divorce sans juge. Tout d'abord, l'accord des conjoints est une condition permettant le recours à une procédure simplifiée et accélérée. Ensuite, l'affaiblissement du rôle du juge est accompagné d'une autonomie croissante des époux dans le règlement des effets du divorce. Enfin, la limite principale à la déjudiciarisation du divorce repose sur la protection de l'intérêt des enfants⁶³.

§ 2. Le droit français du divorce aujourd'hui

Les dispositions relatives au divorce et au rôle du juge en matière de divorce en France sont réunies dans le Code civil, le Code de procédure civile et le Code de l'organisation judiciaire. Dans le Code civil, le droit positif du divorce et de la séparation de corps figure aux articles 229 à 309 du code. Quant au Code de procédure civile, les dispositions concernant la procédure de divorce y figurent aux articles 1070 à 1148-2, au sein du Chapitre V du Livre III, relatif à la procédure en matière familiale. Enfin, en ce qui concerne le Code de l'organisation judiciaire, les articles du code relatifs au juge aux affaires familiales sont les articles L.213-3 à L.213-4 et l'article R. 213-8.

Le droit français se caractérise par la pluralité des cas de divorce depuis 1975. L'article 229 du Code civil énonce ainsi désormais cinq cas de divorce différents : le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire à savoir le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresignée par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ; le divorce par consentement mutuel judiciaire, c'est-à-dire le divorce par consentement mutuel

⁶³ V. la note de synthèse du Sénat sur le divorce par consentement mutuel et ses enjeux notamment en étudiant les législations étrangères, <https://www.senat.fr/lc/lc36/lc360.html> [consulté le 05/04/2018].

prononcé par le juge ; le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage ; le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute.

Il existe donc désormais deux divorces par consentement mutuel différents, l'un est conventionnel et l'autre est judiciaire. Le Code civil aborde dans une même section les deux cas de divorce par consentement mutuel et aborde ensuite les autres cas de divorce. La présentation est « trompeuse ». En effet, s'il s'agit de deux sortes de divorce qui reposent sur l'accord des époux, la différence entre eux est fondamentale : « *dans le premier, c'est le consentement qui fait le divorce ; dans le second, c'est le juge qui le prononce* »⁶⁴.

Par ailleurs, on désigne usuellement les différentes formes de divorce par les termes de divorces gracieux et de divorces contentieux. Cependant, l'opposition entre le divorce par consentement mutuel judiciaire et les divorces contentieux doit être relativisée. En effet, étant des divorces judiciaires, ils sont soumis à des règles procédurales communes. De plus, une place des plus importantes est désormais laissée aux accords passés entre époux dans tous les cas de divorce ce qui atténue encore un peu plus l'opposition du divorce par consentement mutuel et les divorces contentieux.

Le nombre de divorces en France a constamment augmenté en France pendant 35 ans, passant de 61 000 en 1974, à 107 505 en 1985, puis à 119 189 en 1995, 134 601 en 2004, et a même atteint 152 020 en 2005. Depuis, il a diminué, en 2010 il était de 138 810 et en 2015 il a encore baissé à 121 731. Cette évolution pourrait en partie être expliquée par la diminution du nombre de mariages mais ce facteur ne suffit pas à expliquer cette tendance. En effet, le taux de divorcialité a diminué de 52% en 2005 à 44% en 2014⁶⁵.

En 2015, sur le nombre total de divorces prononcés, 7% l'ont été pour faute, 24,2% pour acceptation du principe de la rupture, 13,3% pour altération définitive du lien conjugal et plus de 55% par consentement mutuel⁶⁶. Ceci s'explique notamment par les dispositions mises en place en 2004, visant à favoriser les accords entre les époux, simplifiant la procédure de divorce par consentement mutuel et incitant à délaisser le divorce pour faute. Les divorces par consentement mutuel représentant ainsi plus de la moitié des divorces prononcés en France, le législateur a entendu alléger de manière considérable le travail du juge aux affaires

⁶⁴ MALAURIE (P.) et FULCHIRON (H.), *op. cit.*, p. 286, *supra* notre note n°38.

⁶⁵ MALAURIE (P.) et FULCHIRON (H.), *op. cit.*, p. 283, *supra* notre note n°38.

⁶⁶ *Références statistiques Justice*, 2015.

familiales et entre autres désengorger les tribunaux. Néanmoins, comme nous le verrons par la suite, certaines limites apparaissent concernant ces objectifs⁶⁷.

Nous limiterons notre étude au rôle du juge en matière de divorce en droit français aujourd'hui. Si le juge aux affaires familiales intervient dans de multiples pans du droit de la famille, nous ne nous intéresserons uniquement à son rôle dans le cadre du divorce. Enfin, si nous ne traiterons pas des autres formes de dissolution du lien, nous analyserons en revanche la période de l'après-divorce qui peut se révéler primordiale et dans laquelle le juge peut être amené à intervenir.

Dans le cadre de notre étude, il convient donc de déterminer quel rôle joue réellement le juge aux affaires familiales aujourd'hui dans les différentes procédures de divorce et de s'interroger sur l'opportunité de la déjudiciarisation du divorce.

Nous étudierons dans un premier temps le rôle effectif du juge dans les différentes procédures de divorce (Première partie) avant d'analyser dans un second temps les problèmes posés par la déjudiciarisation du divorce (Seconde partie).

⁶⁷ V. *infra*, Seconde Partie, Chapitre 1, Section 1, § 2. Les limites des arguments avancés en faveur de la déjudiciarisation.

Première partie – Le rôle du juge dans les différentes procédures de divorce

Parmi les cinq sortes de divorce du système juridique français, quatre d'entre elles sont soumises à une procédure judiciaire. Si nous approfondirons dans une seconde partie le divorce par consentement mutuel conventionnel dans lequel le juge n'intervient pas, nous nous pencherons ici sur les cas de divorce dans lesquels le juge intervient effectivement. Sont ainsi concernés le divorce pour faute, le divorce pour altération définitive du lien conjugal, le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage et le divorce par consentement mutuel judiciaire.

Ainsi, le juge du divorce, qui est le juge aux affaires familiales, est un juge spécialisé du tribunal de grande instance, qui traite en principe seul les différents cas de divorce. Il apparaît opportun d'étudier la compétence de ce magistrat en matière de divorce ainsi que ses caractéristiques et les prérogatives qui sont les siennes (Chapitre 1).

Le juge aux affaires familiales semble avoir un rôle polyvalent dans le divorce. Il est un acteur incontournable des quatre divorces judiciaires, ayant ainsi des missions diversifiées. Néanmoins, son rôle varie en fonction des cas de divorce. Par ailleurs, le rôle du juge aux affaires familiales en matière de divorce connaît des mutations qu'il conviendra d'analyser (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Le juge du divorce : un juge spécialisé aux nombreuses prérogatives

Le contentieux familial est traditionnellement dévolu à un juge spécialisé du tribunal de grande instance. Ainsi, s'agissant de la question du divorce, le juge aux affaires familiales est en principe le magistrat compétent (Section 1).

Ce juge dispose de nombreuses prérogatives en ce qui concerne les divorces dont il s'occupe. En effet, à travers les différentes réformes qui ont impacté la juridiction du JAF, ses prérogatives se sont globalement accrues, notamment en matière de liquidation et de partage (Section 2).

Section 1 – La compétence du juge aux affaires familiales en matière de divorce

Le juge aux affaires familiales est le juge traditionnellement compétent pour connaître des questions de divorce (§ 1). Toutefois, cette compétence connaît plusieurs limites (§ 2).

§ 1. La compétence de principe du juge aux affaires familiales

Après avoir étudié la compétence du juge aux affaires familiales en matière de divorce (B), il conviendra de revenir brièvement sur les caractéristiques de ce magistrat (A).

A. Le juge aux affaires familiales comme juge du divorce

L'ancien article 228 du Code civil⁶⁸ désignait le tribunal de grande instance, statuant en matière civile, comme étant le seul compétent pour se prononcer sur le divorce et ses conséquences.

Lors de la création du juge aux affaires matrimoniales en 1975, celui-ci n'était donc pas le seul à connaître du divorce des époux. Le tribunal de grande instance qui statuaient collégalement était également compétent. Le remplacement du juge aux affaires matrimoniales par le juge aux affaires familiales en 1993 s'est accompagné d'un renforcement

⁶⁸ Abrogé par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

des pouvoirs du juge du divorce, le tribunal de grande instance n'ayant plus qu'un rôle résiduel et exceptionnel.

Ainsi, au sein de chaque tribunal de grande instance, au moins un juge est délégué aux affaires familiales⁶⁹. Si en 1975, le tribunal de grande instance avait compétence exclusive pour prononcer le divorce sauf dans les cas de divorce sur demande conjointe pour lequel le juge aux affaires matrimoniales était compétent, aujourd'hui le juge aux affaires familiales a compétence pour prononcer le divorce, quelle qu'en soit la cause. Le juge aux affaires familiales est donc aujourd'hui le seul juge du divorce.

Les compétences d'attribution du juge aux affaires familiales sont déterminées par l'article L. 212-3 du Code de l'organisation judiciaire, selon lequel il connaît « *du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts des époux...* » (2°) ainsi que des « *actions liées à la révision de la prestation compensatoire* » (3°). De plus, l'article précise que le JAF a une compétence exclusive pour toutes les mesures de l'après-divorce⁷⁰.

Selon l'article L. 213-4 du Code de l'organisation judiciaire, le tribunal de grande instance (TGI) n'a plus qu'une compétence résiduelle en matière de divorce. Il ne prononce le divorce que si l'affaire lui est renvoyée par le JAF lui-même ou par l'une des parties, le renvoi des parties étant de droit. Le rôle du JAF est donc prédominant en matière de divorce, et ce, au détriment du TGI.

D'une manière générale, le juge aux affaires familiales a hérité de compétences jusqu'alors dévolues à d'autres juridictions telles que le juge aux affaires matrimoniales pour les procédures de divorce et d'après divorce ainsi que l'autorité parentale sur les enfants issus de couples non mariés, le tribunal de grande instance pour les droits des grands parents et des tiers, le tribunal d'instance pour les charges du mariage et les obligations alimentaires ou encore le juge des tutelles pour les conflits entre les parents légitimes sur l'exercice de l'autorité parentale.

⁶⁹ Art. R.213-8, COJ.

⁷⁰ Telles que la modification de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, la décision de confier ceux-ci à des tiers, les modalités d'exercice de l'autorité parentale, les bien actions en révision de la prestation compensatoire et ses modalités de paiement, ou encore les actions en référé ou dans ce cas la forme des référés post-divorce.

Par ailleurs, suite à la réforme des procédures intervenue en 2004 dans le but de les simplifier et de les unifier, les litiges soumis au juge aux affaires familiales bénéficient désormais d'un même tronc commun procédural, à quelques exceptions près⁷¹.

Le juge aux affaires familiales reçoit donc une compétence générale pour le divorce. Néanmoins, il ne constitue pas de juridiction autonome, il reste une formation du tribunal de grande instance. Il dispose ainsi, par voie de conséquence, de tous les pouvoirs dévolus au tribunal de grande instance dont il fait partie. Nous reviendrons dans le cadre de notre deuxième section sur les différentes prérogatives du JAF.

Les règles de compétence territoriale du juge aux affaires familiales sont fixées par l'article 1070 du Code de procédure civile. Ainsi, il peut être le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité si les parents vivent séparément. Enfin, il peut être le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure. En cas de demande conjointe, le juge compétent est celui du lieu où réside l'une ou l'autre des parties selon leur choix.

Cependant, dans les cas où le litige porte seulement sur la contribution aux charges du mariage, la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu de résidence de l'époux créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même si ces derniers sont majeurs. Dans tous les cas de divorce, la compétence territoriale est déterminée par la résidence au jour où la requête initiale est présentée. Le juge aux affaires familiales doit à ce titre vérifier sa compétence.

B. Les caractéristiques de la juridiction

Le juge aux affaires familiales peut être défini comme étant un magistrat spécialisé du tribunal de grande instance dont la compétence d'attribution porte essentiellement sur le contentieux familial.

La juridiction est confiée à un juge unique qui va devoir réaliser l'ensemble des missions qui lui sont attribuées. Le choix du juge unique s'inscrit dans la logique d'une

⁷¹ Dont la délégation de l'autorité parentale, l'organisation des relations entre l'enfant et ses ascendants ou les tiers, la fixation de la résidence de l'enfant chez ces derniers, le changement de prénom et les mesures urgentes.

proximité renforcée avec les époux, qui leur est alors plus facilement accessible. Il est ainsi considéré comme étant le plus à même de mener la conciliation dans le cadre de la procédure et de rechercher des arrangements. Ceci s'inscrit dans un souci de simplicité de la procédure.

De plus, la juridiction du juge aux affaires familiales est une juridiction spécialisée. Institutionnellement rattachée au tribunal de grande instance, il s'agit d'une juridiction à part entière dont les fonctions sont spécialisées dans le traitement du contentieux familial *lato sensu*. Ainsi, le ou les juges qui sont délégués aux affaires familiales au sein de chaque juridiction « y acquièrent et y affirment une expérience approfondie de ce genre d'affaires »⁷².

En outre, le juge aux affaires familiales doit avoir de nombreuses qualités qui peuvent se révéler contradictoires. En effet, il doit être un arbitre, un juriste, un homme d'écoute et de décision, un conciliateur et un psychologue. Il est donc relativement peu fréquent de réunir toutes ces qualités d'autant plus que le travail du JAF est considérable et qu'il doit prendre en compte la liberté de divorcer dont bénéficient les époux et qui peut être invoquée par l'un d'eux à tout moment.

Les missions du juge dans le divorce s'éloignent de celles traditionnellement dévolues aux autres juges⁷³. Aussi, si la plupart des juges ont pour mission première de trancher des litiges et de dire qui a tort et qui a raison, le juge du divorce quant à lui doit trancher mais aussi concilier, organiser et conseiller. En ce sens, le juge aux affaires familiales est un juge qui dispose de particularités propres. Il est plus actif en matière de divorce qu'en matière de droit commun. De plus, il a un devoir d'impartialité important. Le juge est le garant de la procédure, il a une valeur légale autant que symbolique.

Enfin, la juridiction du juge aux affaires familiales est une juridiction discrète. En effet, la nature des affaires qui lui sont soumises exige souvent une certaine discrétion. Bien qu'il n'y ait aucune disposition imposant le secret lors de l'examen et de l'instruction d'une demande soumise au JAF, le déroulement de la procédure en chambre du conseil est prévu par un certain nombre de textes régissant des compétences particulières, que ce soit en matière gracieuse⁷⁴ ou en matière contentieuse⁷⁵.

⁷² CORNU (G.), *op. cit.*, p. 497, *supra* notre note n°35.

⁷³ V. *infra*, Première partie, Chapitre 2, Section 2, §1, B. Des missions prioritaires contemporaines.

⁷⁴ Art. 434 et 451, CPC.

⁷⁵ Art. 248 et 298, C. civ. pour le divorce et la séparation de corps.

Mais si le juge aux affaires familiales est en principe le juge compétent en matière de divorce, plusieurs exceptions d'incompétence existent, dans lesquelles d'autres magistrats seront amenés à connaître de certains points du divorce.

§ 2. Les limites à la compétence du juge aux affaires familiales

Les limites de la compétence du juge aux affaires familiales en matière de divorce sont principalement dues à des exceptions d'incompétence (A) ou à des compétences concurrentes, notamment avec le tribunal de grande instance, le juge pénal ou encore le juge des enfants (B).

A. Les exceptions d'incompétence

Des incidents d'incompétence peuvent apparaître. Les règles du Code de procédure civile relatives aux exceptions de procédure et spécialement aux exceptions d'incompétence⁷⁶ sont en principe applicables en matière de divorce.

Le juge peut ainsi relever d'office sa propre incompétence, que ce soit en cas de violation d'une compétence d'attribution, ce qui serait donc une violation d'une règle d'ordre public, ou en cas de violation d'une règle de compétence territoriale. L'article 93 du Code de procédure civile offre en effet la faculté au juge de relever d'office son incompétence aussi bien en matière gracieuse qu'en matière contentieuse lorsqu'il est question de litiges relatifs à l'état des personnes.

Dans les cas où l'incident est provoqué par l'un des époux, l'exception d'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Le juge aux affaires familiales, conformément à l'article 1110 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, statue sur les exceptions d'incompétence.

Le juge aux affaires familiales peut également être exceptionnellement incompétent notamment à cause de compétences concurrentes. L'article 1083 du Code de procédure civile prévoit que, lorsqu'un appel est interjeté concernant le jugement du divorce, le juge aux affaires familiales perd sa compétence pour la modification des mesures accessoires au divorce en vertu de l'article 1074-1 du même code.

⁷⁶ Art. 73 s., CPC.

Mais d'une manière générale, l'incompétence ponctuelle du juge aux affaires familiales est due à des compétences concurrentes avec le tribunal de grande instance, le juge pénal ou encore le juge des enfants.

B. Les compétences concurrentes

En ce qui concerne le tribunal de grande instance, et comme nous l'avons évoqué auparavant, le juge aux affaires familiales peut, dans les cas où il en éprouverait le besoin, renvoyer l'affaire en l'état à une audience collégiale. Il n'a pas besoin de motiver sa décision et celle-ci ne peut pas faire l'objet de voie de recours. Il siège par la suite au sein de la formation collégiale devant laquelle il a ordonné le renvoi. La demande de renvoi devant le tribunal de grande instance est également ouverte aux parties. Dans les deux cas, le renvoi devant la formation collégiale pour statuer en matière de divorce peut être décidé à tout moment⁷⁷.

Par ailleurs, il peut arriver que parallèlement à l'action en divorce soit engagée une instance pénale par l'un des époux. Dans ce cas, deux hypothèses sont possibles. Dans la première, si les faits invoqués dans les deux actions sont établis, les actions peuvent alors suivre leur cours sans que l'une des deux n'influence l'autre et la question des compétences respectives du juge pénal et du juge aux affaires familiales ne se pose pas. En revanche, dans la deuxième hypothèse, si les faits litigieux restent discutés, les actions civiles et pénales sont alors liées et la décision relative à l'une des actions dépendra du résultat de l'autre. Nous nous intéresserons donc principalement ici à la seconde hypothèse afin de savoir si le juge aux affaires familiales « *est tenu de surseoir à statuer en attendant qu'un jugement définitif sur l'action publique ait été rendu* »⁷⁸.

Avant la loi du 5 mars 2007, tendant à renforcer la procédure pénale⁷⁹, l'adage « le criminel tient le civil en l'état » de l'article 4 alinéa 2 du Code de procédure pénale s'appliquait. Pour que le cours de la justice civile soit suspendu, deux conditions devaient alors être réunies : l'action publique devait effectivement avoir été mise en mouvement devant le juge compétent avant ou pendant l'instance civile et les deux actions devaient porter sur les mêmes faits. Néanmoins, la jurisprudence faisait preuve de souplesse concernant cette deuxième condition, n'exigeant ni identité d'objet ni identité de cause. Dès lors, il était prévu

⁷⁷ Art. 804, al. 2, CPC.

⁷⁸ CLAUX (P.-J.), DAVID (P.) *et al.*, *Droit et pratique du divorce*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2017, p. 207.

⁷⁹ L. n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

que le sursis s'impose au juge civil « *dès que la décision à intervenir est susceptible d'influer sur celle de la juridiction civile* »⁸⁰.

La loi du 5 mars 2007 a mis fin à l'application de cette règle. L'article 4 du Code de procédure pénale a été modifié⁸¹ et désormais la mise en mouvement de l'action publique n'empêche plus le juge du divorce de statuer. Néanmoins, cette évolution n'est en réalité pas révolutionnaire. En effet, même avant la loi de 2007, les juges aux affaires familiales saisis d'une demande en divorce respectaient généralement relativement peu la règle les obligeant à surseoir à statuer dans le cas d'une action pénale concomitante et la Cour de cassation ne condamnait pas ces pratiques.

Enfin, le juge aux affaires familiales peut se trouver en concurrence avec le juge des enfants. En effet, le JAF doit statuer sur les conséquences du divorce à l'égard des enfants. Mais le juge des enfants a également un rôle à jouer notamment en ce qui concerne les mesures d'assistance éducative dans les cas où la santé ou la moralité d'un mineur sont en danger ou dans les cas où les conditions de son éducation sont gravement compromises. Les deux juges ont un but commun, celui de préserver les intérêts des enfants et peuvent ainsi être amenés à prendre des décisions plus ou moins concomitantes à propos d'un enfant dans le cadre du divorce de ses parents.

En cas de divorce, il y a d'une manière générale une primauté du juge aux affaires familiales sur le juge des enfants, comme l'indique l'article 375-3 alinéa 2 du Code civil. Ainsi, dès lors que le JAF a statué sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale ou a décidé de confier l'enfant à un tiers dans le cadre de l'instance en divorce, le juge des enfants est dans l'impossibilité de prendre une mesure d'assistance éducative, exception faite du cas où postérieurement à la décision serait découvert un fait nouveau qui serait susceptible de constituer un danger pour le mineur.

Cette primauté permet deux choses principales. D'une part, que le juge aux affaires familiales prenne en considération l'ensemble de l'environnement des enfants ce qui implique

⁸⁰ Civ. 2^e, 11 févr. 1976, n°74-15.250, *Bull. civ.* II, n°47 et Civ. 1^{er}, 17 déc. 2008, n°07-20.247.

⁸¹ Art. 4, CPP : « *L'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction prévue par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique. Toutefois, il est sursis au jugement de cette action tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement. La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil.* »

que l'intervention simultanée du juge des enfants ne semble pas nécessaire. Et d'autre part, au regard de la pratique, il apparaît que la décision rendue par le JAF « *en ce qu'elle impose un choix et met un terme aux revendications des parents, est dans certains cas suffisante pour favoriser un retour à plus de sérénité et faire disparaître la situation de danger dans laquelle le mineur concerné se trouvait jusque-là* »⁸².

Néanmoins, l'intervention postérieure du juge des enfants est prévue en cas de danger. En effet, il existe des cas où malgré l'organisation mise en place par le juge aux affaires familiales, des conflits entre parents subsistent. Dans ce cas, le juge des enfants peut intervenir en ce qui concerne le lieu de vie du mineur. Il faut néanmoins qu'il y ait un danger pour la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant⁸³ et que ce danger se manifeste après la décision du juge aux affaires familiales, « *autrement dit que cette dernière soit devenue inadaptée en considération d'éléments qui n'avaient pas été pris en considération* »⁸⁴.

Cependant, la Cour de cassation ne tient pas toujours compte de la seconde condition et dans certains cas privilégie la première, mettant davantage en avant le danger encouru par l'enfant. Le juge des enfants peut à ce titre prendre des mesures d'assistance éducative dont les modalités relatives à l'exercice de l'autorité parentale sont différentes que celles prévues par le juge aux affaires familiales.

Toutefois, ces mesures sont par nature provisoires. De ce fait, lorsque le danger est écarté, la mesure d'assistance éducative devient caduque et le pouvoir revient au juge aux affaires familiales. Dans les cas où le juge des enfants aurait décidé de confier l'enfant au parent qui, dans le cadre de la procédure de divorce, n'avait pas obtenu la résidence habituelle ou à un tiers, l'enfant doit alors retourner au domicile du parent à qui il avait été initialement confié. Le juge aux affaires familiales est quant à lui incompétent pour ce qui est des mesures d'assistance éducative liées aux situations de danger.

En raison des risques de compétences concurrentes entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales, la mise en place d'une communication entre eux est ainsi apparue

⁸² Civ. 1^{re}, 14 mars 2006, n°05-13.360, *Bull. civ.* I, n°161.

⁸³ Au sens de l'article 375 du Code civil.

⁸⁴ CLAUX (P.-J.) et DAVID (P.), *op. cit.*, p. 209, *supra* notre note n°78.

nécessaire. Le décret du 10 avril 2009 a ainsi mis en place un dispositif de circulation de l'information notamment entre eux⁸⁵.

En effet, il paraissait primordial que le juge des enfants puisse avoir connaissance d'une décision antérieurement prononcée par le juge aux affaires familiales en vue d'une ouverture de procédure d'assistance éducative. De la même manière, il est important que le juge aux affaires familiales puisse connaître l'antériorité d'une procédure éducative. De plus, il apparaît nécessaire que puissent circuler les informations sur les différents dossiers et pièces que chacun d'entre eux peut avoir afin qu'ils aient une meilleure connaissance des enjeux et éviter par conséquent d'éventuelles incohérences qui pourraient être préjudiciables aux parties.

Avant la mise en place de ce dispositif, la communication de pièces entre les magistrats était organisée de manière informelle et était très variable selon les juridictions. Le décret de 2009 a donc permis l'instauration d'un cadre juridique favorisant la communication entre les différents magistrats pouvant être saisis pour un même mineur sans néanmoins alourdir les procédures afin de ne pas occasionner de retard dans le processus de décision.

Le juge aux affaires familiales, lorsqu'il est saisi pour statuer sur l'exercice de l'autorité parentale, doit alors, conformément au décret, vérifier si l'enfant est suivi par le juge des enfants dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative. Il pourra alors demander à ce que lui soient transmises les pièces du dossier d'assistance éducative lui permettant de statuer en toute connaissance de cause⁸⁶.

Il apparaît donc que le juge aux affaires familiales ne connaît pas de l'ensemble du contentieux familial. Madame Laloubère indiquait en ce sens « *Il aurait certainement été révolutionnaire de créer un seul juge de la famille, création redoutables en termes de pouvoir, mais quelle création novatrice en termes de cohérence et de lisibilité pour un justiciable encore trop souvent perdu et renvoyé de juge en juge !* »⁸⁷. Si une réflexion sur l'ensemble de l'office du juge aux affaires familiales pourrait être tout à fait intéressante, nous ne nous attarderons pas sur ces questions du fait de la limitation de notre sujet à l'étude du rôle du juge dans le divorce.

⁸⁵ Décr. n°2009-398 du 10 avril 2009 relatif à la communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles.

⁸⁶ Art. 1072-1, CPC.

⁸⁷ LALOUBERE (M.), « L'organisation et la gestion du contentieux familial au sein d'un tribunal de grande instance », *AJ fam.* 2005, n°12, p. 443.

Ainsi, comme nous avons pu le voir, le juge aux affaires familiales qui est le juge traditionnellement compétent pour connaître du divorce de deux époux connaît parfois des exceptions d'incompétence. Néanmoins, il reste compétent dans la plupart des cas et, étant reconnu comme juge du divorce, il dispose de nombreuses prérogatives.

Section 2 – Les prérogatives du juge du divorce

En étudiant les différentes prérogatives du juge du divorce il apparaît que celles-ci sont considérables et très diversifiées (§ 1). Le juge aux affaires familiales étant le juge de tout le divorce, les pouvoirs du juge ont notamment été renforcés ces dernières années en matière liquidative (§ 2).

§ 1. Des prérogatives diversifiées

Le juge aux affaires familiales est régulièrement considéré comme étant l' « homme-orchestre du divorce »⁸⁸. A ce titre, il convient d'analyser les différentes prérogatives dont il dispose dans le cadre de ces procédures. Il apparaît que le JAF bénéficie de nombreuses compétences, que ce soit avant le divorce (A), lors du prononcé du divorce ou dans la période d'après-divorce (B).

A. Avant le prononcé du divorce

Tout d'abord, le JAF est compétent quant à l'instruction du procès du divorce. C'est lui qui reçoit la requête initiale que l'époux demandeur dépose dans le cadre d'un divorce contentieux ou la requête conjointe que déposent les époux optant pour un divorce par consentement mutuel.

De plus, avant le prononcé du divorce, le juge aux affaires familiales peut être amené à exercer la fonction de juge des référés, et ce, dès le dépôt de la requête initiale⁸⁹. A ce titre, il peut, selon les dispositions de l'article 257 du Code civil, prendre des mesures d'urgence avant l'audience de conciliation ou encore ordonner des mesures de nature strictement

⁸⁸ GROSLIERE (J.-C.), *art. préc.*, pp. 73-80, *supra* notre note n°51 ; expression reprise par la suite : SALVAGE-GEREST (P.), « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », *Dr. fam.* 2003, n°4, pp. 8-14.

⁸⁹ Art. 1073, al. 2, CPC.

conservatoires. Le juge du divorce peut aussi être saisi comme juge des référés par l'un des époux dans le but de mettre en place des mesures destinées à éviter un trouble manifestement illicite⁹⁰.

La compétence du juge aux affaires familiales comme juge des référés semble être exclusive. Correspondant à une règle de compétence d'attribution d'ordre public et conformément à l'article 76 du Code de procédure civile, le président du tribunal de grande instance, qui est le juge des référés de droit commun, s'il était saisi par l'un des époux, devrait ainsi soulever d'office son incompétence.

Le juge du divorce officie également comme juge de la mise en état⁹¹. Il convient de rappeler tout d'abord qu'une fois que le juge de la mise en état est saisi, le juge des référés devient incompétent⁹². En effet, il est préférable, par souci de cohérence, d'éviter les concours de compétence en particulier lorsqu'une action au fond est en cours avec un juge unique chargé de l'affaire. Cela permet notamment d'intervenir plus rapidement.

Le JAF, en tant que juge des référés, est donc compétent pour attribuer une provision *ad litem* ou pour ordonner une mesure d'instruction jusqu'à son dessaisissement qui intervient lors de l'ouverture des débats. Il est ainsi le seul compétent en ce qui concerne toutes les mesures provisoires et pour modifier celles qui, dans le cas de survenance d'un fait nouveau, n'avaient pas été prises lors de l'élaboration de l'ordonnance de non-conciliation.

Par ailleurs, afin d'être parfaitement éclairé pour rendre son jugement, le juge a la possibilité d'effectuer les recherches qu'il estime utiles. Il doit veiller au respect des principes gouvernant la preuve, communs à tout procès civil, comme par exemple le principe du contradictoire. Mais il dispose aussi de prérogatives spécifiques.

Il peut notamment, avant de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, missionner toute personne qualifiée d'effectuer des investigations approfondies dans le cadre d'une enquête sociale. Cependant, la loi interdit que les résultats de cette enquête sociale soient utilisés dans le débat sur la cause du divorce⁹³. Par ailleurs, le juge doit veiller à ce que lui soient transmis tous les renseignements et les documents utiles pour fixer les prestations et pensions ou liquider le régime matrimonial. Enfin, il peut faire procéder à toutes recherches

⁹⁰ Art. 209, al. 1, CPC.

⁹¹ Art. 1073, al. 1, CPC.

⁹² Civ. 2^e, 18 juin 1986, n°84-17.649, *Bull. civ.* II, n°96.

⁹³ Art. 373-2-12, al. 3, C. civ.

utiles pour avoir une connaissance précise de la situation financière de chaque époux. Il peut donc se rapprocher des banques ou encore des employeurs des époux sans que le secret professionnel ne lui soit opposé.

Avant le divorce, le juge exerce également une mission de conciliation. Ainsi, dans le cadre de la procédure de divorce contentieux, et après avoir reçu la requête initiale, le juge procède à une tentative de conciliation entre les époux. A l'issue de cette audience de conciliation, il rend une ordonnance de non-conciliation ayant pour objet de permettre à l'époux demandeur d'assigner en divorce l'autre époux.

Cette audience de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 16 décembre 2015⁹⁴. Elle peut par la suite être renouvelée pendant l'instance si le juge aux affaires familiales l'estime utile. L'article 252 du Code civil en son alinéa 2 précise que le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences.

Le rôle du juge lors de l'audience de conciliation ne se limite pas à rechercher si une potentielle réconciliation serait possible ou à inciter les époux à divorcer amiablement⁹⁵. En effet, il doit aussi fixer les mesures provisoires qui tendront à s'appliquer pendant la procédure de divorce. En ce sens l'article 254 du Code civil dispose que le juge « *prescrit en considération des accords éventuels des époux, les mesures nécessaires pour assurer leur existence et celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée* ».

C'est le juge aux affaires familiales qui prescrit ces mesures et celles-ci ont une grande importance car bien souvent elles deviennent définitives au prononcé du divorce. Néanmoins, la rédaction de l'article qui indique qu'il prescrit ces mesures « *en considération des accords éventuels des époux* » met en évidence le fait que le législateur souhaite favoriser les solutions négociées entre les époux et les faire prendre en compte par le juge⁹⁶.

⁹⁴ Civ. 1^{re}, 16 déc. 2015, n°14-28296, *Bull.* 2016, n° 841, I, n° 612: Selon la Cour de cassation, les juges d'appel avaient constaté que le juge n'avait pas procédé à une tentative de conciliation mais estimé que « *le contexte excluait qu'une réconciliation puisse intervenir, de sorte qu'il y a lieu de constater la non conciliation implicite des époux et leur volonté de divorcer et de les autoriser à assigner à cet effet* ».

⁹⁵ V. *infra*, Première partie, Chapitre 2, Section 2, § 2, A. La conciliation et la médiation.

⁹⁶ Une liste non exhaustive de mesures provisoires pouvant être prises par le juge figure à l'article 255 du Code civil, parmi lesquelles on trouve notamment le recours à la médiation, les modalités de résidence séparée des époux, la fixation de la pension alimentaire, l'attribution de la jouissance et de la gestion des biens indivis... L'article 256 du Code civil renvoie quant à lui aux règles de l'autorité parentale.

Le JAF peut aussi proposer une mesure de médiation qui a été introduite dans le Code civil par l'intermédiaire de la loi de 2004. Le juge doit toutefois recueillir l'accord des époux et désigner un médiateur familial afin d'y procéder. En effet, la médiation suppose par essence le consentement des personnes concernées, il s'agit seulement de proposer voire d'inciter les époux à y recourir.

L'objet de la médiation peut être varié. Il peut porter sur le choix de la procédure mais aussi sur le travail d'élaboration de conventions entre époux scellant leur accord sur les conséquences du divorce, que celles-ci soient patrimoniales ou extrapatrimoniales. Le juge interviendra de nouveau par la suite pour homologuer ces conventions ou, le cas échéant, s'en inspirer.

Par ailleurs, le juge peut « *enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation* »⁹⁷. Ici encore, il ne s'agit pas de forcer les époux à avoir recours à la médiation mais simplement de rencontrer un médiateur afin d'être mieux informés sur ce qu'est la médiation en espérant qu'à l'issue de cet entretien ils en comprendront l'utilité et souhaiteront y avoir recours.

Le juge aux affaires familiales est également reconnu comme étant le juge de l'autorité parentale. A ce titre, il en détermine les modalités d'exercice que ce soit pour la période de l'instance du divorce ou pour l'après-divorce. Il fixe la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ou homologue la convention préparée par les parents.

B. L'instance du divorce et l'après-divorce

L'une des compétences principales du juge aux affaires familiales en tant que juge du divorce reste néanmoins celle de prononcer le divorce, bien qu'il n'ait plus cette compétence concernant le divorce par consentement mutuel conventionnel, procédure dont il a été évincé. Il reste donc le seul titulaire de cette compétence pour tous les divorces judiciaires, et ce, qu'elle que soit la cause du divorce, mis à part s'il décide de renvoyer l'affaire devant le tribunal de grande instance pour que celui-ci statue collégalement ou si les époux en font la demande.

Ainsi, il homologue la convention que lui présentent les époux dans le cadre du divorce par consentement mutuel judiciaire et règle les conséquences dans les divorces

⁹⁷ Art. 255, 2°, C. civ.

contentieux. Il statue alors sur la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux⁹⁸.

En outre, il doit régler les conséquences du divorce telles que la potentielle attribution d'une compensation compensatoire ou encore les dispositions concernant les enfants mis à part si les époux se sont accordé sur une partie ou la totalité des conséquences du divorce, dans ce cas il jouera le rôle d'homologateur.

Il apparaît que le juge aux affaires familiales dispose de prérogatives importantes en matière d'autorité parentale, en particulier depuis la loi du 4 mars 2002⁹⁹. Il intervient ainsi dans l'organisation de la séparation des parents, que ce soit exceptionnellement pour la dévolution de l'exercice de l'autorité ou ordinairement pour en organiser les modalités¹⁰⁰.

D'une part, concernant la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale, le juge peut décider que l'autorité parentale ne sera exercée que par un seul parent si l'intérêt de l'enfant le justifie. D'autre part, lorsqu'il est saisi pour organiser la séparation des parents, il doit répartir les droits et devoirs de ces derniers avec comme objectif que les dispositions soient dans le plus grand intérêt de l'enfant concerné.

La décision prise relèvera soit de l'homologation d'une convention établie par les parents soit de la décision du juge. Dans le premier cas, celui de l'homologation d'une convention préparée par les parents, il est nécessaire que celles-ci prévoient non seulement les modalités d'exercice de l'autorité parentale mais aussi la contribution de chacun des parents à l'entretien et à l'éducation des enfants. Le juge peut refuser d'homologuer des conventions qui ne préserveraient pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou si le consentement des parents n'avait pas été donné librement¹⁰¹.

Dans le deuxième cas, si aucune convention n'est présentée au juge en vue de fixer les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, celui-ci doit tout de même tenter de trouver une solution consensuelle. Il peut ainsi tenter de concilier les parties mais peut aussi leur proposer une mesure de médiation.

Dans les deux cas, le juge peut par la suite modifier ou compléter les mesures prises à la demande des parties, du ministère public ou des tiers. En effet, le juge, en matière

⁹⁸ V. *infra*, Première partie, Chapitre 1, Section 2, § 2. Des prérogatives renforcées en matière de liquidation.

⁹⁹ L. n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

¹⁰⁰ SALVAGE-GEREST (P.), *art. préc.*, p. 10, *supra* notre note n°88.

¹⁰¹ Art. 373-2-7, C. civ.

d'autorité parentale peut également décider de confier l'enfant à un tiers si son intérêt le commande ou déléguer tout ou partie de l'autorité parentale.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 mai 2015 a rappelé la compétence exclusive du JAF en matière d'autorité parentale. Elle a ainsi indiqué que le juge qui fixe les modalités d'exercice de l'autorité parentale d'un parent à l'égard de son enfant ne peut se déléguer de ses pouvoirs. De plus, il n'est possible de refuser, à un parent exerçant conjointement l'autorité parentale, de maintenir des relations personnelles avec l'enfant que pour des motifs graves¹⁰².

Les prérogatives considérables du juge concernant les diverses mesures relatives aux enfants s'expliquent par sa mission essentielle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Comme il l'est pour le conjoint le plus vulnérable, le juge est le garant de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il exerce à ce titre un véritable rôle de contrôle.

Par ailleurs, le juge du divorce a une compétence exclusive concernant la fixation de la prestation compensatoire. C'est au moment du prononcé du divorce que le juge doit se placer pour la fixer. Cependant, il ne doit pas uniquement prendre en compte les besoins actuels des parties mais aussi prendre en considération ce qui se passera dans un futur prévisible grâce à l'étude de leur situation au moment du divorce¹⁰³. Le troisième alinéa de l'article 271 du Code civil établit une liste non exhaustive des éléments que le juge peut prendre en compte pour fixer la prestation compensatoire¹⁰⁴.

La tâche que le juge doit accomplir n'est pas toujours facile, il peut s'avérer compliquer de prévoir comment évoluera la situation des deux époux après le prononcé du divorce. A cet égard, Messieurs Malaurie et Fulchiron posent la question suivante : « *Le juge peut-il être prophète ?* »¹⁰⁵.

¹⁰² Civ. 1^{re}, 28 mai 2015, n°14-16.511, *Bull.* 2015 n°5, I, n°118.

¹⁰³ Art. 271, al. 1, C. civ.

¹⁰⁴ Les éléments proposés à l'alinéa 3 de l'article 271 sont en outre : la durée du mariage ; l'âge et l'état de santé des époux ; leur qualification et leur situation professionnelles ; les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant leur vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ; le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ; leurs droits existants ou prévisibles ; leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa.

¹⁰⁵ MALAURIE (P.) et FULCHIRON (H.), *op. cit.*, p. 388, *supra* notre note n°38.

Il convient de préciser que depuis la loi de 2004, les torts et conséquences du divorce ont été déconnectés. Le droit à la prestation compensatoire est donc ouvert en principe à partir du moment où il y a une disparité entre les époux, quelle que soit la procédure de divorce choisie et quels que soient les torts. Le juge, qui conformément à l'article 270 du Code civil statue en équité, peut néanmoins refuser d'accorder une prestation compensatoire dans deux cas : lorsque le divorce est un divorce pour faute prononcé aux torts exclusifs et en fonction des critères d'évaluation de la prestation compensatoire.

Ces dispositions amènent certains auteurs à considérer qu'il s'agit d'une « *cote mal taillée* »¹⁰⁶. En effet, la législation actuelle constitue une sorte d'« entre-deux » : il conviendrait de choisir entre reconnaître au juge un pouvoir général d'appréciation en équité, tempérant ainsi les conséquences injustes d'un divorce objectif comme le divorce pour altération définitive du lien conjugal, ou d'accepter toutes les conséquences du divorce instauré et ne plus prendre en compte les clauses d'équité.

L'atténuation du dispositif mis en place repose sur le fait que le juge peut refuser d'accorder une prestation compensatoire lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux. En effet, il semble incohérent de prononcer le divorce aux torts exclusifs d'un époux et que celui-ci reçoive tout de même une prestation compensatoire de son époux n'ayant pas commis de faute.

De plus, le juge peut allouer des dommages et intérêts à l'époux « victime » en cas de divorce pour faute. Néanmoins, les dommages et intérêts se caractérisent aujourd'hui par leur faible montant.

Mais, contrairement à ce que l'on pourrait penser, le rôle du juge ne s'arrête pas au prononcé du divorce. Ainsi, à diverses occasions il est amené à jouer un rôle important dans l'après-divorce. En effet, il demeure compétent pour trancher un certain nombre de litiges qui subsistent entre les époux après le prononcé du divorce. Il est toutefois nécessaire que ce litige ait un lien avec ce dernier.

Le JAF est donc le seul compétent après le divorce pour statuer sur la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement ainsi que sur la modification de la pension alimentaire, les modalités d'exercice de l'autorité parentale ou pour décider de confier l'enfant à un tiers.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 385.

L'alinéa 1^{er} de l'article 1084 du Code de procédure civile dispose en effet : « *Quand il y a lieu de statuer, après le prononcé du divorce, sur l'exercice de l'autorité parentale, la pension alimentaire ou la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, la demande est présentée, même si un pourvoi en cassation a été formé, au juge aux affaires familiales selon les modalités prévues à la section III du présent chapitre* ».

L'alinéa 2 du même article précise que le juge aux affaires familiales est également compétent après le divorce pour statuer sur les demandes portant sur la prestation compensatoire. Cela peut correspondre à des actions en révision ou en substitution mais également à des actions permettant la fixation d'une nouvelle prestation compensatoire dans les cas où la convention de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire serait annulée à cause d'une erreur ou d'un dol viciant le consentement de l'un des époux à la prestation.

Le juge aux affaires familiales peut être saisi par simple requête des époux pour intervenir dans l'après-divorce. Il statue alors sans formalité, il s'agit d'une procédure orale.

Le juge aux affaires familiales dispose de compétences considérables en matière de divorce, que ce soit en termes de mesures avant le divorce, dans le cadre du prononcé du divorce ou après le divorce. La diversité des prérogatives qui lui sont attribuées peuvent être justifiées par la diversité des rôles qui sont attendus de lui. En outre, le juge aux affaires familiales, suite aux différentes réformes, exerce un rôle de plus en plus important en matière de liquidation et de partage.

§ 2. Des prérogatives renforcées en matière de liquidation

Les pouvoirs liquidatifs du JAF ont été progressivement renforcés en matière de divorce (A). Néanmoins, des interrogations subsistent quant à la portée et au bien-fondé de ces nouveaux pouvoirs (B).

A. Un renforcement des pouvoirs du juge

Avant la loi du 26 mai 2004, la procédure était relativement simple : le juge avait pour mission de statuer sur les éventuelles demandes d'attribution préférentielle ou de maintien dans l'indivision et d'ordonner la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux¹⁰⁷. Aucune compétence ne lui était reconnue concernant la détermination du régime

¹⁰⁷ Art. 264-1, C. civ. dans sa version antérieure à la loi n°2004-439 du 26 mai 2004.

matrimonial et la liquidation de ce même régime matrimonial. Il avait simplement la faculté de désigner un notaire afin de procéder aux opérations de liquidation et de partage qui, lorsque les désaccords subsistaient, dressait un procès-verbal des difficultés, qu'il transmettait au TGI, ce dernier étant le seul investi de la compétence pour trancher ces litiges.

Par la suite, les choses se sont compliquées au fil des réformes. La loi de 2004 avait ensuite posé le principe d'un « *continuum* » entre la procédure de divorce et le partage des intérêts patrimoniaux. Mais la loi du 12 mai 2009 dite de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures est allée dans le sens inverse, affirmant la séparation de la procédure de divorce de celle de liquidation et de partage.

En effet, conformément aux préconisations de la commission Guinchard qui s'est tenue en 2008, le législateur a renforcé les pouvoirs du juge par l'intermédiaire de la loi de 2009. Le législateur a ainsi transféré au JAF la compétence concernant la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux après divorce. Cette réforme avait notamment pour objectif de permettre au JAF de « *connaître de la suite naturelle de la procédure de divorce qu'est la liquidation du régime matrimonial* »¹⁰⁸.

L'idée était ainsi de créer un nouveau bloc de compétences en matière patrimoniale, qui concernait tous les couples¹⁰⁹, dans un souci de simplification mais aussi de plus grande cohérence des décisions relevant du contentieux familial. Or, il est apparu que le transfert de compétences n'avait pas été suffisamment anticipé sur ses conséquences, plus spécifiquement en ce qui concerne leur portée, les règles procédurales ainsi que la réorganisation matérielle et humaine au sein des juridictions.

La circulaire du ministère de la Justice du 16 juin 2010¹¹⁰ est par la suite venue apporter des précisions sur les dispositions de la loi. Si le JAF est devenu le juge de la liquidation des époux et qu'il est en même temps le juge du divorce, la circulaire distingue clairement ces deux compétences. Il s'agissait d'une vision particulièrement restrictive du rôle du juge en matière de liquidation.

En effet, la circulaire entendait « *scinder les deux instances, en divorce et en liquidation ; elle entend cantonner le juge du divorce dans son rôle de juge du divorce en*

¹⁰⁸ GEBLER (L.), « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2009, n°6, p. 256.

¹⁰⁹ En effet, la loi prévoyait également des dispositions concernant les personnes liées par un PACS ou les concubins, telles que la gestion du contentieux relatif au fonctionnement et au partage des indivisions.

¹¹⁰ Circ. n° CIV/10/10 du 16 juin 2010 ayant pour objet la présentation de l'article 14 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 et du décret n°2009-1591 du 17 décembre 2009.

verrouillant toutes les possibilités qui auraient pu s'offrir à lui, au moment du prononcé du divorce d'empiéter sur son rôle de juge de la liquidation et de prendre des mesures d'anticipation, sous réserve des pouvoirs qui lui sont expressément conférés par l'article 267 du Code civil »¹¹¹. Les pouvoirs liquidatifs du JAF qui prononçait le divorce étaient donc circonscrits aux seules hypothèses prévues par l'article 267 du Code civil, la circulaire rappelant qu'en prononçant le divorce, le juge se vidait de sa saisine.

Néanmoins, le maintien de l'article 267 du Code civil, qui offre au juge du divorce la possibilité d'ordonner la liquidation, a suscité de nombreuses interrogations sur le bien-fondé des dispositions de la nouvelle loi. Une nouvelle réforme est alors apparue nécessaire pour clarifier les différentes dispositions et préciser le rôle du juge du divorce en matière de liquidation et de partage post-divorce¹¹².

Les compétences du JAF en matière liquidative se sont accrues avec l'ordonnance de 2015¹¹³. Par l'intermédiaire de la réforme, le juge a été investi de véritables pouvoirs liquidatifs, allant au-delà de ceux qui lui étaient reconnus auparavant¹¹⁴. Désormais, le juge a la possibilité de trancher les litiges relatifs au régime matrimonial ou aux intérêts patrimoniaux des époux dès le prononcé du divorce.

Le texte semble à première vue préciser l'étendue des pouvoirs du juge du divorce en matière de liquidation et de partage post-divorce, « *parvenant ainsi à opérer une forme de conciliation entre le principe de continuum poursuivi par la loi de 2004 et celui de la*

¹¹¹ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales : cadrage ou verrouillage ? », *Dr. fam.* 2011, n°1, p. 25.

¹¹² Le projet de simplification du droit déposé par la Garde des Sceaux le 27 novembre 2013 a été l'occasion de débattre de ce problème. L'objectif de la Chancellerie était de « clarifier le rôle respectif du juge aux affaires familiales et du notaire dans le cadre de la liquidation-partage des intérêts patrimoniaux des époux qui divorcent ». Une étude d'impact diligentée par le Gouvernement avait mis en avant trois options possibles : « il peut être proposé d'effectuer un renvoi clair à la procédure de droit commun du partage successoral ; à l'inverse il peut être envisagé d'élaborer une procédure spécifique à la liquidation-partage post-divorce ; il peut, enfin, être suggéré de réaliser un renvoi de principe à la procédure de partage successoral tout en proposant des règles spécifiques permettant une procédure liquidative plus rapide en cas d'accord des époux ou au contraire de désaccord avéré lors du divorce ».

¹¹³ Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

¹¹⁴ L'article 267 du Code civil a été modifié, allant dans un sens d'augmentation des pouvoirs du juge du divorce en matière liquidative : « *A défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge statue sur leurs demandes de maintien dans l'indivision, d'attribution préférentielle et d'avance sur part de communauté ou de biens indivis. Il statue sur les demandes de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux, dans les conditions fixées aux articles 1361 à 1378 du code de procédure civile, s'il est justifié par tous moyens des désaccords subsistant entre les parties, notamment en produisant : -une déclaration commune d'acceptation d'un partage judiciaire, indiquant les points de désaccord entre les époux ; -le projet établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255. Il peut, même d'office, statuer sur la détermination du régime matrimonial applicable aux époux.* ».

séparation formalisé par le texte de 2009 »¹¹⁵. Il apparaît que le choix effectué par le législateur est celui du compromis. Le partage post-divorce continue d'obéir en principe aux règles du partage successoral¹¹⁶. Dès lors, plusieurs conséquences peuvent être observées.

D'une part, une tentative de partage amiable doit précéder tout divorce. Et d'autre part, la séparation entre la procédure de divorce et la procédure liquidative est conservée. Néanmoins, cette règle n'est plus d'interprétation stricte car lorsqu'un accord amiable se révèle impossible, le juge peut statuer lui-même sur la question de la liquidation et du partage des biens. Il s'agit de l'apport majeur de la réforme, venant préciser le rôle du juge en matière de liquidation-partage. En effet, nous assistons, par l'intermédiaire du nouvel article 267 du Code civil, à un renforcement considérable des prérogatives du juge aux affaires familiales sur les questions relatives à la liquidation partage.

Le juge peut en outre statuer sur les demandes de maintien en indivision, d'attribution préférentielle et d'avance sur part de communauté ou de bien indivis. Il peut aussi être le juge de la liquidation même si cette faculté est étroitement encadrée. Une procédure alternative lui donne également la possibilité de prendre part aux questions relatives au partage des intérêts patrimoniaux des époux sans qu'un notaire n'ait été préalablement mandaté à ce sujet lorsque cette procédure est à l'initiative des parties.

La compétence du juge est néanmoins conditionnée au fait que les individus puissent justifier par tous moyens des désaccords subsistant entre elles. Elles peuvent à ce titre fournir un projet d'état liquidatif et de partage établi par notaire ou une déclaration commune d'acceptation d'un partage judiciaire, faisant mention des désaccords subsistant entre elles.

Lorsque le juge ne doit pas trancher le contentieux relatif à la liquidation au cours de la procédure de divorce, les parties pourront se prévaloir après le divorce d'une nouvelle procédure en partage judiciaire. Dans le cadre de cette procédure, le partage sera ordonné et un notaire sera éventuellement désigné.

Le principe de séparation entre le divorce et le partage est ainsi réaffirmé à l'occasion de cette réforme, même si celle-ci permet aux époux de demander au juge de statuer lors du

¹¹⁵ GILSON-MAES (A.), « Examen de la réforme des pouvoirs du juge en matière de divorce : entre petits succès et grandes désillusions », *RJPF* 2016, n°3, p. 9.

¹¹⁶ Le renvoi au partage judiciaire tel que défini aux articles 1361 à 1378 du Code de procédure civile est maintenu.

prononcé du divorce sur la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux s'il apparaît qu'aucune solution amiable n'est possible dès la phase de divorce¹¹⁷.

La réforme de 2015 devrait permettre l'accélération de la procédure de divorce et notamment du partage des biens. De plus, elle permet de mieux connaître les pouvoirs du juge aux affaires familiales en matière de divorce grâce à la redéfinition de ses compétences judiciaires. Le texte encourage par ailleurs le recours à l'article 255, 10° du Code civil qui prévoit que le juge peut désigner un notaire afin d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation de lots à partager. Ceci permet la collaboration d'un professionnel du divorce et du juge aux affaires familiales rapidement dans la procédure de divorce ce qui s'avère être bénéfique pour les parties et pour les chances de réussite du partage amiable.

B. Des interrogations subsistantes

Il semble ainsi que la volonté du législateur était que la liquidation-partage soit réglée au stade de la procédure de divorce. La modification de l'article 267 du Code civil a permis dans de nombreuses situations de régler en une seule et même décision le divorce et la liquidation-partage des intérêts patrimoniaux des époux. Le JAF devient ainsi un « *magistrat liquidateur à part entière* »¹¹⁸. Mais dans la pratique il semblerait que cet office soit la plupart du temps réservé à certains d'entre eux ce qui risque de créer des différences entre les demandes formées sur le fondement de l'article 267 selon le JAF saisi. Le juge ne peut par ailleurs pas s'autosaisir en matière liquidative. « *Il demeure serviteur de la volonté des parties qu'il n'a pas à suppléer* »¹¹⁹.

L'ordonnance de 2015 a donc permis de mieux déterminer les prérogatives du juge en matière de liquidation et de partage dans le divorce. Néanmoins, il semble que la clarification des pouvoirs du juge soit inachevée. Le quatrième alinéa de l'article 267 du Code civil qui disposait « *si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 contient des informations suffisantes, le juge, à la demande de l'un ou l'autre des époux, statue sur les désaccords persistant entre eux* » a été supprimé. Or, il avait l'avantage de proposer une indication pouvant s'avérer opportune. La

¹¹⁷ THOURET (S.), « Réforme du droit de la famille : le juge du divorce et la liquidation », *AJ fam.* 2015, n°11, p. 599.

¹¹⁸ MULON (E.), « Le nouvel article 267 du Code civil : une extension bienvenue des pouvoirs du juge du divorce en matière liquidative », *Gaz. Pal.*, 2016, n°1, p. 54.

¹¹⁹ GILSON-MAES (A.), *art. préc.*, p. 11, *supra* notre note n°115.

question pouvait alors se poser de savoir si le juge disposait de suffisamment d'informations pour trancher les différends entre époux. Si tel était le cas, alors la procédure allégée aurait pu s'appliquer tandis que dans le cas contraire, le recours à la procédure complexe aurait été souhaitable.

Le décret du 23 février 2016¹²⁰ était alors attendu afin d'apporter des précisions sur les nombreuses questions qui restaient en suspens suite à l'ordonnance de 2015. Cependant, il semblerait que celui-ci n'ait pas permis de lever les incertitudes subsistantes.

D'aucuns se sont également interrogés sur l'omniprésence du juge du divorce dans la procédure. En effet, la loi de 2004 avait comme esprit que le divorce appartient aux époux. Ainsi, en renforçant les pouvoirs liquidatifs du JAF, on pourrait indirectement fragiliser l'objectif de pacification du divorce. Le danger d'ériger le juge en homme fort, ne laissant plus qu'une place réduite au divorce amiable est alors souligné¹²¹. Néanmoins, l'intervention du juge n'étant prévue que dans les cas où aucune solution amiable ne semble être envisageable, cette critique semble avoir une portée limitée.

La crainte principale a été pour les magistrats d'être contraints à engager un processus liquidatif complexe à la demande des parties. En outre, il peut être dangereux de trop augmenter les responsabilités du juge aux affaires familiales à propos des contentieux liés à la liquidation¹²².

Selon Madame Hebrard, magistrate, l'article 267-1 du Code civil consacre une solution acceptable et efficace en donnant la possibilité au JAF de renvoyer les couples qui n'auraient pas réglé leur liquidation à saisir ultérieurement le juge chargé de la liquidation, qui reste un juge aux affaires familiales mais qui est spécialisé dans ce contentieux. Dans ce cas, les parties auraient recours à une expertise notariale, conformément à l'article 255, 10° du Code civil.

Il apparaît, au regard de ces développements, que le juge du divorce dispose de nombreuses prérogatives dans les différents divorces judiciaires, dont des prérogatives accrues en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux particulièrement depuis l'ordonnance de 2015. Les nombreuses prérogatives du juge s'expliquent notamment

¹²⁰ Décr. n°2016-185 du 23 février 2016 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

¹²¹ GILSON-MAES (A.), *art. préc.*, p. 12, *supra* notre note n°115.

¹²² HEBRARD (S.), « Le point de vue d'un juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2016, n°6, p. 302.

par son rôle polyvalent dans la procédure de divorce. Toutefois, ce rôle diffère en fonction de la procédure de divorce choisie.

Chapitre 2 – Le juge du divorce : un juge aux rôles multiples

Si le juge n'est plus indispensable dans toutes les procédures de divorce, le divorce sans juge ayant été consacré par la loi de 2016, le divorce judiciaire perdure dans de nombreuses hypothèses. En effet, seule une autorité judiciaire est habilitée à trancher les litiges entre particuliers. De plus, le juge doit protéger des intérêts, en particulier ceux des enfants, et seul un contrôle judiciaire permet d'en assurer la sauvegarde même dans les cas où les époux sont d'accord.

Le juge va ainsi jouer un rôle polyvalent dans les différentes procédures de divorce. L'intervention judiciaire se manifeste alors de multiples manières (Section 1). Par ailleurs, le rôle du juge en matière de divorce est sujet à certaines mutations (Section 2).

Section 1 – La diversité de l'intervention judiciaire

Il apparaît aujourd'hui que les pouvoirs du juge sont amenés à varier en fonction des divorces (§ 1). De plus, le rôle du juge diffère selon que les parties soient en conflit ou en accord. Dans ce cas, les accords entre les parties seront privilégiés mais le juge sera tout de même chargé de contrôler (§ 2).

§ 1. L'hétérogénéité des pouvoirs du juge

En fonction des cas de divorce, le rôle du juge ne sera pas le même. Ainsi, dans des procédures telles que celle du divorce pour faute, le juge va avoir un rôle central, disposant de prérogatives considérables (A). En revanche, dans les autres procédures telles que le divorce pour altération définitive du lien conjugal, le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage ou le divorce par consentement mutuel judiciaire, le rôle du juge est beaucoup plus limité, s'apparentant davantage à un simple rôle de contrôle, la volonté individuelle et les accords entre époux étant dorénavant privilégiés (B).

A. Des pouvoirs étendus

Les prérogatives du juge dans le divorce peuvent être considérables. Son rôle en matière de divorce pour faute notamment est très important. Dans ce type de divorce, son intervention est nécessaire et constante.

Le juge doit trancher le litige qui lui est soumis mais il peut également aller plus loin. L'article 1076-1 du Code de procédure civile dispose : « *Lorsqu'une des parties n'a demandé que le versement d'une pension alimentaire ou d'une contribution aux charges du ménage, le juge ne peut prononcer le divorce sans avoir invité les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire* ».

Il s'agit donc d'une dérogation au principe du dispositif prévu à l'article 5 du Code de procédure civile selon lequel le juge ne peut modifier l'objet du litige. Cette exception permet de remédier aux situations dans lesquelles l'un des époux s'est opposé au divorce dans un premier temps. Aux obligations procédurales ordinaires s'ajoutent toutefois d'autres exigences quant à la détermination de la compensation par le juge¹²³. Mais c'est bien le juge aux affaires familiales qui fixe la prestation compensatoire, la décision relevant de son appréciation souveraine en tant que juge du fond.

En outre, en cas de divorce pour faute, le juge a reçu le pouvoir depuis la loi de 1975 de prononcer le divorce aux torts partagés en relevant d'office les éléments d'une demande reconventionnelle que le défendeur aurait négligé de former¹²⁴. Autrement dit, le juge peut décider que l'époux qui a formé la demande de divorce pour faute a lui aussi des torts, bien que l'époux défendeur n'ait pas demandé à ce que ces torts soient reconnus.

Cette prérogative apparaît donc comme étant « *exorbitante* »¹²⁵, dérogeant aux pouvoirs habituels des juges. En effet, les juges ne peuvent normalement statuer que sur les demandes qui leur sont présentées. Cette prérogative est laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge¹²⁶ qui est néanmoins tenu de respecter certains principes comme le principe du contradictoire. Les débats doivent alors faire apparaître les torts réciproques de chacun des époux et doivent remplir la double condition de l'article 242 du Code civil¹²⁷. Le juge doit aussi inviter les parties à faire des observations sur les conséquences éventuelles d'un divorce aux torts partagés en particulier sur le versement de la prestation compensatoire.

¹²³ Le juge doit procéder à une évaluation au moins sommaire du patrimoine du débiteur et ne doit pas se contenter des affirmations non démenties de l'un des conjoints.

¹²⁴ Art. 245, al. 3, C. civ.

¹²⁵ COURBE (P.) et GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, p. 227, *supra* notre note n°14.

¹²⁶ Civ. 2^e, 16 janv. 1991, *Bull. civ.* II, n°17.

¹²⁷ Civ. 2^e, 21 avr. 1988, *Bull. civ.* II, n°56 ; et Civ. 2^e, 22 nov. 1995, *Bull. civ.* II, n°288.

Mais les nombreux arrêts de la Cour de cassation peuvent faire douter du bien-fondé du mécanisme en raison de la difficulté de la mise en œuvre de cette prérogative considérable laissée à la discrétion du juge¹²⁸. Enfin, si l'époux défendeur ne forme pas de demande reconventionnelle, le divorce ne pourra pas être prononcé aux torts exclusifs de l'autre époux.

Par ailleurs, avant la loi de 2004, le juge aux affaires familiales disposait également d'un réel pouvoir modérateur¹²⁹. Ce pouvoir n'était pas propre au divorce mais dans le divorce, deux applications de ce pouvoir étaient mises en œuvre. D'une part, dans les cas de rupture de la vie commune, le juge pouvait rejeter la demande bien que légalement justifiée si le prononcé du divorce aurait eu des conséquences d'une singulière dureté. D'autre part, dans un divorce pour faute, l'époux aux torts exclusifs ne bénéficiait pas en principe du droit à une prestation compensatoire mais il pouvait obtenir à titre exceptionnel une indemnité si le refus d'une compensation pécuniaire paraissait manifestement contraire à l'équité¹³⁰.

Le juge avait dans ces deux cas le pouvoir parfois qualifié d' « *exorbitant de déroger à la règle, en l'écartant, dans un cas particulier, pour des motifs propres à l'espèce* »¹³¹. Il devait néanmoins avoir préalablement vérifié que l'application stricte de la règle n'occasionnerait pas des conséquences démesurées, que ce soit en équité ou en humanité, dans le cas d'espèce. Toutefois, si le pouvoir modérateur du juge existait, il convient de préciser que ces cas étaient des exceptions qui comme l'indiquait Monsieur Cornu « *étaient loin de donner au droit commun du divorce sa plus forte consistance* »¹³².

Le pouvoir modérateur du juge a fortement diminué avec la loi de 2004. En effet, la suppression du divorce pour rupture de la vie commune implique que les deux applications de la clause de dureté qui lui étaient liés disparaissent également. Cependant, la loi de 2004 a maintenu la possibilité pour le juge d'attribuer à titre exceptionnel une prestation compensatoire sous forme de rente viagère.

De plus, la loi de 2004 n'a pas supprimé le pouvoir modérateur du juge dans le cas d'une attribution d'une prestation compensatoire à un époux dont le divorce est prononcé aux

¹²⁸ Civ. 2e, 16 janv. 1991, *Bull. civ. II*, n° 17 ; Civ. 2°, 21 juill. 1992, *Bull. civ. II*, n°223 ; Civ. 2e, 19 janv. 1994, *Bull. civ. II*, n°32 ; Civ. 2e, 8 févr. 1995, *Bull. civ. II*, n°44 ; Civ. 2e, 12 juin 1996, *Bull. civ. II*, n°150 ; Civ. 2e, 11 févr. 1998, *Bull. civ. II*, n°50.

¹²⁹ Selon Monsieur Cornu, le pouvoir modérateur est un pouvoir de dérogation à la loi, ouvert par exception au juge dans les seuls cas spécifiés par la loi, à exercer *in casu* pour des raisons d'espèce, par référence à des exigences d'équité ou d'humanité.

¹³⁰ Ancien article 280-1, C. civ.

¹³¹ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 499, *supra* notre note n° 35.

¹³² *Ibid.*

torts exclusifs mais en a « *déplacé le point d'application* »¹³³. Ainsi, conformément à l'article 270 du Code civil, le juge peut, au regard des circonstances de la rupture, refuser d'accorder une telle prestation à un époux, si l'équité le commande. Précédemment, le juge pouvait accorder une prestation compensatoire à un époux dans cette situation si le fait de lui refuser aurait été manifestement contraire à l'équité.

Ce revirement est lié au revirement du principe. En effet, la prestation compensatoire était en principe refusée et par exception accordée. Après la loi de 2004, le principe s'est renversé : la prestation compensatoire est désormais en principe accordée et par exception refusée. Comme le déclarait Monsieur Cornu « *le pouvoir modérateur est, en somme, retourné comme un gant* »¹³⁴.

Il est possible de s'interroger sur le bien-fondé du renversement du principe. D'une manière générale, le pouvoir modérateur accorde tandis que dans ce cas il refuse. L'équité, qui, normalement « adoucit » en quelque sorte le droit strict, ici semble se durcir. Cornu préconisait qu'elle soit appliquée et espérait en ce sens que la disposition soit étendue à l'époux demandeur au divorce dans les divorces pour altération définitive du lien conjugal.

Si le pouvoir modérateur du juge tend à s'effacer quelque peu, le juge bénéficie de pouvoirs considérables en matière de divorce pour faute, pouvoirs qui dérogent parfois au droit commun. Mais dans les autres procédures, ses pouvoirs sont beaucoup plus limités. Le juge exerce davantage une mission de contrôle, tandis que la volonté et les accords des époux sont privilégiés.

B. Des pouvoirs limités

Les pouvoirs du juge en matière de divorce pour faute sont néanmoins eux aussi limités. Le juge n'a ainsi pas le pouvoir de statuer sur une fin de non-recevoir opposée à une requête initiale en divorce pour faute. Le juge effectuant une tentative de conciliation statue, le cas échéant, sur la compétence et, lorsqu'il n'effectue pas de conciliation, il autorise l'époux demandeur à assigner l'autre époux au fond et fixe les mesures provisoires. Par conséquent, n'étant pas saisi du fond, il ne peut pas juger un moyen de défense comme la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Id.*, p. 500.

Une exception existe cependant concernant le contrôle à titre incident de la régularité internationale d'un jugement étranger lorsque ce jugement est invoqué pour contester le pouvoir de juger du JAF. Celui-ci a donc le pouvoir de statuer sur la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée du jugement étranger de divorce. Cette solution retenue par la Cour de cassation est tout à fait logique car dans les cas où la décision étrangère sera jugée régulière, la nouvelle demande de divorce sera sans objet, le JAF serait ainsi dépourvu du pouvoir de juger, quand bien même le contrôle de la régularité internationale ne l'amène pas à porter une appréciation sur le fond.

Toutefois, la limitation des pouvoirs du juge dans le divorce se manifeste essentiellement dans les autres procédures de divorce. Ainsi, dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal, il a un rôle limité, ne pouvant s'opposer à la séparation des époux, ces derniers bénéficiant de la reconnaissance d'un réel droit au divorce.

En outre, lorsque la vie commune a disparu depuis plus de deux ans, le juge est tenu de prononcer le divorce, il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation. A ce titre, le juge ne peut pas prétendre que le lien conjugal n'est pas définitivement altéré malgré la séparation. Et il ne peut pas non plus rejeter la demande s'il considère que la dissolution est inopportune.

C'est à cet effet, que le divorce pour altération définitive du lien conjugal est régulièrement considéré comme un divorce par répudiation, car l'époux qui souhaite divorcer, à condition qu'il respecte un « préavis » de deux ans le pourra, le juge ne saurait s'y opposer. Il consacre ainsi un véritable droit au divorce et est en ce sens beaucoup plus permissif que le divorce pour rupture de la vie commune qui existait avant 2004. Le rôle du juge est ici affaibli par la volonté des époux qui devient prédominante. Selon l'article 1126 du Code de procédure civile, le juge ne peut pas non plus en principe relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai de deux ans.

Dans le divorce par acceptation du principe de la rupture, le rôle du juge se trouve également quelque peu limité. Ainsi, il contrôle que la volonté des conjoints est réelle et qu'elle a bien été exprimée dans les formes prescrites. Mais lorsqu'il constate que ces deux conditions sont réunies, le juge est tenu d'accueillir la demande de dissolution. En ce sens, la manifestation de la volonté des époux suffit à justifier le divorce.

Il apparaît que dans les divorces contentieux, les solutions consensuelles sont également privilégiées. Le juge doit donner son aval à ces conventions, mais doit au préalable

effectuer un contrôle rigoureux afin de s'assurer que les intérêts de chacun des époux et des enfants soient préservés¹³⁵. Bien que la loi ne le précise pas, il doit par la même occasion s'assurer que le consentement des parties est réel, libre et éclairé. Il s'agit en ce sens d'un contrôle similaire à celui réalisé dans le divorce par consentement mutuel judiciaire.

Mais la mise en retrait du juge dans la procédure de divorce se manifeste essentiellement en cas de divorce par consentement mutuel judiciaire. En effet, dans le cadre de cette procédure, ce sont les époux et leurs avocats qui préparent la convention, le juge n'exerce qu'un simple rôle de contrôle afin d'homologuer ensuite la convention. Néanmoins, comme nous le verrons, cette intervention est fondamentale, le juge a un rôle important à jouer. Son intervention est simplement moins visible.

Le rôle du juge va en réalité être profondément différent selon que les époux soient en accord ou en contentieux. Dans le second cas, le juge va devoir trancher les points contentieux tandis que dans le premier il exerce un simple rôle de contrôle.

§ 2. Le juge face à la volonté des parties

Dans le cadre d'une autonomie croissante des époux, les accords de ceux-ci sont désormais privilégiés. La mission essentielle du juge consiste donc à homologuer les accords des époux (B), après les avoir contrôlés (A).

A. Le contrôle du juge

Le magistrat en question qui est le juge aux affaires familiales doit alors vérifier que la convention qui lui est présentée est équilibrée et qu'elle préserve les intérêts des membres de la famille. Son intervention est également symbolique, sa présence permet de rappeler aux époux que le mariage a la nature juridique d'une institution et que l'objet de l'homologation est de modifier l'état civil des époux et d'une manière plus générale les structures familiales. Ainsi, « *l'homologation judiciaire rappelle que l'affaire n'est pas anodine* »¹³⁶.

Dans le divorce par consentement mutuel, le contrôle qu'effectue le juge porte sur deux ordres d'éléments : des éléments subjectifs et des éléments patrimoniaux¹³⁷. Le contrôle

¹³⁵ Art. 268, al. 2, C. civ.

¹³⁶ EGEA (V.), *Droit de la famille*, Paris : LexisNexis, 2016, p. 134.

¹³⁷ CHOUBRAC (N.), « Opacité et dangers du divorce par consentement mutuel. Les difficultés rencontrées par le juge », *AJ fam* 2009, n°10, p. 387.

portant sur les éléments subjectifs consiste principalement à la recherche du consentement libre et éclairé des deux époux conformément à l'article 232 du Code civil et du respect des intérêts des enfants du couple. Par ailleurs, en ce qui concerne, les éléments patrimoniaux, il appartient au juge de s'assurer du caractère équilibré des conventions établies par les époux.

Les points de contrôle du juge sont divers dans le cadre de l'homologation. Il doit tout d'abord selon le premier alinéa de l'article 232 du Code civil vérifier que la volonté de chacun des époux de divorcer est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. Cette dernière exigence constitue une condition de validité des actes juridiques en général et n'est pas spécifique au divorce. En matière d'homologation cependant, la vérification judiciaire s'opère *a priori*. Par ailleurs, les pouvoirs du JAF ne se bornent pas à la vérification du consentement car il peut, selon le deuxième alinéa du même article, refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux.

B. L'homologation du juge

Après l'avoir contrôlée, la mission du juge va être d'homologuer la convention¹³⁸. Cette fonction peut être qualifiée de « *phase cardinale du divorce par consentement mutuel* »¹³⁹. C'est l'homologation du juge qui va rendre le divorce effectif car celle-ci a la valeur juridique d'une décision de justice, toutefois sa spécificité repose sur le fait que ses modalités sont déterminées par les parties elles-mêmes et non par le juge. « *En ce sens, on peut la considérer comme une modalité particulière d'exercice de la fonction de juger dans laquelle le pouvoir décisionnel se partage entre les époux et le juge* »¹⁴⁰.

En ce sens, les époux fixent dans leur convention les normes qui régiront leurs relations après leur séparation tandis que le juge confère l'autorité juridictionnelle à cet acte de volonté privée. Monsieur Egéa schématise cette situation en considérant que « *les époux exercent d'une certaine manière la *jurisdictio* alors que le juge dispose de l'*impérium** »¹⁴¹.

¹³⁸ Art 247, C. civ : « *Les époux peuvent, à tout moment de la procédure : 1° Divorcer par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ; 2° Dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci.* »

¹³⁹ EGEA (V.), *loc. cit.*, *supra* notre note n°136.

¹⁴⁰ *Ibid.* ; V. EGEA (V.), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, thèse de doctorat, Aix-Marseille, 2010.

¹⁴¹ EGEA (V.), *loc. cit.*, *supra* notre note n°136.

L'homologation judiciaire dans le divorce par consentement mutuel judiciaire se caractérise comme étant une illustration de la fonction juridictionnelle gracieuse qui est définie à l'article 25 du Code de procédure civile¹⁴². La finalité de l'homologation est en effet de modifier l'état civil des époux par le divorce.

Ainsi, lorsque le juge constate que la convention est équilibrée et qu'elle préserve suffisamment les intérêts des enfants et des époux, il considère que les conditions légales sont réunies, il rend alors un jugement dans lequel il homologue la convention et prononce le divorce. En revanche, s'il estime que la convention ne préserve pas suffisamment les intérêts des époux ou des enfants ou que le consentement de l'un des époux n'a pas été donné de manière libre et éclairée, il doit refuser d'homologuer la convention. Dans ce cas, il peut tout de même homologuer certaines mesures provisoires. Les époux disposent alors d'un délai de six mois pour présenter une nouvelle convention. Enfin, une situation intermédiaire existe dans laquelle la convention présentée ne saurait faire l'objet d'une homologation mais où le juge estime que le refus complet d'homologation et l'obligation pour les parties de présenter une nouvelle convention dans les six mois ne serait pas souhaitable. Le JAF a dans ce cas la possibilité de demander la suppression ou la modification de certaines clauses de la convention qu'il juge contraires à l'intérêt de l'un des époux ou des enfants.

Le juge aux affaires familiales est souverain concernant l'accord ou le refus d'une homologation. Mais les différentes jurisprudences témoignent de motifs communs qui justifient un refus d'homologation. Par exemple, des conventions qui exempteraient l'un des époux de toute contribution à l'entretien ou à l'éducation des enfants ou des dispositions prévoyant une résidence alternée alors que les deux parents habitent dans des lieux géographiquement éloignés justifient une ordonnance de refus d'homologation en raison de leur caractère attentatoire à l'intérêt de l'enfant.

Il ressort de l'étude des différentes prérogatives et missions du JAF en matière de divorce, que celui-ci a un rôle polyvalent qui varie en fonction des cas de divorce. L'intervention judiciaire peut conduire aussi bien sur une médiation que sur une homologation ou encore un jugement. Le rôle du juge connaît aujourd'hui d'importantes mutations.

¹⁴² Art. 25, CPC : « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ».

Section 2 – Les mutations du rôle du juge

Les mutations du rôle du juge en matière de divorce sont perceptibles si l'on analyse l'évolution de ses missions prioritaires (§ 1). Il apparaît désormais que la priorité est donnée à la recherche d'un justice consensuelle (§ 2).

§ 1. L'évolution des missions prioritaires du juge

Les discussions autour du divorce sans juge ont fait ressurgir des débats, qui existaient déjà depuis plusieurs années, sur les fonctions prioritaires du juge dans le divorce. Ainsi, et comme nous le verrons dans notre seconde partie sur l'opportunité de la déjudiciarisation, le Garde des Sceaux, Monsieur Urvoas avait appelé à recentrer le juge sur ses « missions essentielles ». Selon lui, « *Le juge doit juger* »¹⁴³. Si trancher des conflits constitue effectivement l'un des rôles centraux du juge notamment en matière de divorce, son rôle est loin de se limiter à cette seule fonction.

Aucun texte n'établit d'ordre hiérarchique entre les différentes missions du juge. De plus, au sein du chapitre « Des principes directeurs du procès » du Code de procédure civile se trouvent les articles 12 et 21 qui visent respectivement l'obligation du juge de trancher les litiges et sa mission de conciliation. Par voie de conséquence, il semblerait que ces missions soient de valeur égale. Néanmoins, des fonctions prioritaires du juge ont toujours existé et il convient de les étudier. Nous analyserons dans un premier temps les missions prioritaires traditionnelles du juge (A) avant de nous pencher sur ses missions prioritaires contemporaines (B).

A. Des missions prioritaires traditionnelles

Le fait de trancher les litiges est toujours apparu comme la fonction essentielle du juge et serait par ailleurs sa fonction naturelle ou traditionnelle¹⁴⁴. Historiquement, cette fonction a toujours été placée au sommet de la hiérarchie des missions dévolues au juge. En effet, la mission première du juge était de trancher des litiges, l'essentiel de son activité correspondait

¹⁴³ URVOAS (J.-J.), garde des Sceaux, discussion en séance publique, Assemblée nationale, 17 mai 2016, p. 6.

¹⁴⁴ FAUTRE-ROBIN (A.), « Les fonctions prioritaires du juge aux affaires familiales », *Gaz. Pal.* 2016, n°32, p. 2510.

donc à l'accomplissement de cette fonction. Le juge n'effectuait d'autres missions qu'à titre « accessoire »¹⁴⁵.

La mise en avant de cette fonction prioritaire se justifie aussi par le fait qu'en tranchant les conflits, le juge effectue une mission irremplaçable. Son jugement a pour but d'éviter que les individus ne se fassent justice eux-mêmes. La paix sociale apparaît donc comme un objectif auquel il faut parvenir et, à ce titre, la méthode utilisée est la mise en place de règles de droit avec un juge qui veille à leur bonne application en tranchant notamment les litiges qui lui sont soumis.

La légitimité du rôle du juge résidait donc dans la perception historique selon laquelle il s'agissait du seul moyen de faire cesser les violences. Néanmoins, la figure arbitraire du juge ne se présentant plus comme le seul instrument de paix sociale, il est possible de remettre en question la hiérarchie des fonctions prioritaires du juge.

B. Des missions prioritaires contemporaines

Le juge aux affaires familiales constitue une illustration de ce changement de perception. Au regard des différentes situations soumises au juge aux affaires familiales aujourd'hui, il apparaît que deux fonctions sont considérées comme prioritaires : l'homologation et la conciliation qui ont comme point commun de permettre une « *gestion consensuelle de la relation familiale* »¹⁴⁶.

La recherche de l'accord a pris de plus en plus de place dans les modes contemporains de règlement des conflits. Cet objectif passe par l'intermédiaire de la fonction d'homologation du juge, expression majeure de la justice conventionnelle, mais aussi grâce à de nouvelles méthodes qui sont venues compléter l'office du juge telles que la médiation et la conciliation dont l'importance est grandissante¹⁴⁷. En effet, l'accord entre membres de la famille est privilégié et le juge est invité à le favoriser. Le juge du divorce a presque une obligation désormais de concilier ou mettre d'accord les parties.

La fonction d'homologation s'est par ailleurs quelque peu transformée. Le JAF ne procède plus uniquement à l'examen de la légalité des dispositions qui lui sont présentées mais effectue des vérifications diverses qui incluent une appréciation en opportunité. Selon

¹⁴⁵ BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 42.

¹⁴⁶ FAUTRE-ROBIN (A.), *art. préc.*, p.2511, *supra* notre note n°144.

¹⁴⁷ V. *infra*, Première partie, Chapitre 2, Section 2, § 2, A. La conciliation et la médiation.

Madame Fautré-Robin, « *d'un rôle purement passif, il est devenu, par ce travail d'appréciation, la clé d'une gestion consensuelle et individualisée des relations familiales* »¹⁴⁸.

L'importance grandissante, au fil des réformes du droit de la famille, de l'homologation et des différents modes de règlement amiables des conflits impliquent donc que la mission du JAF de trancher des conflits ne constitue plus l'essentiel de son activité. Néanmoins, cette fonction reste très importante symboliquement et après avoir tenté d'aboutir à un accord entre les parties, il lui appartient de trancher les litiges.

En outre, les nouvelles fonctions du juge ne doivent pas faire disparaître la fonction autoritaire du juge mais plutôt la faire passer au second plan. En effet, il semblerait qu'« *une solution imposée par l'autorité étatique est aujourd'hui regardée avec un œil suspicieux* »¹⁴⁹. Cela traduit la volonté d'une majorité d'individus de régler eux-mêmes les conséquences de leur séparation. Par ailleurs, l'appel au recentrage du juge sur ses missions essentielles tel que voulu par Monsieur Urvoas implique que la fonction arbitraire du JAF ne constitue plus l'essentiel de son activité.

Selon les situations soumises au juge, celui-ci exercera donc son office de trois façons différentes : en tranchant, en homologuant ou en dialoguant. Bien que son rôle variera en fonction de la situation en question, le juge doit toujours avoir comme objectif de respecter la liberté des individus et des couples et s'assurer du respect de l'altérité¹⁵⁰.

L'un des autres points de discussions sur la fonction du juge reposait sur le caractère juridictionnel ou non de la matière gracieuse. Selon Monsieur Egéa, celle-ci constitue une fonction de juger à part entière car le juge a la qualité de tiers vérificateur de la légalité. Il permet aux droits du plaideur de s'appliquer en toute légalité. Afin que les décisions gracieuses aient une certaine stabilité, il semble nécessaire que l'autorité de la chose jugée leur soit reconnue.

Il existe aujourd'hui un consensus sur le fait que le juge exerce bien une fonction juridictionnelle en matière gracieuse. En effet, il dit le droit et ses décisions sont susceptibles de recours. « *Réduire le rôle du juge au contentieux est une déformation de la perception de*

¹⁴⁸ FAUTRE-ROBIN (A.), *art. préc.*, p.2511, *supra* notre note n°144.

¹⁴⁹ EGEA (V.), *op. cit.*, p. 33, *supra* notre note n°140.

¹⁵⁰ JUSTON (M.), « Le juge aux affaires familiales, garant de la liberté et de l'altérité », *Gaz. Pal.* 2009, n°106, pp. 1130-1133.

la justice »¹⁵¹. Ainsi que l'expliquait Monsieur Cornu, il convient d'éviter un litige en puissance, en germe¹⁵².

Les pouvoirs du juge en droit de la famille lui permettent d'exercer un double rôle : celui de protecteur des membres de la famille et celui de correcteur de la loi¹⁵³.

D'une part, en tant que protecteur, le juge organise la séparation du couple et il peut intervenir lorsque l'une des personnes fait face à un danger majeur. L'enfant bénéficie également de la protection du juge qui doit réorganiser sa vie familiale en prenant soin de respecter l'intérêt supérieur de l'enfant.

D'autre part, le juge ne doit pas uniquement appliquer la loi mais aussi la compléter, la corriger. En droit de la famille, ces corrections s'opèrent par référence à l'affection. En matière de prestation compensatoire par exemple, celle-ci est largement fixée en référence à la durée du mariage. En revanche, l'étude de la jurisprudence révèle que les juges prennent parfois aussi en considération la durée du concubinage qui a précédé le mariage afin de tenir compte de la durée réelle de l'union.

Toutefois l'importance accordée par le juge à l'affection doit être nuancée. L'intérêt des tiers pour l'enfant se manifeste par exemple par le fait que nombre d'entre eux, tels que les beaux-parents, les grands-parents, revendiquent des droits sur l'enfant qui peuvent potentiellement entrer en concurrence les uns avec les autres. Il convient donc de ne pas confondre l'intérêt de l'enfant avec l'intérêt pour l'enfant.

Le rôle du juge en matière de divorce, comme en droit de la famille en général, a donc connu des mutations dans la période contemporaine. Monsieur Egéa résume ainsi en conclusion de sa thèse que « *l'essence de l'activité du juge ne consiste plus à dire le droit mais à réaliser effectivement les droits* »¹⁵⁴. Cette évolution est, d'une manière générale, cohérente, la fonction de juger reste unique.

§ 2. La recherche d'une justice consensuelle

¹⁵¹ AMRANI-MEKKI (S.), « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 2008, n°157.

¹⁵² CORNU (G.), *op. cit.*, *supra* notre note n° 35.

¹⁵³ EGÉA (V.), *loc. cit.*, *supra* notre note n°140.

¹⁵⁴ EGÉA (V.), *op. cit.*, *supra* notre note n°140.

Dans notre système juridique, la recherche d'une justice consensuelle tend à faire s'éloigner le juge de sa fonction traditionnelle consistant à trancher des litiges pour avoir une approche moins conflictuelle. Des méthodes telles que la conciliation ou la médiation, mises à la disposition du juge, sont ainsi largement utilisés afin notamment d'apaiser les conflits (A). La priorité est donc donnée à la recherche de l'accord entre les époux ce qui aboutit à une sorte de partage du pouvoir décisionnel (B).

A. La conciliation et la médiation

Le juge s'attache donc dans un premier temps à exercer sa mission conciliatrice avant d'exercer sa mission juridictionnelle.

L'objet de la tentative de conciliation s'est peu à peu métamorphosé en fonction des évolutions sociales. Auparavant, elle avait pour objectif d'essayer de réconcilier les époux. Le juge apparaissait comme le défenseur du lien, il avait pour mission de les faire renoncer au divorce. Mais les cas de réconciliation, que Monsieur Carbonnier appelait la « *grande réconciliation* »¹⁵⁵, étaient très rares¹⁵⁶.

Désormais le juge ne cherche plus à réconcilier les époux avec la tentative de conciliation. La rédaction de l'article 252 du Code civil traduit ce changement de perception de la conciliation notamment en ce qui concerne la mission du juge de « concilier les époux sur le principe du divorce ». Le législateur a voulu « *inciter le juge à trouver un accord sur le type de divorce à suivre : le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage (art. 233), i.e. le plus consensuel des divorces contentieux* »¹⁵⁷.

La conciliation, qui est obligatoire dans les divorces contentieux et facultative dans le divorce par consentement mutuel judiciaire, a néanmoins essuyé de nombreuses critiques relatives à son efficacité, à son utilité et aux conditions matérielles de son déroulement.

En effet, l'absence de moyens, de temps et de formation du magistrat sont autant d'arguments mis en avant par les détracteurs de la conciliation dénonçant la non-efficacité de la mission conciliatrice du JAF. Ainsi, celui-ci ne ferait qu'entériner des accords passés derrière lui au lieu de jouer un rôle actif dans la conciliation. Mais la mise en place de la

¹⁵⁵ CARBONNIER (J.), *Droit civil. La famille*, 21^e éd., Paris : PUF, 2013, p. 585.

¹⁵⁶ Selon le rapport Delnatte autour du projet de réforme du divorce de 2004, les réconciliations représentaient 0,1% des cas.

¹⁵⁷ MALAURIE (P.) et FULCHIRON (H.), *op. cit.*, p. 327, *supra* notre note n°38.

médiation en 2004, qui ne nécessite pas le recours au juge même si celui-ci peut y prendre part a permis de faire taire ces critiques.

Dans l'esprit de la justice familiale contemporaine, il apparaît que l'objectif du juge aux affaires familiales est de « *mettre en place, et en harmonie, une justice familiale qui ne soit plus une justice de l'affrontement mais une justice du dialogue, une justice apaisée, fondée sur le bien-être des couples qui se séparent et de l'enfant* »¹⁵⁸. A cet effet, Monsieur Juston, magistrat, préconise de recourir autant que possible à la médiation en raison notamment de sa fonction pacificatrice des relations humaines et de sa capacité à retisser un lien social brisé.

Comme le résume parfaitement Monsieur Juston, le juge aux affaires familiales du XXI^e siècle, « *doit être le chef d'orchestre de la séparation des couples et de la future vie des enfants, un facteur de paix familiale, de paix sociale, et non pas seulement un distributeur de décisions* »¹⁵⁹. A la fonction de dire le droit du juge, s'ajoute celle d'offrir la possibilité aux époux qui divorcent de rechercher ensemble dans un premier temps ce qui est juste et équitable pour eux. Le juge doit apaiser les conflits et obtenir des accords.

B. Le partage du pouvoir décisionnel

Le rôle nouveau du juge se définit par rapport à la recherche de l'accord. L'office du juge devient de représenter la parole des justiciables. D'aucuns estiment qu'il est à la fois « *sans pouvoir et tout pouvoir* »¹⁶⁰. Le modèle du juge conciliateur ou médiateur se substitue ainsi peu à peu à celui qui tranche ou arbitre des intérêts contradictoires.

L'affaiblissement du rôle du juge s'accompagne d'une autonomie croissante des époux dans le règlement des conséquences du divorce. On assiste donc, comme en droit de la famille en général, à une « contractualisation du divorce » qui contraste avec le principe d'ordre public¹⁶¹.

Dans cette nouvelle justice conventionnelle, « *la règle est fixée par les parties mais sous le contrôle du juge* »¹⁶². Il en résulte que l'ordre public familial ne disparaît pas mais

¹⁵⁸ JUSTON (M.), « Le juge aux affaires familiales du XXI^e siècle », *Gaz. Pal.* 2013, n°250, p. 2872.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ CARDIA-VONECHE (L.), LIZIARD (S.) et BASTARD (B.), « Juge dominant ou juge démuné ? La redéfinition du rôle du juge en matière de divorce », *Dr. et sociétés* 1996, n°33, p. 298.

¹⁶¹ BENABENT (A.), *op. cit.*, p. 183, *supra* notre note n°16.

¹⁶² CHAMPENOIS (G.), « Vincent EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille* », *RTD civ.* 2011, n°4, p. 826.

tend à reculer, « *en homologuant ou en refusant d'homologuer, le juge... dit le droit et construit progressivement un ordre public familial* »¹⁶³.

Il est possible de s'interroger sur le partage ou non de la fonction de juger, le juge décidant seul d'homologuer ou de ne pas homologuer la convention. Néanmoins, lorsqu'il homologue, le juge donne force à la volonté des parties alors que lorsqu'il refuse d'homologuer il ne partage pas du tout sa fonction de juger.

Par ailleurs, on assiste aujourd'hui à un changement de perception de la justice, de ses juges et de la famille elle-même. La consécration de la déjudiciarisation, est étroitement liée à la « *désacralisation* »¹⁶⁴ du juge qui, progressivement, rend plus facile sa mise à l'écart. Ainsi, « *de moins en moins capable de sacraliser ce qu'il touche, le juge peut sembler cesser d'être un noble personnage de la loi pour n'être peu à peu qu'un homme de loi parmi d'autres* »¹⁶⁵.

La privatisation du lien conjugal s'accompagne donc d'un mouvement de délégitimation du rôle du juge dans la sphère privée. « *A l'office sanctionnateur du juge semble se substituer une fonction d'accompagnement. Il s'agit moins de prévenir la dissolution du lien matrimonial que d'en gérer au mieux les conséquences. Et la fonction arbitrale qui lui était traditionnellement dévolue se mue peu à peu en une fonction d'autorisation* »¹⁶⁶.

Mais si les accords entre les époux, sont désormais privilégiés, il ne faut pas oublier le rôle symbolique du juge. Sa simple présence joue un rôle essentiel dans la décision. Il est alors véritablement le garant de la procédure, il apparait comme le « *garde-fou* » du divorce.

En conclusion de cette première partie, nous pouvons constater que malgré quelques exceptions d'incompétence, le JAF est le juge traditionnellement compétent pour connaître du divorce de deux personnes en droit français. Il a un rôle central dans les divorces judiciaires et dispose à ce titre de nombreuses prérogatives même si son rôle varie en fonction des cas de divorce.

¹⁶³ V. EGEA (V.), *loc. cit.*, *supra* notre note n°140.

¹⁶⁴ FAUTRE-ROBIN (A.), « Le divorce sans juge : regards croisés sur une réforme controversée », *RJPF* 2017, n°01, p. 9.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ BERNAND (Y.), « Le rôle de la volonté des époux », *Dr. fam.* 2015, n°4, p. 35, basé sur le *Rapport de l'IHEJ, La prudence et l'autorité ; L'office du juge au XXIe siècle*, 2013.

Par ailleurs, si son rôle était traditionnellement de trancher les litiges entre les époux, il apparaît que désormais ses fonctions d'homologateur, de conciliateur et de médiateur prennent une place considérable dans les différentes procédures de divorce. Dorénavant, le JAF exerce essentiellement un rôle de contrôle, cherchant à privilégier les accords entre les époux tout en s'assurant du respect des intérêts des différents protagonistes. Il est en ce sens un garde-fou indispensable à ces procédures.

Néanmoins, le souhait de privilégier la volonté des parties, associé à des raisons économiques, procédurales et organisationnelles ont poussé le législateur à adopter à l'occasion de la réforme de la Justice du XXI^e siècle le « divorce sans juge ». Le divorce par consentement mutuel est donc désormais en principe non judiciaire, il se fait par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire¹⁶⁷. La déjudiciarisation du divorce a donc finalement abouti en droit français. Cependant, il est possible de s'interroger sur les limites de cette déjudiciarisation, et d'étudier les problèmes qu'elle peut poser.

¹⁶⁷ Art. 229-1, C. civ.

Seconde partie – Les problèmes posés par la déjudiciarisation du divorce

La déjudiciarisation du divorce avait été proposée à maintes reprises en droit français¹⁶⁸. Néanmoins, elle avait toujours été repoussée notamment en raison des vives oppositions qu'elle suscitait de la part de divers juristes tels que des magistrats, des avocats ou encore de la doctrine. Ceux-ci évoquaient des problèmes majeurs qu'entraîneraient la déjudiciarisation du divorce et de ce fait, les différents projets ou propositions de loi en ce sens avaient toujours été enterrés. Mais en 2016, le Gouvernement est parvenu à faire adopter la loi avec l'amendement prévoyant la disparition du juge dans le divorce par consentement mutuel sans qu'une véritable opposition au projet ne se soit manifestée. Doit-on comprendre que les problèmes soulevés par les juristes opposés au projet ne sont plus d'actualité ?

Le droit français avait déjà connu le divorce sans juge en 1792. En effet, la loi du 20 septembre 1792 avait offert aux époux la faculté de mettre fin à une union. A cette époque, le divorce n'était pas judiciaire même si jusqu'alors toute séparation de corps et d'habitation ou de biens devait être soumise au contrôle du juge¹⁶⁹. Le divorce sans juge a donc été consacré pendant la période révolutionnaire mais a par la suite été prohibé, ne réapparaissant en droit civil français qu'avec la loi de 2016.

Désormais le divorce par consentement mutuel conventionnel prime même sur le divorce par consentement mutuel judiciaire. L'article 247 du Code civil dispose en effet qu'en cas de coexistence d'un divorce par décision judiciaire et d'un divorce sans juge, « *les époux peuvent, à tout moment de la procédure, divorcer par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* ».

Le divorce par consentement mutuel conventionnel est seulement prohibé dans deux cas : lorsque l'un des époux est un majeur protégé, ce qui est une interdiction générale aux cas de divorce par consentement mutuel, ainsi que lorsqu'un des enfants des époux demande à être entendu par le juge comme le prévoit l'article 229-2 du Code civil.

Néanmoins, il semblerait que ce choix de déjudiciarisation du divorce soit contestable et ce, pour deux raisons principales. D'une part, le juge, bien que certains soutiennent le

¹⁶⁸ V. *supra*, Introduction, Section 2, §1. L'évolution historique du divorce.

¹⁶⁹ AGRESTI (J.-P.), « Que reste-t-il du divorce sans juge de 1792 ? », *Dr. fam.* 2017, n°1.

contraire, avait un rôle très important dans le divorce par consentement mutuel auparavant. Et d'autre part, les arguments en faveur de la déjudiciarisation peuvent être remis en question (Chapitre 1).

De plus, au-delà d'une question de convictions et de représentation personnelle du fonctionnement de la justice, le divorce sans juge entraîne de nombreux risques. Il apparaît que ce nouveau divorce est fragilisé vis-à-vis de l'ancien. Le divorce par consentement mutuel conventionnel pourrait notamment être remis en cause (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Le choix contestable de la déjudiciarisation du divorce

Depuis la période révolutionnaire, le divorce avait toujours été prononcé par un juge. En ce sens, le choix de la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel est « révolutionnaire »¹⁷⁰. Désormais, c'est la volonté des époux qui « fait » le divorce. « *Les époux se divorcent, sans intervention du juge, et sans qu'une autorité de substitution n'intervienne* »¹⁷¹. Assistés chacun de leur avocat, les époux établissent une convention qu'ils déposeront ensuite au rang des minutes d'un notaire pour lui donner force exécutoire. Le juge, qui était un acteur incontournable du divorce jusqu'à une période récente, a donc été mis en retrait dans les procédures de divorce par consentement mutuel au profit d'un divorce conventionnel établi entre époux.

La déjudiciarisation du divorce en droit français n'est cependant pas une idée nouvelle. Comme nous l'avons vu précédemment, diverses propositions en ce sens avaient été faites en particulier à la fin des années 1990 et au cours des années 2000. Ce sont souvent les mêmes arguments qui étaient utilisés en faveur de la déjudiciarisation. Il conviendra donc d'analyser les raisons qui ont poussé à la déjudiciarisation du divorce et de montrer leurs potentielles limites (Section 1).

Par ailleurs, même si ces arguments se trouvaient en partie fondés, justifient-ils de renoncer à l'intervention du juge dans le divorce ? Les raisons économiques et organisationnelles « *ne justifient pas n'importe quel abandon* »¹⁷² et il est regrettable que le juge n'intervienne plus dans le divorce par consentement mutuel, d'autant plus qu'il avait un véritable rôle à jouer dans cette procédure (Section 2).

Section 1 – La remise en question de l'opportunité de la déjudiciarisation

Les raisons de la mise en place de la déjudiciarisation du divorce sont multiples. La déjudiciarisation entend ainsi répondre à différents objectifs qui sont principalement

¹⁷⁰ FULCHIRON (H.), *loc. cit.*, *supra* notre note n°61.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n°139.

économiques, organisationnels et idéologiques (§ 1). Pourtant, il est possible de s'interroger sur leur effectivité, ces objectifs présentant plusieurs limites (§ 2).

§ 1. Les objectifs de la déjudiciarisation

La déjudiciarisation a été présentée comme un remède à la situation d'engorgement des tribunaux de même qu'un moyen de faire des économies. De plus, a été mis en avant le respect de la volonté des époux qui devient prioritaire dans le divorce (A). Mais à y regarder de plus près il semblerait que ce choix soit essentiellement guidé par des considérations politiques dans un contexte de privatisation du droit de la famille (B).

A. Les arguments en faveur de la déjudiciarisation

L'un des arguments principaux en faveur de la déjudiciarisation a été la nécessité de désengorger les tribunaux. En effet, il s'agissait de libérer du temps de travail des magistrats, les époux étant d'accord, la présence du magistrat n'apparaissait donc plus comme étant nécessaire. D'autant plus que dans près de 99% des cas, le juge homologuait la convention qui lui était présentée. Les divorces par consentement mutuel représentant plus de 50% des cas de divorce, les partisans de la déjudiciarisation du divorce ont alors mis en avant le fait que les juges, ainsi que les greffiers et autres personnels judiciaires, pourraient se consacrer à des « *œuvres de justice plus importantes pour la société* »¹⁷³.

La surcharge des tribunaux aurait conduit à ce que les magistrats « bâclent » les audiences par manque de temps et homologuent les conventions sans avoir effectué de véritable contrôle. Le juge n'effectuant pas de réel contrôle des conventions et celles-ci étant pratiquement systématiquement homologuées, pourquoi ne se passerait-on pas de ses services ? L'utilité de l'intervention du juge a donc été remise en question.

De plus, l'engorgement des tribunaux impliquait que les délais d'audiencement soient relativement longs dans certains tribunaux. Ainsi, des époux devaient parfois attendre plusieurs mois pour qu'en moins de dix minutes le juge homologue la convention qu'ils avaient préparée et qu'ils appliquaient déjà depuis plusieurs mois dans certains cas.

Par ailleurs, était invoqué l'énorme coût du divorce pour la société. Le divorce sans juge permettrait ainsi une révision de l'aide juridictionnelle. L'idée était donc que le divorce

¹⁷³ MALAURIE (P.) et FULCHIRON (H.), *op. cit.*, p. 287, *supra* notre note n°38.

est une affaire privée, c'est un droit dont les époux peuvent user voire abuser mais ils ne devraient pas demander à la collectivité d'en assumer le coût.

L'argument de la simplicité du divorce sans juge a également été mis en avant. En évitant l'intervention de l'appareil judiciaire on propose aux époux une procédure plus simple, plus rapide, plus souple et plus proche. En effet, le notaire, le greffier ou encore l'officier d'état civil offrent une proximité plus importante au justiciable que le magistrat qui s'en éloigne encore un peu plus avec la réforme de la carte judiciaire. La procédure de divorce serait ainsi vécue de façon moins traumatisante pour les époux.

De plus, le divorce sans juge serait conforme à la liberté individuelle. Le droit du divorce étant un droit reconnu aux époux, se pose la question de savoir pourquoi il faudrait maintenir un contrôle social sur la dissolution du lien. Il serait par ailleurs plus respectueux de la vie privée, les époux n'ayant plus besoin de s'expliquer devant le juge qui s'immisçait en quelque sorte dans leur vie privée.

Il a aussi été soulevé que ce projet impliquerait une plus grande responsabilisation des époux. S'ils souhaitent divorcer, les époux doivent désormais prévoir les conséquences de leur séparation et ne peuvent plus bénéficier du contrôle du juge sur leur convention qui en purgeait les éventuels vices en l'homologuant. Il en ressort une plus grande responsabilité de ces époux ainsi que de leurs avocats qui doivent établir une convention « parfaite ».

Enfin, dans un contexte de rapprochement des différentes formes de conjugalité, le divorce sans juge assure une plus grande égalité entre époux et concubins. En effet, les personnes liées par un pacte civil de solidarité ainsi que les concubins ne doivent pas passer devant le juge pour régler les conséquences de leur séparation. Ne plus imposer le divorce devant un juge rapproche en ce sens encore un peu plus la situation des époux de celle des concubins.

Il apparaît ainsi qu'aux raisons organisationnelles et économiques ayant entraîné la consécration du divorce sans juge se mêlent des raisons idéologiques et des choix politiques s'inscrivant dans un contexte de privatisation du droit de la famille.

B. Le contexte de privatisation du droit de la famille

Le projet de divorce par consentement mutuel sans juge était un projet politique¹⁷⁴. Le Garde des Sceaux de l'époque, Monsieur Urvoas avait appelé à se recentrer sur les « missions essentielles » du juge¹⁷⁵. Son analyse était que, lorsqu'il n'y a rien à trancher, le juge ne doit pas intervenir.

Le nouveau divorce par consentement mutuel apparaît comme étant un divorce « privé ». En effet, le notaire « constate » le divorce tandis que le juge le « prononçait » et que l'officier d'état civil l'aurait « déclaré »¹⁷⁶. Le notaire bien qu'intervenant en tant que représentant de la société, ne fait que constater le divorce ce qui implique que c'est bien l'accord que les époux scellent dans la convention qui fait le divorce. En ce sens, les époux « se divorcent »¹⁷⁷.

La déjudiciarisation semble donc s'inscrire dans un mouvement de contractualisation du droit de la famille. Il s'agirait d'un changement majeur dans la conception française du divorce et par voie de conséquence de celle du mariage également. Le mariage a perdu de sa valeur institutionnelle pour devenir de plus en plus contractuel. Il est laissé à la libre disposition des couples. Certains recommandent même d'aller plus loin car si l'on peut se passer de l'Etat, en la personne du juge, pour la dissolution du mariage alors pourquoi ne pas s'en passer pour la conclusion du mariage¹⁷⁸ ?

Le divorce est alors perçu comme un acte privé. Même si l'Etat, en la personne du maire, intervient pour célébrer le mariage ou constater l'échange de consentements, c'est la volonté des époux qui fait le mariage. Afin de respecter le parallélisme des formes, la volonté des époux devrait permettre de se divorcer librement. Des autorités telles que le juge, le notaire, l'officier d'état civil ou l'administration ne devraient ainsi intervenir que pour constater et enregistrer une décision prise par l'un des conjoints ou par les deux d'un commun accord.

Une explication à la contractualisation tient au fait que les individus souhaitent avoir davantage de libertés concernant l'organisation de leurs relations familiales. Les solutions contractuelles seraient effectivement porteuses de progrès au sein de la société. Ainsi, une

¹⁷⁴ CASEY (J.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur », *AJ fam.* 2017, p. 14.

¹⁷⁵ V. *supra*, Première partie, Chapitre 2, Section 2, § 1. L'évolution des missions prioritaires du juge.

¹⁷⁶ FULCHIRON (H.), « « L'après-divorce sans juge » : remise en cause et modification de la convention passée par les époux », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, p. 26.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ GRIMALDI (M.), « L'exit du juge dans le nouveau divorce », *Defrénois*, 2017, n°2, p. 105.

nouvelle justice contractuelle permettrait, à côté de la justice étatique, de régler les litiges¹⁷⁹. « Déjudiciarisation et contractualisation sont donc deux faces d'une même réalité : le divorce et de ce fait le mariage sont désormais entre les mains des époux »¹⁸⁰.

Néanmoins le caractère contractuel de ce nouveau type de divorce ne fait pas consensus. D'aucuns estiment que le législateur a laissé penser que le divorce amiable devenait contractuel mais qu'en réalité il n'en est rien¹⁸¹. En ce sens, Monsieur Casey considère qu'il s'agit davantage d'un « *processus amiable à six mains* »¹⁸². Celui-ci s'éloignerait des classifications traditionnelles, combinant « *un peu de la figure conventionnelle et beaucoup de la figure processuelle* »¹⁸³.

Le caractère contractuel ou non du divorce par consentement mutuel est discutable, mais à notre sens il s'agit tout de même d'un divorce contractuel, la volonté des époux permet en effet à la convention d'exister sans que le juge n'intervienne pour la contrôler.

Au-delà de cet aspect contractuel, il convient de revenir sur les différents arguments avancés en faveur de la déjudiciarisation qui présentent plusieurs limites.

§ 2. Les limites des arguments avancés en faveur de la déjudiciarisation

Certains des arguments utilisés par les partisans de la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel ne sont pas justifiés (A). De plus, en dehors de leur ineffectivité, les arguments font transparaître une vision particulière du divorce et de sa procédure qui ne semblent pas être souhaitables (B).

A. La non-effectivité des arguments en faveur de la déjudiciarisation

L'économie de temps invoquée peut être remise en question. En effet, la déjudiciarisation n'est pas une interdiction totale de recourir au juge. Ainsi, les mesures prises pourront par la suite être contestées devant le juge¹⁸⁴. L'économie de temps réalisée dans un

¹⁷⁹ GAUTIER (J.), « Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *LPA* 2016, n°232, p. 7.

¹⁸⁰ FULCHIRON (H.), « Divorcer sans juge. A propos de la loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », p. 2182.

¹⁸¹ CASEY (J.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur », *AJ fam.* 2017, n° 1, p.17.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ V. *infra*, Seconde partie, Chapitre 2, Section 1, § 1, B. Le potentiel retour du juge dans l'après-divorce.

premier temps peut par la suite se transformer en perte de temps si la convention est attaquée. En ce sens, ne plus recourir au juge dans le divorce peut s'avérer être contreproductif.

De plus, depuis la réforme de 2004, les époux ne devaient comparaitre plus qu'une fois devant le juge au lieu des deux fois prévues auparavant. La tendance était donc déjà de simplifier la procédure de divorce par consentement mutuel pour lui offrir une plus grande rapidité. En moyenne la procédure de divorce par consentement mutuel était de trois mois¹⁸⁵. Les critiques sur la longueur de la procédure de divorce ne semblent ainsi pas justifiées.

Par ailleurs, le fait que le divorce serait moins « coûteux » est également injustifié. D'une part, les époux qui pouvaient auparavant prendre un avocat en commun, ne peuvent plus bénéficier de cette possibilité aujourd'hui. Ils doivent avoir chacun leur avocat ce qui augmente les coûts engagés et doivent également payer les charges du notaire.

D'autre part, les vertus budgétaires invoquées paraissent elles aussi erronées. Les dépenses engagées par l'Etat pour les divorces par consentement mutuel n'étaient pas exorbitantes, le temps consacré par les JAF à ces procédures n'était pas très important, ce que les partisans de la réforme soulignaient eux-mêmes. De plus, l'argument d'économies budgétaires n'apparaît pas « *intrinsèquement suffisant : la protection des personnes qui divorcent et de leurs enfants est suffisamment impérieuse pour que la collectivité consente à lui consacrer quelques deniers* »¹⁸⁶.

Le rapport de la commission Guinchard¹⁸⁷ avait en outre évalué la prétendue économie qu'engendrerait la déjudiciarisation du divorce. Il était ressorti de l'étude que moins d'une dizaine de postes de magistrats devait être gagnée. L'argument d'économies budgétaires semble ainsi fortement contestable.

En ce qui concerne l'allègement de la charge de travail des magistrats, il semblerait à en croire les syndicats de magistrats, qu'il serait en réalité relativement faible¹⁸⁸. Ce serait principalement les greffiers qui auraient une charge de travail moins importante. La gestion des flux ne serait donc pas, selon ces mêmes syndicats, un critère suffisant pour aboutir à la déjudiciarisation.

¹⁸⁵ *Références statistiques Justice*, 2015.

¹⁸⁶ GARRIGUE (J.), *op. cit.*, p. 301, *supra* notre note n°45.

¹⁸⁷ Rapp. GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, 2008.

¹⁸⁸ V. en ce sens, Sénat, compte rendu de la Commission des lois, 8 juin 2016 : « Modernisation de la Justice du XXI^e siècle – Auditions sur le divorce « conventionnel » par consentement mutuel » ; <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20160606/lois.html#toc4> [consulté le 06/05/2018]

Si le morcellement des procédures de divorce et de séparation ne permettra pas forcément de désengorger les tribunaux, il est en revanche à craindre qu'il compromette le travail de concertation entre les JAF, les avocats, les notaires et les médiateurs familiaux, qui dans de nombreux tribunaux contribue à une réflexion et à une politique globale du droit de la famille¹⁸⁹.

B. Le changement de perception du divorce

L'une des autres critiques à l'égard de la déjudiciarisation correspond au libre choix des parties concernant leur notaire. Lorsque le divorce par consentement mutuel était une procédure judiciaire, les parties n'avaient aucune possibilité de choisir leur juge. Cela apportait une garantie d'impartialité supplémentaire et était une garantie pour les droits des justiciables. Une séparation implique nécessairement des intérêts contradictoires et le juge en prenant sa décision permettait d'aboutir à un équilibre. Le notaire quant à lui dispose d'une « clientèle » ce qui semble incompatible avec le respect des intérêts de chacun.

En outre, il peut sembler paradoxal que la déjudiciarisation du divorce soit notamment fondée sur des arguments d'autonomie et de respect de la volonté des personnes alors que ces personnes n'ont pas la possibilité de choisir si elles veulent divorcer devant le juge ou non. Leur seule possibilité, si elles souhaitent que leur divorce par consentement mutuel soit judiciaire, est que l'un de leurs enfants demande à être entendu par le juge¹⁹⁰. La voie extrajudiciaire est donc en principe imposée et ce n'est que lorsqu'elle est souhaitée par l'un des enfants des époux que l'intervention du juge est possible.

Il aurait été plus pertinent, comme l'avaient proposé plusieurs auteurs, d'imposer que le divorce par consentement mutuel soit judiciaire dès lors que le couple a des enfants en commun.

La désinstitutionnalisation du mariage, étant utilisée par certains comme un argument en faveur de la déjudiciarisation est également utilisée par d'autres comme un argument contre la déjudiciarisation. En effet, désinstitutionnaliser le mariage revient à le rapprocher des autres formes de conjugalité.

Or, d'aucuns estiment que le mariage a créé une situation qui dépasse les volontés individuelles. La société ayant présidé à la formation du mariage, elle devrait à ce titre être

¹⁸⁹ JUSTON (M.), *art. préc.*, p. 12, *supra* notre note n°1.

¹⁹⁰ Art. 229-2, 1°, C. civ.

présente lorsque des individus décident de rompre librement les engagements qu'ils avaient pris devant elle. En ce sens, le prononcé du divorce devrait être accompagné de toute la solennité requise car il s'agit d'un acte important avec de lourdes conséquences et qui est souvent accompagné de son lot d'émotions.

Le rapport de la commission Guinchard avait ainsi mis en avant le fait que réformer le divorce reviendrait à redéfinir le mariage. Il indiquait : « *supprimer le juge dans le divorce par consentement mutuel, c'est (...) changer de modèle de société (...). Ce choix de société (...) dépasse largement des questions de pure logique économique ou administrative.* »¹⁹¹.

On parle parfois d'« ubérisation du divorce », s'inscrivant dans le contexte d'ubérisation du droit¹⁹² pour décrire cette tendance de procédures de divorce contractualisées.

Enfin, le rôle du juge dans le divorce par consentement mutuel, largement décrié, apparaît néanmoins comme étant essentiel. Les détracteurs de l'intervention judiciaire dans le divorce par consentement mutuel remettaient en question la légitimité du contrôle du juge. Loin d'être illégitime, le contrôle du juge dans le divorce par consentement mutuel s'avérait en réalité très utile.

Section 2 : L'apport du juge dans le divorce par consentement mutuel auparavant

Loin d'être une « chambre d'enregistrement », le juge dans le divorce par consentement mutuel effectuait un véritable contrôle (§ 1). De plus, la figure tutélaire du juge, apparaissant comme un « juge gendarme », se révélait être très utile, jouant un rôle de garde-fou indispensable à la procédure (§ 2).

§ 1. Le véritable contrôle du juge

Bien qu'effectuant un contrôle rapide sur la convention lorsque le divorce par consentement mutuel était encore judiciaire, le juge effectuait un réel contrôle (A).

¹⁹¹ Rapp. GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, 2008.

¹⁹² BAILLON-WIRTZ (N.), « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », *JCP G*, n°23, 2016, p. 1115.

Désormais, le notaire est celui qui est chargé du contrôle de la convention mais le contrôle du notaire n'est absolument pas le même que celui réalisé par le juge jusqu'à présent (B).

A. Le réel contrôle judiciaire

La disparition du juge s'accompagne de la disparition de toutes les règles encadrant et contrôlant le consentement des époux prévues à l'article 232 du Code civil. Le prononcé du divorce a donc disparu en même temps qu'il a été déjudiciarisé, laissant ainsi place à la volonté des époux sur le principe du divorce et sur ses conséquences. Ce double accord « fait » désormais le divorce et ne fait plus l'objet d'aucun contrôle.

Comme nous l'avons évoqué précédemment, l'un des arguments en faveur du divorce sans juge était le faible temps consacré par le juge au contrôle de la convention. Le contrôle du juge était alors perçu comme quasi inexistant et nombreux sont ceux qui n'en voyaient plus l'utilité.

D'aucuns considèrent que « *l'effacement de la figure tutélaire du juge relève plus de la perte de symbole que de la perte d'un contrôle approfondi et effectif, surtout lorsque les époux/parents étaient déjà assistés de deux avocats* »¹⁹³. Néanmoins, il nous semble que s'il n'était pas approfondi, le contrôle du juge était tout de même important.

En effet, ce contrôle, bien que rapide, n'en existait pas moins. Si l'audience des époux devant le juge, pendant laquelle ce dernier homologuait la convention, ne durait que quelques minutes, il ne faut pas oublier le temps passé par le juge à étudier le dossier avant l'audience.

De plus, le juge réalisait un double contrôle : un contrôle de la légalité de l'acte et un contrôle d'opportunité en vérifiant que la convention préserve suffisamment les intérêts des époux. Son pouvoir d'appréciation était ainsi très large et il avait le pouvoir de refuser d'homologuer la convention, pouvoir dont ne disposent pas les avocats des époux et le notaire qui doit se borner à enregistrer l'acte¹⁹⁴.

L'étendue des pouvoirs du juge permettait alors d'offrir une garantie importante à l'époux le moins fortuné, le moins influent, le plus faible face à son conjoint. Désormais, ce pouvoir ayant disparu, il est possible de s'interroger sur la protection de la partie la plus faible. Si les avocats, dans leur rôle de conseil, peuvent tenter d'assurer la protection des

¹⁹³ LIENHARD (C.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel : une révolution culturelle », *D.* 2017, p. 307.

¹⁹⁴ V. *infra*, Seconde partie, Chapitre 1, Section 2, § 1, B. Le contrôle du notaire

époux en leur recommandant par exemple de ne pas accepter des dispositions contraires à leurs intérêts, rien ne semble plus sûr que le contrôle du juge pour réaliser cette mission.

Ainsi, l'ensemble des dispositions régissant le nouveau divorce par consentement mutuel, censées apporter des garanties, ne semblent pas convaincantes¹⁹⁵. Les avocats et le notaire n'ont pas les mêmes pouvoirs que le juge, ni son autorité, ni sa garantie d'indépendance et ne pourront pas contrôler la liberté des époux ni la justice de l'accord. Le juge est un tiers impartial et désintéressé et l'ensemble des dispositions du nouveau divorce ne peuvent pas apporter cette sécurité.

En outre, malgré l'accord trouvé par les conjoints, le juge avait une mission importante. Si les conditions n'étaient pas remplies, notamment si le consentement n'était pas libre et éclairé, le juge devait refuser de prononcer le divorce. Dans la procédure de divorce par consentement mutuel, toujours appliquée lorsque celui-ci est judiciaire, le juge doit ainsi s'assurer que les consentements sont libres et éclairés et que les intérêts des époux et des enfants soient suffisamment préservés.

Lorsqu'il constate que ces conditions sont réunies il « *rend sur-le-champ un jugement par lequel il homologue la convention et prononce le divorce* »¹⁹⁶. En revanche, si le juge constate qu'un vice du consentement affecte l'un des conjoints, il doit rejeter la requête qui lui est présentée. Les cas de refus d'homologation existent donc réellement, le juge ne saurait se limiter à être une « chambre d'enregistrement ».

Le grand nombre d'homologations, loin d'être le signe que le juge ne contrôle pas les conventions et qu'il les homologuerait pratiquement systématiquement, pourrait davantage être expliqué par la figure du « juge gendarme » qui pousserait les époux à être plus raisonnables comme nous le verrons dans notre second paragraphe.

Mais au préalable, il apparaît opportun de s'interroger sur le contrôle effectué par le notaire sur la convention rédigée par les avocats dans le cadre du divorce par consentement mutuel conventionnel.

B. Le faible contrôle du notaire

¹⁹⁵ V. en ce sens, FENOUILLET (D.), « Le divorce sans juge », *D.* 2016, p. 1424 : notamment les mentions obligatoires qui seraient inutiles et le délai de quinze jours qui ne permettrait pas d'apprécier l'impact réel du divorce.

¹⁹⁶ Art. 1099, al. 3, CPC.

Le notaire, qui reçoit la convention établie par les avocats pour la déposer au rang de ses minutes¹⁹⁷, n'exerce absolument pas le rôle du juge d'avant la réforme.

Le rôle du notaire a fait l'objet de vifs débats lors des discussions du projet de loi à l'Assemblée Nationale et au Sénat ainsi que lors des négociations menées par la Chancellerie avec les organisations professionnelles. Il a été proposé que le notaire se substitue au juge pour prononcer le divorce afin qu'il n'apparaisse pas comme un simple « enregistreur » des actes établis par les avocats.

Toutefois, ces propositions ont suscité une forte opposition de la part des avocats qui ne souhaitent pas que le notaire ait un pouvoir aussi important concernant leur convention. Finalement, la solution retenue a permis en quelque sorte de préserver les intérêts de chacun, les avocats restant maîtres de leur convention et les notaires n'engageant pas véritablement leur responsabilité pour une rémunération qui s'avère être relativement faible.

Le ministère du notaire lui confère les attributs de l'authenticité que sont la date certaine et la force exécutoire¹⁹⁸ ce qui suppose un minimum de contrôle de sa part¹⁹⁹. Le notaire ne se bornerait donc pas à simplement enregistrer administrativement l'acte.

Mais au regard des textes, il apparaît que le contrôle effectué par le notaire est avant tout un contrôle formel. Ainsi, il s'assure que les conditions de l'article 229-3 du Code civil sont remplies²⁰⁰. Il lui appartient également de vérifier que le délai de réflexion prévu à l'article 229-4 du même code a bien été respecté²⁰¹. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, le notaire doit refuser de procéder au dépôt de la convention. L'obligation est la

¹⁹⁷ Comme il est prévu à l'article 229-1 du Code civil.

¹⁹⁸ Art. 229-3, C. civ.

¹⁹⁹ BRENNER (C.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », *JCP G*, 2017, n°9, p. 342.

²⁰⁰ Art. 229-3 C. civ. : « *Le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas. La convention comporte expressément, à peine de nullité : 1° 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 ; 2° Le nom, l'adresse professionnelle et la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que le barreau auquel ils sont inscrits ; 3° La mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ; 4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III du présent titre, notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire ; 5° 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, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ; 6° La mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté.* »

²⁰¹ Art. 229-4, al. 1, C. civ. : « *L'avocat adresse à l'époux qu'il assiste, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un 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 la réception.* »

même concernant les annexes²⁰². Cependant, une circulaire à l'initiative du Garde des Sceaux a affirmé qu'il incombait au notaire de prévenir les avocats des époux s'il constate que l'accord des époux comporte une clause manifestement contraire à l'ordre public. Mais, il est possible de s'interroger sur les potentielles conséquences de l'absence de contrôle du notaire sur ce point.

Le rôle du notaire apparaît comme étant réduit, il n'effectue pas les vérifications sur le fond dévolues au juge auparavant. Il ne reçoit pas nécessairement les époux et à ce titre il n'est pas tenu de vérifier que les consentements exprimés par les époux sont réels, libres et éclairés. Il ne vérifie pas non plus si l'accord est équilibré et ne vérifie pas la légalité des solutions retenues.

Si les textes concernant le rôle du notaire dans le nouveau divorce sans juge présentent de prime abord une certaine simplicité, en réalité, la mission du notaire pourrait s'avérer « périlleuse »²⁰³. En effet, si le notaire constate une illégalité dans la convention, que devrait-il faire ? Pourrait-il refuser d'inscrire l'acte au rang de ses minutes ? Le notaire n'est pas tenu de vérifier le contenu de l'acte mais ses obligations déontologiques pourraient le pousser à ne pas vouloir donner une force exécutoire à un acte manifestement illégal. Le notaire qui ne signalerait pas ce type d'actes engagerait-il sa responsabilité ?

La question du contrôle du notaire sur les actes d'avocats s'avère ainsi plus compliquée qu'elle n'y paraît. Ne semblant pas être dénués de tout contrôle sur le fond, il est difficile de savoir si les notaires effectueront un réel contrôle de la convention qui leur sera présentée. Il serait donc souhaitable de délimiter davantage leur mission afin de savoir s'il leur incombe de véritablement examiner le fond de la convention.

Par ailleurs, la limitation géographique des compétences judiciaires ayant disparu et celle de l'office notarial ne pouvant s'y substituer, le notaire devrait accepter le dépôt d'une convention même si celle-ci violerait des règles du droit international privé²⁰⁴. A l'inverse, la reconnaissance du divorce par consentement mutuel enregistré par notaire au sein de l'espace européen pourrait s'avérer compliquée, ce que nous développerons ultérieurement²⁰⁵.

²⁰² Etat liquidatif notarié en présence de biens soumis à publicité foncière, acte notarié attribuant un bien soumis à publicité foncière attribué à titre de prestation compensatoire, formulaire d'information du mineur.

²⁰³ MALAURIE (P.) et FULCHIRON (H.), *op. cit.*, p. 294, *supra* notre note n°38.

²⁰⁴ BRENNER (C.), *art. préc.*, p. 342, *supra* notre note n°199.

²⁰⁵ V. *infra*. Seconde partie, Chapitre 2, Section 2.

Le rôle du notaire est donc radicalement différent de celui dévolu au juge lorsque le divorce par consentement mutuel était encore judiciaire. Le contrôle que celui-ci effectuait, malgré les critiques dont il faisait l'objet, était réel. Si les juges examinaient relativement rapidement la convention, la force symbolique de l'intervention du juge apportait une sécurité supplémentaire au divorce.

§ 2. L'effet prophylactique de l'intervention du juge

Le juge dans le divorce par consentement mutuel jouait un rôle symbolique très important. Il apparaissait comme un véritable garde-fou dans la procédure de divorce (A). Son intervention permettait notamment de préserver les intérêts des époux et des enfants (B).

A. Le rôle symbolique du juge

Le faible refus d'homologation des divorces par consentement mutuel s'expliquait en partie par le caractère dissuasif de l'intervention judiciaire. En supprimant le contrôle judiciaire, on se prive donc d'un instrument de prévention jusqu'alors « *placé entre le mains du seul acteur judiciaire offrant de véritables garanties d'indépendance et d'impartialité* »²⁰⁶.

Le contrôle du juge, bien que symbolique n'en existait pas moins. De nombreux avocats insistaient sur le fait que la menace du refus d'homologation par le juge leur permettait de mieux cadrer les éléments de la convention. Le juge apparaissait alors comme un « *juge gendarme* »²⁰⁷. Celui-ci ayant disparu en principe dans le divorce par consentement mutuel, il appartiendra dorénavant aux avocats de faire preuve de plus de persuasion et de pédagogie pour que les époux établissent une convention équilibrée.

Le juge « *statue du Commandeur* »²⁰⁸, pousserait ainsi par sa simple présence les époux à s'« *autolimiter* »²⁰⁹. En effet, imposant le respect du droit et de l'équité, la menace

²⁰⁶ FAUTRE-ROBIN (A.), « Le divorce sans juge : regards croisés sur une réforme controversée », *RJPF* 2017, n°01, p. 9.

²⁰⁷ FULCHIRON (H.), *art. préc.*, *supra* notre note n°61.

²⁰⁸ MALAURIE (P.) et FULCHIRON (H.), *op. cit.*, p.285, *supra* notre note n°38.

²⁰⁹ *Ibid.*

d'un refus judiciaire aurait les vertus de « raisonner » en quelque sorte les époux. En ce sens, l'intervention du juge a un véritable effet prophylactique, elle pousse les individus à la raison.

L'intervention du juge avait ainsi une fonction pacificatrice, facilitant la conclusion d'un accord global. De ce fait, lorsque l'un des époux avait des prétentions extravagantes, il était possible de le ramener à la raison en lui expliquant que le juge n'accepterait jamais d'homologuer la convention s'il ne renonçait pas à ses prétentions les plus fantasques. Cette intervention permettait par ailleurs de prévenir des chantages qui pouvaient avoir lieu entre époux comme par exemple renoncer à une pension alimentaire en contrepartie d'un exercice exclusif de l'autorité parentale.

L'intervention du juge permettait à la convention de bénéficier d'une certaine forme de sécurité juridique. Le juge, en homologuant la convention, la dotait d'une valeur spéciale qui rendait très difficile la remise en cause de cet accord²¹⁰.

Enfin, la disparition du juge, véritable garde-fou dans la procédure de divorce, pourrait représenter un danger pour la protection des personnes les plus faibles. En effet, certains arrangements qui étaient jusqu'alors refusés par le juge pourraient voir le jour et pourraient porter préjudice aux époux les plus faibles ou moins informés²¹¹. Par exemple, des femmes victimes de sévices physiques ou d'harcèlement moral pourraient consentir à des dispositions imposées par leur époux sous la menace. En ce sens, « *le contrat peut être un instrument d'oppression des faibles par les forts* »²¹².

Le juge jouait ainsi un rôle essentiel, comme dans tous les types de divorce, de protection des époux et des enfants. Avec la disparition du juge de la procédure il est à craindre que ces intérêts soient insuffisamment protégés.

B. La protection de l'intérêt de l'enfant

Le rôle du juge dans le divorce par consentement mutuel ne se limitait pas à vérifier la légalité des dispositions issues de la convention. A côté du rôle juridique du juge, celui-ci devait également avoir « *une approche humaine face à la complexité du contentieux familial* »²¹³.

²¹⁰ V. *infra*. Seconde partie, Chapitre 2, Section 1.

²¹¹ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n°139.

²¹² *Ibid.*

²¹³ JUSTON (M.), *art. préc.*, *supra* notre note n°1.

En ce sens, il avait le devoir de veiller à ce que toute décision soit protectrice de l'intérêt supérieur des enfants. Il est possible de s'interroger sur le nouveau divorce par consentement mutuel, à savoir, ce système préserve-t-il suffisamment les intérêts des enfants ? Il est prévu que lorsque l'enfant demande à être entendu par le juge, le divorce devient judiciaire.

Cette disposition permet ainsi de respecter la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE) qui dans son article 12 consacre le droit de l'enfant à être entendu. Si l'enfant demande à être entendu, on revient donc à la procédure « classique » de divorce par consentement mutuel²¹⁴. Le JAF serait alors amené à contrôler les dispositions relatives à l'enfant mais également les dispositions relatives aux époux, que ce soit sur le plan personnel ou sur le plan patrimonial.

Il semble quelque peu incohérent que la seule audition de l'enfant fasse basculer l'ensemble de la procédure. On peut s'interroger sur le rapport qu'il y a entre l'audition de l'enfant et le règlement des conséquences du divorce pour les époux. Les questions de couple et de parents sont ainsi mélangées²¹⁵.

La question de l'intérêt de l'enfant a suscité de nombreuses réactions de la part de la doctrine lors des débats concernant le nouveau divorce par consentement mutuel. Il s'agit de l'une des questions qui a été le plus discutée. Néanmoins, certains tentent de relativiser la portée des nouvelles dispositions. En effet, sur les 66 000 divorces par consentement mutuel soumis au JAF annuellement, il y aurait seulement une trentaine de demande d'auditions des enfants²¹⁶.

Toutefois, il apparaît que l'intérêt de l'enfant est moins bien protégé. La déjudiciarisation du divorce implique que les parents soient désormais les seuls à décider de l'intérêt de l'enfant. La possibilité de l'enfant de demander à être entendu, pourrait s'apparenter à un garde-fou mais en réalité il semblerait que très peu d'enfants en feront la demande. De plus, l'article 388-1 du Code civil, précise en son premier alinéa que l'enfant doit être « *capable de discernement* ».

²¹⁴ Un arrêté du 28 décembre 2016 a fixé le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre de cette procédure de divorce par consentement mutuel conventionnel.

²¹⁵ FULCHIRON (H.), *art. préc.*, *supra* notre note n°61.

²¹⁶ LIENHARD (C.), *art. préc.*, *supra* notre note n°193.

Or, il semble difficile de déterminer l'âge auquel l'enfant est capable de discernement. Usuellement, on estime qu'un enfant a l'âge de discernement, lorsqu'il a huit ou neuf ans²¹⁷. Néanmoins, cela est susceptible de varier d'un enfant à l'autre, tous les enfants n'ayant pas les mêmes capacités de discernement au même âge, il convient donc de l'apprécier au cas par cas.

Il revient désormais aux parents de déterminer si leur enfant est capable de discernement ou non, d'où un risque d'instrumentalisation de la part des parents qui pourraient déclarer que leur enfant ne dispose pas de suffisamment de discernement dans le but que la procédure de divorce reste conventionnelle et inversement.

D'aucuns considèrent à ce titre que dorénavant « *l'enfant devient arbitre du divorce de ses parents* »²¹⁸. En effet, il s'agit d'une lourde responsabilité pour les enfants, simplement doués de discernement, qui peuvent être facilement influençables et manipulables par leurs parents.

Il aurait alors peut-être été souhaitable, afin de limiter les risques d'instrumentalisation de l'enfant, de déconnecter cette audition de l'enfant, et donc les modalités de la mise en œuvre de l'autorité parentale, du reste de la convention. Le poids de la décision de l'enfant aurait eu moins d'importance sur le choix de ses parents et aurait ainsi permis de « *déconnecter, dans ces situations tendues, la liberté du couple conjugal, de la responsabilité du couple parental* »²¹⁹.

Ainsi, les risques liés à la préservation de l'intérêt de l'enfant dans le divorce sans juge ont poussé de nombreux auteurs à recommander qu'en présence d'enfants mineurs, le divorce par consentement mutuel devrait nécessairement être judiciaire²²⁰. Le Défenseur des droits, Monsieur Toubon, lors des débats à l'Assemblée Nationale en mai 2016 s'était ainsi penché sur l'absence de garantie assurant l'effectivité du droit pour l'enfant à être entendu par un juge. Il avait alors recommandé que la procédure de divorce par consentement mutuel conventionnelle soit réservée aux seuls couples sans enfants ou avec enfants majeurs.

Au regard des risques que nous venons d'exposer, il nous semble également qu'il aurait été souhaitable qu'en cas de présence d'enfants mineurs, le divorce par consentement

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ FERRE-ANDRE (S.), « Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 novembre 2016 », *Deffrénois*, 2017, n°2, p. 125.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ V. en ce sens notamment GARRIGUE (J.), *Droit de la famille*, p. 303 et DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n°139.

mutuel soit nécessairement judiciaire. Le juge, en tant que gardien des libertés individuelles²²¹, offre en effet des garanties inégalables concernant la protection des intérêts des enfants et il aurait été opportun qu'il continue à exercer le rôle qui lui était anciennement dévolu.

Par ailleurs, la protection de l'intérêt de l'enfant constitue généralement une limite importante à la déjudiciarisation du divorce. En effet, de nombreux pays ayant abouti à une déjudiciarisation du divorce ou ayant affaibli le rôle du juge dans le divorce, prévoient un retour du juge lorsqu'il s'agit de préserver les intérêts des enfants²²².

La déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, loin d'être justifiée par des arguments fondés est en réalité davantage dictée par une analyse économique du droit. Elle s'inscrit dans un contexte de privatisation du droit de la famille qui passe notamment par sa contractualisation. En outre, la réforme du divorce vient rejoindre d'autres réformes qui ont pourtant montré que « *contractuels et juste ne rimaient pas toujours* »²²³. Il serait dans l'intérêt de la société ainsi que de celle des différents membres de la famille que « *la justice continue à veiller sur la famille* »²²⁴.

L'opportunité de la déjudiciarisation du divorce peut être remise en question. Les arguments avancés en sa faveur présentent de nombreuses limites. Le rôle du juge dans le divorce par consentement mutuel auparavant était réel et il permettait de préserver les intérêts des époux et des enfants. La disparition de ce véritable garde-fou semble alors poser plusieurs problèmes. En effet, plusieurs risques apparaissent notamment en ce qui concerne la sécurité juridique de la convention. Le nouveau divorce par consentement mutuel semble être un divorce « fragilisé » vis-à-vis du divorce par consentement mutuel judiciaire.

Chapitre 2 – Les risques liés à la déjudiciarisation du divorce

²²¹ Conformément à l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

²²² V. *supra*. Introduction, Section 3, § 1. Le divorce et le juge dans les systèmes juridiques étrangers ; <https://www.senat.fr/lc/lc36/lc360.html> [consulté le 05/04/2018].

²²³ FENOUILLET (D.), « Le divorce sans juge », *D.* 2016, p. 1424 : L'auteur évoque l'exemple du mandat de protection future.

²²⁴ *Ibid.*

Les intérêts des époux sont également moins bien protégés avec la disparition du contrôle judiciaire. L'homologation judiciaire, qui purgeait la convention de ses vices, offrait une sécurité juridique à la convention. Désormais, de nouvelles voies de contestation sont ouvertes, montrant ainsi la fragilité du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire (Section 1). Par ailleurs, le divorce par consentement mutuel conventionnel ne respecte pas toutes les règles européennes. Des limites peuvent alors apparaître concernant la reconnaissance du divorce à l'étranger (Section 2).

Section 1 – Un divorce fragilisé

La fragilité du divorce par consentement mutuel repose essentiellement le fait qu'en l'absence d'homologation du juge, la convention perd la sécurité juridique dont elle bénéficiait jusqu'à présent. La convention est une convention fragilisée, qui peut facilement être attaquée (§ 1) et pourrait ainsi être remise en cause (§ 2).

§ 1. La fragilité de la convention de divorce

La convention du divorce par consentement mutuel conventionnel est une convention « fragilisée » par rapport à celle qui était homologuée par le juge auparavant et qui bénéficiait d'une sécurité juridique beaucoup plus importante (A). Devenant facilement attaquable, la convention pourrait impliquer un retour du juge dans l'après-divorce (B).

A. L'insécurité juridique de la nouvelle convention

Les relations entre ex-époux ne cessent pas forcément avec le divorce. La convention qu'ils ont établie régit les mesures accessoires à leur divorce. Celles-ci peuvent concerner aussi bien les époux eux-mêmes que leurs enfants et sont susceptibles d'engendrer plusieurs difficultés²²⁵. Il est alors possible de s'interroger sur la manière dont la convention de divorce va s'adapter à l'épreuve du temps²²⁶.

²²⁵ Notamment la difficulté d'exécution, la modification de ce qui a été initialement convenu ou encore la remise en cause de la convention elle-même.

²²⁶ THOURET (S.), « L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge ! », *AJ fam.* 2017, n°1, p. 42.

Auparavant, le juge contrôlait la convention qui lui était soumise. En effet, le juge exerçait à la fois un contrôle de légalité et un contrôle « *de sauvegarde des intérêts légitimes* »²²⁷. L'élément intentionnel et l'élément judiciaire étant associés dans le divorce par consentement mutuel, « *la décision juridictionnelle s'exerçait alors sur un acte privé* »²²⁸, ce qui faisait de celle-ci un « *contrat judiciaire* »²²⁹.

Le juge ne se contentait donc pas de recevoir un acte. L'homologation du juge portait aussi bien sur le contrôle de la qualité du consentement que sur les éléments déterminants de la convention. L'avantage de l'intervention du juge était qu'en homologuant la convention, il la purgeait de ses vices et lui donnait l'autorité de la chose jugée. Les actions en nullité pour vice du consentement et les actions en complément de part étaient ainsi irrecevables. Le contentieux du divorce par consentement mutuel *a posteriori* était donc très résiduel.

L'acte d'avocats quant à lui est davantage susceptible d'être contesté ou d'être remis en cause²³⁰. Désormais, le notaire ne purge pas la convention de ses vices éventuels et ne lui donne en rien l'équivalent de l'autorité de la chose jugée. Le principe d'indivisibilité du jugement et de la convention ne joue donc plus. La convention devient attaquable, ce qui entraîne un fort risque d'insécurité juridique.

Dorénavant, l'accord constaté des époux dans l'acte d'avocats « fait » le divorce. Mais que se passe-t-il si le consentement de l'un des époux a été vicié ? Le juge n'étant plus présent pour assurer le contrôle, il est possible de se demander si la responsabilité des avocats ou du notaire pourrait être engagée.

Il apparaît ainsi que le divorce contractualisé est un divorce fragilisé, une convention n'ayant pas la même autorité qu'un jugement. Ainsi, les risques liés à la remise en cause de la convention dans la période d'après-divorce pourraient entraîner un retour du juge.

B. Le potentiel retour du juge dans l'après-divorce

Le juge est irremplaçable par un contrat : « *rien ne sera jamais plus sûr que l'homologation judiciaire* »²³¹. Le législateur, en choisissant de consacrer le divorce sans juge

²²⁷ CORNU (G.), *op. cit.*, *supra* notre note n°35.

²²⁸ FERRE-ANDRE (S.), *art. préc.*, *supra* notre note n°46.

²²⁹ CORNU (G.), *op. cit.*, *supra* notre note n°35.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ CASEY (J.), *art. préc.*, *supra* notre note n°174.

a ainsi opté pour une insécurité juridique dont nous avons vu les points essentiels précédemment.

Mais en réalité, il semblerait que la loi de 2016 n'ait pas réellement fait disparaître le juge et les principes essentiels gouvernant le droit du divorce. Selon Monsieur Casey, plus qu'une disparition, ce serait davantage une mise en retrait du juge qui aurait été décidée. En effet, la loi n'indique pas clairement l'exclusion de tout contrôle judiciaire.

Le contrôle *a priori* du juge a effectivement été supprimé mais il serait remplacé par une forme de contrôle *a posteriori* notamment sur la prestation compensatoire et sur les mesures relatives à l'enfant. L'intervention des avocats puis du notaire permettrait de réduire les risques de contentieux. Le juge dans l'après-divorce ne serait cependant plus le juge aux affaires familiales mais le tribunal de grande instance.

La liberté laissée aux époux dans la procédure de divorce serait ainsi une « *liberté fortement surveillée* »²³². Mais l'intervention du juge ne serait pas la même selon les cas. Dans les cas où les critères légaux ont été effectivement explicités, il paraît difficile que le juge puisse remettre en question la convention. En revanche, dans les cas où ces critères n'auraient pas été explicités ou l'auraient mal été, l'intervention du juge serait possible²³³.

Selon Monsieur Casey, « *le contrôle judiciaire n'est jamais bien loin dans ce « divorce amiable », lequel n'a de conventionnel que l'apparence. En réalité, contrairement à un contrat de droit commun, le juge pourra en contrôler les éléments d'application avec une assez grande facilité tout en se gardant de revenir sur le principe de la dissolution du mariage* »²³⁴.

Ainsi, il apparaît que le juge sera *de facto* présent dans l'après-divorce conventionnel. A l'exception de quelques champs qui seront toujours régis par les dispositions de la convention, les aspects majeurs de l'après-divorce tels que la modification et l'éventuelle remise en cause de la convention de divorce reviendront inévitablement au juge qui effectuera un contrôle *a posteriori*. De ce fait, « *si le divorce par consentement mutuel conventionnel se fait sans juge, l'après-divorce conventionnel ne se fera pas sans juge* »²³⁵.

²³² CASEY (J.), *art. préc.*, *supra* notre note n° 174.

²³³ Il convient de rappeler que la saisine du juge ne peut être faite qu'à l'initiative du créancier de la prestation compensatoire, et ce, dans un délai de cinq ans à partir du dépôt de la convention au rang des minutes du notaire.

²³⁴ CASEY (J.), *art. préc.*, p. 18, *supra* notre note n°174.

²³⁵ THOURET (S.), *art. préc.*, p. 45, *supra* notre note n°226.

En effet l'après-divorce du divorce par consentement mutuel conventionnel paraît incertain. La contractualisation du divorce et ses conséquences entraîne de nouvelles interrogations quant à la révision de la convention de divorce et à la contestation de celle-ci.

§ 2. La remise en cause de la convention de divorce

La remise en cause de la convention de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire peut passer notamment par la modification de la convention (A) ou par sa contestation (B).

A. La modification de la convention

En ce qui concerne la révision de la convention, il semblerait qu'il soit nécessaire de recourir au juge. En effet, avec le temps, les dispositions d'une convention de divorce peuvent apparaître comme n'étant plus adaptées à la situation des parties, impliquant une nécessaire modification du contenu de la convention. Le divorce par consentement mutuel conventionnel se rapproche du divorce par consentement mutuel judiciaire en ce qu'il offre la possibilité de modifier le contenu de la convention et que cette modification sera effectuée par le juge.

La loi prévoit donc des possibilités de modification de la convention pour la révision de la prestation compensatoire²³⁶ et pour les mesures relatives à l'autorité parentale et à l'entretien de l'enfant²³⁷.

D'une part, concernant la révision de la prestation compensatoire, les époux ont la faculté de prévoir dans leur convention qu'ils pourront l'un et l'autre, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties, demander au juge de réviser la prestation compensatoire. Même dans les cas où ils n'ont pas prévu cette éventualité conventionnellement, les époux pourront saisir le juge afin qu'il révisé les modalités de paiement d'un capital payable sous forme de versements périodiques par exemple²³⁸. Ils peuvent aussi lui demander de réviser la prestation compensatoire en cas de

²³⁶ Un cinquième alinéa a été ajouté à l'article 279 du Code civil, prévoyant que les règles relatives à la révision de la prestation compensatoire définies au troisième alinéa du même article s'appliquant à la convention de divorce établie par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire.

²³⁷ Art. 373-2-13, C. civ.

²³⁸ Art. 275, al. 2 et 3, C. civ.

changement important dans les ressources de l'une ou l'autre des parties²³⁹ ou de substituer un capital à tout ou partie de la rente²⁴⁰.

D'autre part, concernant la révision des mesures relatives aux enfants, il est toujours possible de recourir au juge pour faire modifier ou compléter les dispositions de la convention de divorce, et ce, à tout moment. La survenance d'un fait nouveau n'est pas exigée. Néanmoins, dans les faits, la révision présume la démonstration de circonstances nouvelles qui justifient le besoin d'ajuster les mesures originellement convenues, que ce soit en matière d'autorité parentale ou en matière de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Ces dispositions ne sont pas nouvelles, l'apport de la loi de 2016 est avant tout du côté de la mise en œuvre formelle de la révision de la convention. En ce qui concerne les modalités de modification de la convention, celles-ci peuvent être conventionnelles ou judiciaires.

Premièrement, il est possible de modifier la convention de manière conventionnelle. Néanmoins, il y a une différence entre les modifications de convention de divorce issue d'un divorce par consentement mutuel conventionnel de celles d'une convention issue d'un divorce par consentement mutuel judiciaire. Aucun parallélisme de forme n'est exigé dans le premier cas, les époux sont donc libres de conclure une nouvelle convention. En revanche, dans le second cas, le parallélisme des formes impose que la convention homologuée soit modifiée par une nouvelle convention entre époux, qui devra également être soumise à homologation²⁴¹. Dans ce cas, le juge sera bien présent dans la procédure.

Deuxièmement, la convention peut être modifiée judiciairement. Comme précédemment, les ex-époux s'opposant sur la modification de la convention de divorce peuvent saisir le juge dans le cadre d'une instance modificative. Il est fort possible que les contentieux modificatifs soient encore plus importants qu'avant du fait de la rapidité du divorce par consentement mutuel conventionnel lors duquel les conflits émergents ou sous-jacents auront potentiellement été moins réglés. Certaines « revanches » pourront ainsi avoir lieu dans l'après-divorce dans lequel le juge sera à nouveau chargé de trancher le différend²⁴².

B. La contestation de la convention

²³⁹ Art. 276-3, C. civ.

²⁴⁰ Art. 276-4, C. civ.

²⁴¹ Art. 279, al. 2, C. civ.

²⁴² THOURET (S.), *art. préc.*, *supra* notre note n°226.

Par ailleurs, concernant la contestation de la convention, la disparition du juge peut se révéler dangereuse pour les époux comme pour les tiers. Les règles du droit commun doivent-elles être appliquées ? La contestation de la convention constituerait ainsi le « *talon d'Achille de la loi* »²⁴³. Deux cas de contestation peuvent émerger : la contestation venant des époux et la contestation venant des tiers.

Dans le premier cas, il apparaît que les intérêts des époux sont moins bien protégés et que de nouvelles contestations leur sont ouvertes. En effet, la convention de divorce, qui ne bénéficie pas de la protection liée à l'indivisibilité du jugement et de la convention, du fait de l'absence d'homologation judiciaire, peut être attaquée sur les vices du consentement²⁴⁴. Evoquer les vices du consentement tels que l'erreur, le dol ou la violence, permet ainsi à l'un des époux de remettre en cause la convention.

Mais il serait peut être possible d'aller plus loin. En effet, si le nouveau droit des contrats s'applique à la convention de divorce, alors celle-ci pourrait être remise en cause notamment pour imprévision, pour disparition d'un élément essentiel du contrat, pour contrariété à l'ordre public, etc. Si l'on n'a à ce jour pas véritablement de réponses à l'application de ces dispositions ou non, ces questions méritent d'être posées.

On pourrait également s'interroger sur les effets de la remise en cause de la convention lorsque celle-ci, ou l'une de ses clauses déterminantes, serait frappée de nullité. Dans l'hypothèse où le droit commun des contrats s'appliquerait, les conséquences du divorce pourrait être remises en cause mais le divorce en lui-même également. Or, certaines situations se révéleraient être très compliquées notamment dans les cas où les époux par exemple se seraient remariés entre temps. La responsabilité de l'avocat qui a rédigé l'acte pourrait également être engagée. Ce sera le juge qui tranchera ces questions lorsqu'il devra se prononcer. Il est cependant à espérer que la jurisprudence tendra à limiter les effets d'une éventuelle nullité, « *ce qui aurait pour mérite d'éviter de plonger les divorçants dans une trop grande insécurité juridique* »²⁴⁵.

Dans le second cas, en ce qui concerne la contestation venant des tiers, il apparaît que la disparition du contrôle judiciaire ait entraîné un affaiblissement de la protection des tiers. Ainsi, la disparition de l'homologation judiciaire a fait disparaître avec elle la tierce

²⁴³ FULCHIRON (H.), *art. préc.*, p. 2182, *supra* notre note n°61.

²⁴⁴ L'article 229-3, al. 1^{er} du Code civil dispose en effet que le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas.

²⁴⁵ THOURET (S.), *art. préc.*, p. 43, *supra* notre note n° 226.

opposition qui était prévue à l'intention des créanciers dans l'année suivant la publicité du jugement de divorce²⁴⁶. Il semblerait que les tiers ne soient donc désormais plus protégés.

Mais à y regarder de plus près, il est possible que les tiers bénéficient de la protection de l'action paulienne dans les cas où la convention de divorce aurait été conclue en fraude de leurs droits²⁴⁷. Les créanciers seraient ainsi protégés mais également tous les autres tiers, quelle que soit leur qualité, dans la limite de la prescription de droit commun.

Monsieur Fulchiron considère néanmoins qu'il ne faut pas surestimer le contentieux post-divorce : celui-ci sera peut être important et les affaires que le juge aura à traiter seront sans doute compliquées. Toutefois, l'exemple du PACS permet de douter de l'importance du contentieux, les conséquences de sa dissolution étant encore moins bien encadrées que celles du divorce extrajudiciaire et n'ayant pratiquement pas suscité de contentieux²⁴⁸.

Il n'en reste pas moins que les magistrats, dont on a prétendu alléger la charge de travail en instaurant le divorce par consentement mutuel sans juge, pourraient ainsi être amenés à jouer un rôle important dans l'après-divorce conventionnel. Alors qu'ils avaient des dossiers relativement simples à traiter sur le fond précédemment, les magistrats seront désormais tenus de traiter des dossiers complexes dans l'après-divorce. En ce sens, il s'agit d'une « *bombe à retardement pour les magistrats* »²⁴⁹.

La déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, outre le fait qu'elle soit symboliquement contestable, a donc fait apparaître un nouveau divorce « fragilisé ». En effet, la nouvelle convention de divorce peut être attaquée et implique désormais un retour du juge dans l'après-divorce pour régler les différentes questions relatives à la modification ou à la contestation de la convention. Paradoxalement, le juge est appelé à connaître des contentieux post-divorce alors que l'on a souhaité initialement l'écarter du divorce.

Par ailleurs, la déjudiciarisation du divorce pose un certain nombre de risques concernant le respect des règles européennes et la reconnaissance du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire à l'étranger.

²⁴⁶ Art. 1104, CPC.

²⁴⁷ Art. 1341-2, C. civ.

²⁴⁸ FULCHIRON (H.), *art. préc.*, *supra* notre note n°61.

²⁴⁹ BERNARD-XEMARD (C.), « La Justice du XXI^e siècle pour les personnes et la famille : une justice sans juge ? », *RLDC* 2017, n°145.

Section 2 – Des risques liés au droit européen et au droit international privé

La déjudiciarisation du divorce présente également des risques concernant le droit européen et le droit international privé. Il apparaît que le législateur en instaurant le divorce sans juge n'ait pas réellement pris en considération les normes européennes (§ 1). En outre, des difficultés apparaissent concernant l'applicabilité des règles européennes et la reconnaissance du divorce conventionnel à l'étranger (§ 2).

§ 1. Les dispositions du divorce face aux règles européennes

Le législateur a fait preuve d'une grande permissivité quant au recours et à la mise en place du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire (A). Néanmoins, conformément à la hiérarchie des normes, certaines règles européennes devraient être appliquées et respectées en priorité (B).

A. Les règles fixées par le législateur

Le nouveau divorce conventionnel adopté en France est ouvert à tous les époux. La loi ne définit aucune règle de compétence territoriale, que ce soit pour les avocats ou pour le notaire. L'absence de compétence territoriale existe également sur le plan international.

En effet, il n'est pas exigé d'avoir un lien avec le territoire français pour pouvoir divorcer conventionnellement en France. Cette disposition suscite de nombreuses réactions, certains considèrent qu'il y a en ce sens un risque à ce que la France se transforme en une sorte de « Las Vegas du divorce »²⁵⁰. Les époux peuvent donc être de nationalité étrangère et ne pas résider en France mais venir sur le territoire pour pouvoir profiter du divorce par consentement mutuel et notamment de sa simplicité.

De plus, la convention peut être rédigée dans une langue étrangère²⁵¹, car l'ordonnance de Villers-Cotterêts du 25 août 1539 « ne concerne que les actes de procédure »²⁵². Le décret

²⁵⁰ BOICHE (A.), « Divorce 229-1 : aspect de droit international privé et européen, La France, nouveau Las Vegas du divorce ? », *AJ fam.* 2017, n°1, pp. 57-60.

²⁵¹ Art, 1146, al. 2, CPC.

²⁵² Civ. 1re, 22 sept. 2016, n° 15-21.176.

d'application du 28 décembre 2016 impose néanmoins que la convention de divorce soit impérativement accompagnée d'une traduction officielle²⁵³.

Enfin, il n'est pas nécessaire que l'acte d'avocats soit rédigé par deux avocats français. L'unique contrainte pour les époux est qu'ils doivent choisir un notaire français car c'est l'enregistrement par un notaire français qui donnera la force exécutoire à l'acte mais il n'est en revanche pas possible d'avoir recours à un consul de France à l'étranger²⁵⁴.

Mais si le législateur a permis aux époux de bénéficier d'une plus grande liberté quant à leur divorce, il ne faut pas oublier que la France est tenue par des engagements en particulier au niveau de l'Union européenne et que conformément à la hiérarchie des normes, les règles européennes priment sur la loi française.

B. Les règles européennes

La France, en tant que membre de l'Union européenne, participe à la mise en place de l'espace judiciaire européen. Les juges des différents Etats membres doivent alors respecter des règles de compétence impératives. La CJUE a de ce fait rappelé dans l'arrêt Sundelind Lopez²⁵⁵ la mise en œuvre impérative de ces règles même si le défendeur n'avait pas sa résidence habituelle au sein d'un Etat membre.

Les règles de compétence nationale²⁵⁶ sont caractérisées par leur subsidiarité, ne s'appliquant que lorsque les règles de droit de l'Union européenne ne permettent pas de désigner les juridictions d'un Etat membre et la loi applicable.

Les dispositions relatives à la compétence, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale au niveau européen sont issues du règlement dit « Bruxelles II bis »²⁵⁷ qui a abrogé le règlement (CE) n°1347/2000²⁵⁸. Les dispositions du règlement Bruxelles II bis présentent un caractère

²⁵³ Art. 1146, al. 2 CPC.

²⁵⁴ Décr. n°2016-1907 du 28 déc. 2016, art. 8.

²⁵⁵ CJUE, 29 nov. 2007, n° C-68/07.

²⁵⁶ Issues des articles 309 du Code civil et 1070 du Code de procédure civile.

²⁵⁷ Règlement (CE) n°2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière patrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

²⁵⁸ Règlement (CE) n° 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs.

exclusif pour les règles de compétence en matière de désunion et deviennent les règles de droit commun, elles doivent ainsi être consultées en premier²⁵⁹.

Par ailleurs, le règlement (CE) n°4/2009 du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires²⁶⁰ a également vocation à s'appliquer.

Lorsque le divorce par consentement mutuel est judiciaire, le juge aux affaires familiales doit vérifier sa compétence, conformément aux règles européennes. Si les époux, suite à la demande d'audition de l'enfant, passent d'un divorce par consentement mutuel conventionnel à un divorce par consentement mutuel judiciaire, l'accord pourrait alors voler en éclats.

De plus, le divorce par consentement mutuel conventionnel peut être amené à avoir des éléments d'extranéité et ainsi déployer certains de ses effets à l'étranger tels que sa transcription, sa reconnaissance ou encore son exécution. Il est donc fondamental que la convention établie par les époux par l'intermédiaire de leurs avocats n'aille pas à l'encontre d'une règle de compétence exclusive du juge étranger.

Dans le cadre de la mise en œuvre du divorce conventionnel en France en présence d'un élément d'extranéité, il est nécessaire d'être vigilant quant à la loi applicable. Les règles de conflits du règlement « Rome III »²⁶¹, qui s'imposent pour tout divorce engagé ou conclu en France, doivent s'appliquer même si le divorce est un divorce conventionnel.

Le règlement Rome III en son article 5 donne la possibilité aux époux de choisir la loi applicable à leur divorce bien qu'il encadre ce choix²⁶². Si la loi française figure parmi les lois désignées, les époux pourront alors choisir le divorce par consentement mutuel conventionnel. Il est essentiel que les époux mentionnent la loi applicable dans leur convention car si aucun

²⁵⁹ MURAT (P.) (dir.), *Droit de la famille*, 7^e éd., Paris : Dalloz, 2016, p. 250.

²⁶⁰ Règlement (CE) n°4/2009 du 18 décembre 2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

²⁶¹ Règl. (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

²⁶² Art. 5 règlement Rome III : « *Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes : a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou d) la loi du for.* »

choix n'était effectué, la loi désignée par la règle des conflits de l'article 8 du règlement s'appliquerait et il n'est pas sûr qu'elle permette un divorce extrajudiciaire.

En effet, si plusieurs pays ont institué le divorce sans juge²⁶³, la position de la France reste minoritaire en droit comparé. A ce titre, pour assurer la pérennité et la validité du divorce conventionnel, il semble nécessaire que les parties élisent la loi française comme lui étant applicable. La loi applicable au divorce étant déterminée par les règles de conflits de lois du règlement Rome III, si celles-ci désignent une loi prévoyant que le divorce par consentement mutuel devait être prononcé par un juge, le divorce conventionnel pourrait être remis en cause.

Si un élément d'extranéité est présent dans la convention, celle-ci doit alors comporter une clause d'élection de la loi applicable au profit de la loi française, selon les dispositions de l'article 5 du règlement Rome III.

Ainsi, le fait pour les parties de pouvoir choisir la loi applicable à leur divorce ou à leurs obligations alimentaires est strictement encadré. Tous les règlements ayant institué l'espace judiciaire européen imposent au juge de vérifier d'emblée sa compétence. Paradoxalement, la loi de 2016 a mis en place un nouveau divorce conventionnel sans qu'à aucun moment, la compétence des autorités françaises ne soit vérifiée. En effet, la loi de 2016 et son décret d'application, ne prévoient pas que les époux doivent justifier de la compétence de l'ordre juridique français pour pouvoir bénéficier de la procédure française de divorce.

Le divorce par consentement mutuel conventionnel introduit par la loi de 2016 n'est donc pas conforme aux dispositions du règlement Bruxelles II bis ni aux dispositions du règlement « Obligations alimentaires »²⁶⁴ et à celles du règlement « Régimes matrimoniaux »²⁶⁵ alors que ces règlements priment normalement sur le droit français.

Il apparait donc que le législateur français n'ait pas suffisamment pris en considération les règles européennes applicables lors de l'élaboration de la loi de 2016 instituant le divorce par consentement mutuel conventionnel.

²⁶³ V. *supra*. Introduction, Section 3 , §1. Le divorce et le juge dans les systèmes juridiques étrangers.

²⁶⁴ Règl. (CE) n° 4/2009 du 18 déc. 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

²⁶⁵ Règl. (UE) 2016/1103 du 24 juin 2016 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

Se pose ainsi la question de savoir comment régler des situations dans lesquelles par exemple la loi applicable prévoit que le divorce par consentement mutuel doit être prononcé par un juge. La loi française est applicable à la procédure mais cela impliquerait un changement de loi applicable en milieu de procédure ce qui ne semble pas possible. Dans ces situations, il serait souhaitable pour les parties de faire homologuer leur convention par des conclusions concordantes dans le cadre de la procédure de divorce.

Ainsi, certains auteurs tels que Monsieur Boiché recommandent de ne recourir au divorce conventionnel, à l'exception des situations extrêmement simples, « *qu'avec la plus grande parcimonie et prudence dans un contexte international* »²⁶⁶, ce qui nous semble être tout à fait souhaitable.

§ 2. Les difficultés européennes et internationales liées au nouveau divorce

Un arrêt de la Cour de justice de l'union européenne fin 2017 a ravivé les doutes quant à la compatibilité du divorce par consentement mutuel conventionnel avec les règlements européens susmentionnés. Selon, la Cour ces règlements ne peuvent pas être appliqués aux divorces privés (A). Les conséquences de la non-applicabilité des règles européennes au nouveau divorce pourraient lui être défavorables notamment en ce qui concerne sa reconnaissance et son exécution dans d'autres Etats (B).

A. La non-applicabilité des règlements européens

Par un arrêt du 20 décembre 2017²⁶⁷, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a estimé qu'un divorce privé, c'est-à-dire, un divorce qui n'a pas été prononcé par une autorité publique ou contrôlé par elle, ne relève pas du champ d'application du règlement Rome III ni du règlement Bruxelles II bis.

Si l'affaire en question concernait la reconnaissance en Allemagne d'une répudiation constatée en Syrie, il semblerait que les observations de la Cour soient également applicables au divorce par consentement mutuel conventionnel français.

²⁶⁶ BOICHE (A.), *art. préc.*, p. 60, *supra* notre note n°250.

²⁶⁷ CJUE, 20 déc. 2017, n°C-372/16, Soha Sahyouni c/ Raja Mamisch,.

Selon la CJUE, les divorces privés n'entreraient pas dans le champ d'application matériel du règlement Rome III car celui-ci ne s'applique qu'aux « *divorce prononcés soit par une juridiction étatique, soit par une autorité publique ou sous son contrôle* »²⁶⁸.

Aucune autorité publique ne prononce le divorce par consentement mutuel conventionnel mais il était possible de s'interroger sur le contrôle du divorce par une autorité publique. De ce fait, il s'agissait de déterminer si le notaire pouvait être considéré comme une autorité publique ou non. Si le notaire était considéré comme une autorité publique, il lui appartiendrait, en tant qu'autorité, de contrôler le respect des règles issues des règlements Bruxelles II bis et Rome III.

Néanmoins, au regard de la jurisprudence européenne, le notaire ne peut pas être considéré comme une autorité publique au sens organique du terme. La mission confiée au notaire en matière de divorce par consentement mutuel français ne comporte aucune participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique au sens de la jurisprudence européenne. Le divorce par consentement mutuel conventionnel s'apparente donc à un divorce privé.

De plus, le champ d'application du règlement Rome III devrait en principe être cohérent avec celui du règlement Bruxelles II bis. Or, selon la CJUE, le règlement Bruxelles II bis ne s'applique pas aux divorces privés. La Cour en déduit donc qu'en adoptant le règlement Rome III, « *le législateur de l'Union a eu uniquement en vue les situations dans lesquelles le divorce est prononcé soit par une juridiction étatique, soit par une autorité publique ou sous son contrôle, et que, dès lors, il n'entrait pas dans son intention de voir le même règlement s'appliquer à d'autres types de divorces, tels que ceux qui, comme en l'occurrence, reposent sur "une déclaration de volonté privée unilatérale" prononcée devant un tribunal religieux* » (§ 45).

La Cour interprète l'article 1 du règlement Rome III comme n'incluant pas le divorce résultant d'une déclaration unilatérale de l'un des époux devant un tribunal, comme il en était question dans le cas d'espèce.

Ainsi, « *sauf à considérer que notre nouveau divorce déjudiciarisé interviendrait sous le contrôle d'une autorité publique, il ne rentre ni dans le champ d'application de Rome III ni dans celui de Bruxelles II bis* »²⁶⁹.

²⁶⁸ § 39, 45 et 48 de la décision.

Par ailleurs, si le règlement Bruxelles II bis n'est pas applicable, son article 46 qui dispose « *les accords entre parties exécutoires dans l'Etat membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que les décisions* » ne pourrait pas produire d'effets. La reconnaissance du divorce relèverait donc du droit commun de chaque Etat membre, aboutissant à une situation identique à celle dans les Etats tiers.

La non-applicabilité des règlements Rome III et Bruxelles II bis au divorce par consentement mutuel extrajudiciaire pourrait occasionner des difficultés supplémentaires concernant la reconnaissance et l'exécution du divorce à l'étranger.

B. La reconnaissance et l'exécution du divorce

Le dépôt de la convention au rang des minutes d'un notaire, selon l'article 229-1 du Code civil, « *donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire* ». Néanmoins, au regard des développements précédents, la reconnaissance et l'exécution de la convention des ex-époux peut s'avérer problématique, n'étant ni un jugement de divorce, ni un acte authentique²⁷⁰.

Le règlement Bruxelles II bis lie la reconnaissance et l'exécution à la délivrance d'un certificat dans l'Etat membre d'origine. Mais dans le cadre du divorce par consentement mutuel conventionnel, il n'appartient pas au notaire de délivrer un tel certificat²⁷¹.

Le décret d'application de la loi avait cependant anticipé cette difficulté et avait prévu que par dérogation à l'article 509-1 du Code de procédure civile²⁷², les requêtes aux fins de certification de la convention soient déposées au notaire en application de l'article 39 du règlement Bruxelles II bis relatif à la matière matrimoniale. Néanmoins, le décret est silencieux concernant la délivrance du certificat relatif à l'autorité parentale qui relève de l'article 41 du règlement Bruxelles II bis²⁷³.

²⁶⁹ NIBOYET (M.-L.), REIN-LESCASTEREYRES (I.), « La CJUE remet en question le traitement du divorce déjudiciarisé en droit international privé de l'Union européenne », *Gaz. Pal.* 2018, n°14, p. 44.

²⁷⁰ V. en ce sens : DEVERS (A.), « Le divorce sans juge en droit international privé », *Dr. fam.* 2017, n°1, pp. 21-24.

²⁷¹ Art. 509-3, al. 2, CPC.

²⁷² Qui prévoit notamment que les certifications soient demandées au greffier en chef de la juridiction qui a rendu la décision ou homologué la convention ou au juge qui a rendu la décision ou homologué la convention.

²⁷³ L'article 41 affirme en effet en son paragraphe 2 que : « *le juge d'origine ne délivre le certificat visé au paragraphe 1 (...) que si : (...) b) toutes les parties concernées ont eu la possibilité d'être entendues ; l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité* ».

En effet, il n'est aucunement prévu que les époux et les enfants soient entendus par le notaire dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, la comparution des époux n'est pas prévue et l'audition de l'enfant nécessiterait la saisine du juge aux affaires familiales.

Ainsi, pour assurer aux parties la reconnaissance et l'exécution de leur accord en matière d'obligations alimentaires, il pourrait être judicieux de faire migrer leur accord de la convention vers l'état liquidatif du régime matrimonial lorsqu'il est dressé en la forme authentique. Cela ne sera toutefois envisageable que pour les obligations alimentaires entre ex-époux et n'inclura pas l'obligation de contribuer à l'entretien et l'éducation de l'enfant.

En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution de la convention de divorce en dehors de l'Union européenne, il se pourrait que cela soit très aléatoire, les parties ne pouvant produire ni jugement ni acte authentique. La simple attestation de dépôt délivrée par le notaire ayant reçu la convention pourrait être considérée comme insuffisante par les officiers d'état civil étrangers pour mettre à jour des actes de naissance ou de mariage.

Par ailleurs, au niveau international, ce type de divorce pourrait constituer une atteinte à l'ordre public étranger si l'indisponibilité du divorce ou sa judiciarisation sont considérés comme des principes essentiels du droit du divorce applicable. De plus, un divorce par consentement mutuel conventionnel pourrait ne pas être reconnu si la loi française, conformément aux règles étrangères de conflit de loi n'était pas applicable. Monsieur Devers résume ainsi, « *Ne sachant pas dans quels pays la convention sera amenée, dans le temps, à déployer ses effets, il est donc impossible de garantir aux époux que la convention de divorce sera efficace* »²⁷⁴.

Le risque est donc que les avocats et les notaires hésitent à recourir au divorce par consentement mutuel extrajudiciaire lorsque la situation des époux présente un élément d'extranéité. Lorsqu'un divorce devrait avoir un lien avec un Etat tiers et être reconnu au sein de cet Etat, il conviendrait de solliciter un avocat local dans le but de savoir si cela est possible dans l'Etat en question.

Au regard des dispositions du droit européen et du droit international privé, il apparaît que l'adoption du nouveau divorce n'a pas du tout été accompagnée d'une réflexion européenne et internationale. Or, la France est liée par des règlements européens que ce soit

²⁷⁴ DEVERS (A.), *art. préc.*, p. 24, *supra* notre note n°270.

en matière de divorce, de régimes matrimoniaux, de responsabilité parentale ou d'obligations alimentaires. De plus, le décret d'application du 28 décembre 2016 y fait allusion en son article 2. « *Mais alors, l'absence de prise en compte du contexte européen lors de l'adoption de ce texte devient encore plus aberrante* »²⁷⁵.

Suite à l'arrêt de la CJUE, il devient essentiel que le législateur français clarifie la situation du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire. Il devrait ainsi soit renforcer le rôle du notaire ce qui semblerait compliqué, les avocats et les notaires semblants s'y opposer²⁷⁶, soit assumer le caractère privé du divorce par consentement mutuel conventionnel et prendre la mesure des conséquences que cela suppose à l'international.

Les règles de compétence internationale devraient ainsi être définies afin d'éviter que la France ne devienne le pays du tourisme du divorce²⁷⁷. Il aurait été plus opportun de mettre en place des règles telles que la nécessité qu'au moins l'un des deux époux réside en France pour pouvoir divorcer selon la procédure de l'article 229-1 du Code civil.

De plus, la règle de conflit de lois devrait être plus adaptée. Décider de la compétence de la loi française dès lors que l'acte d'avocat est déposé en France pourrait être une situation envisageable²⁷⁸.

Le législateur européen est donc tenu de définir les conditions de reconnaissance et de circulation des divorces extrajudiciaires qui se multiplient au sein de l'espace européen. En ce sens, les renégociations du règlement Bruxelles II bis semblent inclure des discussions à ce sujet. Il est également du devoir des praticiens et de la doctrine de s'interroger sur les instruments européens qui pourraient être adaptés.

²⁷⁵ BOICHE (A.), *art. préc.*, p.60, *supra* notre note n°250.

²⁷⁶ V. *supra*. Seconde partie, Chapitre 1, Section 2, §1, B. Le contrôle du notaire.

²⁷⁷ V. en ce sens, BOICHE (A.), *art. préc.*, *supra* notre note n°250.

²⁷⁸ NIBOYET (M.-L.), REIN-LESCASTEREYRES (I.), *art. préc.*, *supra* notre note n°269.

Conclusion

Auparavant, le juge était un acteur incontournable de la procédure de divorce. On le présentait comme un étant un personnage omniprésent et omnipotent dans la procédure et il était parfois assimilé à un véritable chef d'orchestre du divorce. La conception française reposait en effet sur la nécessité de la présence d'un juge dans le divorce.

Si le juge, dans les procédures de divorce judiciaires, dispose encore de nombreuses prérogatives aujourd'hui, force est de constater qu'il tend désormais à s'effacer quelque peu afin de privilégier l'autonomie des époux et les accords conclus entre eux. La justice consensuelle est dès lors privilégiée.

Ce sont notamment ces arguments de responsabilisation des époux, de liberté individuelle, ainsi que d'autres arguments plus organisationnels et économiques qui ont mené à la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel. Dorénavant, les époux n'ont donc plus besoin de l'aval du juge pour pouvoir divorcer. Comme le soulignait Monsieur Fulchiron, la déjudiciarisation du divorce est « révolutionnaire »²⁷⁹.

Mais en réalité, la déjudiciarisation s'apparentait à un serpent de mer. Elle avait été proposée plusieurs fois précédemment et avait toujours été repoussée avant d'être finalement adoptée définitivement avec la loi de 2016.

Si une intervention plus discrète du juge aurait pu être envisagée, son éviction du divorce par consentement mutuel n'est pas justifiée. Ainsi, les arguments avancés en faveur de la déjudiciarisation du divorce sont pour la plupart illégitimes. De plus, le juge est irremplaçable par un contrat, car il apporte une sécurité juridique inégalable. Bien que son intervention ne soit pas toujours visible, il est en réalité un véritable garde-fou de la procédure de divorce.

Se passer du juge dans le divorce se révèle finalement contreproductif, et le juge pourrait être amené à jouer un rôle dans l'après-divorce. Il y a là un certain paradoxe, la société souhaitant se passer du juge pour divorcer mais le faire revenir en cas de difficultés. De plus, la fragilité du nouveau divorce se manifeste par les difficultés liées à la circulation et à la reconnaissance de sa convention dans les autres pays.

²⁷⁹ FULCHIRON (H.), « Divorcer sans juge. A propos de la loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G* 2016, n°48, pp. 2182-2185.

A notre sens, les propos de Madame Dekeuwer-Défossez en 2016 avant l'adoption définitive de la loi résument parfaitement le choix contestable de la déjudiciarisation du divorce : « *Le souci de désengorger la justice ne justifie pas n'importe quel abandon. Le fait qu'elle ne fonctionne pas de manière optimale n'est en aucune manière une raison suffisante pour supprimer son intervention, mais justifierait plutôt qu'on lui donne les moyens d'un bon fonctionnement. Si le divorce contractuel doit être adopté, ce ne peut pas être parce que les juges sont lassés des divorces ou ne parviennent pas à faire face au nombre de dossiers, mais parce qu'il serait possible d'organiser une séparation consensuelle présentant les mêmes garanties que l'actuel divorce par consentement mutuel judiciaire* »²⁸⁰.

La Commission Guinchard qui s'était tenue en 2008 avait elle aussi envisagé la déjudiciarisation du divorce mais s'était prononcée contre, lui préférant une procédure allégée qui aurait probablement permis de répondre aux nombreuses critiques ayant finalement entraîné la déjudiciarisation du divorce, ce qui est selon nous regrettable.

Avec la déjudiciarisation du divorce, la tendance de privatisation du droit de la famille et de rapprochement des formes de conjugalité s'est accentuée. Les trois formes de conjugalité que sont le mariage, le PACS et le concubinage se ressemblent ainsi de plus en plus, le mariage n'étant plus l'institution qu'elle était auparavant.

²⁸⁰ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Un divorce sans juge ? », RLDC 2016, n°139.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

BATTEUR (A.), *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 9^e éd., Paris : LGDJ, 2017, 528 p., ISBN : 978-2-275-04917-5.

BEIGNER (B.) et BINET (J.-R.), *Droit des personnes et de la famille*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2017, 624 p., ISBN : 978-2-275-04962-5.

BENABENT (A.), *Droit de la famille*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2014, 546 p., ISBN : 978-2-275-04155-1.

BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil. Introductions, Biens, Personnes, Famille*, 20^e éd., Paris : Sirey, 2018, 1244 p., ISBN : 978-2-247-16879-8.

CARBONNIER (J.) (dir.), *Droit civil. Les personnes, la famille, les enfants, le couple*, t.1, 2^e éd., Paris : PUF, 2017, 2574 p., ISBN : 978-2-13-078638-2.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris : LGDJ, 2013, 496 p., ISBN : 978-2-275-04201-5.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris : PUF, 2018, 1152 p., ISBN : 978-2130652052.

CORNU (G.), *Droit civil. La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2006, 656 p., ISBN : 978-2-7076-1506-0.

COURBE (P.) et GOUTTENOIRE (A.), *Droit de la famille*, 7^e éd., Paris : Sirey, 2017, 586 p., ISBN : 978-2-247-16268-0.

EGEA (V.), *Droit de la famille*, Paris : LexisNexis, 2016, 643 p., 978-2-7110-2063-8.

GARRIGUE (J.), *Droit de la famille*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2018, 786 p., ISBN : 978-2-247-16876-7.

GHESTIN (J.), HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.), *Traité de droit civil. La famille, dissolution de la famille*, t. 2, Paris : LGDJ, 1991, 556 p., ISBN : 978-2-275-00665-9.

HILT (P.) et SIMLER (C.), *Droit de la famille*, Paris : Ellipses, 2017, 312 p., ISBN : 978-2-340-02389-5.

MALAUURIE (P.) et FULCHIRON (H.), *Droit de la famille*, 6^e éd., Paris : LGDJ, 2018, 876 p., ISBN : 978-2-275-04263-3

MURAT (P.) (dir.), *Droit de la famille*, 7^e éd., Paris : Dalloz, 2016, 2130 p., ISBN : 978-2-247-15277-3.

ROBERT (P.), REY-DEBOVE (J.) et REY (A.), *Le Petit Robert de la langue française*, Paris : Le Robert, 2015, 2837 p., ISBN : 978-2321004660.

TERRE (F.), GOLDIE-GENICON (C.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil. La famille*, 9^e éd., Paris : Dalloz, 2018, 1270 p., ISBN : 978-2247161041.

II. Ouvrages spéciaux

A. Monographies

BATTEUR (A.), DOUET (F.), MAUGER-VIELPEAU (L.) *et al.*, *Le guide des divorces*, 2^e éd, Paris : Dalloz, 2007, 700 p., ISBN : 978-2247075874.

CLAUX (P.-J.) et DAVID (P.) *et al.*, *Droit et pratique du divorce*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2017, 1284 p., ISBN : 978-2-247-17170-5.

DASTE (A.), *Divorce. Séparations de corps et de faits 2013/2014*, 22^e éd., Paris : Delmas éditions, 2013, 456 p., ISBN : 978-2-247-11495-5.

LABBEE (X.), *Le droit commun du couple*, 2^e éd., Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2012, 248 p., ISBN : 978-2-7574-0337-2.

LIENHARD (C.), *Le rôle du juge aux affaires matrimoniales*, Paris : Economica, 1986, 358 p., ISBN : 978-2717810295.

B. Thèses

EGEA (V.), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, thèse de doctorat, Aix-Marseille, 2010.

FAUTRE-ROBIN (A.), *Le juge et l'évolution contemporaine du droit de la famille*, thèse de doctorat, Dijon, 2012.

JEAMMIN-PETIT (E.), *La mission de conciliation du juge (Réflexion sur l'office du juge)*, thèse de doctorat, Nantes, 2006.

PESSELET (V.), *L'intervention du juge dans les conflits familiaux*, thèse de doctorat, Montpellier, 1999.

III. Articles

AGRESTI (J.-P.), « Que reste-t-il du divorce sans juge de 1792 ? », *Dr. fam.* 2017, n°1, pp. 10-11.

AMRANI-MEKKI (S.), « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 2008, n°157.

AUFIERE (P.), HOUSTY (F.) et SCHELLINO (E.), « La médiation par consentement mutuel et le divorce privé », *AJ fam.* 2017, n°1, pp. 49-54.

BAILLON-WIRTZ (N.), « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », *JCP G* 2016, n°23, pp.1114-1116.

BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, pp. 42-79.

BARTHELEMY (R.), « Divorce sans juge : interrogeons nos pratiques ! », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, pp. 15-16.

BEIGNIER (B.) :

- « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Dr. fam.* 2008, n°4, pp. 9-12.
- « Qui prononce le divorce sans juge ? Qui marie ? Du droit civil au droit privé de la famille », *Dr. fam.* 2017, n°4, pp. 1-2.

BERNARD-XEMARD (C.), « La Justice du XXI^e siècle pour les personnes et la famille : une justice sans juge ? », *RLDC* 2017, n°145.

BERNARD (Y.) :

- « Le rôle de la volonté des époux », *Dr. fam.* 2015, n°4, pp. 34-35.
- « Brèves observations sur les expériences étrangères de divorce sans juge », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, pp. 10-11.

BINET (J.-R.), « Le divorce par consentement mutuel sans juge : propos liminaires », *Dr. fam.* 2017, n°1, pp. 12-13.

BOICHE (A.), « Divorce 229-1 : aspect de droit international privé et européen, La France, nouveau Las Vegas du divorce ? », *AJ fam.* 2017, n°1, pp. 57-60.

BONNET (G.), « Divorce sans juge, le point de vue du notaire », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, p. 14.

BOULANGER (D.), « Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité : faut-il s'inquiéter ? », *JCP N* 2017, n°8, 263, pp. 12-15.

BRENNER (C.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », *JCP G* 2017, n°9, pp. 342-345.

BRUNETTI-PONS (C.), « Un divorce « sans juge » pour un droit « dérégulé » », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, pp. 16-19.

CADIOU (M.), « Une passerelle à l'endroit... une passerelle à l'envers », *AJ fam.* 2017, n°1, pp. 45-46.

CARBONNIER (J.), « La question du divorce », *D.* 1975, pp. 115-122.

CARDIA-VONECHE (L.), LIZIARD (S.) et BASTARD (B.), « Juge dominant ou juge démuni ? La redéfinition du rôle du juge en matière de divorce », *Dr. et sociétés* 1996, n°33, pp. 277-298.

CASADO (A.-L.) et HAMOU (S.), « Les aspects pratiques de la tentative de conciliation dans la procédure de divorce », *Gaz. Pal.* 2018, n°8, pp. 19-21.

CASEY (J.) :

- « Liquidation et pouvoirs du JAF : une circulaire discrète mais ferme ! », *Gaz. Pal.* 2010, n°254, pp. 2637-2640.
- « Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur », *AJ fam.* 2017, n°1, pp. 14-26.

CATHELINÉAU-ROULAUD (A.), « Le nouveau divorce sans juge », *LPA* 2017, n°250, pp. 10-15.

CHAMPENOIS (G.), « Vincent EGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille* », *RTD civ.* 2011, n°4, pp. 826-829.

CHAUVIN (P.) et COUZIGOU-SUHAS (N.), « Nouveaux outils liquidatifs du juge aux affaires familiales et rôle du notaire », *Defrénois* 2015, n°24, pp. 1283-1290.

CHENEDE (F.) :

- « Divorce et contrat. A la croisée des réformes », *AJ fam.* 2017, n°1, pp. 26-29.
- « Le divorce sans juge : contrat à terme et rétractation », *AJ fam.* 2017, n°2, p.87.

CHOUBRAC (N.), « Opacité et dangers du divorce par consentement mutuel. Les difficultés rencontrées par le juge », *AJ fam* 2009, n°10, pp. 387-388.

COUZIGOU-SUHAS (N.), « Réflexions pratiques sur le divorce sans juge », *Defrénois* 2017, n°2, pp. 131-139.

CRESP (M.), « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? », *AJ fam.* 2014, n°2, pp. 107-113.

DEVERS (A.) :

- « Le divorce sans juge en droit international privé », *Dr. fam.* 2017, n°1, pp. 21-24.
- « Inapplicabilité du règlement Rome III aux divorces privés », *Dr. fam.* 2018, n°4, pp. 53-55.

DEVERS (A.) et FARGE (M.), « Le nouveau droit international privé du divorce. A propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *Dr. fam.* 2012, n°6, pp. 7-16.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n°139.

DOUVILLE (T.), « Les pouvoirs du juge du divorce en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux après l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *Gaz. Pal.* 2015, n°323, pp. 3491-3494.

DURAND (D.), « Pouvoirs liquidatifs du juge du divorce après l'ordonnance du 15 octobre », *AJ fam.* 2017, n°9, pp. 440-443.

EGEA (V.), « Déjudiciarisation du divorce : brèves observations relatives à l'acte d'avocat », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, pp. 20-22.

ESKENAZI (D.), BROWN (C.) et D. MORLEY (J.), « Nouveau divorce par consentement mutuel : reconnaissance et risques de contentieux post-divorce dans les pays de Common law », *AJ fam.* 2017, n°6, pp. 347-350.

EUDIER (F.), « Office du juge et réparations pécuniaires dans le cadre d'un divorce », *D.* 1998, n°29, pp. 395-397.

FAUTRE-ROBIN (A.) :

- « Les fonctions prioritaires du juge aux affaires familiales », *Gaz. Pal.* 2016, n°32, pp. 2510-2513.
- « Le divorce sans juge : regards croisés sur une réforme controversée », *RJPF* 2017, n°1, pp. 8-13.

FENOUILLET (D.), « Le divorce sans juge », *D.* 2016, p. 1424.

FERRE-ANDRE (S.) :

- « Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 novembre 2016 », *Defrénois* 2017, n°2, pp. 125-130.
- « Un an de divorce sans juge : *vade-mecum* controversé d'un processus de divorcialité contractualisé », *AJ fam.* 2018, n°2, pp. 81-85.

FRICERO (N.) et DYMARSKI (F.), « Le nouveau divorce extrajudiciaire par consentement mutuel », *Dr. fam.* 2017, n°1, pp. 14-16.

FULCHIRON (H.) :

- « Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce notarial) », *D.* 2008, pp. 365-370.
- « Divorcer sans juge. A propos de la loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G* 2016, n°48, pp. 2182-2185.
- « L'enfant dans le divorce sans juge », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, pp. 24-25.
- « « L'après divorce sans juge » : remise en cause et modification de la convention passée par les époux », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, pp. 26-28.

- « Le divorce par acte sous signature privée contresigné par avocat et enregistré par notaire », *Defrénois* 2017, n°10, pp. 613-625.
- « Le divorce sans juge c'est maintenant. Et après ? », *Dr. fam.* 2017, n°1, pp. 17-20.

GAUTIER (J.), « Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *LPA* 2016, n°232, pp. 7-10.

GEBLER (L.), « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2009, n°6, pp. 256-257.

GILSON-MAES (A.), « Examen de la réforme des pouvoirs du juge en matière de divorce : entre petits succès et grandes désillusions », *RJPF* 2016, n°3, pp. 8-13.

GRIMALDI (M.), « L'exit du juge dans le nouveau divorce », *Defrénois* 2017, n°2, p. 105.

GROSLIERE (J.-C.), « Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce) », *D.* 1976, pp. 73-80.

GUIGUET-SCHIELE (Q.) et BABY (W.), « Les interrogations subsistant sur les pouvoirs liquidatifs du juge du divorce », *Gaz. Pal.* 2016, n°44, pp. 3605-3609.

HAUSER (J.), « Le JAF et la juridiction impartiale », *RTD civ.* 2007, n°1, p. 96.

HAYAT (J.-M.), « Le point de vue d'un chef de juridiction » in « Le rapport Delmas-Goyon sur le juge du 21^e siècle », *Gaz. Pal.* 2014, n°70, pp. 1306-1308.

HEBRARD (S.), « Le point de vue d'un juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2016, n°6, pp. 302-304.

HEURTAUX (M.-H.), « Le juge aux affaires familiales depuis la loi du 8 janvier 1993 », *Gaz. Pal.* 1995, n°1, pp. 529-531.

HERMAN (H.), « Présentation du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire issu de la loi J21 », *Gaz. Pal.* 2017, n°5, pp. 658-661.

HILT (P.), « L'incontournable droit au divorce », *LPA* 2017, n°260, pp. 9-18.

JUSTON (M.) :

- « Le juge aux affaires familiales, garant de la liberté et de l'altérité », *Gaz. Pal.* 2009, n°106, pp. 1130-1133.
- « Le juge aux affaires familiales du XXI^e siècle », *Gaz. Pal.* 2013, n°250, pp. 2872-2876.
- « L'avis d'un magistrat de terrain sur la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel », *Gaz. Pal.* 2014, n°74, pp. 806-807.
- « Le divorce par consentement mutuel sans juge : une opération sans chirurgien », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, pp. 11-13.

LALOUBERE (M.), « L'organisation et la gestion du contentieux familial au sein d'un tribunal de grande instance », *AJ fam.* 2005, n°12, pp. 443-445.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.) :

- « Le juge aux affaires familiales », *D.* 1994, pp. 141-164.
- « Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales : cadrage ou verrouillage ? », *Dr. fam.* 2011, n°1, pp. 22-26.

LECLERCQ (V.), « La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004 », *Dr. fam.* 2004, n°10, pp. 12-14.

LIENHARD (C.) :

- « Besoin et nécessité d'un juge », *Gaz. Pal.* 2014, n°91, pp. 1388-1389.
- « Le nouveau divorce par consentement mutuel : une révolution culturelle », *D.* 2017, pp. 307-314.

MAILLARD (C.), « La réforme sur le juge aux affaires familiales. Loi du 8 janvier 1993 », *LPA* 1994, n°51, pp. 15-18.

MALLEVAEY (B.), « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *LPA* 2017, n°129, pp. 6-17.

MAUCLAIR (S.), « Un juge du divorce sinon rien », *RJPF* 2014, n°3, pp. 47-49.

MEKKI (M.), « Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai... », *Gaz. Pal.* 2017, n°12, pp. 883-893.

MERCADAL (B.), « La légitimité du juge », *RID comp.* 2002, pp. 277-291.

MULON (E.) :

- « Le nouvel article 267 du Code civil : une extension bienvenue des pouvoirs du juge du divorce en matière liquidative », *Gaz. Pal.*, 2016, n°1, pp. 51-54.
- « Précisions apportées aux pouvoirs du juge du divorce en matière de liquidation : les nouveaux articles 1108 et 1116 du Code de procédure civile », *Gaz. Pal.* 2016, n°15, pp. 699-701.

MULON (E.) et CASEY (J.), « Pauvres JAF ! », *Gaz. Pal.* 2010, n°254, pp. 2-16.

NIBOYET (M.-L.), REIN-LESCASTEREYRES (I.), « La CJUE remet en question le traitement du divorce déjudiciarisé en droit international privé de l'Union européenne », *Gaz. Pal.* 2018, n°14, pp. 44-47.

NOURISSAT (C.), BOICHE (A.), ESKENAZI (D.) *et al.*, « Divorce par consentement mutuel : plainte contre la France ! », *AJ fam.* 2017, n°5, p. 266.

PARCHEMINAL (H.) :

- « Le juge aux affaires familiales. Nouveau juge des conflits familiaux (L. n°93-22, 8 janvier 1993) », *JCP G* 1994.
- « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant », *RDSS* 1994, n°2, pp. 201-220.

PERMINGEAT (J.-M.), « Les compétences ponctuellement concurrentes juge des enfants et du juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2013, n°5, pp. 280-282.

PEROZ (H.), « Règlement Rome III. Le choix de la loi applicable au divorce international. Nouvelle perspective pour les praticiens », *JCP G* 2012, n°25, pp. 1202-1203.

PICARD (J.), « Anticipation et renforcement des pouvoirs liquidatifs du juge dans le divorce : précisions sur le nouvel article 267 du Code civil », *LPA* 2016, n°112, pp. 6-11.

POIVEY-LECLERCQ (H.), « Un nouveau juge délégué aux affaires familiales », *AJ fam.* 2008, n°9, pp. 321-323.

RASCHEL (L.), « Les métamorphoses de l'office du juge » in Actes de colloques « Les métamorphoses de la procédure civile », *Gaz. Pal.* 2014, pp. 2602-2606.

SALVAGE-GEREST (P.), « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », *Dr. fam.* 2003, n°4, pp. 8-14.

THIERRY (J.), « Le maire, juge du divorce : c'est Montesquieu qu'on assassine », *D.* 1998, p. 166.

THOURET (S.) :

- « Réforme du droit de la famille : le juge du divorce et la liquidation », *AJ fam.* 2015, n°11, pp. 598-599.
- « Résolution amiable des différends : entrée dans une nouvelle ère ! », *AJ fam.* 2015, n°4, pp. 212-213.
- « Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge », *AJ fam.* 2016, n°12, pp. 568-571.
- « Quelles voies de recours dans le nouveau divorce par consentement mutuel ? », *Dr. fam.* n°7-8, 2016, pp. 22-23.
- « L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge ! », *AJ fam.* 2017, n°1, pp. 42-45.

VINCENDEAU (B.), « La vaine contestation de la prépondérance de l'avocat dans les procédures de divorce », *LPA* 2018, n°55, pp. 6-9.

VIGANOTTI (E.), « Divorce sans juge et droit international privé : réflexions d'un avocat français », *Gaz. Pal.* 2017, n°4, pp. 106-108.

WEISS-GOUT (B.) et MULON (E.), « Le consentement mutuel par acte d'avocats : un défi à relever », *Gaz. Pal.* 2016, n°26, pp. 2048-2049.

WEISS-GOUT (B.), TRAVADE-LANNOY (S.), LIENHARD (C.) et DAVID (S.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *Gaz. Pal.* 2017, hors-série n°2, pp. 1347-1363.

ZEROUKI (D.), « Impartialité et exercice successif de fonctions, le cas du juge du divorce », *Dr. fam.* 2002, n°11, pp. 9-13.

IV. Rapports et documents officiels

Rapports :

Rapp. COULON (J.-M.), *Réflexions et proposition sur la procédure civile*, 1997.

Rapp. THERY (I.), *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, 1998.

Rapp. DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille*, 2000.

Rapp. GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, 2008.

Rapp. DELMAS-GOYON (P.), *Le juge du XXI^e siècle*, 2013.

Sénat, compte rendus de la Commission des lois, 8 juin 2016 : « Modernisation de la Justice du XXI^e siècle – Auditions sur le divorce « conventionnel » par consentement mutuel » ; <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20160606/lois.html#toc4> [consulté le 06/05/2018].

Note de synthèse du Sénat sur le divorce par consentement mutuel et ses enjeux notamment en étudiant les législations étrangères, <https://www.senat.fr/lc/lc36/lc360.html> [consulté le 05/04/2018].

Règlements :

Règlement (CE) n° 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs.

Règlement (CE) n°2201/2003 du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière patrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

Règlement (CE) n°4/2009 du 18 décembre 2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

Règl. (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

Règl. (UE) 2016/1103 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

Lois :

L. n°14-485 du 27 juillet 1884 dite Loi Naquet, qui rétablit le divorce.

L. n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

L. n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

L. n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité

L. n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

L. n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

L. n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

L. n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

L. n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

Ordonnances :

Ord. n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

Décrets :

Décr. n°2009-398 du 10 avril 2009 relatif à la communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles.

Décr. n°2016-185 du 23 février 2016 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

Décr. n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale.

Circulaires :

Circ. n° CIV/10/10 du 16 juin 2010 ayant pour objet la présentation de l'article 14 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 et du décret n°2009-1591 du 17 décembre 2009.

Circ. n° CIV/02/17 du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession.

Arrêtés :

Arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire.

V. Jurisprudence

Conseil constitutionnel :

Cons. const., 29 juill. 2016, QPC, n° 2016-557.

Cons. const., 17 nov. 2016, n°2016-739.

Cour de Justice de l'union européenne :

CJUE, 29 nov. 2007, n° C-68/07, Kerstin Sundelind Lopez c/ Miguel Enrique Lopez Lizazo.

CJUE, 20 déc. 2017, n°C-372/16, Soha Sahyouni c/ Raja Mamisch,.

Cour européenne des droits de l'homme :

CEDH, 22 nov. 2016, n°1955/10, BABIARTZ c/ Pologne.

CEDH, 10 janv. 2017, n°8923/12, PIOTROWSKI c/ Pologne.

Cour de cassation :

Civ. 2^e, 11 févr. 1976, *Bull. civ. II*, n°47.

Civ. 2^e, 18 juin 1986, *Bull. civ. II*, n°96.

Civ. 2^e, 21 avr. 1988, *Bull. civ. II*, n°56.

Civ. 2^e, 16 janv. 1991, *Bull. civ.* II, n°17.
Civ. 2^e, 21 juill. 1992, *Bull. civ.* II, n°223.
Civ. 2^e, 19 janv. 1994, *Bull. civ.* II, n°32.
Civ. 2^e, 8 févr. 1995, *Bull. civ.* II, n°44.
Civ. 2^e, 22 nov. 1995, *Bull. civ.* II, n°288.
Civ. 2^e, 12 juin 1996, *Bull. civ.* II, n°150.
Civ. 2^e, 11 févr. 1998, *Bull. civ.* II, n°50.
Civ. 1^{re}, 14 mars 2006, *Bull. civ.* I, n°161.
Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, n°07-20.247.
Civ. 1^{re}, 28 mai 2015, *Bull. civ.* 2015, n°5, I, n°118.
Civ. 1^{re}, 16 déc. 2015, *Bull. civ.* 2016, n° 841, I, n° 612.
Civ. 1^{re}, 22 sept. 2016, n° 15-21.176.

Table des matières

REMERCIEMENTS	3
SOMMAIRE	4
TABLE DES ABREVIATIONS	5
INTRODUCTION.....	7
Section 1 – Le droit de divorcer.....	10
§ 1. Les différentes conceptions du divorce	10
§ 2. La reconnaissance du droit de divorcer	12
Section 2 – L'évolution historique du juge et du divorce en droit français	13
§ 1. L'évolution historique du droit du divorce.....	13
§ 2. L'évolution historique du juge dans le divorce	21
Section 3 – Le droit du divorce aujourd'hui	24
§ 1. Le divorce et le juge dans les systèmes juridiques étrangers	24
§ 2. Le droit français du divorce aujourd'hui	26
PREMIERE PARTIE – LE ROLE DU JUGE DANS LES DIFFERENTES PROCEDURES DE DIVORCE.....	29
Chapitre 1 – Le juge du divorce : un juge spécialisé aux nombreuses prérogatives.....	30
Section 1 – La compétence du juge aux affaires familiales en matière de divorce	30
§ 1. La compétence de principe du juge aux affaires familiales.....	30
A. Le juge aux affaires familiales comme juge du divorce	30
B. Les caractéristiques de la juridiction.....	32
§ 2. Les limites à la compétence du juge aux affaires familiales.....	34
A. Les exceptions d'incompétence	34
B. Les compétences concurrentes.....	35
Section 2 – Les prérogatives du juge du divorce.....	39
§ 1. Des prérogatives diversifiées	39

A.	Avant le prononcé du divorce	39
B.	L'instance du divorce et l'après-divorce.....	42
§ 2.	Des prérogatives renforcées en matière de liquidation	46
A.	Un renforcement des pouvoirs du juge	46
B.	Des interrogations subsistantes	50
Chapitre 2 –	Le juge du divorce : un juge aux rôles multiples	52
Section 1 –	La diversité de l'intervention judiciaire	52
§ 1.	L'hétérogénéité des pouvoirs du juge	52
A.	Des pouvoirs étendus	52
B.	Des pouvoirs limités	55
§ 2.	Le juge face à la volonté des parties	57
A.	Le contrôle du juge	57
B.	L'homologation du juge.....	58
Section 2 –	Les mutations du rôle du juge.....	60
§ 1.	L'évolution des missions prioritaires du juge	60
A.	Des missions prioritaires traditionnelles	60
B.	Des missions prioritaires contemporaines	61
§ 2.	La recherche d'une justice consensuelle.....	63
A.	La conciliation et la médiation.....	64
B.	Le partage du pouvoir décisionnel	65
SECONDE PARTIE – LES PROBLEMES POSES PAR LA DEJUDICIARISATION DU		
DIVORCE.....		68
Chapitre 1 –	Le choix contestable de la déjudiciarisation du divorce.....	70
Section 1 –	La remise en question de l'opportunité de la déjudiciarisation	70
§ 1.	Les objectifs de la déjudiciarisation.....	71
A.	Les arguments en faveur de la déjudiciarisation.....	71
B.	Le contexte de privatisation du droit de la famille	72
§ 2.	Les limites des arguments avancés en faveur de la déjudiciarisation	74
A.	La non-effectivité des arguments en faveur de la déjudiciarisation	74
B.	Le changement de perception du divorce	76
Section 2 :	L'apport du juge dans le divorce par consentement mutuel auparavant	77
§ 1.	Le véritable contrôle du juge	77

A. Le réel contrôle judiciaire	78
B. Le faible contrôle du notaire	79
§ 2. L'effet prophylactique de l'intervention du juge	82
A. Le rôle symbolique du juge.....	82
B. La protection de l'intérêt de l'enfant	83
Chapitre 2 – Les risques liés à la déjudiciarisation du divorce	86
Section 1 – Un divorce fragilisé	87
§ 1. La fragilité de la convention de divorce	87
A. L'insécurité juridique de la nouvelle convention.....	87
B. Le potentiel retour du juge dans l'après-divorce	88
§ 2. La remise en cause de la convention de divorce	90
A. La modification de la convention	90
B. La contestation de la convention.....	91
Section 2 – Des risques liés au droit européen et au droit international privé	94
§ 1. Les dispositions du divorce face aux règles européennes	94
A. Les règles fixées par le législateur	94
B. Les règles européennes	95
§ 2. Les difficultés européennes et internationales liées au nouveau divorce	98
A. La non-applicabilité des règlements européens	98
B. La reconnaissance et l'exécution du divorce	100
CONCLUSION	103
BIBLIOGRAPHIE	105
TABLE DES MATIERES	117