

**MEMOIRE DE MASTER 2 RECHERCHE
MENTION « DROIT PRIVE FONDAMENTAL »**

L'intérêt de l'enfant
dans le divorce conventionnel

présenté par

Madame Julie MARTIN

sous la direction de
Monsieur le Professeur Damien SADI, Maître de conférences à
l'Université Paris Sud

année universitaire 2018-2019 – session de juin

**MEMOIRE DE MASTER 2 RECHERCHE
MENTION « DROIT PRIVE FONDAMENTAL »**

L'intérêt de l'enfant
dans le divorce conventionnel

présenté par

Madame Julie MARTIN

sous la direction de
Monsieur le Professeur Damien SADI, Maître de conférences à
l'Université Paris Sud

année universitaire 2018-2019 – session de juin

Remerciements

Je tiens tout particulièrement à remercier Monsieur le Professeur Damien Sadi pour sa disponibilité, sa bienveillance et ses précieux conseils tout au long de l'élaboration de ce mémoire.

« L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Celles-ci doivent être considérées comme propres à l'auteur ».

Table des matières

Tables des abréviations.....	5
INTRODUCTION.....	6
I) L'INTÉRÊT DE L'ENFANT IGNORÉ PAR LE NOUVEAU DROIT COMMUN DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.....	10
A) L'absence d'intervention du juge au détriment de l'intérêt de l'enfant.....	10
1) La protection des enfants dynamisée par l'intérêt supérieur de l'enfant : une notion aux contours incertains.....	10
a) Qu'est ce que l'intérêt de l'enfant ?	10
b) La mission du juge de « garant traditionnel de l'intérêt de l'enfant » remise en cause par l'apparition du divorce par consentement mutuel conventionnel.....	13
2) La protection juridique des enfants malmenée par le divorce par consentement mutuel conventionnel	17
a) La constitutionnalité discutable du dispositif légal au regard de l'intérêt de l'enfant.....	17
b) L'insuffisante protection des enfants par les avocats et notaires.....	19
B) L'intérêt de l'enfant abandonné aux mains de ses parents	23
1) L'intérêt des enfants réduit à l'intérêt des parents.....	23
a) Inégalités entre enfants résultant du statut et du choix des parents.....	24
b) Le couple, unique décisionnaire.....	25
2) Les risques inhérents à la dévolution de l'intérêt de l'enfant aux parents.....	27
II) L'INTÉRÊT DE L'ENFANT FRAGILISÉ PAR LA POSSIBLE JUDICIARISATION DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.....	29
A) Les modalités de la demande d'audition : une protection insuffisante.....	29
1) Une protection instaurée dans un but unique de conformité des engagements internationaux de la France.....	29
a) L'obligation de conformité aux engagements internationaux de la France	30
b) L'incertitude quant à la conventionnalité du dispositif légal	31
2) Les difficultés inhérentes à la demande d'audition : le risque d'absence d'information.....	35
B) Les effets de la demande d'audition : une protection inadaptée.....	38
1) L'enfant « arbitre du divorce de ses parents ».....	38
a) La procédure à suivre	38
b) La lourde responsabilité pesant sur l'enfant.....	39
2) Une demande d'audition soumise à l'acceptation du juge	42
a) Le refus discutable de la demande d'audition	42
b) L'acceptation risquée de l'audition de l'enfant mineur	44
CONCLUSION	46
BIBLIOGRAPHIE.....	47

Tables des abréviations

AJ famille	Actualité juridique Famille
al.	Alinéa
Art.	Article
C. civ.	Code civil
coll.	Collection
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
CPC	Code de procédure civile
D.	Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Dir.	Sous la direction scientifique de
Doc.fr.	La documentation française
Dr. Fam	Droit de la famille
éd.	Edition
Gaz. Pal.	Gazette du palais
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
infra.	Ci-dessous
JCP G	Juris-classeur périodique, édition générale
JO	Journal officiel
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro
<i>op.cit.</i>	<i>Opere citato</i> , cité précédemment
p.	Page
pt.	Point
PUF	Presses universitaires de France
RDC	Revue trimestrielle de droit civil
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RLDC	Revue Lamy droit civil
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivant
supra.	Ci-dessus
t.	Tome
v.	Voir

INTRODUCTION

1. La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹ a provoqué une « véritable révolution »² et consacré un « changement de culture juridique profond »³ du droit de la famille, en ce qu'elle a introduit dans le Code civil un divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, qui est un divorce conventionnel, sans juge.

2. D'après le professeur Nathalie Couzigou-Suhas, les deux mots les plus caractéristiques de ce nouveau divorce par consentement mutuel conventionnel, figurant aujourd'hui à l'article 229-1 du Code civil, sont « rapidité et contractualisation »⁴. Ces derniers reflètent notre société actuelle, et le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, intervenu suite à une évolution importante du divorce, fait entièrement partie de ce mouvement⁵.

La loi du 11 juillet 1975 avait réintroduit dans le droit français le divorce par consentement mutuel et imposait alors deux passages devant le juge, appelé auparavant juge aux affaires matrimoniales. Ce dernier ne se prononçait qu'après un délai de trois mois afin que les époux prennent conscience de la « gravité de leur choix »⁶. De même, les époux devaient attendre un délai de six mois suite à la célébration de leur mariage pour pouvoir déposer une requête en divorce par consentement mutuel.

Le deuxième passage devant le juge a été supprimé par la loi du 26 mai 2004, tout comme le délai de six mois de mariage pour déposer une requête.

Par la suite, le divorce sans juge a été envisagé mais écarté par la commission Guinchard de 2008⁷. Il figurait également au rang des propositions formulées en 2013 auprès de la garde des Sceaux par le groupe de travail sur « Le juge du XXI^e siècle »⁸.

¹ L. n°2016-1547, JO n°0269, 18 novembre 2016

² LIENHARD (Claude), « Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une révolution culturelle », *D.* 2017, p.307.

³ *Ibid.*

⁴ COUZIGOU-SUHAS (Nathalie), « Réflexions pratiques sur le divorce sans juge », *Deffrénois* 2017, n°02, p.131.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ GUINCHARD (Serge), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *Doc.fr.*, Collection des rapports officiels, Août 2008, spéc. p. 87-119.

⁸ DELMAS-GOYON (Pierre), « Le juge du XXI^e siècle – Un citoyen acteur, une équipe de justice », rapport à la garde des Sceaux, ministre de la Justice, décembre 2013.

C'est finalement la loi du 18 novembre 2016, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017, qui constitue l'aboutissement de cette évolution, et vient supprimer l'homologation judiciaire dans le divorce par consentement mutuel. Ce divorce conventionnel est intervenu afin de répondre à un triple objectif de simplification de la procédure, célérité du divorce par consentement mutuel et désencombrement des tribunaux.

3. L'article 229 du Code civil, énumérant les causes de divorce, se trouve donc désormais enrichi d'une phrase liminaire qui dispose « Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ». Le divorce par consentement mutuel se divise donc en un paragraphe consacré à la nouvelle procédure « Du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire »⁹ et l'ancien divorce par consentement mutuel devient un paragraphe second « Du divorce par consentement mutuel judiciaire »¹⁰, réservé aux cas où l'enfant demande à être entendu par le juge. Les époux qui souhaitent divorcer par consentement mutuel, c'est à dire lorsqu'ils « s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets »¹¹, n'ont aujourd'hui pas d'autre possibilité que de recourir à cette nouvelle procédure de divorce conventionnel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, même en présence d'enfants mineurs.

4. Cependant, la liberté contractuelle n'a pas été poussée jusqu'au bout puisque la loi prévoit que la procédure deviendra nécessairement judiciaire dans deux cas : s'il y a des époux majeurs protégés¹² ; ou si un enfant mineur demande à être auditionné par le juge¹³. En d'autres termes, l'homologation judiciaire continuera donc de s'appliquer dans le cas où l'un des enfants mineurs du couple souhaiterait être entendu par le juge et cette demande peut être faite à tout moment. La procédure qui était en vigueur pour tous les divorces par consentement mutuel avant la loi du 18 novembre 2016 s'appliquera alors, c'est à dire que les époux devront adresser au juge aux affaires familiales une requête conjointe, par laquelle ils soumettent à son approbation la convention réglant les conséquences de leur divorce¹⁴.

⁹ Art. 229-1 à 229-4 C. civ.

¹⁰ Art. 230 à 232 C. civ.

¹¹ Art. 229-1 C. civ.

¹² Art. 229-2 2° C. civ.

¹³ Art. 229-2 1° C. civ.

¹⁴ Art. 230 C. civ.

5. Les modalités procédurales du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire ont été fixées dans le Code civil par la loi du 18 novembre 2016, et complétées dans le Code de procédure civile par un décret du 18 novembre 2016¹⁵. Parmi ces dispositions, les époux doivent être assistés chacun de leur propre avocat. Les avocats rédigent la convention de divorce qui doit obligatoirement contenir certaines mentions à peine de nullité, et notamment la mention selon laquelle le mineur a été informé de son droit à être entendu par le juge et ne souhaite pas faire usage de cette faculté, ou selon laquelle cette information n'a pas été délivrée à l'enfant en raison de son absence de discernement. La convention doit être signée par les époux et leurs avocats et la signature ne peut intervenir qu'après un délai de réflexion de quinze jours à compter la réception de la convention par chacun des époux. L'avocat le plus diligent doit ensuite transmettre la convention de divorce au notaire aux fins de dépôt au rang des minutes dans un délai de sept jours suivant la signature de la convention. Le dépôt enfin, doit intervenir dans un délai de quinze jours à compter de la date de la réception de celle-ci par le notaire.

6. L'absence de juge dans le divorce conventionnel a entraîné de vives critiques de la part des parlementaires qui ont déposé des dizaines d'amendements sur le projet de loi afin de demander la suppression des dispositions relatives au divorce extrajudiciaire. Par ailleurs, les avocats « ont unanimement ou presque regretté le recul de la protection judiciaire des plus faibles qu'il pourrait consacrer »¹⁶. Enfin, de nombreux auteurs, ont exprimé leur inquiétude à l'égard des dispositions mises en place et ont « massivement souligné les risques d'une précipitation, notamment au regard de l'intérêt de l'enfant »¹⁷. C'est précisément ce qui intéressera cette étude, et ne sera ici envisagée la réforme du divorce par consentement mutuel que sous l'angle de l'intérêt de l'enfant dont les parents divorcent.

7. Donné en titre à l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une « considération primordiale ». Cela signifie que c'est en fonction de cet intérêt que le juge doit statuer pour les décisions concernant l'enfant. Or, dans le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire,

¹⁵ Décret n° 2016-1907, 28 déc. 2016, relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale : JO n°0302, 29 déc. 2016.

¹⁶ DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n°139.

¹⁷ MORACCHINI-ZEIDENBERG (Stéphanie), « La contractualisation du droit de la famille », *RTD Civ.* 2016, p.773

l'intervention du juge n'est prévue qu'à la discrétion de l'enfant mineur, s'il décide d'être entendu par le juge.

8. Il conviendra donc de se demander si l'intérêt de l'enfant est pris en compte à la fois lorsqu'il n'y a pas de demande d'audition de sa part, mais également lorsqu'il souhaite être entendu par le juge.

9. Dans ces deux hypothèses l'intérêt de l'enfant est négligé : en cas d'absence d'audition, l'intérêt de l'enfant est ignoré par le nouveau droit commun du divorce par consentement mutuel (I), mais il est aussi fragilisé en cas de judiciarisation du divorce par consentement mutuel (II).

D) L'INTÉRÊT DE L'ENFANT IGNORÉ PAR LE NOUVEAU DROIT COMMUN DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

10. Il est possible d'affirmer que l'intérêt de l'enfant est ignoré par le nouveau droit commun du divorce par consentement mutuel car le juge n'intervient plus dans la procédure de divorce (A). Il est remplacé par les parents, qui doivent décider seuls du sort réservé à leur enfant, alors qu'ils traversent une période délicate pour leur couple, voire une période de crise. L'on peut alors considérer que l'intérêt de l'enfant est abandonné aux mains de ses parents (B).

A) L'absence d'intervention du juge au détriment de l'intérêt de l'enfant

11. Les enfants sont protégés juridiquement par cette notion particulière qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant, notion qui revêt des contours incertains (1). Cependant, cette protection juridique, effectuée par le biais de l'intérêt supérieur de l'enfant, est malmenée par le nouveau divorce par consentement mutuel, désormais conventionnel, c'est à dire qui se déroule sans l'intervention du juge (2).

1) La protection des enfants dynamisée par l'intérêt supérieur de l'enfant : une notion aux contours incertains

12. Il est essentiel de se demander ce qu'est l'intérêt de l'enfant afin de comprendre comment s'effectue la protection des enfants (a), pour ensuite montrer que la mission de garant de l'intérêt de l'enfant traditionnellement exercée par le juge est remise en cause par l'apparition du divorce par consentement mutuel conventionnel (b), au détriment de l'intérêt de l'enfant.

a) Qu'est ce que l'intérêt de l'enfant ?

13. L'enfant a longtemps eu, au sein de la société et de sa famille, une place limitée à celle que lui donnait son étymologie. Le terme « enfant » provient du latin *infans*, lequel signifie « qui ne parle pas ». Cette conception de l'enfant a longtemps dominé et explique la réticence historique à recueillir sa parole. Mais progressivement, le regard porté sur l'enfance a évolué au sein des sociétés occidentales, au point que l'enfant est devenu

l'élément central et fondateur de la structure familiale. L'enfant a peu à peu été considéré comme l'une des personnes les mieux placées pour apprécier son intérêt.

14. À cet égard, le doyen Carbonnier a affirmé que l'intérêt de l'enfant fait figure de « formule magique »¹⁸. En d'autres termes, cela signifie qu'il s'agit d'une notion de référence, une notion au contenu variable en fonction de l'âge de l'enfant, de son cadre de vie. C'est donc une notion dont le contenu est évolutif. Le professeur Clotilde Brunetti-Pons énonce, quant à elle, que l'intérêt de l'enfant est au moins depuis la seconde partie du XX^e siècle le « critère par excellence du droit de la famille »¹⁹. Il est possible de remarquer que le Code civil, s'y réfère très souvent que ce soit en matière d'adoption²⁰ ou encore en matière de filiation en général²¹ ou d'autorité parentale²².

15. Mais comment expliquer cette place centrale accordée à l'intérêt de l'enfant ? D'après le professeur Hugues Fulchiron, l'intérêt de l'enfant est un « concept essentiel du droit de la famille »²³ et ce, dans sa double fonction de critère de contrôle et de critère de décision. C'est en effet à la fois un critère de contrôle car le législateur a confié au juge le soin de contrôler l'exercice par les père et mère de leur autorité à l'aune de cet intérêt. Par ailleurs, c'est aussi un critère de décision en ce sens que c'est en considération de l'intérêt de l'enfant que le juge tranche ou arbitre toutes les questions relatives à la protection de l'enfant, comme par exemple lorsqu'il organise les modalités d'exercice de l'autorité parentale²⁴.

16. Déjà, avant de rentrer dans la législation, la jurisprudence lui accordait une large place dans les contentieux relatifs à la matière familiale et à la protection de l'enfance. La terminologie divergeait, les décisions se référant à « l'intérêt de l'enfant » ou encore à son « intérêt majeur », parfois même à « son plus grand avantage ». Puis, la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a, dans son article 371-1, alinéa 1^{er} du Code civil, donné expressément pour finalité à l'autorité parentale, l'intérêt de l'enfant. L'article dispose en

¹⁸ CARBONNIER (Jean), *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*. Tome II, 21^{ème} éd., PUF, 2002, p.85.

¹⁹ BRUNETTI-PONS (Clotilde), « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC*, n°87, novembre 2011.

²⁰ Art. 348-3, 350, 353, 353-1 C. civ.

²¹ Art. 311, 337 C. civ.

²² Art. 371-1, 371-4, 371-5, 373-2 C. civ.

²³ FULCHIRON (Hugues), « Etats généraux du droit de la famille – Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz.Pal.*2009, n°342, p.15.

²⁴ *Ibid.*

effet « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ».

17. Cependant, bien qu'il s'agisse d'un « concept clé du droit contemporain de la famille »²⁵, il est très discuté. Cet intérêt de l'enfant n'a pas pu être défini, ce qui a rendu ses frontières assez floues. Il est marqué à la fois par la relativité dans l'espace et dans le temps car ce concept varie en fonction de l'époque et de la société dans laquelle il évolue avec des cultures, savoirs, conceptions de l'enfant et de la famille qui sont très divers. Par ailleurs, il est également marqué par la subjectivité individuelle (celle des père et mère, du juge et de l'enfant), et collective (celle de la société et de l'image que cette dernière a de l'enfant). Ainsi, dans ce contexte d'évolution permanente, peuvent apparaître des conflits entre intérêts individuels, comme ceux de l'enfant et des parents en cas de séparation par exemple ; mais aussi entre intérêts individuels et intérêt collectif.

S'est alors posée la question de savoir quel intérêt devait primer en cas de conflit. La Cour de cassation, le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme, pour répondre à cette question, ont eu recours à l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de New York du 20 novembre 1989, qui a été ratifiée par la France et qui a une applicabilité directe en droit français. Cet article a été repris dans sa substance et élargi dans son application par l'article 24 de la Charte de Nice car ce texte érige l'intérêt supérieur de l'enfant en « considération primordiale », qui doit « l'emporter sur toute autre dans tous les actes relatifs aux enfants ». Il est donc clair que l'intérêt de l'enfant doit primer dans toute décision le concernant.

18. Aujourd'hui, dans la jurisprudence française, il n'est plus question de simple « intérêt de l'enfant » mais « d'intérêt supérieur de l'enfant », traduit de l'expression *the best interest of the child*, depuis que la Cour de cassation exerce un contrôle de conventionnalité en la matière. En effet, la Cour de cassation exerce un contrôle de droit sur la notion en ce sens que les juges du fond ne peuvent plus se contenter de viser l'intérêt supérieur de l'enfant. Ils ont désormais l'obligation de justifier leur décision au vu de cet intérêt tel que défini par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

²⁵ FULCHIRON (Hugues), « Etats généraux du droit de la famille – Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz.Pal.*2009, n°342, p.15.

19. Le caractère « supérieur » de l'intérêt de l'enfant est également à prendre en compte. Cela signifie par conséquent qu'en cas de conflits d'intérêts individuels, la volonté des père et mère ne peut prévaloir sur l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi il était évident que l'accord des parents en terme d'autorité parentale devait être soumis au contrôle judiciaire. En effet, l'intérêt de l'enfant doit être, d'après le professeur Laure Saint-Pern, « au cœur des décisions qui le concernent »²⁶.

20. Ainsi, après avoir tenté de dessiner les contours de cette notion d'intérêt supérieur de l'enfant, difficile à définir du fait de son caractère évolutif, il est indispensable de déterminer qui est le garant de cet intérêt. Cette mission appartenait traditionnellement au juge mais elle est aujourd'hui remise en cause par l'apparition du divorce par consentement mutuel conventionnel.

***b) La mission du juge de « garant traditionnel de l'intérêt de l'enfant »²⁷
remise en cause par l'apparition du divorce par consentement mutuel
conventionnel***

21. Le Doyen Carbonnier estimait, à propos de l'enfant mineur, que l'intérêt de l'enfant « coïncide avec celui de ses père et mère »²⁸. En d'autres termes, l'on présume que l'intérêt de l'enfant correspond à l'intérêt des parents. Par conséquent, suivant cette présomption, les parents sont les premiers garants de l'intérêt de l'enfant.

22. Cela semble évident lorsqu'il s'agit d'une famille unie et heureuse, mais qu'en est-il en cas de conflit ? Les parents demeurent-ils garants de l'intérêt de leur enfant ou appartient-il au juge de prendre le relais et de devenir le seul garant de cet intérêt ? Les deux solutions peuvent être envisagées.

En effet, d'un côté, il ne devrait pas appartenir au juge d'apprécier l'intérêt de l'enfant car ce dernier risquerait d'être soumis au subjectivisme du juge, ce qui n'est pas nécessairement

²⁶ SAINT-PERN (Laure), « La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans le divorce sans juge », *RJPF*, n°7-8, 2018.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, t. 1, *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p.833, n°409.

favorable à l'enfant. Le juge, ne connaissant pas l'enfant, pourrait mal apprécier l'intérêt de l'enfant.

23. Mais, d'un autre côté, comme il a été évoqué précédemment, en cas de conflits d'intérêts individuels et/ou collectifs impliquant l'enfant, d'après la Convention internationale des droits de l'enfant, l'intérêt de l'enfant doit primer. C'est le juge qui intervient alors ici pour effectuer cette pesée d'intérêts en présence. Un droit pouvant être défini comme étant un intérêt juridiquement protégé²⁹, « si l'intérêt de l'enfant est protégé, c'est aussi la protection de ses droits qui est en jeu »³⁰ et par conséquent, la place du juge devient tout à fait justifiée. Le juge peut donc être garant de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est saisi de questions le concernant.

24. Il conviendra désormais de s'attarder sur le cadre particulier du contentieux familial et du divorce.

Avant le 1^{er} janvier 2017, les époux pouvaient divorcer par consentement mutuel, mais la convention qui organisait les effets de leur désunion devait impérativement recevoir une homologation. Cette dernière était délivrée par le juge lorsqu'il constatait que l'acte préservait suffisamment les intérêts des époux et des enfants. Ainsi, le juge aux affaires familiales pouvait refuser d'homologuer les conventions lorsqu'elles comportaient des clauses qui organisaient une résidence alternée géographiquement inappropriée par exemple, ou encore qui dispensait un époux de contribuer à l'intérêt de l'enfant. Le professeur Dekeuwer-Défossez insiste sur le fait que c'était « l'une des rares choses que les JAF contrôlaient effectivement dans les conventions de divorce »³¹ et ils mettaient en garde les parents lorsque « l'organisation prévue leur semblait vraiment inopportune »³².

25. Mais en consacrant un divorce par consentement mutuel sans juge, la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle a supprimé cette homologation judiciaire. La convention de divorce contresignée par avocat prend effet grâce à son enregistrement au rang

²⁹ Von JHERING (Rudolf), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, A. Marescq, 1878, p.326.

³⁰ SAINT-PERN (Laure), « La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans le divorce sans juge », *RJPF*, n°7-8, 2018.

³¹ DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n°139.

³² *Ibid.*

des minutes par un notaire. Il existe cependant une possibilité de rétablir l'homologation judiciaire lorsque l'enfant mineur d'un des membres du couple, informé de son droit d'être entendu par un magistrat, sollicite une telle audition³³. Il appartient donc à l'enfant mineur de rétablir le caractère judiciaire.

26. Cette réforme a fait l'objet de nombreuses critiques, plusieurs auteurs objectant que le divorce sans juge « n'assurerait pas suffisamment la protection de l'intérêt des enfants mineurs »³⁴. Par exemple, le professeur Nathalie Baillon-Wirtz a affirmé que « la contractualisation du divorce ne doit pas se faire au détriment de la protection juridique des enfants. Le juge est le garant de l'intérêt des mineurs et leur sort devrait, quoi qu'il arrive, être réglé par lui »³⁵. Les auteurs sont donc perplexes et beaucoup d'entre eux estiment que la déjudiciarisation du divorce aurait dû se heurter à l'obstacle de l'homologation lorsque le couple a un enfant mineur commun. Lors de la discussion du texte, beaucoup s'étaient insurgés contre cette absence de juge dans le divorce par consentement mutuel mais les critiques n'ont pas été entendues par les députés. Le Sénat avait d'ailleurs proposé d'exclure le divorce contractuel lorsque les époux « sont ensemble les parents d'au moins un enfant mineur »³⁶. C'est cependant l'Assemblée Nationale qui a eu le dernier mot et a fait prévaloir sa position.

27. Selon le professeur Blandine Malleavey, « le fait que le divorce par consentement mutuel de droit commun ne fasse plus l'objet d'aucun contrôle par le juge est particulièrement discutable lorsque les époux ont des enfants mineurs, dans la mesure où ce magistrat apparaît traditionnellement comme étant le garant de l'intérêt de l'enfant »³⁷. Dans son article 373-2-6, le Code civil énonce que « le juge du TGI délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises (...) en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ». Ce texte confie donc au juge le soin de veiller à la protection de l'intérêt des enfants. Il a été initialement introduit par la loi du 11 juillet 1975 en matière de divorce, qui

³³ v. supra. p. 7.

³⁴ FRICERO (Nathalie) – DYMARSKI (Franck), « Le nouveau divorce extrajudiciaire par consentement mutuel », *Dr. Fam. n°1*, Janvier 2017, dossier 3.

³⁵ BAILLON-WIRTZ (Nathalie), « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », *JCP G* 2016, n° 23, 643.

³⁶ BRENNER (Claude) – COMBRET (Jacques), « Divorce par consentement mutuel déjudiciarisé. – Aspects pratiques », Fascicule 45, *Jurisclasseur Divorce*, Octobre 2018.

³⁷ MALLEAVEY (Blandine), « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *LPA*, 2017, n°129, p.6.

avait commandé au juge aux affaires matrimoniales chargé du divorce des époux de veiller à la sauvegarde des intérêts de leurs enfants mineurs, avant d'être transféré par la loi du 4 mars 2002 au sein des dispositions du Code civil relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Il est donc « tristement ironique »³⁸, de constater que dans le cadre de ce même divorce, le législateur en 2016 a retiré de la compétence du juge aux affaires familiales le soin de veiller à ce que l'intérêt de l'enfant mineur soit préservé. Cela constitue donc une « indéniable régression »³⁹ du point de vue de la protection des enfants et de son intérêt, du fait de la disparition du contrôle judiciaire de la convention de divorce.

28. Par ailleurs, le professeur Stéphanie Moracchini-Zeindenberg estime qu'il est difficile de conclure à une contractualisation parfaite en l'absence d'homologation, et surtout lorsque l'intérêt d'un tiers est concerné, et en l'occurrence, plus encore, l'intérêt d'un mineur⁴⁰.

En effet, l'homologation par le juge, selon le professeur Vincent Egéa, vise « à protéger certaines personnes dont les intérêts pourraient être lésés »⁴¹. D'autant plus que pendant la période de divorce, l'accord des parents ne va pas nécessairement dans l'intérêt de l'enfant. Ainsi, pendant cette période, le juge « reste une garantie de la protection des intérêts des enfants, et (...) la préservation des droits de l'enfant dans une procédure de divorce suppose de maintenir la compétence du juge qui apparaît comme une autorité neutre entre les parties »⁴².

29. Il est donc possible d'affirmer que la mission traditionnelle du juge de garantir l'intérêt de l'enfant a été complètement remise en cause par la réforme sur le divorce. En effet, comme l'affirme l'avocat Joël Gautier, « le législateur prive l'enfant du seul gardien de ses libertés individuelles, qui est le juge »⁴³. Clotilde Brunetti-Pons parle de « sacrifice du

³⁸ MALLEAVEY (Blandine), « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *LPA*, 2017, n°129, p.6.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ MORACCHINI-ZEIDENBERG (Stéphanie), « La contractualisation du droit de la famille », *RTD Civ.* 2016, p.773

⁴¹ EGÉA (Vincent), « La liberté contractuelle renforcée par le recul de l'homologation judiciaire ? », *Constitutions* 2017, p.97.

⁴² GUINCHARD (Serge), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *Doc.fr.*, Collection des rapports officiels, Juillet 2008.

⁴³ GAUTIER (Joël), « 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.

faible »⁴⁴ et estime que l'absence de contrôle judiciaire exclut « toute protection des intérêts de l'enfant »⁴⁵. Par conséquent, la protection juridique des enfants est considérablement affaiblie du fait de l'absence du juge, et malmenée par le nouveau divorce par consentement mutuel conventionnel.

2) La protection juridique des enfants malmenée par le divorce par consentement mutuel conventionnel

30. La protection juridique des enfants mise en place par le divorce par consentement mutuel est malmenée car d'une part la constitutionnalité du dispositif légal est discutable au regard de l'intérêt de l'enfant (a), mais également du fait de l'insuffisante protection des enfants par les avocats et notaires dans ce dispositif (b).

a) La constitutionnalité discutable du dispositif légal au regard de l'intérêt de l'enfant

31. Bien que la déjudiciarisation du divorce ait subi de nombreuses critiques de la part des auteurs, elle a réussi à passer l'épreuve du test de constitutionnalité. En effet, dans sa décision du 17 novembre 2016⁴⁶, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 50 (aujourd'hui les articles 229 et suivants du Code civil) de la loi du 18 novembre 2016 conforme à la constitution.

32. Les parlementaires requérants avaient mis en avant la différence de traitement entre les enfants causée par ce divorce par consentement mutuel conventionnel, qui constituait selon eux, une rupture d'égalité devant la loi. Ils estiment, en effet, qu'en « liant indissolublement audition de l'enfant et déclenchement de la procédure judiciaire »⁴⁷, seraient exclus de la protection particulière apportée par le dispositif posé par la loi les enfants qui, faute d'être capables de discernement, ne peuvent pas demander à être entendus par un juge ;

⁴⁴ BRUNETTI-PONS (Clotilde), « Un divorce « sans juge » pour un droit « dérégulé » », *Dr. Fam. – Revue mensuelle Lexisnexis jurisclasseur*, juillet-août 2016.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Cons.const., 17 novembre 2016, n°2016-739 DC

⁴⁷ DISSAUX (Nicolas), « Divorce : cas de divorce – Chapitre 1^{er} : Consentement mutuel contresigné par un avocat », *RDC*, Avril 2017.

mais également ceux qui ne le demanderont pas, car ils ne souhaitent pas s'opposer au vœu de leur parent de privilégier un règlement non judiciaire du divorce. De plus, selon eux, l'article 50 introduisait une autre rupture d'égalité injustifiée entre les enfants dont les parents divorcent par consentement mutuel selon la procédure conventionnelle, et ceux dont les parents divorceront selon une autre procédure, puisque seuls ces derniers voient leurs intérêts protégés par un juge⁴⁸.

D'autres griefs étaient encore agités. Les députés requérants faisaient valoir « qu'en ne garantissant pas suffisamment l'information du mineur sur son droit à être entendu par le juge et en faisant peser sur lui la responsabilité du renoncement à la procédure conventionnelle », l'article 50 de la loi méconnaissait, « tout à la fois, l'article 388-1 du Code civil, les « principes du droit du divorce qui placent l'intérêt de l'enfant au cœur du dispositif législatif », la Convention internationale des droits de l'enfant et le onzième alinéa du Préambule de 1946 »⁴⁹.

33. Le Conseil constitutionnel a écarté toutes ces objections. Il a répondu, entre autre, que « le texte déféré accorde au mineur qui a demandé à être entendu par le juge une protection spécifique »⁵⁰. S'il instaure une différence de traitement entre les mineurs dotés de discernement et les autres, elle repose sur une différence de situation et n'entraîne pas de rupture d'égalité contraire à la Constitution⁵¹. En outre, le Conseil constitutionnel ajoute que « le législateur a prévu, afin d'assurer la protection de l'intérêt de l'enfant, que ce dernier, s'il est capable de discernement, soit informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge » et qu'il a exigé « qu'il soit fait mention sous le contrôle du notaire, dans la convention de divorce, de la délivrance de cette information et du souhait du mineur de ne pas faire usage de cette faculté »⁵². Par conséquent, toujours selon le Conseil constitutionnel, « compte tenu des garanties ainsi apportées à la procédure conventionnelle de divorce par consentement mutuel qu'il a instaurée, le législateur n'a méconnu ni le dixième alinéa du Préambule de 1946, ni l'étendue de sa compétence »⁵³.

⁴⁸ DAVID (Stéphane) – CLAUX (Jean-Pierre), « Chapitre 03 – Evolution de la législation du divorce ; Section 4 – Instauration d'un divorce par consentement mutuel extrajudiciaire : la loi du 18 novembre 2016 », *Dalloz référence Droit et pratique du divorce*, 2018-2019.

⁴⁹ Cons.const., 17 novembre 2016, n°2016-739 DC, pt. 46

⁵⁰ Cons.const., 17 novembre 2016, n°2016-739 DC, pt. 43.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Cons.const., 17 novembre 2016, n°2016-739 DC, pt. 51

⁵³ Cons. const., 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC, pt. 52.

34. A résulté de cette décision un sentiment partagé de la part de certains auteurs et praticiens du droit. Par exemple, l’avocat Joël Gautier, qualifie cette décision de « discutable »⁵⁴. De plus, d’après le professeur Vincent Egea, résulte de cette décision un sentiment « assez mitigé »⁵⁵.

Le professeur Sophie Prétot explique bien les réserves émises à l’égard de la décision rendue par le Conseil constitutionnel. En effet, elle estime que le grief qui met en cause la protection de l’enfant ne paraît pas infondé. Le doyen Carbonnier affirmait que la présence d’un juge dans la procédure de divorce était « une sécurité, une aide morale »⁵⁶. Par ailleurs, le rapport Guinchard⁵⁷ dans ce sens, et dans la lignée du rapport Dekeuwer-Défossez⁵⁸ affirmait également il y a quelques années « l’absolue nécessité de préserver une procédure judiciaire en présence d’enfants mineurs ». Le passage devant le juge semble donc être essentiel afin de préserver l’intérêt de l’enfant, ce qui montre à nouveau que la décision rendue par le Conseil constitutionnel, qui valide la constitutionnalité du dispositif légal relatif au divorce par consentement mutuel conventionnel, est clairement discutable.

35. De plus, la protection juridique des enfants est malmenée par le divorce par consentement mutuel conventionnel du fait de l’insuffisante protection des enfants par les avocats et notaires.

b) L’insuffisante protection des enfants par les avocats et notaires

36. Il appartient désormais aux seuls avocats de « bâtir et sécuriser la convention des époux qui divorcent avec le concours in fine du notaire qui sera dépositaire de la convention au rang de ses minutes après un contrôle formel encadré »⁵⁹. Ainsi, les deux nouveaux protagonistes du divorce par consentement mutuel, sont les avocats et le notaire. C’est donc désormais eux qui sont en charge de la protection des enfants et il est par conséquent

⁵⁴ GAUTIER (Joël), « 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.

⁵⁵ EGEA (Vincent), « La liberté contractuelle renforcée par le recul de l’homologation judiciaire ? », *Constitutions* 2017, p.97.

⁵⁶ CARBONNIER (Jean), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p.222.

⁵⁷ GUINCHARD (Serge), « L’ambition raisonnée d’une justice apaisée », *Doc.fr.*, Collection des rapports officiels, Juillet 2008.

⁵⁸ DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise) (sous la dir.), « Renover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », *Doc.fr.*, spéc. p.119 et s., décembre 1999.

⁵⁹ LIENHARD (Claude), « Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une révolution culturelle », *D.* 2017, p.307.

nécessaire d'évoquer leurs rôles respectifs dans la procédure afin de se rendre compte de l'insuffisance de leurs possibilités d'action.

37. Tout d'abord, il convient d'étudier le rôle des avocats, qui deviennent, selon une expression de Claude Lienhard, « chefs d'orchestre du nouveau divorce par consentement mutuel conventionnel »⁶⁰.

Le nouveau divorce par consentement mutuel implique pour les avocats « une réelle vigilance ordinale et déontologique de la mise en œuvre sans délai et sans faiblesse pour éviter les dérives »⁶¹. Pèse donc sur eux une lourde responsabilité car ils doivent tout prévoir de manière scrupuleuse du fait qu'aucun juge n'interviendra.

Ainsi, le contrat n'étant pas présenté à un juge, le législateur a jugé indispensable que chacun des époux dispose de son propre avocat, qui doit donc veiller à ce que la convention préserve suffisamment les intérêts de l'une et l'autre des parties ainsi que des enfants. Le binôme d'avocats se voit alors attribuer « les doubles fonctions de contrôle-vérification et de protection des consentements anciennement confiées au juge aux affaires familiales »⁶².

Mais en réalité, selon certains auteurs, les mentions imposées dans l'acte contresigné par avocat⁶³ n'apportent pas beaucoup de garanties car il n'existe aucun contrôle réel. En effet, d'après Dominique Fenouillet, « les avocats doivent certes conseiller leur client, veiller à la qualité de leur consentement, appeler leur attention sur l'intérêt de l'enfant, négocier et rédiger les stipulations qui lui sont relatives mais la loi ne leur demande pas de contrôler la conformité de la convention à cet intérêt et ils sont dépourvus des moyens dont le juge dispose, tant pour connaître la réalité factuelle que pour imposer une telle mesure »⁶⁴. Par conséquent, les avocats se retrouvent quelque peu démunis depuis l'instauration du nouveau divorce par consentement mutuel car ils ne disposent pas des mêmes pouvoirs que le juge pour avoir un réel impact sur la convention de divorce des époux.

38. De plus, autrefois, il était possible pour les avocats de faire pression sur les parents, en disant à ces derniers que le juge n'homologuerait pas leur convention lorsque ce qu'ils

⁶⁰ LIENHARD (Claude), « Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel », *AJ Famille* 2017, p.40.

⁶¹ LIENHARD (Claude), « Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel », *AJ Famille* 2017, p.40.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Art.229-3 C. Civ.

⁶⁴ FENOUILLET (Dominique), « Le divorce sans juge. Rapport de synthèse », *Dr. Fam. n°9*, septembre 2018.

envisageaient ne correspondait pas à l'intérêt de l'enfant. Généralement, ils réussissaient donc, d'après les propos du professeur Hugues Fulchiron, à « raisonner les époux »⁶⁵ pour les ramener « à un plus grand respect des intérêts de chacun »⁶⁶. Dans le même sens, Nathalie Couzigou-Suhas affirme qu'ils arrivaient à « canaliser les demandes fantaisistes de leur client en indiquant qu'elles ne pourraient pas être validées par le juge »⁶⁷.

L'existence d'un contrôle pouvait donc inciter l'avocat rédacteur de la convention préalable à veiller strictement au respect des intérêts respectifs des époux et de leurs enfants. Mais se pose alors la question de savoir si en supprimant le contrôle, l'on ne risque pas « d'assouplir ce respect »⁶⁸. De même, cette question avait été soulevée par les sénateurs requérants lors de leur saisine du Conseil constitutionnel. Ils considéraient « que la présence de deux avocats ne peut être une garantie équivalente pour les premiers dans la mesure où le mandat de ces avocats n'est pas de défendre l'intérêt des mineurs en cause ».

Selon Laure Saint-Pern, il faudrait alors « mettre en exergue le rôle de l'avocat de la famille »⁶⁹ pour que ce dernier veille à l'intérêt de l'enfant. Par ailleurs, peut-être également faudrait-il envisager que les enfants aient un avocat afin de représenter leurs intérêts⁷⁰.

39. Ensuite, il convient de s'attarder sur le rôle purement formel des notaires.

L'article 229-1 du Code civil prévoit que la « convention est déposée au rang des minutes d'un notaire ». Ce dernier doit contrôler le respect de diverses « exigences formelles » et s'assurer que « le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion »⁷¹. La loi ne demande donc explicitement aux notaires que d'enregistrer l'acte après avoir vérifié qu'il contient les mentions et annexes légales et que le droit de rétractation des parties de quinze jours a été respecté. S'il leur appartient sans doute aussi, conformément au droit commun de refuser d'enregistrer un acte qui comporterait des clauses illicites, ils ne semblent pas en revanche tenus de vérifier que la convention est conforme à l'intérêt de l'enfant ; et il est difficile d'envisager comment ils pourraient identifier cet intérêt.

⁶⁵ FULCHIRON (Hugues), « Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après ? (Observations sur l'après divorce sans juge », *Dr. Fam. – Revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*, Janvier 2017.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ COUZIGOU-SUHAS (Nathalie), « Réflexions pratiques sur le divorce sans juge », *Deffrénois* 2017, n°02, p.131.

⁶⁸ BINET (Jean-René), « Loi de modernisation de la justice du XXIe siècle – Le divorce par consentement mutuel sans juge : propos liminaires », *Dr. Fam. n°1*, janvier 2017, dossier 2.

⁶⁹ SAINT-PERN (Laure), « La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans le divorce sans juge », *RJPF*, n°7-8, 2018.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ L. n°2016-1547, 18 nov. 2016, JO 19 nov.

L'intervention du notaire demeure alors complètement formelle et ce dernier ne remplace en aucun cas le juge aux affaires familiales.

40. L'avocat Jérôme Casey le confirme bien, l'article 229-1 alinéa 2 du Code civil ne fait pas du notaire un « juge du contenu de la convention qu'il doit déposer au rang des minutes »⁷². Le texte ne lui ordonne que de contrôler quelques points précis de la convention : les points 1 à 6 de l'article 229-3 et également de vérifier que la convention n'a pas été signée avant l'expiration du délai de quinze jours de l'article 229-4 alinéa 1^{er}. La seule comparaison de la date des bordereaux d'envoi des lettres recommandées avec accusé de réception et de la date de signature des conventions lui permet normalement un contrôle effectif de ce délai. Aux plans formel et textuel, le rôle du notaire et son contrôle s'arrêtent donc ici. Les travaux parlementaires sont bien clairs à ce sujet : rien n'oblige le notaire à recevoir les parties et les avocats.

D'ailleurs, à ce propos, juste avant l'entrée en vigueur de la réforme, le ministère de la justice a pris le soin de préciser que le notaire ne devait contrôler « ni le consentement des parties, ni l'équilibre de la convention, ces missions étant assurées par les avocats ». Par conséquent, le notaire est tenu de contrôler certaines exigences formelles mais n'a pas à exercer un réel contrôle de légalité.

41. Cependant, il doit rester attentif aux mesures relatives à l'enfant et si nécessaire, avertir les avocats d'une éventuelle contrariété à l'ordre public. Donc, le notaire « est à la fois conseil et lanceur d'alerte »⁷³ d'après Laure Saint-Pern. Mais, il n'est pas possible pour lui de refuser d'enregistrer une convention manifestement contraire à l'ordre public. La convention ne pourra qu'être remise en cause ultérieurement à son enregistrement. Par conséquent, il ne s'agit que d'une « protection a posteriori de l'enfant »⁷⁴. L'auteur se demande alors si l'on ne devrait pas envisager d'aller plus loin en ce qui concerne le rôle du notaire pour pouvoir préserver de manière plus forte l'intérêt de l'enfant dans le divorce sans juge.

⁷² CASEY (Jérôme), « Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une réforme en clair-obscur », *AJ Famille*, 2017, p.14.

⁷³ SAINT-PERN (Laure), « La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans le divorce sans juge », *RJPF*, n°7-8, 2018.

⁷⁴ *Ibid.*

42. De plus, il convient d'ajouter que d'après le notaire Stéphane David, la réforme dégrade la fonction de notaire. En effet, jusqu'à présent, afin de donner force exécutoire à un acte, le notaire devait exercer un contrôle de fond de l'acte. Mais le divorce sans juge est déplorable dans le sens où il « est demandé au notaire d'authentifier un acte sans effectuer ce contrôle »⁷⁵. Toujours selon Stéphane David, le règlement national des notaires précise bien qu'il n'est pas possible pour eux de donner force exécutoire à une convention qui est contraire à l'ordre public. Ainsi, le rôle simplement formel du notaire est regrettable.

43. L'étude des rôles respectifs de l'avocat et du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel, atteste donc de l'insuffisance de protection qui est accordée à l'enfant, et permet d'affirmer que la protection juridique de l'enfant est malmenée dans cette procédure.

44. Il est donc possible de dire que l'absence d'intervention du juge dans la procédure de divorce par consentement mutuel conventionnel se fait au détriment de l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt, qui était auparavant protégé par le juge, se voit aujourd'hui complètement abandonné aux mains de ses parents, et est donc ignoré par le nouveau droit commun du divorce par consentement mutuel.

B) L'intérêt de l'enfant abandonné aux mains de ses parents

45. Le premier risque du divorce sans juge est « l'effacement de l'intérêt de l'enfant »⁷⁶. Divorcer sans juge revient, en effet, à laisser les parents décider seuls de l'intérêt de l'enfant. En d'autres termes, l'intérêt des enfants est réduit à celui des parents (1), ce qui engendre alors un certain nombre de risques (2).

1) L'intérêt des enfants réduit à l'intérêt des parents

46. L'intérêt des enfants dans le nouveau divorce par consentement mutuel est réduit à celui de ses parents. Il conviendra tout d'abord de voir que la volonté, pour des parents

⁷⁵ FLEURIOT (Caroline), « Imbroglia autour du rôle du notaire dans le divorce sans juge – Questions-Réponses du ministère de la justice », *Dalloz Actualité*, 2017.

⁷⁶ FULCHIRON (Hugues), « Divorcer sans juge – A propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle », *JCP G* 2016, n°48, p.2182.

mariés, d'opter pour un divorce par consentement mutuel conventionnel crée des inégalités entre les enfants (a) ; pour ensuite montrer que cette volonté résulte du fait que les parents, dans ce type de divorce, sont les uniques décisionnaires (b).

a) Inégalités entre enfants résultant du statut et du choix des parents

47. Préalablement, il convient de souligner qu'il résulte du statut et du choix des parents de divorcer par consentement mutuel, des inégalités entre les enfants nés hors mariage pour lesquels les parents devront passer devant le juge, et ceux issus des couples mariés qui seront soumis au processus contractuel⁷⁷.

En effet, l'enfant dont les parents divorcent par consentement mutuel « se trouve moins bien protégé que l'enfant dont les parents, concubins ou partenaire liés par un pacte civil de solidarité, se séparent et décident de saisir le juge aux affaires familiales aux fins d'homologation de la convention, par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale »⁷⁸. Le juge peut dans le cas de ces enfants là refuser l'homologation si la convention ne respecte pas suffisamment l'intérêt de l'enfant. Il doit s'assurer que les accords parentaux sont bien conformes à l'intérêt de l'enfant. Or désormais, le juge n'a plus à vérifier cela dans le cadre du divorce par consentement mutuel et par conséquent, il est possible d'énoncer que cette absence de vérification prive l'enfant du mariage de la protection dont peuvent bénéficier les enfants de parents non mariés.

Nathalie Baillon-Wirtz affirme que certes, l'on peut dire que l'intervention du juge est déjà facultative en cas de séparation des concubins ou des partenaires liés par un PACS, mais ajoute qu'il semble « peu judicieux de soutenir que l'alignement « par le bas » du droit du divorce sur le non droit ou le droit conventionnel de la séparation des unions libres serait un progrès pour l'enfant »⁷⁹.

48. Par ailleurs, il est important de rappeler ici⁸⁰, que l'enfant dont les parents souhaitent divorcer par la voie du consentement mutuel sera moins bien protégé que celui dont les parents optent pour un autre cas de divorce. Ce point a été déféré devant le Conseil

⁷⁷ CATHELINÉAU-ROULAUD (Anne), « Le nouveau divorce sans juge », *LPA*, 2017, n°250, p.10.

⁷⁸ MALLEAVEY (Blandine), « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *LPA*, 2017, n°129, p.6.

⁷⁹ BAILLON-WIRTZ (Nathalie), « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », *JCP G* 2016, n° 23, 643.

⁸⁰ v. supra. p. 17.

constitutionnel, qui a estimé que cette différence était justifiée par la divergence de situations entre les enfants dont les parents divorcent par consentement mutuel, et ceux dont les parents divorcent selon une autre procédure. L'intervention judiciaire est nécessaire pour ces derniers d'après le Conseil constitutionnel, du fait que les parents ne trouvent pas d'accord sur le principe ou les effets du divorce.

49. Cette situation d'inégalité entre les enfants résulte du fait que dans le divorce par consentement mutuel conventionnel, le couple est l'unique décisionnaire.

b) Le couple, unique décisionnaire

50. Il revient uniquement au couple de régler les conséquences de leur séparation, sans le moindre contrôle du juge, même en présence d'enfants.

A cet égard, Françoise Dekeuwer-Défossez s'indigne et affirme que les rédacteurs de la loi « ne semblent pas s'être rendus compte qu'ils mettent la décision des parents dans la dépendance de la volonté de l'enfant »⁸¹. Seuls les parents organisent le divorce et ont un pouvoir de décision.

Le magistrat Sophie Maitre explique qu'il en est ainsi car les parents sont les mieux placés pour apprécier l'intérêt de l'enfant⁸².

Mais Dominique Fenouillet, quant à elle, affirme que tel est le cas en « temps normal » mais le temps du divorce, qui suppose la désunion des parents, n'est pas un temps « normal » où le droit peut se reposer sur les parents. Il correspond à une période délicate pendant laquelle le contrôle de l'intérêt de l'enfant par un tiers s'impose, d'autant plus que les parents sont en conflit d'intérêts⁸³. En effet, le professeur Stéphanie Moracchini-Zeidenberg énonce que pendant la période de divorce, il manque aux parents « l'objectivité, le recul et l'expérience que le justiciable est en droit d'attendre du magistrat »⁸⁴. Ces auteurs craignent donc que les époux entérinent sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale des accords qui ne préservent pas l'intérêt de l'enfant.

⁸¹ DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n°139.

⁸² DELPERIER (Jean-Marie) – GOUÉZEL (Antoine), LOZACHMEUR (Maryvonne) – MAITRE (Sophie), « Regards croisés sur quelques difficultés suscitées par la réforme », *Dr. Fam.* n°9, septembre 2018.

⁸³ FENOUILLET (Dominique), « Le divorce sans juge. Rapport de synthèse », *Dr. Fam.* n°9, septembre 2018.

⁸⁴ MORACCHINI-ZEIDENBERG (Stéphanie), « La contractualisation du droit de la famille », *RTD Civ.* 2016, p.773

51. Blandine Malleavey admet que l'accord des époux avait déjà, avant la réforme, un poids important dans la fixation des modalités d'exercice de l'autorité parentale après le divorce⁸⁵. Il leur appartenait de décider comment l'autorité parentale serait exercée après la rupture du mariage avant de soumettre leur accord à l'approbation et à l'homologation du juge. Généralement, dans la grande majorité des cas, le juge homologuait la convention de divorce qui lui était soumise.

Mais il est important de préciser, qu'un contrôle était malgré tout exercé par le juge en ce qui concernait la conformité des accords parentaux à l'intérêt de l'enfant. Il lui appartenait ainsi de refuser d'homologuer s'il estimait que la convention ne préservait suffisamment les intérêts des enfants. Dans ce cas, il rendait une ordonnance dans laquelle étaient précisées les conditions ou garanties auxquelles seraient subordonnées l'homologation d'une nouvelle convention et par conséquent, le prononcé du divorce. Le juge pouvait ainsi formuler des recommandations aux époux afin que ces derniers rédigent une autre convention qui soit plus respectueuse des intérêts de leur enfant. Le juge avait également la possibilité de modifier ou même faire supprimer certaines clauses qui paraissaient contraires à l'intérêt de l'enfant avant d'homologuer la convention et de prononcer le divorce. Le but étant que soient déterminées les modalités d'exercice de l'autorité parentale « les plus respectueuses de l'intérêt de l'enfant, tout en n'affectant pas la célérité de la procédure »⁸⁶.

52. Mais désormais, les modalités d'exercice de l'autorité parentale sont précisées par les avocats respectifs des parties dans la convention de divorce et ces derniers n'ont plus de pouvoir de persuasion envers leurs clients, comme il a été montré précédemment. Par conséquent, il est donc possible d'affirmer que les conditions d'existence de l'enfant après le divorce de ses parents relèvent de la volonté exclusive de ces derniers qui peuvent, s'ils le souhaitent, se mettre d'accord sur des modalités d'exercice de l'autorité parentale contraires à l'intérêt de l'enfant. D'après les auteurs Claude Brenner et Jacques Combret, un tel dispositif, qui va « au rebours des évolutions du droit de la famille, est éminemment contestable en ce qu'il oppose la protection effective de l'enfant et la volonté des parents de divorcer par consentement mutuel »⁸⁷.

⁸⁵MALLEAVEY (Blandine), « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *LPA*, 2017, n°129, p.6.

⁸⁶*Ibid.*

⁸⁷BRENNER (Claude) – COMBRET (Jacques), « Divorce par consentement mutuel déjudiciarisé. – Aspects pratiques », Fascicule 45, *Jurisclasseur Divorce*, Octobre 2018.

53. Cette réduction de l'intérêt de l'enfant à celui de ses parents entraîne différents risques pour l'enfant.

2) Les risques inhérents à la dévolution de l'intérêt de l'enfant aux parents

54. La loi ayant supprimé l'intervention du juge dans le divorce par consentement mutuel conventionnel, et confié l'intérêt des enfants aux seuls parents, plusieurs risques sont susceptibles d'émerger. Le professeur Philippe Buratti énonce à ce titre que « les enfants ne doivent pas être les jouets de leurs parents »⁸⁸. Les risques les plus imminents de la dévolution de l'intérêt de l'enfant aux parents concernent majoritairement la demande d'audition de l'enfant.

55. Ce sont d'abord, à cet égard, les dangers d'instrumentalisation de l'enfant qui sont dénoncés par les auteurs. Nicolas Dissaux parle d'une « forme d'instrumentalisation malsaine »⁸⁹. Le professeur Hugues Fulchiron se demande si « la demande d'audition de l'enfant ne risque (-t-elle) pas d'être utilisée par un des époux pour faire pression sur l'autre afin de lui faire accepter telle ou telle clause, qui peut n'avoir aucun rapport avec l'autorité parentale »⁹⁰. L'enfant deviendrait alors un instrument pour pouvoir manipuler l'époux qui refuserait une proposition faite par l'autre.

56. De plus, certains parents, qui ne veulent pas passer devant le juge, peuvent être tentés d'influencer la décision de leur enfant qui serait pourtant désireux de s'exprimer. Ils peuvent alors chercher à dissuader l'enfant de se faire auditionner en lui expliquant les risques que sa demande d'audition pourrait avoir sur le divorce de ses parents, qui entrainerait alors une procédure plus longue voire plus douloureuse, et ainsi culpabiliser l'enfant qui souhaiterait se faire entendre. Plus encore, ils peuvent chercher à dissimuler ce souhait. Ce risque est d'autant plus grand que « la maîtrise de l'aptitude au discernement de l'enfant mineur comme de la divulgation de la juste et complète information, sont confiées aux époux, à la fois ici

⁸⁸ BURATTI (Philippe), « Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Famille* 2017, p.30.

⁸⁹ DISSAUX (Nicolas), « Divorce : cas de divorce – Chapitre 1^{er} : Consentement mutuel contresigné par un avocat », *RDC*, Avril 2017.

⁹⁰ FULCHIRON (Hugues), « Divorcer sans juge – A propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G* 2016, n°48, p.2182.

juges et parties » d'après Stéphane David⁹¹. La transmission par les parents de l'information concernant le droit d'être entendu des enfants fera l'objet d'un développement ultérieur⁹². Il est ici important de retenir que les parents ayant pris la place du juge dans le divorce peuvent faire passer leur propre intérêt avant celui de leur enfant. Cependant, comme l'affirme Jean-Benoist Belda, « l'intérêt de l'enfant n'est pourtant pas une « formule magique »⁹³ et ne réside pas dans celui des parents, comme le doyen Carbonnier le présentait »⁹⁴.

57. L'intérêt de l'enfant devrait donc primer et toutes les décisions prises par les parents devraient se faire en fonction de ce dernier. Mais les parents étant désormais les uniques décisionnaires, des risques d'instrumentalisation de l'enfant et d'influence de l'un des parents, ou même des deux, sur lui sont à prévoir.

58. Après avoir envisagé le cas dans lequel le juge n'intervient pas dans le divorce par consentement mutuel, car l'enfant ne fait pas de demande d'audition, et vu que dans ce cas l'intérêt de l'enfant est ignoré par le droit, il est désormais nécessaire de se demander si l'intérêt de l'enfant est préservé dans le divorce par consentement mutuel en cas de demande d'audition de sa part. Il convient pour cela d'analyser la judiciarisation du divorce par consentement mutuel, pour montrer qu'ici, l'intérêt de l'enfant est fragilisé.

⁹¹ DAVID (Stéphane), « Chapitre 112 – Accord global sans juge : divorce par consentement mutuel extrajudiciaire », *Dalloz référence Droit et pratique du divorce*, 2018-2019.

⁹² v. infra. p. 34.

⁹³ CARBONNIER (Jean), *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple.*, op.cit., p.85.

⁹⁴ BELDA (Jean-Benoist), « Promesses et désillusions de la contractualisation du divorce », *RLDC*, n°159, 2018.

II) L'INTÉRÊT DE L'ENFANT FRAGILISÉ PAR LA POSSIBLE JUDICIARISATION DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

59. Les rédacteurs de la loi du 18 novembre 2016 ont introduit cette possibilité de demande d'audition du mineur afin de protéger l'intérêt de l'enfant qui pourrait, comme il a été démontré précédemment, être en danger par la procédure en divorce de ses parents. Ainsi, l'article 229-2 1° du Code civil énonce que les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce sous signature privée lorsque l'enfant mineur demande à être entendu par le juge. S'applique alors au divorce la procédure qui était en vigueur pour tous les divorces par consentement mutuel avant l'entrée en vigueur de la loi: les époux adressent au juge une requête conjointe par laquelle ils soumettent à son approbation la convention en réglant les conséquences de leur divorce.

Mais même dans le cas d'une judiciarisation du divorce par consentement mutuel, les modalités de la demande d'audition témoignent, ici encore, d'une protection insuffisante de l'intérêt de l'enfant (A) ; et les effets de cette demande révèlent qu'une protection inadaptée de l'enfant a été mise en place (B).

A) Les modalités de la demande d'audition : une protection insuffisante

60. La protection de l'intérêt de l'enfant par le biais de la demande d'audition de ce dernier a été instaurée dans l'unique but d'avoir une législation en conformité avec les engagements internationaux de la France (1). Mais, cette protection est insuffisante car il existe un risque d'absence d'information du droit d'être entendu de l'enfant mineur par ses parents (2).

1) Une protection instaurée dans un but unique de conformité des engagements internationaux de la France

61. La France, partie à de nombreux traités et conventions internationaux, est soumise à une obligation de conformité à l'égard de ces différents engagements (a), qui la contraint à adapter son droit interne. Cependant, il existe une incertitude quant à la conventionnalité du dispositif légal mis en place concernant le droit d'être entendu de l'enfant mineur dans le divorce par consentement mutuel conventionnel de ses parents (b).

a) L'obligation de conformité aux engagements internationaux de la France

62. La possibilité pour l'enfant dont les parents divorcent de demander à être entendu par le JAF a été introduite « afin de satisfaire aux engagements internationaux de la France »⁹⁵.

63. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant, faite à New York le 26 janvier 1990, pose à l'article 12 1° le droit de l'enfant capable de discernement d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant ; et à l'article 12 2°, le droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire le concernant.

Cette convention ayant été ratifiée par la France, les rédacteurs ont cherché à préserver le droit de l'enfant à être entendu. Cela a été traduit en droit français par un régime général d'audition du mineur capable de discernement dans les procédures civiles le concernant, posé à l'article 388-1 Code civil, qui a été modifié pour être plus en accord avec la convention et dans lequel il a été mentionné que l'audition est de droit quand le mineur demande au juge à être entendu⁹⁶. Par ailleurs, les modalités d'audition font l'objet de dispositions spéciales dans le Code de procédure civile⁹⁷: Le mineur a le droit d'être entendu s'il le demande. Ses parents, et plus généralement ceux auxquels il est confié, ne peuvent s'y opposer et doivent l'informer de ce droit⁹⁸.

En outre, le droit à l'audition de l'enfant a conduit le règlement Bruxelles II bis, du 27 novembre 2003, à s'opposer à la reconnaissance dans l'espace judiciaire européen des décisions rendues en matière de responsabilité parentale lorsqu'elles l'ont été sans que l'enfant ait eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée à son égard et à son âge et à son degré de maturité⁹⁹.

64. Par voie de conséquence, les traités internationaux et européens auxquels la France est partie, imposent que les opinions du mineur capable de discernement aient été entendues avant qu'une décision le concernant soit prise.

⁹⁵ MALLEAVEY (Blandine), « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *LPA*, 2017, n°129, p.6.

⁹⁶ L. n°2007-293, 5 mars 2007.

⁹⁷ Art.338-1 à 338-12 CPC.

⁹⁸ Art. 338-1 al. 1^{er} CPC.

⁹⁹ Art. 23 et 41 du Règlement Bruxelles II bis.

65. La France a donc été contrainte de mettre en place un dispositif dans le cadre de la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel afin que l'enfant soit en mesure d'exprimer ses opinions, son avis. Elle a ainsi opté pour une solution assez radicale qui a été celle d'accorder à l'enfant la possibilité de judiciariser le divorce en demandant son audition au juge. Le décret du 28 décembre 2016 a précisé les modalités du divorce par consentement mutuel judiciarisé du fait de la demande d'audition du mineur.

Cependant, la conventionnalité du dispositif légal mis en place est incertaine.

b) L'incertitude quant à la conventionnalité du dispositif légal

66. Ce droit d'être entendu prend donc « un relief particulièrement important depuis l'entrée en vigueur du divorce par consentement mutuel déjudiciarisé »¹⁰⁰. S'est alors posée la question de savoir si les droits de l'enfant, et plus encore l'intérêt de l'enfant sur lequel « veille avec la plus grande attention la Cour Européenne des Droits de l'Homme »¹⁰¹, étaient suffisamment garantis par ce nouveau dispositif. Surtout, se pose la question de savoir si la nouvelle procédure est conforme à l'article 12 de la Convention Internationale relative aux droits de l'enfant. Le texte étant applicable aux procédures administratives et judiciaires, il est important de se demander si la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel répond à ses exigences.

67. La loi ayant organisé une possibilité d'audition en justice de l'enfant doué de discernement, il paraît difficile de considérer qu'elle heurte la convention considérée, sauf à estimer que le dispositif légal, en obligeant l'enfant mineur à contrarier le souhait de ses parents de divorcer sans intervention judiciaire, pour pouvoir être entendu par un juge, ne lui laisse pas une parfaite liberté. Pour la même raison et sous la même réserve, il paraît difficile de considérer que le nouveau divorce par consentement mutuel « déjudiciarisé », tel qu'il a été organisé, heurte l'article 3 de la Convention européenne sur l'exercice des droits de

¹⁰⁰ MARIA (Ingrid) – SALVAGE-GEREST (Pascale), « Minorité », Synthèse 170 : Minorité, *Jurisclasseur Civil*, Octobre 2018.

¹⁰¹ FULCHIRON (Hugues), « Divorcer sans juge – À propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G* 2016, n°48, p.2182.

l'enfant du 25 janvier 96 relatif au droit d'être informé et d'exprimer son opinion dans les procédures l'intéressant¹⁰².

68. Cette solution, pour certains auteurs, n'est donc « pas totalement contraire à l'intérêt de l'enfant »¹⁰³. En effet, comme l'enfant a perdu dans le cadre du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire les bénéfices de tout contrôle judiciaire, la loi a prévu « une soupape de sécurité »¹⁰⁴, dans la mesure où il peut demander d'être auditionné par un juge, qui retrouve alors un droit de regard sur le divorce. D'après le professeur Laure Saint-Pern, « plusieurs gardes-fous »¹⁰⁵ ont été adoptés pour tenter de préserver l'intérêt de l'enfant. Parmi eux, le mineur capable de discernement devra dans tous les cas être informé de son droit à être entendu par le juge s'il le souhaite.

69. Mais, le texte ne garantit pas que l'enfant soit effectivement informé de son droit d'être entendu dans toute procédure le concernant. L'examen des modalités de la demande d'audition dévoile que la possible judiciarisation du divorce par consentement mutuel, bien que prétendument envisagée par égard pour l'intérêt de l'enfant dont les parents divorcent, s'avère fort peu protectrice de celui-ci.

70. De nombreux auteurs ont exprimé leur inquiétude quant à la conformité de la mesure à l'intérêt de l'enfant¹⁰⁶. Dominique Fenouillet parle d'« une efficacité douteuse, un effet pervers eu égard à l'impact psychologique d'un tel écrit sur un jeune enfant »¹⁰⁷. Stéphane David, lui, évoque une « insuffisante garantie des droits de l'enfant »¹⁰⁸.

¹⁰² L'article dispose « Un enfant qui est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant, dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire, se voit conférer les droits suivants, dont il peut lui-même demander à bénéficier: a) recevoir toute information pertinente; b) être consulté et exprimer son opinion; c) être informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et des conséquences éventuelles de toute décision. ».

¹⁰³BONNET (Vincent) – GOUTTENOIRE (Adeline), « Divorce : procédure », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, juillet 2017.

¹⁰⁴ DAVID (Stéphane), « Chapitre 112 – Accord global sans juge : divorce par consentement mutuel extrajudiciaire », *Dalloz référence Droit et pratique du divorce*, 2018-2019.

¹⁰⁵ SAINT-PERN (Laure), « La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans le divorce sans juge », *RJPF*, n°7-8, 2018.

¹⁰⁶BAILLON-WIRTZ (Nathalie), « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », *JCP G* 2016, n° 23, 643.

¹⁰⁷ FENOUILLET (Dominique), « Le divorce sans juge. Rapport de synthèse », *Dr. Fam. n°9*, septembre 2018.

¹⁰⁸ DAVID (Stéphane), « Chapitre 112 – Accord global sans juge : divorce par consentement mutuel extrajudiciaire », *Dalloz référence Droit et pratique du divorce*, 2018-2019.

Le professeur Françoise Dekeuwer-Défossez le confirme bien en affirmant que le compromis qui a été trouvé pour « sembler respecter le droit d’expression de l’enfant et préserver son intérêt dans le divorce contractuel n’a guère trouvé grâce auprès des commentateurs, même favorables par principe à la privatisation du divorce »¹⁰⁹. Elle estime qu’il s’agit d’une « totale inadaptation aux réalités pratiques, et constitue une véritable hérésie au regard des principes de l’autorité parentale »¹¹⁰. Selon cette auteure, cette disposition « a été bricolée dans l’urgence, pour donner l’impression de respecter les engagements internationaux de la France et de ne pas négliger complètement la protection des enfants. Mais cette mesure illusionniste ne peut tromper personne »¹¹¹. La majorité des auteurs est donc perplexe, critique les mesures relatives à la demande d’audition de l’enfant mineur et remet en cause la conventionalité du dispositif instauré par la loi.

Un certain nombre d’associations a également manifesté son inquiétude au regard de la protection de l’enfant¹¹².

71. A cet égard, il est important de préciser que la commission européenne a été saisie par un professeur et quatre avocats. Ces derniers ont déposé une plainte contre la France pour non respect par la France du droit de l’Union européenne et particulièrement pour violation des droits fondamentaux de l’enfant garantis par l’Union Européenne¹¹³. Selon eux, le « texte (est) adopté en total méconnaissance et violation du droit européen »¹¹⁴, ce qui a pour conséquence de créer des divorces conventionnels qui ne pourront pas circuler dans l’Union Européenne. En effet, les règles de nature européenne prévoient la présence d’un juge, ce qui n’est plus le principe en France dorénavant pour le divorce par consentement mutuel. Jean-Benoist Belda ajoute d’ailleurs que « ce décalage entre la législation française et européenne insécurise la convention et complexifie un processus qui se voulait simplifié »¹¹⁵.

¹⁰⁹ DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n°139.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n°139.

¹¹² CATHELINÉAU-ROULAUD (Anne), « Le nouveau divorce sans juge », *LPA*, 2017, n°250, p.10.

¹¹³ BOICHE (Alexandre) –ESKENAZI (Delphine) – MEIER-BOURDEAU (Alice) – NOURISSAT (Cyril) – THUAN dit DIEUDONNE (Grégory), « Divorce par consentement mutuel : plainte contre la France ! », *AJ Famille*, 2017, p. 266.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ BELDA (Jean-Benoist), « Promesses et désillusions de la contractualisation du divorce », *RLDC*, n°159, 2018.

Selon les plaignants, « en l'absence d'un quelconque contrôle de l'équilibre de la convention par un tiers indépendant et impartial, rien ne permet d'assurer le respect »¹¹⁶ du droit de l'enfant à « entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt »¹¹⁷ prévu par l'article 24§3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Par ailleurs, le fait de « présumer que l'intervention d'un avocat permet d'obtenir un équilibre des droits en présence est plus qu'incertain, son rôle étant de protéger les intérêts de son client uniquement »¹¹⁸. De plus, le fait que le notaire ait compétence pour rendre exécutoire toute convention de divorce, sans se soucier du fait qu'elle contienne des éléments d'extranéité, et sans contrôler l'intérêt des enfants conduit à « douter de la capacité du nouveau divorce par consentement mutuel à assurer le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant »¹¹⁹.

Pour ces raisons, les plaignants recommandent à la Commission européenne de suggérer au législateur français de prévoir de faire homologuer la convention de divorce par consentement mutuel par un juge en présence d'un élément d'extranéité. Ils recommandent aussi que ce divorce conventionnel ne puisse être autorisé qu'en l'absence d'enfants mineurs, recommandation partagée par le Défenseur des droits français et l'Union syndicale des magistrats de France¹²⁰.

72. La protection mise en place pour l'enfant dans le dispositif légal est donc insuffisante, d'autant plus qu'il existe des difficultés inhérentes à cette demande d'audition de l'enfant mineur, consistant majoritairement en un risque d'absence d'information de la part des parents.

¹¹⁶ BOICHE (Alexandre) –ESKENAZI (Delphine) – MEIER-BOURDEAU (Alice) – NOURISSAT (Cyril) – THUAN dit DIEUDONNE (Grégory), « Divorce par consentement mutuel : plainte contre la France ! », *AJ Famille*, 2017, p. 266.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ BOICHE (Alexandre) –ESKENAZI (Delphine) – MEIER-BOURDEAU (Alice) – NOURISSAT (Cyril) – THUAN dit DIEUDONNE (Grégory), « Divorce par consentement mutuel : plainte contre la France ! », *AJ Famille*, 2017, p. 266.

¹²⁰ CATHELINÉAU-ROULAUD (Anne), « Le nouveau divorce sans juge », *LPA*, 2017, n°250, p.10.

2) Les difficultés inhérentes à la demande d'audition : le risque d'absence d'information

73. Dans l'immense majorité des cas de nouveau divorce par consentement mutuel, il n'y a pas de demande d'audition de la part de l'enfant mineur. Pourquoi ?

Il appartient aux parents, qui sont alors en conflit et qui souhaitent divorcer rapidement, d'informer l'enfant de son droit à être entendu par le juge¹²¹.

Jérôme Casey insiste bien sur le fait que c'est aux parents d'informer l'enfant, « à personne d'autre »¹²². La question ne concerne pas les avocats qui rédigent la convention de divorce.

74. Plusieurs amendements lors de la discussion du texte par l'Assemblée nationale en mai 2016 avaient été adoptés pour que cette information soit transmise au mineur non pas par ses parents mais par les avocats des époux, qui ensuite attesteraient d'avoir transmis l'information à l'enfant et joindraient cette attestation à la convention de divorce. Mais cet amendement a été écarté, le gouvernement ayant décidé qu'il était « important que cette information soit délivrée par les parents, qui savent quel langage employer pour être compris de l'enfant, et non par les avocats »¹²³. Par ailleurs, il avait même été envisagé que la preuve de cette information soit rapportée par une attestation sur l'honneur des parents.

75. Cependant, il appartient bien aujourd'hui aux parents souhaitant divorcer par le biais du consentement mutuel d'informer leurs enfants mineurs communs et dotés d'un discernement suffisant, de leur droit d'être entendu par le juge. Le décret du 28 décembre 2016 a précisé à l'article 1144 du Code de procédure civile que l'information prend la forme d'un formulaire fixé par arrêté adressé à chacun des enfants mineurs mentionnant son droit d'être entendu dans les conditions de l'article 388-1 du Code civil, ainsi que les conséquences de ce choix.

Mais, le professeur Malleavey se demande si l'enfant mineur, bien que doté d'un discernement suffisant, sera réellement en mesure de comprendre le sens et la portée de son

¹²¹ BELDA (Jean-Benoist), « Promesses et désillusions de la contractualisation du divorce », *RLDC*, n°159, 2018.

¹²² CASEY (Jérôme), « Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une réforme en clair-obscur », *AJ Famille*, 2017, p.14.

¹²³ Sous amendement n°398 à l'amendement n°266 à l'article 17 ter du projet de loi n°3726 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, présenté le 12 mai 2016 par le gouvernement, adopté.

choix, s'agissant de la judiciarisation de la procédure. L'auteur se pose en effet la question de savoir, notamment, si l'enfant sera bien capable de comprendre la portée de la formule inscrite dans le formulaire qui indique « j'ai compris que, suite à ma demande, un juge sera saisi du divorce de mes parents »¹²⁴. Cela montre bien les difficultés liées à l'information du mineur par ses parents. En effet, il est fort possible que les époux qui souhaitent divorcer par consentement mutuel considèrent qu'ils prennent un risque important en donnant cette information à leur enfant mineur de son droit d'expression en justice, qui aurait pour effet de judiciariser leur divorce en cas de demande d'audition de la part de ce dernier.

76. Par conséquent, le plus gros risque tient à ce que les parents s'abstiennent d'informer leur enfant de son droit d'audition. En effet, Nathalie Baillon-Wirtz affirme « Encore faut-il en pratique que ses parents l'informent de son droit et rien ne le garantit vraiment »¹²⁵. Françoise Dekeuwer-Défossez, quant à elle, soutient qu'« il est évident que les parents décidés à divorcer contractuellement ne verront pas la nécessité d'avertir leur enfant de la faculté qu'il a de saisir le juge afin qu'il les oblige à une procédure judiciaire ! »¹²⁶. Cela constitue donc un réel problème. Bien que l'article 1144-1 du Code de procédure civile veille à ce que l'information de son droit d'être entendu par un juge soit bien transmise à l'enfant, les parents peuvent avoir la volonté de ne pas impliquer les enfants dans la procédure mais surtout peuvent avoir un intérêt à empêcher l'enfant de solliciter cette audition et ainsi s'accorder pour ne pas l'informer. Par la suite, ils n'auraient qu'à prétendre qu'ils n'ont pas communiqué l'information à leur enfant car il ne disposait pas d'un discernement suffisant pour être entendu par le juge. En effet, le décret du 28 décembre 2016 a accordé cette possibilité aux époux car selon l'article 1144-2 du Code de procédure civile, la convention de divorce peut mentionner que « l'information prévue au 1° de l'article 229-2 du Code civil n'a pas été donnée en l'absence de discernement de l'enfant mineur concerné ».

Concernant l'âge retenu pour le discernement, généralement, les juges retiennent huit ou neuf ans minimum mais il est possible d'affirmer que dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel conventionnel, les parents agissent selon leur bon vouloir.

¹²⁴ MALLEAVEY (Blandine), « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *LPA*, 2017, n°129, p.6.

¹²⁵ BAILLON-WIRTZ (Nathalie), « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », *JCP G* 2016, n° 23, 643.

¹²⁶ DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n°139.

Si l'enfant n'a pas le discernement requis pour demander à être auditionné devant le juge, la convention de divorce doit mentionner que l'information contenue à l'article 229-2 1° n'a pas été donnée¹²⁷. Mais Jérôme Casey se demande à juste titre quelle sanction « viendrait frapper l'inobservation de cette obligation »¹²⁸, même si la nullité devrait normalement l'emporter. Ainsi la protection accordée à l'enfant « pourrait ne s'avérer qu'apparente »¹²⁹ selon Sophie Prétot.

77. Par ailleurs, il est très important d'ajouter qu'aucun contrôle n'est exercé pour vérifier que les parents ont bien informé leur enfant du droit d'audition car le juge n'a plus à intervenir. Avant la réforme du 18 novembre 2016, en droit commun de l'audition du mineur dans les procédures civiles le concernant, le législateur avait confié au juge le soin de s'assurer que le mineur avait été informé de son droit d'être entendu et d'être assisté d'un avocat. Aujourd'hui, il n'est plus possible pour le juge de procéder à cette vérification car sans information du mineur de son droit à être entendu, le juge ne sera pas saisi d'une demande d'audition, ni, par voie de conséquence, d'une requête en divorce.

78. De plus, il serait « illusoire »¹³⁰, d'après Blandine Malleavey, de penser que les avocats – qui doivent s'assurer que les enfants de leurs clients ont été effectivement informés de leur droit d'être entendu – ont les moyens de pouvoir vérifier que cette information a bien été transmise, ou que leurs clients disent vrai lorsqu'ils affirment que leur enfant ne dispose pas d'un discernement suffisant.

79. Ainsi, l'on voit donc bien que la tentative de protection de l'enfant mineur par le législateur est à la fois complètement opportune car elle a été instaurée dans le but de se conformer aux accords internationaux auxquels la France est partie ; et inefficace du fait du risque de l'absence d'information du mineur quant à son droit d'audition en justice. Il est donc possible d'affirmer ici qu'il s'agit d'une « régression dans la mise en œuvre des droits de

¹²⁷ Art. 1144-2 CPC.

¹²⁸ CASEY (Jérôme), « Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une réforme en clair-obscur », *AJ Famille*, 2017, p.14.

¹²⁹ PRETOT (Sophie), « L'enfant dans le nouveau divorce par consentement mutuel : danger et incohérence du droit positif », *RJPF*, n°4, 2017.

¹³⁰ MALLEAVEY (Blandine), « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *LPA*, 2017, n°129, p.6.

l'enfant »¹³¹, et par conséquent, l'intérêt de l'enfant est insuffisamment protégé en ce qui concerne les modalités relatives à la demande d'audition de ce dernier.

80. Si jamais, malgré les différents obstacles énoncés, l'enfant mineur parvient à être informé de son droit de se faire entendre par un juge, il peut alors renoncer à exercer son droit d'être entendu par le juge et c'est ce qui risque de se produire dans la majorité des cas. Dans ce cas, en vertu de l'article 229-3 6° du Code civil, la convention doit, à peine de nullité, contenir « 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 ». Au contraire, si l'enfant souhaite être entendu par le juge, il peut solliciter son audition par le juge aux affaires familiales.

Cependant, les effets de la demande d'audition révèlent une protection inadaptée de l'enfant.

B) Les effets de la demande d'audition : une protection inadaptée

81. L'enfant qui dispose du choix d'être auditionné par le juge devient alors « arbitre du divorce de ses parents »¹³² (1) et s'il décide d'en faire la demande, cette dernière sera soumise à l'approbation du juge (2).

1) L'enfant « arbitre du divorce de ses parents »

82. Si l'enfant fait une demande d'audition, il existe une procédure particulière à suivre (a) et cela fait peser une lourde responsabilité sur l'enfant (b).

a) La procédure à suivre

83. L'attitude de l'enfant face à l'information que ses parents vont lui donner peut les contraindre à recourir au juge¹³³. En effet, dans le cas où l'enfant est correctement informé par ses parents et décide d'exercer son droit d'être entendu par le juge, la procédure devient alors judiciaire, sans que les parents ne puissent refuser ce changement.

¹³¹ MALLEAVEY (Blandine), « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *LPA*, 2017, n°129, p.6.

¹³² DELESALLE (Benoît) – GESSEY (Nathalie), « Le notaire au cœur de nouveaux dispositifs », *Deffrénois* 2017, n°127^e, p.11.

¹³³ FERRE-ANDRE (Sylvie), « Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 novembre 2016 », *Deffrénois*, 2017, n°02, p.125.

84. Cette demande d'audition de l'enfant mineur peut être effectuée à tout moment jusqu'au dépôt de la convention de divorce de ses parents au rang des minutes d'un notaire. Les époux ont alors pour obligation de saisir le juge d'une requête conjointe. Cette dernière aura pour effet de soumettre à son approbation la convention qui règle les conséquences de leur divorce¹³⁴, dans des conditions identiques à celles qui s'appliquaient à tous les divorces par consentement mutuel avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016.

La nouveauté cependant, apportée par le décret du 28 décembre 2016, consiste à ce que, en application de l'article 1091 du code de procédure civile, la requête adressée par les époux au juge aux affaires familiales doit, à peine d'irrecevabilité, comprendre en annexe le formulaire d'information de l'enfant mineur daté et signé par celui-ci et par lequel il a demandé à être entendu. Dans ce cas, d'après l'article 1092 alinéa 2 du Code de procédure civile, le juge peut refuser de l'entendre s'il estime que le mineur n'est pas capable de discernement ; ou alors procéder à son audition.

85. La possibilité qui est laissée à l'enfant de pouvoir demander une audition au juge, fait peser sur lui une lourde responsabilité.

b) La lourde responsabilité pesant sur l'enfant

86. Le choix laissé à l'enfant d'être auditionné entraînant la judiciarisation du divorce de ses parents, fait indéniablement peser une lourde responsabilité sur ce dernier. De nombreux auteurs se sont insurgés contre ce dispositif. En effet, Claude Brenner et Jacques Combret estiment que le problème réside dans le fait que le dispositif imposé par la loi contraint l'enfant à faire un choix et « prendre parti sur le divorce de ses parents et à contrarier leur plan pour pouvoir être entendu alors que la prise en considération de son intérêt supérieur est censée être un guide incontournable de la législation moderne organisant les procédures le concernant »¹³⁵. C'est donc l'enfant qui a la possibilité de choisir la tournure que prendra le divorce de ses parents. Plusieurs auteurs se sont interrogés sur le fait de savoir si l'enfant

¹³⁴ Art. 230 C. Civ et art. 1148-2 CPC.

¹³⁵ BRENNER (Claude) – COMBRET (Jacques), « Divorce par consentement mutuel déjudiciarisé. – Aspects pratiques », Fascicule 45, *Jurisclasseur Divorce*, Octobre 2018.

n'était pas mis « dans une position impossible »¹³⁶. Quel enfant aura réellement conscience des conséquences que son choix d'audition pourrait impliquer ? A cet égard, Sophie Prétot se demande « comment peut-on espérer que l'enfant discerne librement l'utilité d'une judiciarisation de la procédure de divorce de ses parents, tant les conséquences de sa demande seront lourdes pour ces derniers ? »¹³⁷. D'ailleurs, l'auteur met en avant le fait que dans le divorce pour faute, le législateur a pris le parti de toujours tenir l'enfant à l'écart de la procédure de divorce de ses parents, afin que celle-ci ne vienne pas l'impacter directement. La question de savoir pourquoi le législateur a fait ce choix du « tout ou rien » au sein du nouveau divorce par consentement mutuel peut alors légitimement se poser¹³⁸.

87. De plus, d'après Philippe Buratti, il apparaît « dangereux de trop responsabiliser l'enfant »¹³⁹. Comme il avait été rappelé lors de la huitième conférence des familles, il faut laisser à l'enfant « le droit d'être un enfant avec la légèreté, l'insouciance, l'irresponsabilité qui sont ses droits d'être un enfant »¹⁴⁰. L'auteur recommande également aux père et mère de prendre leur responsabilité mais de ne pas se décharger sur leurs enfants. Il se demande s'il ne faudrait pas le protéger de toute responsabilité précoce. Les adultes peuvent en effet dans le cadre du divorce déjudiciarisé échapper à leur responsabilité en s'en remettant au choix de l'enfant ou à un formulaire, qui pourrait, pour certains, avoir des conséquences psychologiques graves. Ce formulaire en effet, destiné à chaque enfant mineur, mentionne le droit de demander à être entendu et les conséquences du choix sur les poursuites de la procédure, notamment le fait que la procédure deviendra judiciaire. Pour cet auteur, il aurait été utile d'inclure dans les textes un droit au silence, qui permettrait à l'enfant de ne pas avoir à faire un choix entre l'un de ses deux parents. Il faut laisser l'enfant le plus longtemps

¹³⁶ A cet égard, DELPERIER (Jean-Marie) – GOUËZEL (Antoine), LOZACHMEUR (Maryvonne) – MAITRE (Sophie), « Regards croisés sur quelques difficultés suscitées par la réforme », *Dr. Fam.*, n°9, septembre 2018 ; mais aussi FENOUILLET (Dominique), « Le divorce sans juge. Rapport de synthèse », *Dr. Fam.*, n°9, septembre 2018.

¹³⁷ PRETOT (Sophie), « L'enfant dans le nouveau divorce par consentement mutuel : danger et incohérence du droit positif », *RJPF*, n°4, 2017.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ BURATTI (Philippe), « Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Famille* 2017, p.30.

¹⁴⁰ *Ibid.*

possible sous la protection de ses deux parents en lui reconnaissant un droit, qui est celui d'être « un enfant insouciant »¹⁴¹.

88. Par ailleurs, Françoise Dekeuwer-Défossez ajoute que l'enfant « qui se risquerait à une telle initiative s'exposerait certainement à de véhéments reproches »¹⁴². En effet, l'on a déjà mentionné le fait que les parents pourraient culpabiliser leur enfant mineur d'avoir manifesté son souhait d'être entendu. Il convient de dire que ce risque de culpabilisation pourrait se trouver encore plus grand dans le cas où le juge accepte la demande d'audition du mineur et estime que les accords convenus par les époux au sujet des modalités d'exercice de l'autorité parentale ne préservent pas suffisamment l'intérêt des enfants mineurs. Alors dans ce cas, il refuserait d'homologuer la convention et le divorce ne serait pas prononcé.

89. Le système mis en place, qui place l'enfant « au cœur du divorce de ses parents, ce qui est difficile à comprendre et à admettre »¹⁴³, est donc dénoncé par de nombreux auteurs et professionnels. La protection de l'enfant est donc inadaptée ici.

90. Face à ce constat, certains auteurs ont formulé des propositions destinées à assurer la protection effective de l'enfant et à garantir le respect de ses droits.

Par exemple, Françoise Dekeweur-Défossez considère qu'il faudrait simplement soumettre la convention de divorce à l'homologation du juge en présence d'enfants mineurs¹⁴⁴.

Sylvie Ferré-André, quant à elle, pense qu'il serait plus « apaisant »¹⁴⁵ de déconnecter les modalités de la mise en œuvre de l'autorité parentale du reste de la convention. Elle propose alors un divorce « partiellement judiciairisé »¹⁴⁶ pour réduire le poids de la décision de l'enfant sur le choix des parents. Dans le même sens, le professeur Hugues Fulchiron estime également qu'il faudrait déconnecter les questions relatives aux époux et celles concernant les

¹⁴¹ BURATTI (Philippe), « Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Famille* 2017, p.30.

¹⁴² DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n°139.

¹⁴³ DAVID (Stéphane), « Chapitre 112 – Accord global sans juge : divorce par consentement mutuel extrajudiciaire », *Dalloz référence Droit et pratique du divorce*, 2018-2019.

¹⁴⁴ DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n°139.

¹⁴⁵ FERRE-ANDRE (Sylvie), « Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 novembre 2016 », *Defrénois*, 2017, n°02, p.125.

¹⁴⁶ FERRE-ANDRE (Sylvie), « Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 novembre 2016 », *Defrénois*, 2017, n°02, p.125.

enfants afin que leurs intérêts soient protégés. Pour cela, la solution la plus protectrice de l'enfant mineur serait de prévoir qu'en présence d'enfants mineurs, les dispositions prévues par les parents doivent faire l'objet d'une convention soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales. De cette manière, tous les couples qui divorcent seraient traités de la même manière pour leurs problèmes de couple ; et tous les parents qui divorcent seraient traités de la même manière pour les questions relatives à leurs enfants mineurs. Ainsi, cela permettrait de respecter les droits de l'enfant en donnant au juge le soin de remplir sa mission de protection de l'enfant et par conséquent « éviter les dérives éventuelles des arrangements parentaux »¹⁴⁷.

91. Enfin, il est important de souligner que si l'on s'attarde quelques instants sur l'étude du droit comparé, il est possible se rendre compte que les systèmes juridiques qui connaissent le divorce contractuel prévoient cependant des règles particulières en présence d'un enfant mineur. Par exemple, le juge est maintenu en Espagne. En Italie ou encore au Portugal, le ministère public doit contrôler la convention ; ou encore en Norvège, l'audition du mineur est obligatoire¹⁴⁸. Le choix du législateur français est donc un choix délibéré.

92. Cependant, l'enfant mineur qui souhaiterait être auditionné par un juge n'est pas garanti de voir sa demande aboutir. En effet, cette demande d'audition est soumise à l'acceptation du juge.

2) Une demande d'audition soumise à l'acceptation du juge

93. La demande d'audition faite par l'enfant mineur est susceptible d'entraîner un refus de la part du juge, bien que ce dernier soit discutable (a). Elle ne prendra effet qu'en cas d'acceptation par le juge de cette demande. Cette acceptation est cependant risquée pour l'enfant (b).

a) Le refus discutable de la demande d'audition

94. Tout d'abord, il est nécessaire de rappeler que seul l'enfant doté de discernement pourra faire une demande d'audition. Ainsi, le jeune enfant et l'enfant porteur d'un handicap,

¹⁴⁷ FULCHIRON (Hugues), « L'enfant dans le divorce sans juge », *Dr. Fam.* n° 7-8, Juillet 2016, dossier 31.

¹⁴⁸ SAINT-PERN (Laure), « Le divorce sans juge en droit comparé », *Dr. Fam.*, n°9, Septembre 2018, dossier 22.

« n'appellent jamais l'intervention du juge »¹⁴⁹. Cela peut déjà paraître discutable. En effet, ces enfants sont pourtant les enfants les plus fragiles et par conséquent, ils mériteraient une protection encore plus grande que les enfants capables de discernement.

95. Par ailleurs, il peut paraître incohérent que le juge puisse décider de refuser d'entendre le mineur qui souhaite être auditionné, s'il estime qu'il n'est pas capable de discernement. En effet, comme il a été déjà énoncé, l'article 1092 alinéa 2 du Code de procédure civile accorde au juge la possibilité de refuser d'entendre l'enfant s'il estime que le mineur n'est pas capable de discernement. Cet article prévoit que le refus d'audition obéit aux conditions des articles 338-4 et 338-5 du Code de procédure civile. Le mineur et les parties sont avisés de la décision du juge par tout moyen, les motifs sont mentionnés dans la décision sur le fond, et surtout, le rejet de la demande d'audition n'est susceptible d'aucun recours. Il aurait très bien pu être prévu que si le juge refusait d'entendre l'enfant mineur du fait de son absence de discernement, les époux pourraient quand même emprunter la voie du nouveau divorce par consentement mutuel extrajudiciaire. Mais dans l'objectif d'éviter toute pression parentale sur l'enfant pour lui imposer de renoncer à sa demande d'audition, le décret du 28 décembre 2016 a appliqué à la suite de la procédure des règles similaires, que le juge aux affaires familiales ait accepté ou non de procéder à l'audition du mineur. En effet, dans les deux cas, le juge convoque chacun des époux en vue de leur audition, puis la procédure se poursuit selon les modalités qui s'appliquaient à tous les divorces par consentement mutuel avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016.

96. Cette possibilité dont dispose le juge de refuser l'audition du mineur soulève des difficultés. En effet, il est légitime selon Blandine Malleavey de se demander comment le juge qui n'a encore jamais vu l'enfant peut estimer qu'il n'est pas doté d'un discernement suffisant alors même que ses parents ont estimé l'inverse pour l'informer de son droit d'expression en justice ? Il paraît donc discutable selon l'auteur que le juge puisse disposer de ce pouvoir de refus, sachant que l'enfant informé des conséquences de sa demande d'audition,

¹⁴⁹ PRETOT (Sophie), « L'enfant dans le nouveau divorce par consentement mutuel : danger et incohérence du droit positif », *RJPF*, n°4, 2017.

semble bien démontrer qu'il a « quelque chose à exprimer qui aurait à tout le moins mérité d'être écouté par le magistrat »¹⁵⁰.

97. De plus, si jamais le juge autorise la demande d'audition de l'enfant mineur, il est possible d'affirmer que cette acceptation est risquée pour le juge mais aussi pour l'enfant.

b) L'acceptation risquée de l'audition de l'enfant mineur

98. Si le juge estime que le mineur est capable de discernement, il procède à son audition. Comment se déroule-t-elle ? D'après l'article 1092 alinéa 2 du Code de procédure civile, l'audition est réalisée dans les conditions du titre IX bis du livre 1^{er} du Code de procédure civile, qui est relatif à l'audition de l'enfant en justice. Il y est précisé que l'enfant peut choisir d'être entendu seul ou accompagné d'une personne de son choix, qui peut être un avocat qu'il choisit lui-même ou bien que le bâtonnier désigne sur requête du juge¹⁵¹.

Le professeur Blandine Malleavey considère qu'il est regrettable que le formulaire destiné à l'information du mineur sur son droit à être entendu n'apporte pas la précision que, dans le cas où le mineur prend la décision de se faire assister d'un avocat pour son audition, ce dernier sera rémunéré au titre de l'aide juridictionnelle. En effet, selon l'auteur, le fait de savoir que ses parents n'auraient pas à assumer la charge des honoraires d'un avocat « pourrait avoir une influence non négligeable dans la décision du mineur de solliciter ou non son audition en justice »¹⁵².

Le juge peut également décider de déléguer l'audition à un tiers qui a déjà exercé ou exerce une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique. Il sera rendu compte de l'audition du mineur à ses parents, dans le respect de l'intérêt de l'enfant et le principe du contradictoire.

99. Cependant, le juge prend un risque en acceptant l'audition du mineur. Il existe en effet un risque que l'enfant ait été victime de manipulation parentale, et par conséquent ne soit plus maître de ses sentiments. Il aura subi tellement de pression de la part de l'un de ses

¹⁵⁰ MALLEAVEY (Blandine), « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *LPA*, 2017, n°129, p.6.

¹⁵¹ Art. 338-7 CPC.

¹⁵² MALLEAVEY (Blandine), « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *LPA*, 2017, n°129, p.6.

parents, ou des deux qu'il n'osera plus parler devant le juge. Dans le cas où un seul des parents l'a manipulé, il n'exprimera pas sa volonté mais celle du parent.

Cette instrumentalisation¹⁵³, provenant d'un parent ou des deux, est fortement susceptible de troubler l'enfant, qui aura alors des difficultés à mettre des mots sur ses émotions et sera perdu dans ses sentiments. Sa parole sera fragilisée et incertaine. Dans ces circonstances, le juge entendra l'enfant mais ses propos n'auront pas une grande valeur. En effet, le principe de l'audition est d'obtenir l'opinion de l'enfant mais le juge n'est dans aucun cas obligé de la suivre. Par conséquent, dans ce cas, l'audition aura induit une réelle pression psychologique sur l'enfant, voire été traumatisante pour lui, pour au final n'avoir aucune utilité. A cet égard, Stéphane David affirme que l'on peut « regretter que la parole de l'enfant ait un tel impact »¹⁵⁴. On imagine facilement que rendre l'enfant responsable du basculement du divorce de ses parents puisse être traumatisant pour lui et combien cela est susceptible de « peser sur son équilibre, son bon développement et son bien être »¹⁵⁵.

100. Par ailleurs, l'enfant prend également un risque en étant auditionné : il prend le risque d'entrer en conflit avec l'un de ses parents, voire les deux. De plus, la parole de l'enfant a un enjeu supplémentaire lorsqu'il fait partie d'une fratrie car tous les enfants du couple ne sont pas nécessairement auditionnés. La parole retenue risque d'avoir une incidence sur les frères et sœurs. Il a été admis que le juge peut décider d'utiliser la parole d'un enfant afin de le généraliser à l'ensemble de la fratrie. L'enfant est donc le porte-parole du reste de la famille. Il existe donc ici un risque de conflit intrafamilial si les autres enfants ont renoncé à leur demande d'audition ou que l'on leur a refusée et qu'ils ne sont pas d'accord avec ce qui a été dit.

¹⁵³ v. supra. p. 26.

¹⁵⁴ DAVID (Stéphane), « Chapitre 112 – Accord global sans juge : divorce par consentement mutuel extrajudiciaire », *Dalloz référence Droit et pratique du divorce*, 2018-2019.

¹⁵⁵ *Ibid.*

CONCLUSION

101. Le divorce par consentement mutuel conventionnel, mis en place par la loi du 18 novembre 2016, se trouve être en contrariété avec les dispositions de l'article 3-1 de la Convention Internationale des droits de l'enfant, qui énonce que l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale.

102. L'enfant ne bénéficie plus de la protection du juge, traditionnellement présent pour veiller au respect de son intérêt, par le biais de l'homologation judiciaire de la convention de divorce. L'intérêt de l'enfant est entièrement dévolu aux parents et le couple est libre d'organiser les modalités d'exercice de l'autorité parentale comme il l'entend. Cela entraîne d'importants risques de manipulation et d'instrumentalisation de l'enfant relativement à son droit d'être entendu par le juge.

103. Par ailleurs, la tentative de protection de l'intérêt de l'enfant mise en place, qui prévoit que le mineur peut demander à être entendu par le juge aux affaires familiales, qui aurait pour conséquence de judiciariser le divorce, fait peser sur l'enfant une « responsabilité écrasante »¹⁵⁶. L'enfant peut donc se sentir contraint d'être réduit au silence, ou bien d'être entendu en justice mais dans ce dernier cas, il prend le risque, si sa demande est acceptée par le juge, d'être culpabilisé par ses parents et même éventuellement par sa fratrie.

104. L'intérêt de l'enfant se trouve donc « fatalement méprisé »¹⁵⁷ par le divorce par consentement mutuel conventionnel.

¹⁵⁶ MALLEAVEY (Blandine), « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *LPA*, 2017, n°129, p.6.

¹⁵⁷ *Ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

- **Ouvrages généraux :**

CARBONNIER (Jean), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996.

CARBONNIER (Jean), *Droit civil. Tome II, La famille, l'enfant, le couple*. 21^{ème} éd., PUF, 2002.

CARBONNIER (Jean), *Droit civil. Tome I, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige, 2004, n°409.

Von JHERING (Rudolf), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Tome IV, A. Marescq, 1878.

- **Ouvrages spéciaux :**

BINET (Jean-René), « Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle – Le divorce par consentement mutuel sans juge : propos liminaires », *Droit de la famille n°1*, janvier 2017, dossier 2. (Jurisclasseur Lexisnexus)

BONNET (Vincent) – GOUTTENOIRE (Adeline), « Divorce : procédure », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, juillet 2017.

BRENNER (Claude) – COMBRET (Jacques), « Divorce par consentement mutuel déjudiciarisé. – Aspects pratiques », Fascicule 45, *Jurisclasseur Divorce*, Octobre 2018.

BRUNETTI-PONS (Clotilde), « Un divorce « sans juge » pour un droit « déréglé » », *Droit de la famille – Revue mensuelle Lexisnexus jurisclasseur*, juillet-août 2016, dossier 28.

DELPERIER (Jean-Marie) – GOUËZEL (Antoine), LOZACHMEUR (Maryvonne) – MAITRE (Sophie), « Regards croisés sur quelques difficultés suscitées par la réforme », *Droit de la famille n°9*, septembre 2018.

DAVID (Stéphane), « Chapitre 112 – Accord global sans juge : divorce par consentement mutuel extrajudiciaire », *Dalloz référence Droit et pratique du divorce*, 2018-2019.

DAVID (Stéphane) – CLAUDON (Jean-Pierre), « Chapitre 03 – Evolution de la législation du divorce ; Section 4 – Instauration d'un divorce par consentement mutuel extrajudiciaire : la loi du 18 novembre 2016 », *Dalloz référence Droit et pratique du divorce*, 2018-2019.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise) (sous la dir.), « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », *La Documentation française*, Collection des rapports officiels, Décembre 1999.

DELMAS-GOYON (Pierre), « Le juge du XXI^e siècle – Un citoyen acteur, une équipe de justice », rapport à la garde des Sceaux, ministre de la Justice, décembre 2013.

DISSAUX (Nicolas), « Divorce : cas de divorce – Chapitre 1^{er} : Consentement mutuel contresigné par un avocat », *Répertoire de droit civil*, Avril 2017.

FENOUILLET (Dominique), « Le divorce sans juge. Rapport de synthèse », *Droit de la famille n°9*, septembre 2018.

FRICERO (Nathalie) – DYMARSKI (Franck), « Le nouveau divorce extrajudiciaire par consentement mutuel », *Droit de la famille n°1*, Janvier 2017, dossier 3.

FULCHIRON (Hugues), « L'enfant dans le divorce sans juge », *Droit de la famille n° 7-8*, Juillet 2016, dossier 31.

FULCHIRON (Hugues), « Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après ? (Observations sur l'après divorce sans juge) », *Droit de la famille – Revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*, Janvier 2017.

GUINCHARD (Serge), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *La Documentation française*, Collection des rapports officiels, 2008.

MARIA (Ingrid) – SALVAGE-GEREST (Pascale), « Minorité », Synthèse 170 : Minorité, *Jurisclasseur Civil Code*, Octobre 2018.

SAINT-PERN (Laure), « Le divorce sans juge en droit comparé », *Droit de la famille n°9*, Septembre 2018, dossier 22.

- **Articles :**

BAILLON-WIRTZ (Nathalie), « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », *JCP G* 2016, n° 23, 643.

BELDA (Jean-Benoist), « Promesses et désillusions de la contractualisation du divorce », *Revue Lamy Droit civil*, n°159, 2018.

BOICHE (Alexandre), « Divorce 229-1 : aspect de droit international privé et européen - La France, nouveau Las Vegas du divorce ? », *AJ Famille*, 2017, p.57

BOICHE (Alexandre) –ESKENAZI (Delphine) – MEIER-BOURDEAU (Alice) – NOURISSAT (Cyril) –THUAN dit DIEUDONNE (Grégory), « Divorce par consentement mutuel : plainte contre la France ! », *AJ Famille*, 2017, p. 266.

BRUNETTI-PONS (Clotilde), « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *Revue Lamy Droit civil*, n°87, novembre 2011.

BURATTI (Philippe), « Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Famille* 2017, p.30.

CASEY (Jérôme), « Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une réforme en clair-obscur », *AJ Famille*, 2017, p.14.

CATHELINÉAU-ROULAUD (Anne), « Le nouveau divorce sans juge », *Les Petites affiches*, 2017, n°250, p.10.

COUZIGOU-SUHAS (Nathalie), « Réflexions pratiques sur le divorce sans juge », *Deffrénois* 2017, n°02, p.131.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Un divorce sans juge ? », *Revue Lamy Droit Civil* 2016, n°139.

DELESALLE (Benoît) – GESSEY (Nathalie), « Le notaire au cœur de nouveaux dispositifs », *Deffrénois* 2017, n°127^e, p.11.

EGEA (Vincent), « La liberté contractuelle renforcée par le recul de l'homologation judiciaire ? », *Constitutions* 2017, p.97.

FENOUILLET (Dominique), « Le divorce sans juge », *Recueil Dalloz* 2016, p.1424.

FERRE-ANDRE (Sylvie), « Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 novembre 2016 », *Deffrénois*, 2017, n°02, p.125.

FLEURIOT (Caroline), « Imbroglia autour du rôle du notaire dans le divorce sans juge – Questions-Réponses du ministère de la justice », *Dalloz Actualité*, 2017.

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

FULCHIRON (Hugues), « Etats généraux du droit de la famille – Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gazette du Palais* 2009, n°342, p.15.

GAUTIER (Joël), « 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 », *Les petites affiches*, 2016, n°232, p.7.

LIENHARD (Claude), « Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une révolution culturelle », *Recueil Dalloz* 2017, p.307.

LIENHARD (Claude), « Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l’avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel », *AJ Famille* 2017, p.40.

MALLEAVEY (Blandine), « L’intérêt de l’enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *Les petites affiches*, 2017, n°129, p.6.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (Stéphanie), « La contractualisation du droit de la famille », *RTD Civ.* 2016, p.773

PRETOT (Sophie), « L’enfant dans le nouveau divorce par consentement mutuel : danger et incohérence du droit positif », *Revue juridique Personnes et Famille*, n°4, 2017.

SAINT-PERN (Laure), « La prise en compte de l’intérêt de l’enfant dans le divorce sans juge », *Revue juridique Personnes et Famille*, n°7-8, 2018.

- **Textes normatifs :**

Loi n°2007-293, du 5 mars 2007.

Loi n°2016-1547, JO n°0269, du 18 novembre 2016.

Décret n° 2016-1907, du 28 décembre 2016.

Règlement dit Bruxelles II bis, (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003.

Convention Internationale relative aux droits de l’enfant de New York du 20 novembre 1989.

- **Décisions :**

Cons.const., 17 novembre 2016, n°2016-739 DC