

Divorces reposant sur un consentement

Le divorce par consentement mutuel ancienne et nouvelle formule

Le divorce par consentement mutuel peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce. La liquidation du régime matrimonial est réalisée obligatoirement dans la procédure de divorce et ou un seul avocat peut être pris par les deux époux.

Depuis le 1er janvier 2017 une nouvelle forme de divorce par consentement mutuel a vu le jour. Désormais le recours au juge ne sera plus qu'exceptionnel dans ce cadre, et uniquement quand il y aura un enfant qui fera la demande d'être entendu par le juge. Sinon le divorce se déroulera sans aucun passage devant le juge. Le divorce par consentement mutuel nouvelle formule consiste pour l'essentiel en un acte d'avocat contresigné par les parties, et enregistré par un notaire. Précision importante : chaque partie doit obligatoirement avoir son avocat.

Les époux peuvent librement organiser la liquidation de leur régime matrimonial et le versement d'une éventuelle prestation compensatoire.

Les décisions des époux quant aux biens, quant au divorce lui même, sont irrévocables. Avec cette nuance toutefois pour les biens qu'une dissimulation par un des époux n'est pas sans conséquence, et aussi pour ce qui concerne les mesures pour les enfants qui peuvent toujours être modifiées en cas de changement des situations

Remarque : les époux engagés dans une procédure contentieuse peuvent, à tout moment d'une quelconque autre procédure de divorce, demander au juge de convertir la procédure en divorce engagée en procédure de divorce par consentement mutuel. (*Code civil*, art. 247).

Le nouveau divorce par consentement mutuel

Article 229 nouvel alinéa 1 :

« Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire. »

À compter du 1er janvier 2017, le divorce par consentement mutuel sera constaté par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire. La convention de divorce ne sera plus homologuée par un juge.

- **Présence obligatoire de deux avocats**

Chaque partie doit nécessairement être assistée de son avocat qui contresigne la convention. Les avocats sont tenus de s'assurer du plein consentement, libre et éclairé, de l'époux qu'ils assistent mais aussi de l'équilibre de la convention et de ce qu'elle préserve les intérêts de leur client.

La convention doit contenir les éléments requis par la loi et ne peut contrevenir à l'ordre public.

Les enfants doivent avoir été informés par les parents de leur droit à être entendus. Les avocats des parties s'assurent de l'effectivité de ce droit. Mais si l'enfant n'a pas de discernement, ce que les parents titulaires de l'autorité parentale sont le plus à même d'apprécier, et notamment lorsqu'il s'agit d'un enfant en bas-âge, la convention doit indiquer que c'est pour cette raison que l'information n'a pas été donnée (article 1144-2 CPC).

- **Les travaux préparatoires à la convention**

Les pièces suivantes sont nécessaires: pièce d'identité en cours de validité, livret de famille, copie intégrale datant de moins de trois mois de l'acte de mariage, des actes de naissance des époux et des enfants du couple, contrat de mariage s'il en existe un, justificatif de domicile, justificatif des ressources et charges de chaque partie (avis d'imposition, etc.), déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie prévue à l'article 272 du code civil dans le cadre de la fixation d'une prestation compensatoire, etc.

Comme tout contrat, la convention de divorce peut être remise en cause sur le fondement des actions propres au droit des contrats, et notamment les actions en nullité. Les articles 1112 et 1112-1 du code civil lui sont également applicables et obligent les parties à négocier de bonne foi et à une parfaite loyauté et transparence sur les informations échangées. Cette phase de négociation précontractuelle est donc essentielle pour la sécurité juridique de l'acte. Elle est également la preuve de l'accompagnement de l'avocat dans l'élaboration de l'acte.

- **Un délai de réflexion de 15 jours**

Aux termes du nouvel article 229-4 du code civil,

« L'avocat adresse à l'époux qu'il assiste, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un projet de convention, qui ne peut être signé, à peine de nullité, avant l'expiration d'un délai de réflexion d'une durée de quinze jours à compter de la réception ».

- **Dans un délai de 7 jours suivant la signature de la convention**

La convention de divorce, le cas échéant accompagnée du formulaire d'information complété par le (ou les) mineur(s), est transmise, à la requête des parties, par l'avocat le plus diligent au notaire, aux fins de dépôt au rang de ses minutes, dans un délai de sept jours suivant la date de la signature de la convention (Art. 1146 alinéa 1 du CPC).

Le législateur a donc fait œuvre de simplification. Toutefois il y a deux limites : tout d'abord lorsqu'un enfant au moins demande à être entendu, ce qui dans un certain nombre de cas sera assez probablement téléguidé, le divorce ne peut avoir lieu que devant un juge, et en second lieu il peut se trouver qu'en raison de l'implication d'autres droits étranger cette forme de divorce soit sinon impossible du moins extrêmement complexe. En un tel cas il vaudra mieux recourir à une forme contentieuse du divorce, de sorte que les questions délicates d'application de la loi étrangère ne puissent faire obstacle. Il est en effet particulièrement recommandé de s'accorder sur l'essentiel et de laisser le juge trancher de toutes les difficultés.

Le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage

C'est l'ancien divorce sur demande acceptée, ou divorce sur « double aveu ». Contrairement au divorce par consentement mutuel, il implique que les époux soient d'accord seulement sur le principe du divorce mais pas obligatoirement sur ses conséquences. L'accord sur la liquidation du régime matrimonial n'est pas, comme pour le consentement mutuel, une condition au prononcé du divorce.

Code civil, art. 233

Il n'est nul besoin d'invoquer des faits rendant le maintien de la vie commune intolérable. L'époux défendeur n'aura même pas à reconnaître ces faits. Il suffit simplement au couple de constater objectivement la rupture du mariage.

Il est possible de choisir ce divorce même lorsqu'une procédure pour faute ou pour altération définitive du lien conjugal a été engagée.

Code civil, art. 247-1

Ce divorce constitue une alternative au divorce par consentement mutuel : ces deux cas de divorce reposent sur un accord des époux mais ici cet accord ne concerne que le principe du divorce, l'accord des époux n'allant pas jusqu'à envisager le règlement de toutes les conséquences de la rupture. Contrairement au divorce par consentement mutuel, il n'est pas possible pour le couple de ne prendre qu'un avocat.

L'avantage, par rapport aux autres cas de divorce, est celle d'une double reconnaissance par les conjoints de la rupture de leur union, sans reconnaissance de culpabilité dans cette rupture, ni par l'un ni par l'autre. Il n'y a pas non plus de condition de durée de la séparation de fait.

L'inconvénient essentiel - pour les indécis - consiste dans le fait qu'il n'est plus possible de changer d'avis après l'audience de conciliation.