

PREMIÈRE PARTIE
LE PÉRIMÈTRE DE L'INTERVENTION DU JUGE

REMETTRE LE JUGE
AU CŒUR DE SON ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE

INTRODUCTION

Remettre le juge au cœur de son activité juridictionnelle, c'est alléger ses fonctions d'un certain nombre de tâches qui n'entrent pas directement dans l'exercice de cette activité, aux fins qu'il puisse disposer de plus de temps pour se concentrer sur sa mission première qui est de dire le droit, tant au contentieux qu'en matière gracieuse. Et si cette mission demande du temps, c'est parce qu'elle suppose, pour l'essentiel, que le juge lise (les écritures des parties par exemple, mais pas uniquement, il y a aussi la nécessaire mise à jour permanente de ses connaissances), écoute et dialogue avec les parties ou leurs avocats, réfléchisse à la solution qu'il envisage et à toutes ses conséquences et, enfin, rédige et motive son jugement.

En évoquant ce besoin de temps, on pense immédiatement à ce que l'on appelle un peu vite, mais d'un mot commode, la « déjudiciarisation ». Outre qu'il faut s'entendre sur le sens et la portée de celle-ci, la recherche d'un gain de temps ne se réduit pas à elle. On ne peut pas tout ramener encore et toujours au temps à gagner en matière de justice ; parce qu'elle est porteuse de sens, la mission du juge s'apprécie aussi par rapport à d'autres critères, entre autres les valeurs qui fondent le lien social et la réponse aux besoins exprimés par les justiciables.

1) En effet, revoir le périmètre d'intervention du juge en le remettant au cœur de son activité juridictionnelle, c'est aussi l'aider et l'assister dans l'exercice de celle-ci, c'est privilégier, en amont de son intervention, des phases d'écoute ou de dialogue, pas nécessairement avec lui (pas non plus sans lui), de conciliation ou de médiation ou encore, de procédure participative de négociation assistée par avocat, procédure nouvelle que la commission propose d'intégrer dans le Code de procédure civile. C'est aussi l'entourer d'une équipe de collaborateurs, d'auxiliaires, des actuels assistants de justice, au futur « greffier juridictionnel », tel que le connaissent les droits allemand et autrichien dans l'institution du *Rechtspfleger*. Le juge redevient ainsi un « décideur judiciaire »¹, à la tête et au cœur d'une équipe qu'il anime et qui l'aide et l'assiste dans l'exercice de sa mission juridictionnelle. Le juge, même unique, ne doit pas être un juge isolé.

Le troisième titre de cette partie sera consacré à cet aspect de l'allègement des tâches du juge par son rôle de décideur judiciaire au sein d'une équipe qu'il anime, aspect sans doute moins spectaculaire que des mesures de déjudiciarisation, mais générateur, à long terme, d'évolutions positives, de gain de temps et de qualité de la justice rendue.

2) Pour ce qui est de la déjudiciarisation, il y a en réalité plusieurs manières de concevoir celle-ci, pas seulement dans un souci académique de précision terminologique, mais pour, dans chaque hypothèse, trouver ou non la raison à l'intervention du juge et s'interroger ensuite sur son maintien.

En effet, beaucoup des personnes auditionnées ou consultées, ont mis en garde la commission contre les risques d'une politique systématique de déjudiciarisation, sans réflexion préalable sur le pourquoi et le comment de l'intervention du juge. Ainsi, au cours de son audition, Monsieur le Premier Président Jean-Claude Magendie relève que « la déjudiciarisation serait (...) de nature à constituer une régression de l'État de droit, en particulier pour des contentieux traitant de droits inaliénables » ou encore que « la voie de la déjudiciarisation est inappropriée dans la mesure où elle priverait le

¹ Expression de M. Jacques Degrandi, président du TGI Paris.

justiciable des garanties présidant à l'office du juge qui a un rôle protecteur, notamment des plus faibles ». La voie de la déjudiciarisation, entendue comme un simple allègement des charges pesant sur les juridictions, serait, dès lors, vouée à l'échec tant elle heurterait les fondements républicains de notre société. Il revient à la commission, dont c'est la mission, de rechercher ces valeurs, ces fondements pour expertiser toutes les évolutions en la matière. Sans oublier non plus, que la dénonciation de l'explosion contentieuse et de la judiciarisation de la société, à laquelle maints rapports se sont consacrés, trouve parfois ses racines, non pas dans l'attitude des justiciables qui iraient de manière plus ou moins justifiée vers le juge, mais dans un nombre important de contentieux, que Mme Evelyne Serverin qualifie d' « actions nécessaires » – par opposition, notamment, aux « actions contingentes » résultant de l'exigence de la loi, qu'il s'agisse de protéger des tiers ou d'assurer l'effectivité de l'application de dispositions d'ordre public¹.

La déjudiciarisation « est une notion ambiguë où se mêlent des réalités distinctes relevant tantôt de la simple déformalisation, tantôt de la déjuridictionnalisation, tantôt de la déjudiciarisation stricto sensu »². Au sens littéral, déjudiciariser, c'est sortir du palais de justice, du périmètre de la justice, une activité jusqu'ici confiée au juge. L'exemple du divorce par consentement mutuel est révélateur de l'ambiguïté de la notion de déjudiciarisation : appliquée à un simple allègement de la procédure devant le juge, elle signifie *déformalisation*, le divorce conservant son caractère gracieux (donc juridictionnel et judiciaire) ; transférer ce divorce au greffier-en-chef, c'est le *déjuridictionnaliser* mais il resterait judiciaire ; le confier au notaire ou à l'officier d'état civil, c'est le déjudiciariser³.

C'est sous ce double regard de la portée exacte de la « déjudiciarisation » envisagée et du respect des fondements républicains de notre société (notamment la mesure de l'effectivité du droit à un juge et la nature de nos institutions), que la commission propose des mesures de recentrage du juge sur le cœur de son activité juridictionnelle, tant en matière pénale qu'en matière civile. La déjudiciarisation passe également par le renforcement du rôle joué par les différents intervenants en matière judiciaire.

C'est pourquoi, il sera successivement envisagé :

Titre 1 – Les déjudiciarisations civiles

Titre 2 – Les déjudiciarisations pénales

Titre 3 – Un juge décideur au cœur d'une équipe

¹ Contribution écrite aux travaux de la commission.

² L. Cadiet, lors de son audition par la commission et qui cite A. Jeammaud, *V° Judiciarisation / Déjudiciarisation*, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

³ Exemple donné par L. Cadiet, préc.

TITRE 1 – LES DÉJUDICIARISATIONS EN MATIÈRE CIVILE

Comme il vient d'être indiqué, un audit des « actions nécessaires » demeure incontournable pour apprécier l'opportunité et la plus-value de l'intervention judiciaire, en prenant soin de rechercher si l'exigence d'une telle intervention demeure en phase avec l'évolution des valeurs fondamentales de la société.

Cette démarche a conduit la commission à suggérer à l'avenir une prise en compte systématique, dans l'élaboration des lois et règlements, des conséquences judiciaires résultant des réformes envisagées, à l'effet de s'assurer que la judiciarisation induite par une réforme repose bien sur la nécessité d'un recours à une autorité judiciaire. À cet égard, les techniques de rédaction des normes législatives et réglementaires gagneraient à être revues, dans le sens d'une énonciation de critères précis et opérationnels, à destination des usagers autant que des juges, pour permettre à chacun de se saisir du droit pour régler un litige autrement que par le recours au juge. Ainsi, le Professeur Philippe Théry concluait-il son intervention devant la commission en relevant que les « notions cadres » qui ont caractérisé les grandes réformes civiles des années soixante s'adressaient nécessairement plus à la raison du juge qu'aux usagers eux-mêmes.

S'il n'est pas pensable d'écarter des notions cadres aussi fondamentales que, par exemple, l'intérêt de l'enfant ou la bonne foi contractuelle, la déjudiciarisation passera nécessairement par la mise à disposition d'« outils » manipulables par les usagers eux-mêmes, le cas échéant avec l'aide de tiers (avocats, médiateurs, conciliateurs), ce qui sera, au surplus, en parfaite adéquation avec le besoin de responsabilisation exprimé par les acteurs de la société civile, ainsi que le relevait M. Antoine Garapon au cours de son audition. Celui-ci appelait ainsi de ses vœux le développement de barèmes, qui permettraient tout à la fois une appropriation par les usagers de la résolution de leurs litiges et une prévisibilité des décisions rendues par la justice. La commission préconise le développement de tels barèmes, pour ces deux motifs de responsabilisation et de prévisibilité (cf. *infra*, seconde partie, titre 3) ; elle relève que la mise en place de barèmes largement diffusés, de nature indicative, pourra entraîner une forte diminution du recours à la justice. Cette mesure doit pour cela s'accompagner du développement des processus amiables de règlement des différends, en amont de l'intervention judiciaire (cf. *infra*, titre 3), et d'un allègement des procédures d'homologation des accords.

Cet audit, auquel s'est livrée la commission, a permis de relever que de nombreuses actions en justice, imposées par la loi, présentaient un caractère inutile voire artificiel, permettant ainsi d'envisager leur déjudiciarisation, sans porter atteinte à la protection des droits objectifs ou des intérêts subjectifs (*Chapitre 1*).

En revanche, la même démarche n'a pas permis de retenir la proposition avancée par certains de « déjudiciariser » la procédure de divorce par consentement mutuel, la commission proposant plutôt de retenir une procédure allégée (audience facultative) et de protéger les intérêts financiers des époux concernés par la régulation des honoraires des avocats (exigence d'une convention d'honoraires avec l'avocat choisi, préalablement à l'introduction de la demande ; publication de barèmes indicatifs), voire par une tarification imposée par l'État dans le respect de la directive services du 12 décembre 2006 (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 1 – LES DÉJUDICIARISATIONS CIVILES PROPOSÉES

L'audit mené par la commission a porté sur de nombreuses procédures, principalement en lien avec la matière familiale, propice à l'intervention judiciaire. Il a pu être identifié deux types de situations justifiant une déjudiciarisation :

- soit lorsque l'intervention du juge ou du greffier n'apporte pas de plus-value, le contentieux ayant un caractère artificiel ou le juge n'ayant qu'un rôle d'enregistrement (section 1^{re}),
- soit lorsque l'intervention du juge pourrait être allégée ou retardée (section 2).

SECTION 1 – La déjudiciarisation d'une intervention dénuée de plus-value

Cela concerne des hypothèses extrêmement nombreuses, mais qui, tantôt constituent un contentieux artificiel (§ 1), tantôt relèvent d'une activité notariale du juge, dont on doit se demander quelle est la raison d'être (§ 2).

Dans cet esprit, et bien que cela ne ressorte pas expressément d'une déjudiciarisation, la commission a pu relever, au cours de ses travaux, qu'un certain nombre de tâches assurées par les parquets des TGI apparaissaient superflues. Ainsi, en matière de déclaration d'ouverture et de transfert de débit de boissons, une déclaration doit être faite en mairie, suivie d'une autre auprès des services fiscaux, puis d'un contrôle du parquet. Or, le procureur de la République n'a pas la possibilité d'empêcher l'ouverture du débit de boissons. Il conviendrait plutôt que la préfecture effectue une action de contrôle dans le cadre de sa responsabilité de police administrative, avec la possibilité de refuser l'ouverture du débit de boissons. Cette solution serait en phase avec la possibilité de fermeture administrative en cas de trouble à l'ordre public, qui relève déjà du Préfet et peut être contestée devant le juge administratif.

§1 - Le contentieux « artificiel » : les actions conditionnant le droit à certaines allocations

Etat du droit. Le versement, à un parent et au-delà de 4 mois, de l'allocation de soutien familial et de l'allocation de parent isolé, est conditionné à l'introduction d'une procédure judiciaire à l'encontre de l'autre parent afin de faire fixer une pension alimentaire par le juge (articles L. 523-1 et R. 523-3 du Code de la sécurité sociale pour l'allocation de soutien familial et L. 524-4 et R. 524-24 pour l'allocation de parent isolé). Si le parent bénéficiaire n'engage aucune procédure, l'allocation de soutien familial est supprimée et l'allocation de parent isolé minorée du montant de l'allocation de soutien familial.

Problématique. En conséquence, les juges aux affaires familiales connaissent un nombre important de saisines dans le seul but de permettre le versement de l'allocation de soutien familial ou de l'allocation de parent isolé. Selon les juridictions, ce contentieux peut atteindre jusqu'à 30 % de l'activité des juges aux affaires familiales (hors divorce), cette charge étant préjudiciable au traitement des autres dossiers. Or, dans certains cas, ces saisines sont injustifiées, le débiteur étant hors d'état de faire face à ses obligations ou sans adresse connue. Les juges ne peuvent dès lors fixer une pension alimentaire.

Les articles R. 523-3 et R. 524-24 du Code de la sécurité sociale, dans leur rédaction actuelle, entraînent ainsi un contentieux artificiel pour deux raisons :

- D'une part, ils n'imposent pas à la caisse d'allocations familiales de vérifier la situation financière du débiteur préalablement à la saisine du juge aux affaires familiales, alors qu'une telle vérification permettrait d'éviter des saisines inutiles lorsque le débiteur est hors d'état de faire face à ses obligations, ce que la caisse d'allocations familiales est d'ailleurs bien souvent la mieux à même d'apprécier lorsque le débiteur est lui-même allocataire ;

- d'autre part, ces dispositions ne prévoient pas la situation du débiteur dont le domicile est inconnu, ce qui oblige la caisse d'allocations familiales à exiger la saisine du juge aux affaires familiales préalablement au versement des allocations de soutien familial ou de parent isolé, alors que, dans cette hypothèse, ce magistrat ne dispose d'aucun élément lui permettant de fixer l'obligation alimentaire ; ces saisines aboutissent nécessairement à des déboutés purs et simples de la demande.

Propositions de la commission. Il apparaît indispensable de modifier la rédaction des dispositions précitées afin de supprimer ces saisines inutiles du juge aux affaires familiales, qui contribuent à l'augmentation excessive du contentieux et dont le coût financier, par le biais de l'indemnisation de l'avocat au titre de l'aide juridictionnelle, est totalement disproportionné par rapport à l'économie poursuivie¹.

À cet effet, il est proposé de prévoir un contrôle, par les organismes débiteurs, de la situation d'impécuniosité du débiteur, afin de limiter la saisine du juge au seul cas où le débiteur défaillant est localisé et solvable.

Le juge ne sera ainsi amené à fixer le montant de l'obligation d'entretien que lorsque celle-ci sera véritablement recouvrable par la caisse d'allocations familiales.

Cette réforme implique une modification du Code de la sécurité sociale que la commission appelle vivement de ses vœux. Lors de son audition, la Caisse nationale d'allocations familiales, sensibilisée à cette problématique s'est montrée ouverte et a précisé que le développement des barèmes et de la médiation familiale seraient également de nature à éviter les saisines du juge aux affaires familiales. Ainsi, les caisses d'allocations familiales ont-elles déjà décidé que l'entrée dans le processus de médiation valait engagement d'une procédure, au sens des dispositions précitées, pour l'octroi de la prestation. Pour aller plus loin, la Caisse nationale d'allocations familiales propose la valorisation des accords amiables entre parents, ce qui rejoint l'une des propositions de la commission (cf. *infra*, Seconde partie, Titre 3).

§2 - L'activité « notariale » ou administrative des juridictions

Les juridictions se sont vu confier de nombreuses attributions qui ne relèvent pas, à proprement parler, de missions juridictionnelles, mais d'activités que l'on peut globalement qualifier de « notariale » ou d'administrative, en ce sens qu'elles se rattachent à des missions d'officier public ou de service public, sans pour autant mettre en œuvre un pouvoir d'appréciation juridictionnel.

¹ Voir, en ce sens, la proposition formulée par le Conseil Economique et Social dans son avis, rendu sur le rapport de Mme Ch. Basset, *L'obligation alimentaire : des formes de solidarité à réinventer*, p. I-12 et 13.

La déjudiciarisation de certaines tâches administratives ou « notariales » passe essentiellement par un transfert de charges non juridictionnelles à d'autres intervenants, voire par un assouplissement de règles de fond.

Les officiers publics et ministériels sont par hypothèse à même d'accomplir l'activité notariale des juridictions (A). L'activité administrative ne se rattachant pas aux missions juridictionnelles pourrait également être transférée à d'autres administrations (B). Le cas de la vérification des comptes de tutelles procède de ces logiques (C).

En revanche, la commission a exclu tout transfert de mission au profit de personnes privées. Par ailleurs, il faut préciser que la commission a examiné de nombreuses autres attributions, *a priori* extra-juridictionnelles, pour lesquelles elle ne préconise pas de déjudiciarisation, considérant que ces activités doivent continuer à relever des services judiciaires. Il en va ainsi de missions pour lesquelles la compétence des juridictions assure une gratuité jugée indispensable pour l'usager – telle en matière de la renonciation à une succession ou d'acceptation à concurrence de l'actif net – ou la délivrance d'une information juridique dont dispose le greffe – tel l'enregistrement des warrants agricoles – voire s'impose en raison d'un lien étroit avec une procédure qui doit rester judiciaire – telle la cession des rémunérations, indissociable de la saisie des rémunérations.

A) Le transfert au profit d'un officier public et ministériel

La commission préconise des transferts à destination des notaires (A) et des huissiers de justice (B).

Le Syndicat de la Magistrature a toutefois manifesté son opposition à de tels transferts.

1° Les attributions susceptibles d'être transférées à un notaire

Certaines attributions des juridictions, magistrats ou greffe, se rapprochent des missions déjà exercées par les notaires, voire correspondent à des compétences des juridictions exercées concurremment avec les notaires. Ces derniers seraient dès lors parfaitement à même d'accomplir seuls ces attributions. Il s'agit de l'établissement des actes de notoriété destinés à suppléer un acte de naissance, des recueils du consentement à adoption et de la demande de procréation médicalement assistée.

- L'établissement des « actes de notoriété » suppléant un acte de naissance

Le juge d'instance est compétent pour dresser un acte de notoriété visant à suppléer un acte de naissance, nécessaire à la constitution d'un dossier de mariage (article 71 du Code civil). Cet acte est établi sur la foi des déclarations recueillies de trois témoins, qui signent l'acte.

Le notaire apparaît parfaitement apte à accomplir une telle mission. On peut ainsi relever qu'il doit déjà, pour établir la dévolution successorale, s'assurer que le lien de filiation est bien établi entre le défunt et ses héritiers.

La commission préconise donc le transfert de cette mission au notaire, sous réserve qu'elle soit tarifée à un montant raisonnable, pour ne pas porter atteinte à la liberté du mariage.

- Le recueil du consentement à adoption

Les personnes qui doivent consentir à une adoption ont le choix de l'autorité compétente pour recueillir ce consentement. En effet, en vertu de l'article 348-3 du Code civil, le consentement à l'adoption est recueilli par le greffier en chef du tribunal d'instance du domicile ou de la résidence de la personne qui consent, un notaire français ou étranger, ou les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut aussi être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis.

Le greffier en chef exerce donc en la matière une compétence concurrente, notamment avec celle des notaires. Il ne porte aucune appréciation sur les conditions de fond requises par les textes, son rôle se limitant à vérifier le consentement éclairé de la personne qui se présente devant lui. A cette fin, il reçoit les personnes qui doivent consentir à l'adoption et dont la liste est établie par les articles 348 et suivants du Code civil ; le greffier en chef dresse un procès-verbal dont une copie certifiée conforme est délivrée à l'intéressé.

La commission préconise en conséquence que les greffiers en chefs soient déchargés de cette mission. L'intervention exclusive du notaire devra être tarifée à un montant raisonnable.

- Le recueil du consentement à la procréation médicalement assistée en cas de recours aux gamètes d'un tiers

Le recueil du consentement des membres d'un couple à une procréation médicalement assistée (P.M.A.) comportant le recours aux gamètes d'un tiers peut être effectué par le président du TGI, ou son délégué (article 311-20 du Code civil). Le notaire dispose d'une compétence concurrente pour y procéder. Cet acte comporte la double mission suivante :

- la délivrance au couple d'informations juridiques spécifiques relatives à la filiation de l'enfant susceptible de naître du recours à une telle P.M.A. ainsi qu'à l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité du donneur ;

- le recueil du consentement des deux membres du couple aux fins d'établir un écrit constituant un moyen de preuve non susceptible d'être remis en cause.

Les notaires apparaissent particulièrement qualifiés pour assumer cette double mission, qu'ils accomplissent déjà. Leur mission est tarifée à 73 euros, montant qui n'apparaît pas de nature à constituer une entrave à l'accès à la PMA.

La commission préconise dès lors que les notaires se voient confier une compétence exclusive pour recueillir le consentement à une procréation médicalement assistée comportant le recours aux gamètes d'un tiers. En tant que de besoin, une prise en charge totale ou partielle des frais par l'Etat pourrait être envisagée.

La mise en œuvre de cette proposition impliquera la modification des articles 311-20 du Code civil et L. 2141-10 du Code de la santé publique, ainsi que l'adaptation de textes réglementaires (articles 1157-2 et 1157-3 du nouveau Code de procédure civile et R. 2141-11 du Code de la santé publique).

2° Le transfert de compétence aux huissiers de justice en matière de scellés après un décès

La commission préconise de transférer aux huissiers de justice la compétence pour connaître de l'apposition et de la levée des scellés à la suite d'un décès.

À la suite d'un décès, en l'absence d'inventaire, des scellés peuvent être apposés sur les biens du défunt. Cette procédure est en lien avec le domaine des successions, ce qui explique que figurent notamment, parmi les personnes habilitées à demander l'apposition des scellés le conjoint et, de façon générale, ceux qui prétendent avoir une vocation successorale.

En l'état, le greffier en chef du tribunal d'instance est compétent pour prendre la décision d'apposer les scellés (article 1305 du Code de procédure civile). Toutefois, lorsqu'un inventaire a été dressé, des scellés peuvent être apposés, sur décision du juge d'instance, dans l'hypothèse où l'inventaire est attaqué (article 1307 du Code). Le greffier en chef procède dans tous les cas à cette apposition (articles 1308 et suivants du Code), ainsi qu'à la levée des scellés (articles 1316 et suivants du Code).

Il a été proposé que les huissiers de justice puissent exercer la mission dévolue au greffier en chef. Les huissiers de justice, officiers publics et ministériels, apparaissent en effet particulièrement qualifiés pour accomplir cette mission, qui est d'ailleurs en cohérence avec leur compétence pour dresser des procès-verbaux de constat (article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice).

Les opérations étant faites dans le cadre d'une succession, les frais de l'huissier de justice, qui devront être tarifés, constitueront des frais de la succession, ce qui apparaît légitime s'agissant d'une mesure prise dans l'intérêt notamment des héritiers et des créanciers de la succession. Dès lors, ces frais devraient être avancés par la partie qui sollicite la mesure. Toutefois, lorsque l'apposition de scellés est sollicitée par le

ministère public, le maire, le commissaire de police ou le commandant de la brigade de gendarmerie, le transfert de compétence à l'huissier de justice impose que les frais de ce dernier soient avancés par le Trésor public (article 93 du Code de procédure pénale), voire restent à sa charge en cas de succession déficitaire.

Sous cette réserve, la commission préconise que les huissiers de justice se voient transférer la compétence dévolue aux greffiers en chef des tribunaux d'instance en matière de scellés après décès.

B) Le transfert d'attribution vers d'autres administrations

La commission propose quatre transferts de compétence des services judiciaires vers d'autres services publics : en matière d'enregistrement du pacte civil de solidarité (1), de procuration de vote (2) et de constitution des dossiers de déclaration d'acquisition de la nationalité française par mariage (3).

1° Transfert de l'enregistrement du pacte civil de solidarité et de sa dissolution

Le pacte civil de solidarité (PACS), introduit dans le Livre 1^{er} du Code civil consacré aux personnes par la loi du 15 novembre 1999, est défini à l'article 515-1, comme un contrat conclu entre deux personnes majeures, de même sexe ou de sexe différent, en vue d'organiser leur vie commune.

Afin de marquer la différence entre le PACS et le mariage, le législateur a confié l'enregistrement de la déclaration de PACS, de ses modifications et de sa dissolution au greffier du tribunal d'instance du lieu de la résidence commune déclarée.

La déclaration de PACS est enregistrée après vérification de la réunion des conditions légales (majorité des partenaires, absence d'empêchement d'alliance ou de parenté, absence d'union non dissoute, capacité à contracter). En l'état cette formalité doit être accompagnée de la remise par les partenaires de leur convention, que le greffier leur restitue après y avoir apposé son visa. Il appelle l'attention des partenaires sur la contrariété à l'ordre public que présenteraient certaines clauses et en avise le procureur de la République. Son refus d'enregistrer le PACS est susceptible d'un recours devant le président du tribunal de grande instance ou son délégué. Les modifications et dissolutions par volonté conjointe ou unilatérale sont adressées ou remises au greffier auprès duquel la déclaration initiale a été enregistrée.

Le PACS prend effet entre les parties à la date de son enregistrement et n'est opposable aux tiers qu'à la date de sa publicité en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires. Le PACS se dissout par décès ou mariage de l'un ou l'autre des partenaires. Dans ces deux cas, la dissolution prend effet au jour de l'évènement. Il peut également être dissous par volonté unilatérale ou déclaration conjointe adressée au greffier du lieu de l'enregistrement. Dans ces deux cas, la dissolution ne prend effet qu'à compter de sa publicité en marge des actes de naissances de chacun des partenaires.

Le PACS des personnes de nationalité étrangère nées à l'étranger, ainsi que les modifications et dissolution du pacte sont enregistrés au tribunal de grande instance de Paris. A l'étranger, les fonctions attribuées au greffier sont exercées par les agents diplomatiques et consulaires.

La commission considère que l'enregistrement des PACS ne relève pas d'attributions judiciaires et devrait dès lors être transférée aux officiers d'état civil, sous réserve des adaptations rendues nécessaires par la nature des missions exercées par ces derniers.

Lors de son audition, l'association des maires de France s'est toutefois déclarée défavorable à un tel transfert, pour des motifs de principe, liés à la volonté d'éviter toute confusion entre le PACS et le mariage.

2° Transfert de l'établissement des procurations de vote

L'établissement des procurations de vote est régi par les articles L.76 et suivants et les articles R. 72 et suivants du Code électoral.

Sur le territoire national, les procurations sont établies par acte dressé devant le juge du tribunal d'instance dans le ressort duquel se trouve la résidence ou le lieu de travail de la personne, ou le juge qui en exerce les fonctions ou le greffier en chef de ce tribunal, ainsi que devant tout officier de police judiciaire, autre que les maires et leurs adjoints, que ce juge aura désigné. A la demande de ce magistrat, le premier président de la cour d'appel peut désigner, en outre, d'autres magistrats ou d'autres greffiers en chef, en activité ou à la retraite.

Des permanences sont tenues au sein des tribunaux d'instance en période électorale afin de permettre aux électeurs de bénéficier de procurations de vote. Ces permanences concourent à accroître sensiblement la charge de travail des magistrats et des fonctionnaires.

L'ordonnance n° 2003-1165 du 8 décembre 2003 a simplifié les démarches administratives en matière électorale. Désormais, la procuration est établie au vu d'une attestation sur l'honneur de l'impossibilité pour l'électeur de se déplacer dans sa commune d'inscription le jour du scrutin.

L'autorité devant laquelle est effectuée la procuration ne contrôle ainsi plus les motifs de la demande de vote par procuration. Elle se contente de s'assurer de l'identité du mandant et de la production de l'attestation sur l'honneur.

Le juge du tribunal d'instance et le greffier en chef n'assurent plus qu'un contrôle formel de la procuration de vote, qui ne constitue pas une mission juridictionnelle, ainsi que le démontre d'ailleurs la compétence concurrence des officiers de police judiciaire.

En l'absence de tout pouvoir d'appréciation, *la commission considère que l'établissement des procurations de vote ne relève pas de mission judiciaire et devrait donc être confié à d'autres services administratifs, notamment les agents des collectivités territoriales. A tout le moins, il serait envisageable de limiter l'intervention des juridictions en la matière à l'habilitation des fonctionnaires d'Etat ou des collectivités territoriales aptes à établir les procurations électorales. Cette habilitation pourrait d'ailleurs également être faite par une commission administrative.*

3° Transfert de la constitution des dossiers de déclaration d'acquisition de la nationalité française par mariage

En matière de déclaration en vue de l'acquisition de la nationalité française en raison du mariage, les greffes des tribunaux d'instance et les consulats sont chargés d'une tâche purement formelle de réception des déclarants et de constitution des dossiers, la sous-direction de l'accès B la nationalité française, rattachée au ministère de l'immigration de l'intégration de l'identité nationale et du développement solidaire, prenant seule la décision d'enregistrement des déclarations et assumant la totalité des enquêtes s'y rapportant.

Précisément, les greffes ont pour mission de :

- recevoir la déclaration, constituer le dossier et commander les enquêtes,
- adresser le dossier complet B la sous-direction de l'accès B la nationalité française,
- au retour de la déclaration enregistrée, la notifier B l'intéressé.

Ces tâches purement administratives, qui n'impliquent aucune prise de décision par la juridiction, devraient être assumées par les services administratifs du ministère concerné, à savoir les services préfectoraux. Il serait également envisageable que tout ou partie des mairies se voient confier cette mission. L'Association des Maires de France, lors de son audition, s'est montrée ouverte à cette perspective.

La commission recommande dès lors que l'activité des tribunaux d'instance en matière de déclaration en vue de l'acquisition de la nationalité française en raison du mariage soit transférée, sans modification des missions qu'elle impose, aux services préfectoraux ou municipaux.

C) L'assistance et la délégation en matière de vérification des comptes de tutelles

En matière de tutelle et d'administration légale sous contrôle judiciaire des enfants, ainsi que de mesure de protection des personnes majeures vulnérables (tutelle ou curatelle), le parent, le tuteur ou le curateur, selon le cas, doit établir un compte annuel de la gestion des biens de la personne protégée, ainsi que le compte de gestion définitif, à la suite du décès de l'intéressé ou de la mainlevée de la mesure de protection.

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, applicable au 1^{er} janvier 2009, prévoit deux modalités d'accomplissement de ce contrôle :

- La modalité normale consiste en une vérification assurée par le greffier en chef ; il peut être assisté dans sa mission de contrôle des comptes dans les conditions fixées par le Code de procédure civile (article 511 du Code civil) ;
- le juge peut également décider, au regard des ressources de la personne protégée et de l'importance et de la composition de son patrimoine et en considération de l'intérêt patrimonial, de confier la mission de vérification et d'approbation du compte de gestion à un technicien, selon des modalités qu'il définit (article 513 du Code civil).

Aux fins de mise en œuvre de ces dispositions, la commission préconise que le greffier en chef puisse être assisté d'agents du Trésor public et/ou d'huissiers de justice. Il serait également envisageable, dans le cadre du redéploiement des juges de proximité, d'ouvrir une troisième modalité de contrôle des comptes, par délégation du juge des tutelles au juge de proximité.

- *L'assistance du greffier en chef par un huissier de justice et/ou un agent du Trésor public*

Le contrôle des comptes de gestion impose des vérifications de nature comptable qui rendent difficile la mission du greffier en chef, en l'absence de formation spécifique en comptabilité privée et en gestion de patrimoine.

Pour y remédier, le rapport d'enquête établi en juillet 1998 par les inspections générales des finances, des affaires sociales et des services judiciaires avait préconisé le recours à des agents du Trésor Public mis à la disposition des cours d'appel afin d'apporter leur aide dans certains dossiers en raison de l'importance du patrimoine à gérer et d'assurer une expertise plus approfondie de comptes présentant de graves anomalies ou la reconstitution de comptes totalement inexploitable.

Une expérimentation avait été menée avec profit dans plusieurs cours d'appel (Bourges et Angers). En effet, les agents du Trésor avaient apporté une vraie plus value compte tenu de leur savoir-faire en matière de comptabilité.

La commission préconise la consolidation de cette expérimentation dans un décret d'application de l'article 511 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, prévoyant les modalités de l'assistance des greffiers en chef par des agents du Trésor public.

Par ailleurs, le représentant de la Chambre nationale des huissiers de justice a proposé que cette profession puisse assurer une telle mission d'assistance, dont il a accepté la tarification et qui serait prise en charge par la personne protégée, si celle-ci dispose de ressources suffisantes.

La commission considère que les huissiers de justice, qui assure déjà des missions de comptabilité (notamment lorsqu'ils exercent des fonctions de syndic), apparaissent parfaitement compétents et « outillés » pour accomplir ce type de mission. Il convient de relever qu'en l'état de l'article 513 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi précitée, les huissiers de justice peuvent être désignés pour accomplir la mission de vérification des comptes en qualité de technicien.

La commission a estimé que l'assistance du greffier en chef par un huissier de justice viendrait utilement compléter ce dispositif, pour étendre l'intervention de ces officiers ministériels à des personnes protégées dont les ressources et le patrimoine ne justifient pas le transfert de la mission de contrôle des comptes à un technicien mais rendent opportune cette simple assistance, le greffier en chef demeurant compétent pour approuver les comptes. Elle relève que cette intervention devrait se faire moyennant un coût prévisible et raisonnable.

La commission préconise dès lors que les huissiers de justice se voient reconnaître la faculté d'assister les greffiers en chef dans leur mission de contrôle des comptes de gestion, dans le cadre d'un décret d'application de l'article 511 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs..

- La délégation de la mission de contrôle des comptes de tutelles au juge de proximité

Dans le cadre du redéploiement des juges de proximité, que la commission préconise (*cf. infra* 2^e partie chapitre 1^{er}, section 2), il serait intéressant de permettre à ces juges d'intervenir en matière de contrôle des comptes de gestion. La commission préconise en effet que les juges de proximité puisse se voir déléguer par les magistrats professionnels certaines fonctions spécialement énumérées, au rang desquels figure le contrôle des comptes de gestion.

Si, sous réserve des profils particuliers de chaque juge de proximité, ceux-ci n'ont pas nécessairement de compétences particulières en matière comptable, la commission relève que leur délégation serait néanmoins intéressante dans certains dossiers, choisis par le juge des tutelles, dans lesquelles le contrôle des comptes devrait s'accompagner de l'audition de la personne en charge de l'établissement de ces comptes, de façon à recueillir des éclaircissements sur les comptes déposés ou à

apporter à l'intéressé une information pertinente sur leur rôle et les attentes de la juridiction. En leur qualité de juge, les juges de proximité pourraient tout-à-fait être habilités à procéder à de telles auditions.

La commission préconise donc d'ouvrir cette voie de la délégation par le juge des tutelles au juge de proximité, pour exercer le contrôle des comptes de gestion.

De façon générale, la diversité des modalités d'accomplissement du contrôle des comptes de gestion qui résulte des dispositions des articles 511 et 513 du Code civil, complétés par les recommandations de la commission, sera de nature à assurer la meilleure adéquation possible entre le contrôle exercé et les particularités de chaque dossier.

SECTION 2 – L'allègement procédural ou l'intervention retardée du juge

L'intervention du juge en matière gracieuse, s'impose pour des motifs impérieux tirés de la protection des parties ou du respect de la règle de droit (cf. la définition de la matière gracieuse donnée par le Code de procédure civile dans son article 25 : « *le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle* »). Pour ces matières, c'est donc par l'assouplissement d'une exigence de fond qu'on arrive, *de facto*, à une déjudiciarisation totale. Tel serait, par exemple, le cas de l'assouplissement, pour les mineurs, du régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire, que la commission suggère de retenir, pour des raisons liées à l'évolution des mœurs (cf. *infra*).

Toutefois, lorsqu'une telle évolution de société ne peut pas être envisagée, l'intervention systématique du juge, moyennant une procédure formaliste, n'est pas toujours nécessaire. Ainsi, en va-t-il des « actions nécessaires » en l'absence de différend. La commission a identifié, dans ces hypothèses, deux types de « déjudiciarisations » (au sens large) susceptibles d'être envisagés :

- l'allègement des règles de procédures (§1)
- et la saisine différée du juge (§2).
- Les procédures de surendettement (§3) et d'injonction de payer (§4), qui procèdent de ces deux logiques, font l'objet de développements spécifiques.

§1 - L'allègement procédural de l'intervention judiciaire en l'absence de différend

Lorsque le juge est amené à connaître d'une affaire dans laquelle aucun différend ne se manifeste, son intervention peut avoir lieu suivant des modalités allégées, comme la commission le préconise par ailleurs en matière pénale (cf. *infra*, Titre 2). C'est ainsi que, si l'audience reste un temps fort de l'activité judiciaire, elle ne s'impose pas nécessairement en toute hypothèse ; elle doit être commandée par le besoin d'un échange entre les parties et le juge. On est alors dans des hypothèses de « déformalisation » ; la commission a identifié deux procédures judiciaires. Il est également préconisé l'allègement d'un acte de greffe.

A) L'homologation des accords sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale

Le contentieux de l'exercice de l'autorité parentale concerne, chaque année, plus de 150 000 affaires constituées, pour une part difficile à évaluer mais qui paraît ne pas être négligeable, de procédures dans lesquelles les parents sont d'accord sur l'ensemble des mesures à l'égard des enfants (résidence, temps de visite et d'hébergement chez l'autre parent, contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant), mais qu'ils souhaitent voir homologuées par un juge.

En effet, bien qu'il affirme le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale, le Code civil n'énonce pas clairement que l'accord des parents sur les modalités de cet exercice a force de droit et est opposable aux tiers et aux administrations. Au contraire, l'absence de toute disposition reconnaissant la valeur juridique de tels accords et l'existence de dispositions affirmant que les parents peuvent soumettre leurs accords à l'homologation du juge, laissent entendre que les accords des parents ne produisent des effets juridiques que s'ils sont homologués par le juge. Par ailleurs, le pouvoir attribué au président du tribunal de grande instance pour conférer force exécutoire aux transactions (article 1441-4 du Code de procédure civile), n'est pas applicable à cette matière, pour laquelle les parties n'ont pas la libre disposition de leur droit (article 2045 du Code civil).

Cette situation conduit certaines autorités administratives à inciter les parents, voire à leur imposer, de solliciter du juge une décision organisant les conditions d'exercice de l'autorité parentale, le juge se contentant alors, le plus souvent, d'homologuer l'accord entre les parents.

Proposition. *La commission propose, dans cette hypothèse, d'organiser la procédure permettant à un parent d'obtenir du juge aux affaires familiales compétent qu'il homologue un tel accord, suivant les règles de la procédure gracieuse. Le recours à la procédure gracieuse permettrait ainsi de conférer force exécutoire à ces accords sans audience, ni audition, à moins que le juge ne l'estime nécessaire ou que l'enfant ne sollicite son audition, conformément au droit commun.* La procédure contentieuse devant le juge aux affaires familiales serait ainsi réservée aux seuls cas dans lesquels il existe un véritable litige entre les parents.

Un tel allègement procédural sera indispensable dans l'optique de l'élaboration d'un barème indicatif en matière de pensions alimentaires, préconisé par ailleurs par la commission (cf. *infra*, Seconde partie, Titre 3) et dont la mise en œuvre aura vocation à multiplier les cas d'accord entre parties.

B) La rectification d'erreur matérielle affectant les décisions de justice

La procédure de rectification des erreurs matérielles affectant les décisions de justice pourrait, elle aussi, être simplifiée. En l'état du droit, hormis la saisine de la juridiction par simple requête, la rectification des erreurs matérielles, prévue à l'article 462 du Code de procédure civile, obéit au même formalisme que la procédure ordinaire : la décision est prise à l'issue d'une audience et prend la forme d'un jugement motivé. Si cette procédure se justifie lorsque la requête, sous couvert de rectification d'erreur matérielle porte en réalité sur le fond de la décision, elle n'est évidemment pas adaptée pour corriger les simples coquilles l'affectant (erreur dans l'orthographe d'un nom, faute de frappe, etc.), qui constituent l'essentiel des rectifications concernées et ne donnent lieu à aucune contestation des parties.

L'organisation d'une audience impose pourtant des diligences et des coûts pour le greffe (convocation des parties, notification de la décision), pour le juge (rédaction d'un jugement) et pour les parties (comparution, conclusions). En 2006, on relève près de 25 000 requêtes en rectification d'erreur matérielle et en omission de statuer, ces dernières, qui n'entrent pas dans le champ de la proposition, étant très minoritaires. Environ 15 000 de ces requêtes concernent des procédures écrites (tribunal de grande instance ou cour d'appel), dont le formalisme est en total décalage avec la nature de la difficulté.

Proposition. Pour remédier à cette inadéquation, *il est proposé de prévoir que la rectification d'erreur matérielle relève de la procédure gracieuse, ce qui permettrait de recourir à un circuit court ou long selon les besoins. Le renvoi à la procédure gracieuse conduirait en effet le juge à statuer sur la requête sans audience, à moins qu'il n'estime nécessaire d'organiser des débats, dans l'hypothèse où la demande lui semblerait discutable* (cf. article 28 du Code de procédure civile) ; en cas de rejet de la requête, la procédure de l'appel en matière gracieuse serait également particulièrement adaptée, puisqu'elle autorise le juge à rétracter sa décision plutôt que de transmettre la déclaration d'appel à la cour (article 952).

C) La déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale

L'autorité parentale est exercée de plein droit par les deux parents lorsque le second lien de filiation a été établi un an au plus tard après la naissance de l'enfant (article 372 du Code civil). En pratique, un tel exercice en commun de l'autorité parentale concerne l'immense majorité des parents, dans la mesure où le double lien de filiation est établi dès la naissance pour tous les enfants issus de parents mariés et, pour les parents non mariés, il s'avère que 80% d'entre eux sont reconnus par leur père dès la naissance. Lorsque la reconnaissance intervient plus un an après la naissance de l'enfant, les parents qui souhaitent exercer en commun l'autorité parentale doivent faire une déclaration conjointe en ce sens, qui est recueillie par le greffier en chef.

En cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint, une déclaration conjointe est également nécessaire pour que l'autorité parentale soit exercée en commun par l'adoptant et son conjoint.

En l'état, la déclaration conjointe des parents est recueillie au cours d'une comparution personnelle des parents (article 1180-1 du Code de procédure civile). Une telle comparution n'apparaît pourtant pas nécessaire.

La commission *préconise dès lors qu'une* déclaration conjointe (basée sur un formulaire) signée des parents et accompagnée des pièces justificatives soit adressée ou remise au greffe, à l'effet que le greffier en chef revête cette déclaration de son sceau.

§2 - *Le retardement de l'intervention du juge à la seule phase contentieuse*

Dans certaines procédures se rattachant à la matière gracieuse, il apparaît souhaitable à la commission de reporter le stade auquel l'autorité judiciaire intervient, de façon à limiter son office aux seuls cas dans lesquels existe une difficulté, qu'on qualifiera, par simplicité de « phase contentieuse ».

A) **L'inscription sur les listes électorales passée la clôture de celles-ci**

Les attributions du juge en matière d'élections politiques sont, pour l'essentiel, commandées par le souci de garantir la régularité des élections, grâce au recours à un juge, tiers indépendant et impartial. Cette qualité a conduit à conférer au juge de nombreuses attributions, dont certaines n'impliquent aucun pouvoir d'appréciation. Dans ces hypothèses, il apparaît possible à la commission de retarder l'intervention du juge pour qu'il ne lui soit déféré que les cas dans lesquels une contestation doit être tranchée.

Cette déjudiciarisation pourrait ainsi porter sur la procédure spécifique d'inscription hors période de révision des listes électorales (le 31 décembre de l'année précédent les élections), menées en vertu de l'article L. 30 du Code électoral, qui concerne certaines catégories de personnes, mutées ou admises à la retraites, ou ayant acquis la nationalité française ou recouvré l'exercice du droit de vote après la clôture des listes électorales.

A ce jour, les inscriptions effectuées à ce titre sont déposées en mairie, au plus tard dix jours avant le scrutin, puis adressées directement par la commune au juge d'instance sans que la commission administrative de révision des listes ait à se prononcer. La décision du juge est ensuite transcrite sur la liste électorale directement par le maire.

En d'autres termes, le juge se substitue à la commission de révision des listes, qui apparaît pourtant apte à procéder aux inscriptions.

Proposition. *La commission, après avis du ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, propose de confier à la commission administrative de révision des listes le soin de statuer sur les demandes présentées au titre de l'article L. 30, sous le contrôle éventuel du juge d'instance qui resterait compétent en cas de recours contentieux.*

D'un point de vue pratique, le ministère consulté a exposé que le schéma suivant pourrait être retenu, moyennant une modification des articles L. 31 à L. 33 du Code électoral :

- « - maintien de la date-limite de dépôt des demandes au dixième jour précédant le scrutin, soit le deuxième jeudi avant le scrutin ;
- réunion de la commission jusqu'au cinquième jour précédant le scrutin, soit le mardi (le tableau des rectifications sur la liste électorale étant publié cinq jours avant la réunion des électeurs, soit le mercredi) ;
- notification dans les deux jours de la décision à l'intéressé ;

- possibilité pour l'intéressé ou tout électeur de contester la décision devant le tribunal d'instance jusqu'au jour du scrutin inclus (sur le modèle de la procédure existant pour d'autres cas au titre de l'article L. 34), puis devant la Cour de cassation selon les voies de droit commun. »

Ce schéma maintient l'intervention du juge pour les seuls cas litigieux ou complexes, par exemple dans l'hypothèse où le critère de « fonctionnaires et agents des administrations publiques » serait difficile à caractériser. Ainsi que le relève le ministère consulté, ces cas demeureront néanmoins limités, réduisant d'autant les cas soumis au juge.

B) Le retardement de l'intervention judiciaire en matière de changement de prénom

Le changement de prénom, hors procédure de francisation, relève de la compétence du juge aux affaires familiales, dans le cadre d'une procédure gracieuse avec représentation obligatoire. Elle suppose que l'intéressé rapporte la preuve d'un intérêt légitime (article 60 du Code civil), dont l'existence est appréciée in concreto. La publicité du changement de prénom est assurée par l'apposition d'une mention en marge des actes de l'état civil de l'intéressé.

Il ressort des données statistiques qu'il est fait droit à environ 90 % des demandes de changement de prénom. C'est pourquoi, certaines personnes auditionnées, notamment Madame Dominique Salvary, Vice-Présidente au TGI de Paris, en charge de la chambre de la famille, ont suggéré qu'une déjudiciarisation soit envisagée en la matière.

Toutefois afin de garantir la fiabilité de l'état civil, la commission préconise de conserver le recours à l'intervention judiciaire en cas de difficulté, en adaptant le dispositif existant pour le choix initial du prénom (article 57 du Code civil) :

- la déclaration de changement de prénom serait reçue par l'officier de l'état civil ;
- toutefois, lorsque le nouveau prénom associé à d'autres ou au nom de famille, apparaîtrait contraire à l'intérêt de la personne ou méconnaîtrait le droit des tiers à voir leur nom de famille protégé, l'officier de l'état civil devrait saisir le procureur de la République et surseoir au traitement de la demande ;
- le procureur aurait la faculté de saisir le juge aux affaires familiales.

Ce dispositif permettrait également d'éviter des demandes de changements de prénoms fantaisistes ou multiples formulées par la même personne.

§3 - *La simplification de la procédure de surendettement*

Quoique la procédure de surendettement des particuliers soit une institution relativement récente, elle s'est, depuis sa création par la loi du 31 décembre 1989¹, considérablement enrichie et diversifiée, en particulier par l'institution du rétablissement personnel par la loi du 1^{er} août 2003². Si l'on peut analyser l'évolution de la législation entre 1989 et 2003 comme tendant à un allègement de l'intervention du juge, encore accru à mesure que ce dispositif est entré dans les mœurs et dans les concepts juridiques français³, la réforme intervenue par la loi précitée du 1^{er} août 2003 précitée a opéré un mouvement inverse de « re-judiciarisation » de cette matière, en confiant au juge et à lui seul le soin de connaître de la procédure de rétablissement personnel. Était-ce pertinent ? C'est toute la question sur laquelle s'est penchée la commission qui estime que l'examen de l'intervention judiciaire en matière de traitement des situations de surendettement des particuliers conduit à rechercher un nouveau point d'équilibre pour recentrer le rôle du juge sur l'homologation des décisions de rétablissement et le jugement des contestations aux fins d'assurer la protection des intérêts fondamentaux des parties (A), ce qui implique, par ailleurs, une réflexion tendant à redonner toute sa cohérence à la procédure de surendettement appréhendée dans sa globalité et non plus phase par phase (B).

A) Le constat : un juge trop souvent mobilisé sans apport décisif pour le justiciable

L'analyse des évolutions du droit de cette matière (1) révèle l'échec à trouver un quelconque équilibre dans les compétences concurrentes entre juge et commissions administratives. Cette recherche a, en dernier ressort, tendu vers une intervention accrue du juge en matière de surendettement, intervention dont les auditions ont montré que ses bienfaits sont discutables, notamment au regard de la protection des intérêts des personnes surendettées (2).

1° Les oscillations du droit du surendettement, entre déjudiciarisation et judiciarisation

La procédure de traitement des situations de surendettement a connu des évolutions considérables ces dernières années, suivant un mouvement de balancier oscillant entre déjudiciarisation et judiciarisation.

Dans sa rédaction initiale, la loi du 31 décembre 1989 avait organisé l'intervention concurrente de commissions administratives d'une part, et de juridictions, d'autre part. Les commissions de surendettement, dont le secrétariat est tenu par la Banque de France, ont été chargées d'élaborer un règlement amiable entre un débiteur et ses créanciers. En l'absence d'accord, les tribunaux d'instance étaient compétents pour imposer aux créanciers des mesures de rééchelonnement. Dès sa mise en place, ce

¹ Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative au surendettement.

² Loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation pour la ville et la rénovation urbaine.

³ Ces concepts sont fortement influencés par le principe de l'effet obligatoire des conventions : voir *JCl. Civil Code*, art. 1134 et 1135, contrats et obligations – Effet obligatoire des conventions – Exécution de bonne foi des conventions, not. n°10 et 72 et s. Voir également en dernier lieu, Claude Brenner, *L'ineffectivité de l'exécution forcée*, in Les actes du Vème Colloque de la revue *Droit et procédures*, Paris, juin 2007, *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, EJT, 2007, p. 55, n°84.

dispositif a entraîné une augmentation importante des affaires soumises aux tribunaux d'instance et provoqué un engorgement de ces juridictions¹.

Pour y remédier, la loi du 8 février 1995² a substantiellement modifié l'architecture de ce mécanisme en faisant de la commission de surendettement l'unique « point d'entrée » du dispositif. Le juge de l'exécution, désormais en charge de ce contentieux, s'est vu confier des attributions de nature juridictionnelle, son intervention s'effectuant le plus souvent à l'initiative du débiteur ou de l'un des créanciers contestant les mesures préconisées par la commission de surendettement.

Sans modifier cet équilibre procédural, la loi du 29 juillet 1998³ a procédé à une profonde modification du traitement des situations de surendettement sur le fond, en ouvrant la possibilité d'un effacement total ou partiel des créances autres qu'alimentaires ou fiscales. Cette réforme a entendu répondre à une évolution des causes du surendettement, caractérisée par le passage d'un surendettement « actif », lié à un excès de crédits à la consommation, à un surendettement « passif », lié à une insuffisance de ressources ou à un « accident de la vie »⁴.

La réforme issue de la loi du 1er août 2003 a poursuivi le même objectif en instituant la procédure de « rétablissement personnel » inspirée de la faillite civile applicable dans les départements d'Alsace-Moselle. Cette loi a permis, sous certaines conditions, l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, y compris les dettes fiscales, en contrepartie de la liquidation de son patrimoine. Mais à la différence des précédentes réformes du surendettement, la loi du 1^{er} août 2003 a conféré au seul juge le pouvoir d'ordonner et de conduire ce rétablissement, en postulant qu'une telle procédure portait nécessairement atteinte aux intérêts fondamentaux des parties, présumé dont la pertinence n'a pas été retenue par la commission.

2° Les effets pervers de la judiciarisation du rétablissement personnel au regard des intérêts fondamentaux des débiteurs concernés

Il ne s'agit pas, ici, de contester le bien-fondé de la mesure de rétablissement personnel au seul regard de l'augmentation quantitative des affaires soumises aux juges et aux greffiers, mais de s'interroger sur l'apport, pour la personne surendettée, de cette compétence judiciaire, au regard des délais de jugement (a) et de sa sécurité juridique (b).

a) Des délais accrus

Cette « judiciarisation » du rétablissement personnel a provoqué un nouvel engorgement des juridictions, donc un allongement des délais de jugement.

¹ Voir, sur ce point et l'historique, Raymond Martin, *JCl. Procédure civile*, V° Surendettement des particuliers, Fasc. 2490, n°4.

² Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile.

³ Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions.

⁴ Voir l'exposé des motifs du projet de loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, devenue la loi n°2003-710 du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine.

C'est ainsi que le rapport du comité de suivi de l'application des dispositions relatives au surendettement de la loi du 1^{er} août 2003, présidé par le Premier Président de la Cour de cassation, Guy Canivet, relève que cette réforme a « sans conteste, eu pour conséquence de modifier substantiellement la répartition des tâches entre les commissions de surendettement et les juges de l'exécution », en provoquant un afflux de dossiers représentant en moyenne une augmentation de 20 % de la charge de travail des juges de l'exécution et en imposant une augmentation de 36,5 % du nombre de personnels de greffe affectés au service du surendettement¹.

Pour sa part, la Banque de France indique qu'en 2007, près de 28 000 dossiers, soit près de 18 % des dossiers recevables, ont été orientés vers la procédure de rétablissement personnel².

Certes, deux lois ont amélioré le dispositif dans le sens recommandé par le comité de suivi. La loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 relative au droit au logement opposable a permis la combinaison des mesures d'effacement partiel des créances avec des mesures de rééchelonnement et la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit a autorisé le juge à ouvrir et clôturer immédiatement la procédure de rétablissement personnel par un seul et même jugement.

Toutefois, les auditions auxquelles le groupe de travail a procédé ont confirmé l'actualité du constat dressé par le comité de suivi : ainsi Madame Vendryes, Vice-Présidente au tribunal de grande instance de Paris en charge du service de l'exécution, a-t-elle relevé que le caractère exclusivement judiciaire du rétablissement personnel et la lourdeur de cette procédure de liquidation engendraient des délais exagérément longs et un coût élevé en frais de justice (18 217 euros en 2007 pour le tribunal de grande instance de Paris).

b) Une audience judiciaire inutile et une procédure complexe, sources d'insécurité juridique

Même l'autorisation de l'ouverture-clôture par la loi du 20 décembre 2007 ne remédie pas au constat d'une excessive complexité de la procédure de rétablissement personnel et illustre au contraire le défaut d'utilité de l'audience judiciaire en l'absence d'actif réalisable. Ainsi cette audience constitue-t-elle une formalité n'ayant d'autre objet que de réitérer les constatations faites par la commission de surendettement, portant sur la situation irrémédiablement compromise du débiteur et sur sa bonne foi, pourtant présumée. Surtout, si l'on peut concevoir que le juge doive lui-même recueillir l'accord du débiteur lorsque la mesure de surendettement implique la liquidation du patrimoine de ce dernier, cette exigence devient totalement inutile dans le cas de l'ouverture-clôture, qui constitue un effacement des dettes sans condition.

La complexité et la lourdeur de cette procédure apparaissent d'autant moins justifiées que le rétablissement personnel est destiné à des débiteurs qui, en pratique, sont dénués d'actifs, puisqu'ils doivent être, en application de l'article L 330-1 du Code de la consommation, en situation irrémédiablement compromise, c'est-à-dire dans l'impossibilité de mettre en œuvre les autres mesures de surendettement (rééchelonnement et effacement partiel des dettes). Du reste, avant la loi du 1^{er} août

¹ Rapport du comité de suivi, 30 novembre 2005, p. 7 et s., publié à la documentation française.

² Banque de France, Baromètre du surendettement à fin décembre 2007, en ligne sur le site www.banque-france.fr.

2003, ces justiciables relevaient de mesures d'effacement pur et simple de leurs dettes, après, toutefois, mise en œuvre d'un moratoire destiné à s'assurer de la pérennité de leurs difficultés.

Le Comité de suivi, qui a analysé les décisions rendues en matière de rétablissement personnel, a d'ailleurs relevé que les incertitudes sur la notion de situation irrémédiablement compromise conduisaient à des divergences d'interprétation entre les commissions de surendettement et les juges de l'exécution, ces derniers décidant dans 34 % des cas le renvoi du dossier à la commission de surendettement. Bien que le groupe de travail n'ait pu procéder à une actualisation de l'enquête menée par le Comité de suivi, on peut considérer que par sa nature même – qui suppose une double appréciation convergente de la commission et du juge de l'exécution – la procédure de rétablissement personnel induit des divergences d'appréciation de nature à provoquer le renvoi de dossiers à la commission de surendettement.

En définitive, il apparaît que ces interventions injustifiées du juge et l'existence d'une compétence concurrente de la commission de surendettement pour apprécier la nécessité d'ouvrir une procédure de rétablissement personnel alourdissent la tâche de l'ensemble des intervenants et sont sources d'insécurité juridique. Cette situation porte préjudice aux justiciables, débiteurs et créanciers, qui doivent multiplier les déplacements et attendre l'issue de la procédure de rétablissement personnel pour voir leurs droits stabilisés.

B) Les propositions de la commission : un nouvel office du juge

Il est donc nécessaire de repenser l'intervention respective des commissions de surendettement et du juge de l'exécution. Cela suppose de redéfinir l'office du juge en matière de surendettement (1) et la procédure de surendettement dans son ensemble (2).

1° Première proposition : redéfinir l'office du juge pour mieux assurer la protection des intérêts fondamentaux de la personne surendettée.

Les difficultés sociales causées par la paupérisation d'une partie de la population française et, plus particulièrement, l'essor sans précédent du crédit¹, caractéristique de la société de consommation, représentent désormais l'un des enjeux auxquels notre société se doit d'apporter une réponse. À ce titre, les mécanismes de traitement des situations de surendettement constituent l'un des éléments importants des politiques de solidarité, au même titre que les prestations sociales.

Cependant, la mise en œuvre de ces dispositifs n'entre pas dans les missions fondamentales du juge, dont l'office est de résoudre, par le droit, une situation conflictuelle ou de veiller au respect du droit dans des affaires non contentieuses. De surcroît, les règles de la procédure civile, parce qu'elles reposent sur le débat judiciaire, sont peu adaptées au règlement des dossiers de surendettement, qui comportent un nombre très important de parties², lesquelles se désintéressent bien souvent de la

¹ 42 % des dossiers contiennent des crédits assortis d'une échéance (prêts personnels, crédits affectés...), et 86 % des crédits non assortis d'échéance (découverts, crédits renouvelables ...), ces derniers portant sur un engagement moyen de 19 000 euros (voir le Baromètre du surendettement préc.).

² On en compte 10 en moyenne pour les dossiers de rétablissement personnel (Voir rapport du comité de suivi, préc. p. 9).

procédure¹. Enfin, d'un point de vue pratique, les magistrats ne sont pas les intervenants les mieux armés pour élaborer des plans de surendettement, qui nécessitent principalement une bonne maîtrise des logiciels informatiques de simulation d'apurement de dettes.

C'est pourquoi les contours de l'intervention du juge doivent faire l'objet d'une nouvelle délimitation. Cela implique de repenser le dispositif actuel dans son ensemble afin, d'une part, de donner une compétence générale à la commission de surendettement et, d'autre part, d'offrir plus de souplesse dans le choix entre les différentes mesures de traitement applicables.

2° Seconde proposition : redéfinir la procédure pour lui donner une meilleure cohérence

Schématiquement, la commission se prononce en faveur de la procédure suivante, afin de mieux prendre en compte la protection des intérêts des personnes surendettées.

a) Dans un premier temps, la commission de surendettement instruit le dossier de surendettement, en s'appuyant notamment sur des mandataires chargés d'établir l'actif et le passif du débiteur. Les auditions ont en effet confirmé l'importance d'une connaissance précise des dettes et des avoirs du débiteur pour la mise en œuvre de mesures de désendettement.

b) Dans un second temps, l'instruction de la commission débouche sur un plan conventionnel et, à défaut, sur des recommandations pouvant porter sur toutes les mesures de traitement du surendettement en fonction de la situation financière du débiteur : tantôt plan de rééchelonnement, éventuellement combiné avec un effacement partiel des créances, tantôt rétablissement personnel :

- lorsque le débiteur dispose d'une capacité de remboursement, la commission recommande un plan contenant des mesures de rééchelonnement, éventuellement combinées à un effacement partiel de la dette, si ce plan devait laisser subsister un endettement à son issue.

- lorsque le débiteur ne dispose d'aucune capacité de remboursement et d'aucun actif réalisable, la commission recommande un rétablissement personnel direct sans liquidation ; dans cette dernière hypothèse, l'accord du débiteur n'a plus à être expressément recueilli.

- lorsque le débiteur est dénué de capacité de remboursement, mais se trouve propriétaire d'actifs dont la vente serait susceptible de rembourser tout ou partie de ses dettes, la commission, après avoir recueilli son accord, recommande un rétablissement personnel avec liquidation du patrimoine du débiteur.

c) En l'absence de contestation des recommandations par une partie, le juge de l'exécution est chargé de les homologuer, après s'être assuré de leur régularité, en cas de simple plan de rééchelonnement de la dette et, éventuellement, après avoir exercé un contrôle d'opportunité, en cas d'effacement partiel de la dette ou de rétablissement

¹ Voir par exemple le rapport du comité de suivi, p. 14, sur le problème des lettres recommandées avec avis de réception non retirées par les parties.

personnel. Ce mécanisme sera de nature à limiter considérablement les renvois de dossiers vers la commission de surendettement, au bénéfice de l'ensemble des parties prenantes. Dans l'hypothèse d'un rétablissement personnel devant déboucher sur une ouverture-clôture immédiate de la procédure, la tenue d'une audience, dont l'inutilité a été rappelée, sera opportunément évitée.

d) En cas de contestation par une partie, le juge de l'exécution retrouve un contrôle de plein exercice. Pour éviter des contestations injustifiées, la commission propose de prévoir une disposition calquée sur l'article 559 du Code de procédure civile – qui sanctionne, par l'amende civile, l'appel dilatoire ou abusif – dont les termes seraient reproduits dans l'acte de notification des mesures recommandées par la commission.

e) En tout état de cause, en cas d'orientation vers une liquidation, celle-ci continue de relever de la compétence exclusive du juge, chargé de désigner et de contrôler le mandataire liquidateur. En effet, il apparaît difficile de confier à la commission de surendettement le soin de connaître de la liquidation, qui porte une atteinte grave au droit de propriété du débiteur, voire à son droit au logement dans l'hypothèse où le débiteur en est propriétaire.

En conclusion, l'intervention du juge doit être redéfinie ou confirmée autour d'un triple office :

- homologuer les mesures recommandées par la commission (fonction gracieuse du juge), y compris en matière de rétablissement personnel,
- juger les contestations soulevées par les parties (fonction contentieuse du juge),
- diriger (c'est-à-dire décider et contrôler) les opérations de liquidation des biens du débiteur, en rétablissement personnel, lorsque celle-ci est proposée par la commission.

Si le jugement des contestations se rattache à l'activité contentieuse du juge, l'homologation des recommandations et la direction des opérations de liquidation s'imposent pour assurer une protection adéquate des droits essentiels du débiteur et des créanciers, droit de propriété et droit à l'exécution.

La nouvelle articulation qui est proposée de la procédure de surendettement permettrait, pour le bénéfice ultime des justiciables, de simplifier le traitement du surendettement et de limiter substantiellement la charge des commissions de surendettement et des juridictions. En apportant plus rapidement une solution définitive à chaque situation de surendettement, elle serait également de nature à endiguer le phénomène des dépôts successifs de demandes d'accès à la procédure de surendettement par un même débiteur¹.

¹ Cf. document précité de la Banque de France dans lequel celle-ci y évalue, sur le nombre total de dépôts de demandes de surendettement en 2007, à un tiers le nombre de nouveaux dépôts par des débiteurs ayant antérieurement fait l'objet d'une mesure de traitement de leurs dettes.

§ 4 - Le renforcement de la procédure d'injonction de payer

Simple et peu coûteuse pour l'institution judiciaire et le justiciable, la procédure d'injonction de payer permet à un créancier, en matière contractuelle et statutaire, d'obtenir la délivrance d'un titre exécutoire sans débat préalable. Actuellement organisée devant la juridiction de proximité, le tribunal d'instance et le tribunal de commerce, cette procédure repose sur un mécanisme très simple en deux phases. Au terme d'une première phase, non contradictoire, le demandeur peut obtenir une décision, l'ordonnance d'injonction de payer, après l'examen par le juge du bien-fondé de sa demande. Le défendeur qui entend contester l'ordonnance qui lui est notifiée doit former opposition afin d'éviter que la décision ne devienne exécutoire. En cas d'opposition s'ouvre une deuxième phase, contradictoire, devant la juridiction qui a rendu l'ordonnance.

Cette procédure connaît aujourd'hui un succès très important. En moyenne, 670 000 injonctions de payer sont rendues chaque année. Signe de son efficacité, seules 5 % de ces ordonnances font l'objet d'une opposition. Ces données brutes doivent être mises en perspective avec le nombre de décisions rendues par les tribunaux d'instance et les juridictions de proximité, et le taux d'appel de celles-ci. Il en résulte que la majorité des titres exécutoires délivrés par ces juridictions sont des ordonnances d'injonction de payer.

Les réflexions de la commission se sont dès lors orientées dans deux directions. En premier lieu, l'efficacité de cette procédure ne justifie-t-elle pas d'en étendre le champ d'application, afin d'en exploiter mieux encore les potentialités ? En second lieu, le caractère relativement simple de l'office du juge dans cette matière ne justifierait-il pas d'en soulager le juge (du moins dans la première phase de la procédure) et de confier cette mission à un autre acteur de la vie judiciaire ? Une telle évolution serait en effet de nature à permettre au juge de recentrer son office sur les contentieux les plus complexes, dans lesquels l'activité juridictionnelle est sollicitée dans sa plénitude.

La commission préconise ainsi l'accroissement de l'efficacité de la procédure d'injonction de payer (A) et l'allègement de l'office du juge en la matière (B).

A) La nécessité d'accroître l'efficacité de la procédure d'injonction de payer

L'efficacité de la procédure d'injonction de payer est unanimement reconnue et démontrée par sa large utilisation. Dès lors, ne faut-il pas rendre cette procédure accessible pour le justiciable également devant le tribunal de grande instance ?

La question de l'extension du domaine de la procédure d'injonction de payer pour des créances d'indus de prestations sociales a pu également être posée, mais la commission a estimé que cette proposition, qui implique la création de l'injonction de payer devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, sortait du champ de la mission qui lui a été confiée.

1° Le constat : le manque de lisibilité et la complexité induits par l'absence de procédure d'injonction de payer devant le TGI

Le fait qu'il n'existe pas de procédure d'injonction de payer devant le tribunal de grande instance est source de complexité pour le justiciable et nuit à la lisibilité des compétences.

En l'état, la procédure d'injonction de payer n'existe pas devant le tribunal de grande instance et c'est le juge d'instance qui connaît des demandes en injonction de payer d'un montant supérieur à 10 000 euros, alors que ces affaires relèvent selon les principes de l'organisation judiciaire de la compétence du tribunal de grande instance. Il en résulte qu'en cas d'opposition, le défendeur peut soulever l'incompétence du tribunal d'instance au profit du tribunal de grande instance. C'est là une source de lenteur et de complexité.

Dans ces conditions, certains demandeurs préfèrent agir directement devant le tribunal de grande instance selon les règles de la procédure ordinaire parce que celle-ci s'avère plus rapide qu'une procédure de renvoi sur incompétence.

Les potentialités de la procédure d'injonction de payer ne sont donc pas exploitées aussi bien qu'elles pourraient l'être dans l'intérêt du justiciable et d'une organisation rationnelle de l'activité des juridictions.

2° Propositions visant à instituer la procédure d'injonction de payer devant le TGI

Ce constat a conduit la commission à formuler la proposition d'étendre la procédure d'injonction de payer au tribunal de grande instance.

a) Le principe de l'extension de la procédure d'injonction de payer devant le TGI

La commission suggère d'étendre la procédure d'injonction de payer en permettant, par une modification de l'article 1406 du code de procédure civile, que la requête soit portée devant le tribunal de grande instance.

Ce faisant, les demandes ne rentrant pas dans la compétence d'attribution du tribunal d'instance seront traitées par leur juge naturel, le TGI. Ainsi, les demandes en injonction de payer supérieures au seuil de compétence du tribunal d'instance - actuellement fixé à 10 000 euros - seront soumises au tribunal de grande instance. Naturellement, le tribunal d'instance restera compétent pour connaître selon la procédure d'injonction de payer des demandes, même supérieures à 10 000 euros, relevant de sa compétence exclusive, telles que celles relatives au crédit à la consommation ou aux baux d'habitation.

Certains litiges, qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse, seront ainsi résolus selon cette procédure simplifiée et rapide. La procédure d'opposition ultérieurement mise en œuvre sera la procédure ordinaire devant le tribunal de grande instance. Toutefois, afin de garantir une réelle efficacité du dispositif, les oppositions fondées uniquement sur une demande de délai de paiement pourraient faire l'objet d'un examen selon une procédure simplifiée.

Ces propositions permettront d'accroître la célérité de la justice (l'examen du dossier ne nécessitant pas de mise en état, ni d'audience et la décision rendue n'étant pas motivée) sans nuire à sa qualité, la complexité du litige n'étant pas nécessairement fonction du montant de la demande.

b) Le régime procédural commandé par l'extension de la procédure d'injonction de payer devant le TGI

En ce qui concerne le régime procédural de la présentation de la requête devant le tribunal de grande instance, deux solutions sont envisageables.

- La première consiste dans la présentation de la requête par un avocat, conformément au droit commun des procédures devant le tribunal de grande instance. Dans ce cas, cette réforme pourrait être introduite par la voie réglementaire.

- La seconde solution consisterait à permettre la présentation par le demandeur lui-même ou son mandataire, comme c'est le cas actuellement devant le tribunal d'instance ou le tribunal de commerce. Les parties seraient cependant tenues de constituer avocat lors de la phase contradictoire consécutive à l'opposition. Si une disposition de nature réglementaire pourrait permettre au demandeur de former lui-même la requête, une disposition autorisant un mandataire, tel qu'une société de recouvrement de créance, à présenter la requête constituerait une dérogation au monopole de représentation des avocats et serait ainsi de niveau législatif.

Constatant qu'en pratique l'immense majorité des injonctions de payer est d'ores et déjà formée par des créanciers institutionnels, la commission suggère de retenir le principe de la présentation de la requête par l'intermédiaire d'un avocat.

3° En revanche, en toute hypothèse, il importe que l'opposition puisse continuer à être présentée par le défendeur lui-même, à charge pour lui de constituer avocat dans le cadre de la procédure sur opposition, pour laquelle il conserve la qualité de défendeur.

Outre l'extension « procédurale » de l'injonction de payer devant le tribunal de grande instance, la commission suggère une extension de nature substantielle.

B) L'opportunité d'alléger l'office du juge en matière d'injonction de payer

La commission a constaté que l'office du juge en matière d'injonction de payer est à bien des égards spécifique au regard de sa définition traditionnelle (1), ce qui l'a conduite à formuler un certain nombre de propositions visant à alléger encore la charge du juge dans ce domaine (2).

1° Le constat : les particularités de l'office du juge en matière d'injonction de payer

De lege lata, il a été constaté au cours des débats que la fonction du juge durant la première phase de l'ordonnance d'injonction de payer est allégée au regard de ce qu'elle est traditionnellement (a).

La commission constate en outre que, *de lege ferenda*, un certain nombre de propositions ont pu être formulées dans le but de redéfinir cet office du juge en matière d'injonction de payer (b). Elle n'a pas cru devoir les faire siennes.

a) La spécificité de l'office du juge durant la première phase de la procédure d'injonction de payer

En l'état actuel des textes, la première phase de la procédure d'injonction de payer est généralement présentée comme étant de nature juridictionnelle, dans la mesure où elle aboutit à une ordonnance sur requête, telle qu'elle est définie à l'article 1415 du Code de procédure civile. Sans entrer dans un débat académique sur ce sujet, mais pour éclairer les choix de la commission, il a été fait observer par certains membres de celle-ci que l'ordonnance d'injonction s'apparentait davantage à un acte administratif judiciaire ayant trait à la solution d'un litige, dans la mesure où la jurisprudence considère d'une part, que la requête en injonction de payer ne s'analyse pas en une demande en justice (en raison de son caractère non-contradictoire), n'introduit pas une instance, ne confère aucun droit à un recours pour le demandeur qui verrait sa requête rejetée et, d'autre part, que l'ordonnance d'injonction de payer, qui ne constitue pas une décision de justice au sens de l'article 68 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, ne permet pas au défendeur d'exercer une véritable voie de recours, mais une opposition qui ouvrira le contentieux au fond.

Quelle que soit la façon dont on tranche ce débat, chacun s'accorde à reconnaître que, le caractère juridictionnel de l'activité du juge durant cette première phase est singulièrement réduit, au point qu'on pourrait parler d'activité quasi-juridictionnelle, voire pré-juridictionnelle. Bien souvent, l'examen exercé sur l'affaire par le juge lors de la première phase de la procédure ne présente pas de technicité particulière. Le juge examine l'ensemble des pièces soumises par le demandeur et si, « au vu des documents produits, la demande lui paraît fondée, en tout ou partie » (art. 1409 du Code de procédure civile), il rend une ordonnance pour la somme qu'il retient. Cette autorisation, inscrite sur le bas de la requête, n'a pas à être motivée.

L'activité du juge dans ce domaine est donc relativement simple.

Dans ce contexte et étant donné que les procédures d'injonction de payer sont extrêmement nombreuses chaque année, la commission a jugé nécessaire d'évaluer l'opportunité de confier à d'autres acteurs de la vie judiciaire le soin de connaître de la première phase de l'injonction de payer.

Ces constatations sur l'office du juge durant la première phase de la procédure ont conduit la commission à examiner deux propositions visant à réformer en profondeur la procédure d'injonction de payer. Celles-ci ont toutefois fait l'objet d'un certain nombre de critiques, qui ont conduit la commission à ne pas les retenir.

b) L'existence de propositions visant à réformer en profondeur la procédure d'injonction de payer

L'attention de la commission s'est portée, d'une part, sur la proposition visant à confier à titre principal aux huissiers de justice le pouvoir de mettre en œuvre une telle procédure (α), d'autre part, sur la proposition visant à modifier le modèle procédural même de l'injonction de payer privilégiant une première phase purement administrative (β). Des considérations relatives à notre tradition juridique ainsi qu'à l'intérêt des justiciables et au bon fonctionnement de la justice ont conduit la commission à écarter ces propositions.

α . La proposition d'une injonction de payer confiée aux huissiers de justice

La chambre nationale des huissiers de justice a proposé de transférer du juge à l'huissier de justice le pouvoir de rendre des injonctions de payer. La solution a fait l'objet d'un certain nombre de critiques.

Proposition

Invoquant l'analogie avec les pouvoirs que possède déjà l'huissier de justice en matière de chèques impayés, les représentants des huissiers de justice ont proposé de promouvoir en matière d'injonction de payer le modèle suivant. Au vu des pièces que lui soumettrait le demandeur, l'huissier de justice aurait le pouvoir de délivrer, sans autre acte de procédure ni frais, un titre exécutoire qu'il signifierait au défendeur. En l'absence d'opposition, la formule exécutoire serait apposée sur l'ordonnance par l'huissier de justice et non plus par le greffier de la juridiction. En cas d'opposition en revanche, l'affaire serait portée devant la juridiction compétente pour y être jugée selon les règles de la procédure ordinaire. Toutefois, l'opposition elle-même pourrait être adressée aussi bien à l'huissier de justice concerné (qui se chargerait de la transmettre), qu'au greffe de la juridiction. Les auteurs de la proposition ont fait valoir qu'une telle réforme ferait réaliser des économies de moyens aux juridictions en supprimant pour les magistrats et pour les greffes les tâches de traitement des requêtes en injonction de payer ; elle réduirait en outre, selon eux, les délais d'apposition de la formule exécutoire, qui varient selon les juridictions, et elle supprimerait l'incertitude inhérente à l'appréciation portée par un magistrat sur le bien-fondé d'une requête.

Expertise de la proposition

La proposition ainsi formulée a suscité un certain nombre de critiques.

- En premier lieu, quant à la délivrance de l'injonction de payer par l'huissier de justice, l'analogie avec les pouvoirs actuels de l'huissier de justice en matière de chèques a été très contestée. Contrairement au chèque en effet, un document contractuel ne constitue un titre de paiement. À la différence du chèque, l'injonction de payer soulève ainsi nécessairement la question du pouvoir d'appréciation de l'autorité qui délivre le titre exécutoire : en effet, le montant de la créance dans son principal et dans ses accessoires, n'est pas connu par avance. Et conférer à l'huissier de justice un pouvoir d'appréciation dans la fixation de la créance de son mandant serait en contradiction avec sa qualité de mandataire et son statut d'officier public et ministériel. Un tel système emporterait une confusion des genres regrettable, en faisant apparaître l'huissier comme étant, en quelque sorte, à la fois juge et partie. Juge, dans la mesure où il apprécierait la créance et apposerait la formule exécutoire, et partie, dans la mesure où il est mandaté par le demandeur lui-même. Des réserves ont enfin été exprimées quant au gain d'efficacité qui devrait résulter de cette première proposition. La suppression du contrôle exercé par les juridictions *ab initio* risquerait en effet d'entraîner la délivrance d'injonctions infondées et, par contrecoup, un accroissement des oppositions – oppositions qui sont jugées selon les règles de la procédure ordinaire et donnent lieu à un jugement qui devrait être motivé. Ce qui aurait été gagné d'un côté serait perdu d'un autre.

- En deuxième lieu, quant à l'apposition, par l'huissier de justice, de la formule exécutoire sur l'ordonnance d'injonction de payer, en l'absence d'opposition du défendeur, la réforme préconisée n'aurait aucune incidence significative sur l'activité des juridictions, dans la mesure où l'apposition de la formule exécutoire ne fait pas intervenir le juge et ne représente qu'une faible partie des interventions du greffe sur le dossier. En outre, sur le plan des principes, on a pu souligner la spécificité de l'acte d'apposition de la formule exécutoire, apposition qui ne saurait être appréhendée comme la simple conséquence d'une absence de contestation. Attribution régaliennne, elle est en effet l'expression formelle de l'autorité attachée à l'acte lui-même, comme l'atteste le caractère solennel de la formule exécutoire prévue par le décret du 12 juin 1947¹. Enfin, l'huissier de justice ne peut se voir confier la seule apposition de la formule exécutoire ; en effet, en apposant la formule exécutoire sur la copie d'une décision de justice, le greffier authentifie que cette copie est la reproduction fidèle de l'original, conservé au greffe ; or, l'huissier de justice n'est pas destinataire de l'original de l'ordonnance d'injonction de payer et on voit mal, dans ces conditions, comment il pourrait attester de la force contraignante qui s'attache à cette décision de justice.

- En troisième lieu, quant à l'opposition qui serait adressée directement à l'huissier de justice, il convient de relever que c'est un acte qui saisit la juridiction d'une contestation. Sur le plan des principes, il serait curieux qu'une telle saisine ne soit pas directement adressée à la juridiction mais qu'elle puisse préalablement transiter par un huissier de justice. De plus, si elle était mise en œuvre, cette réforme serait source de contentieux quant à la prise en compte par l'huissier de justice d'un écrit du défendeur dont il ne résulte pas une volonté claire de s'opposer à l'ordonnance ou sur l'obligation pour l'huissier de justice de transmettre une opposition tardive ou irrégulière en la forme.

¹ « En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice sur ce requis de mettre ladite décision à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis ».

- Par ailleurs, une telle réforme risquerait d'entraîner pour le juge de l'exécution un contentieux supplémentaire dans la mesure où le titre exécutoire, pierre angulaire du droit de l'exécution, serait affaibli. En effet, le système actuel repose sur la délivrance d'un titre, selon des conditions strictes, qu'il est ensuite difficile voire impossible de remettre en cause. L'émission d'un titre selon une procédure expéditive risquerait de multiplier les contentieux devant le juge de l'exécution, qui apparaîtrait comme l'unique recours pour empêcher la mise à exécution d'un titre infondé.

La commission s'est par ailleurs attachée à l'examen de la proposition visant à rendre purement administrative la première phase de l'injonction de payer.

β. La proposition d'une injonction de payer comportant une première phase purement administrative

La possibilité d'une modification en profondeur de la procédure d'injonction de payer, qui conduirait à faire de la première phase de la procédure une phase purement administrative, n'a pas été retenue par la commission.

Contenu de la proposition

Actuellement, la procédure d'injonction de payer fonctionne sur le modèle dit « par preuve »¹, dont la particularité est l'obligation pour le demandeur de produire une preuve écrite qui justifie la créance qu'il invoque. Ainsi la délivrance d'une ordonnance d'injonction de payer nécessite-t-elle au préalable un examen des pièces et du bien-fondé de la réclamation en son principe et en son montant.

L'idée a été avancée d'aligner le droit français sur un autre modèle existant en Europe, le modèle « sans preuve », qui se caractérise par l'absence totale d'examen avant la délivrance d'une décision², et qui fait de la première phase de l'injonction une phase purement administrative. Il est vrai que le règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer s'est lui-même, tout récemment, rapproché de ce modèle : le demandeur se borne à énumérer les pièces justifiant sa créance, sans avoir à les produire et le contrôle de la requête est limité (article 11 du règlement)³.

L'idée serait, conformément au modèle « sans preuve », d'exiger une description détaillée de la créance accompagnée d'un bordereau des pièces sur lesquelles elle se fonde. Il serait dès lors possible de demander ultérieurement au demandeur, en cas d'opposition, de déposer les pièces qu'il a décrites au greffe du tribunal.

¹ La Belgique, l'Espagne, la Grèce, l'Italie et le Luxembourg par exemple ont également adopté ce système.

² L'Allemagne, l'Autriche, le Portugal, la Suède et la Finlande sont sur cette ligne, avec des nuances.

³ L'autorité compétente vérifie que la demande présentée entre dans le champ matériel et transfrontalier du règlement, que la créance est bien pécuniaire, liquide et exigible, que la juridiction est compétente, et elle rejette les demandes manifestement non fondées ; le considérant 16 du règlement évoque ainsi la possibilité d'un examen *prima facie*.

Critique de la proposition

Toutefois, la commission s'est montrée globalement attachée à la tradition française d'un contrôle *initial*, fût-il minimal, de l'existence de la créance, qui ne saurait se contenter d'un examen purement administratif de l'énumération des pièces invoquées. Il a été rappelé, d'ailleurs, que le règlement européen précité n'a vocation à s'appliquer (à compter du 12 décembre 2008) qu'aux seuls litiges transfrontaliers. Le choix de modèle de procédure opéré par le législateur européen a été pour partie dicté par des considérations liées à cet aspect transfrontalier du litige : la production d'éléments de preuve, qui auraient dû être traduits dans la langue de la juridiction, aurait en effet alourdi les charges reposant sur le demandeur. Les États membres ne sont donc aucunement tenus de réformer leur droit interne afin d'adopter ce dispositif inspiré du modèle allemand, dans lequel l'ordonnance d'injonction de payer n'est pas une décision juridictionnelle et où un réexamen est possible après l'expiration du délai d'opposition¹.

Plus généralement, l'intérêt d'un examen, même allégé, du bien-fondé de la requête a été rappelé. Celui-ci permet en effet de prévenir des demandes fantaisistes ou abusives, de limiter le nombre d'oppositions aux ordonnances délivrées et de préserver les droits du défendeur au stade non contradictoire de cette procédure. Un consensus s'est donc dégagé en faveur du maintien de principe d'une décision initiale d'injonction de payer rendue, sur le bien-fondé de la créance, au vu des pièces effectivement produites par le demandeur.

La commission a toutefois retenu de l'examen de cette proposition l'idée d'un possible aménagement des modalités du contrôle exercé durant la première phase de la procédure.

2° Les propositions de la commission

Trois idées directrices sont proposées par la commission : réorganiser les pouvoirs et compétences en matière d'injonction de payer (a), renforcer la protection des droits du défendeur (b), rationaliser l'organisation de la procédure (c).

a) Réorganiser les pouvoirs et compétences en matière d'injonction de payer

La première de ces orientations pourra elle-même être mise en œuvre selon deux modalités différentes.

1. Donner compétence à un greffier en chef aux fonctions et au statut revalorisés pour statuer sur la requête en injonction de payer

La commission s'est appuyée, pour formuler cette proposition, sur le constat que l'office du juge durant la première phase de la procédure était relativement simple. Dès lors, il lui a paru légitime et opportun de confier cette première phase au greffier en

¹ Le règlement (CE) n° 1896/2006 prévoit également une possibilité pour le défendeur de solliciter le réexamen de la requête passé le délai d'opposition (article 20§2).

chef de la juridiction. De façon corollaire, seuls les tribunaux de grande instance et les tribunaux d'instance connaîtraient désormais de ce contentieux, en fonction de la valeur en litige, puisqu'il est proposé par ailleurs (cf. *infra*, seconde partie) de l'absorption de la juridiction de proximité par le tribunal d'instance¹.

Une telle proposition implique, aux yeux de la commission, une nécessaire revalorisation des fonctions du greffier en chef, ainsi que de son statut, ce qui fait l'objet de propositions exposés plus loin (cf. *infra* titre III, chapitre 2). En effet, il importe en particulier que ce fonctionnaire se voie attribuer un statut garantissant son indépendance, sans lequel on ne saurait concevoir de lui confier des missions de cette nature. Deux modèles sont envisageables.

Le premier, directement inspiré du modèle allemand, consiste à conférer au greffier en chef revalorisé, ou greffier juridictionnel, un pouvoir propre et autonome, en vertu duquel il pourrait ordonner des injonctions de payer.

Le second, davantage inspiré du modèle autrichien (où le *Rechtspfleger* semble avoir, en théorie du moins, un lien plus fort avec le juge), consisterait à procéder par délégation du juge au greffier en chef. Si un accroissement des moyens² ne pouvait accompagner la réforme de statut et de fonctions ainsi proposée pour le greffier en chef, il serait sans doute utile d'en infléchir les modalités en proposant, non plus de confier cette mission aux greffiers en chef à titre exclusif et autonome, mais de mettre en œuvre un système de délégation de la part des juges d'instance ou de grande instance. Le juge pourrait, par un acte d'administration judiciaire non susceptible de recours, déléguer au greffier en chef de la juridiction, dont le statut serait revalorisé et dont l'indépendance serait ainsi garantie, la première phase de la procédure d'injonction de payer. Cela permettrait de pallier les situations où le greffier en chef fait défaut, ou bien est dans l'impossibilité matérielle d'assurer cette mission en plus de celles qui sont traditionnellement les siennes. Le juge d'instance ou de grande instance conserverait ainsi son pouvoir de traiter de telles procédures et aurait toute latitude pour ne pas le déléguer le cas échéant.

L'Union Syndicale des Magistrats, l'Union Syndicale Autonome Justice/UNSA et le Syndicat des Greffiers de France sont opposés à ce second modèle.

2. Solution alternative : permettre aux juges du tribunal de grande instance et du tribunal d'instance de déléguer le traitement des injonctions de payer aux juges de proximité

Consciente que la première proposition ici exposée nécessite une forte évolution des esprits vers l'acceptation d'un greffier « juridictionnel », la commission propose, en attendant la concrétisation de cette évolution, voire en complément de celle-ci, d'instituer un système de délégation en faveur des juges de proximité. Introduit par

¹ Il est rappelé que les juridictions commerciales n'entrant pas dans le champ de sa mission, les propositions de la commission n'affectent aucunement la procédure d'injonction de payer devant le tribunal de commerce.

² Dans la mesure où le nombre des injonctions de payer aujourd'hui traitées en France est très important, cela suppose d'augmenter le nombre de fonctionnaires en charge de cette mission ainsi que les moyens qui sont à leur disposition. En effet, les injonctions de payer, aujourd'hui traitées par environ 800 juges d'instance et plus de 500 juges de proximité, se verraient au terme de cette réforme confiées aux greffiers en chef des tribunaux d'instance, au nombre d'environ 500, et dont les attributions administratives sont par ailleurs nombreuses.

une réforme législative, ce système conduirait à permettre aux juges du tribunal d'instance ou du tribunal de grande instance, saisis d'une requête en injonction de payer, dans leur champ de compétence respective, de déléguer à un juge de proximité le traitement de la première phase de la procédure d'injonction de payer.

Doté d'un statut garantissant son indépendance et ses capacités juridiques, celui-ci est en effet particulièrement à même de traiter le contentieux de l'injonction de payer, dont il connaît du reste déjà aujourd'hui jusqu'à la valeur de 4000 euros. Cela permettrait d'alléger la charge des juges professionnels en mettant utilement à profit les compétences de ces juges institués en 2002, qui ont fait leur preuve dans ce domaine. En effet, les données statistiques permettent de constater que les requêtes en injonctions de payer font globalement l'objet d'un sort proche, qu'elles soient portées devant le juge d'instance ou le juge de proximité : notamment le taux de rejet est de 17,8 % pour les juges d'instance et de 13,3% pour les juges de proximité et le taux d'opposition est de 6,9 % contre les injonctions du juge d'instance et de 4,6 % contre celles du juge de proximité. Le rattachement organique de ces juges au tribunal de grande instance, proposé par ailleurs par la commission, serait propice à cette nouvelle organisation des fonctions. Enfin, la délégation est un moyen pertinent pour constituer une équipe entre le déléguant et le délégué, en créant les conditions d'un dialogue constructif, notamment pour permettre au déléguant d'informer le délégué des difficultés rencontrées à l'occasion de la procédure sur opposition.

Le Syndicat de la Magistrature a marqué son opposition en matière d'injonction de payer à tout transfert de compétence du juge professionnel vers un autre organe. L'Association nationale des juges d'instance s'est également déclarée opposée, à titre principal, au transfert de compétence et, si un transfert devait être envisagé, elle a manifesté sa préférence pour le mécanisme de la délégation, au greffier en chef ou au juge de proximité.

b) Renforcer la protection du défendeur

La commission préconise de compléter cette inflexion de la procédure par une protection renforcée des droits du défendeur.

En premier lieu, si la première phase de la procédure est modifiée quant à l'autorité habilitée à rendre une ordonnance d'injonction de payer, en revanche il est prévu que le défendeur conserve l'accès à un recours proprement juridictionnel durant la seconde phase de la procédure, recours dont seul le juge professionnel pourra connaître, à l'exclusion du greffier en chef ou du juge de proximité délégué, selon la solution qui sera retenue par ailleurs pour la première phase.

En second lieu, l'effectivité de la procédure d'opposition sera améliorée par la mise en place d'un dispositif accru d'information du défendeur.

Il sera ainsi adjoint à la décision d'injonction de payer rendue par le greffier en chef :

- Un formulaire-type, rédigé en des termes simples, aux fins de préciser les conditions d'exercice de la voie d'opposition et, très explicitement, les effets de cette opposition, à savoir qu'elle entraîne, de plein droit, l'arrêt provisoire de l'exécution de la décision d'injonction de payer. Cette clause devra être rédigée en caractères très apparents. Il sera indiqué très clairement aussi que si le défendeur ne forme pas opposition, l'ordonnance deviendra exécutoire et ne pourra plus être contestée.

- Un bulletin d'opposition, que le défendeur n'aura qu'à signer et renvoyer au greffe de la juridiction, pour former opposition.

L'effectivité du droit à faire opposition, et les droits du défendeur, seront ainsi renforcés.

c) Renforcer l'efficacité de la procédure au service du justiciable

Enfin, dans un souci de meilleure organisation de la justice et de préservation des intérêts du justiciable, il est proposé de promouvoir un système de centralisation des demandes auprès d'un seul greffier en chef et de développer la dématérialisation de la procédure d'injonction de payer.

1. Centraliser les demandes auprès d'un greffier spécifique

Dans la seule hypothèse où serait retenue la proposition visant à confier en propre aux greffiers en chef le traitement des injonctions de payer, il pourrait être envisagé de créer au sein de chaque tribunal de grande instance – niveau pertinent de « pilotage stratégique » – un service centralisé de traitement des requêtes dans leur première phase.

Une gestion intelligente des moyens et, surtout, le souci d'assurer une certaine égalité dans le traitement des demandes, plaident pour cette solution. La création d'un tel pôle, compétent et performant, devrait permettre d'assurer le traitement des injonctions par un personnel de qualité. Le greffier en chef ne pourrait toutefois pas déléguer la mission qui lui est confiée de statuer sur la requête en injonction de payer.

La centralisation du traitement devrait toutefois être limitée au premier stade de la procédure, phase durant laquelle elle ne saurait nuire au défendeur, qui par hypothèse n'est pas informé de la procédure. En revanche, la requête en injonction de payer devrait continuer à être présentée à la juridiction compétente, à moins que les propositions formulées par la commission en matière de guichet universel puissent prospérer, et le dossier d'opposition devrait être transmis au juge naturel compétent, c'est-à-dire au juge du domicile du défendeur.

2. Développer la dématérialisation de la procédure d'injonction de payer

Afin de rendre l'injonction de payer plus accessible au justiciable, il est préconisé que le demandeur à l'injonction de payer puisse disposer près de chez lui d'un tribunal lui offrant un service d'accueil pour l'aider à présenter sa requête. Dans ce cadre, l'utilisation des nouvelles technologies et la transmission par voie télématique de la requête et des pièces ne peuvent constituer ni un frein culturel ni un obstacle d'ordre financier. La possibilité de former un recours par le biais des nouvelles technologies, soit dans le cadre des maisons de justice et du droit, soit dans celui des guichets uniques de greffe, soit à partir de maisons des services publics ou soit encore à partir d'un guichet universel, constituerait à l'évidence un service supplémentaire pour le justiciable. Cette dématérialisation s'inscrit dans la droite ligne de ce qui est préconisé dans le cadre de la procédure européenne d'injonction de payer transfrontalière et la commission recommande la généralisation d'un tel procédé, dans un souci de proximité du justiciable.

CHAPITRE 2 - L'ÉVENTUELLE DÉJUDICIARISATION DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

« *Le texte [la loi du 11 juillet 1975 sur la réforme du divorce] cherche avant tout à garantir la liberté des consentements par la présence du juge et des avocats (des conseils) des époux.* »

Jean Carbonnier,
La question du divorce (Mémoire à consulter),
D.S. 1975, chron. 115, *Essai sur les lois*, Répertoire du notariat éd., 1979, p. 139.

Dans le discours prononcé lors de l'installation de la commission, Madame le Garde des Sceaux recommande d'examiner la réforme du divorce par consentement mutuel sous l'angle prioritaire de l'intérêt du justiciable¹. Ce critère est demeuré déterminant dans les réflexions qui ont guidé la commission dans l'examen des différentes propositions relatives à la simplification de cette procédure de divorce. Cette préoccupation l'a tout particulièrement animée lorsqu'elle a étudié l'hypothèse d'une déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, telle qu'elle a été récemment formulée dans le cadre de la Révision générale des politiques publiques (RGPP), qui envisage spécialement qu'on puisse confier le divorce aux notaires, tout en précisant qu'il s'agit là d'une *possibilité*, à expertiser².

En conséquence, la commission a conduit ses travaux avec la volonté de préserver un équilibre qui soit soucieux de l'intérêt de l'enfant et de celui de chacun des époux, intérêts qui doivent rester la pierre angulaire de toute législation sur le divorce. Les termes mêmes du discours de Madame le Garde des Sceaux³, auquel est venue s'ajouter une récente réponse ministérielle⁴, n'ont pu que la conforter dans cette démarche. Dans cet esprit, la commission a eu le souci d'examiner chaque solution au regard des principes fondamentaux de notre droit, qu'ils soient d'origine constitutionnelle, européenne ou internationale et de ne retenir que des solutions qui soient respectueuses des engagements internationaux de la France, à commencer par la Convention de New-York sur les droits de l'enfant.

Pour prendre la pleine mesure de sa mission, la commission s'est également attachée au contexte sociologique et statistique des divorces par consentement mutuel.

¹ « Je sais que la question de la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel soulève des inquiétudes. Il ne s'agit pas de préparer une réforme contre une profession ou d'en favoriser une autre. Il s'agit d'apporter la meilleure réponse aux attentes des Français. »

² Revue générale des politiques publiques du 12 décembre 2007, confirmée le 4 avril 2008, p. 3 : « Dans ce cadre, la chancellerie *examinera également la possibilité* de déjudiciariser un certain nombre de contentieux ou un certain nombre d'actes. Le ministère de la Justice *examinera la possibilité* de déjudiciariser le divorce par consentement mutuel pour permettre de divorcer sans passer devant le juge lorsque les époux sont d'accord sur l'ensemble des conditions du divorce. »

³ « Il y aura sans doute un équilibre à trouver. Il me paraît nécessaire de veiller avant tout à préserver les droits de chaque époux et à protéger l'intérêt de l'enfant. C'est essentiel. »

⁴ « À ce jour, aucune option n'est privilégiée, [mais] dans tous les cas, il conviendra de trouver un équilibre entre, d'une part, la simplification des procédures attendue par les Français et, d'autre part, la préservation de la liberté et des droits de chaque époux, ainsi que la protection de l'intérêt de l'enfant. » Rép. Min. n° 3841, JO Sénat Q., 22 mai 2008, p. 1018, D. 2008 p. 1471.

En effet, la part des divorces prononcés par consentement mutuel dans le nombre global de divorces en France va croissant, qu'il résulte d'une requête conjointe ou du recours à une passerelle, en cours de procédure contentieuse¹. Après avoir été approximativement de 41% entre 1996 et 2000, de 47% de 2001 à 2004, elle était de 59% en 2005. Les divorces par consentement mutuel représentent donc une véritable réalité sociale, si l'on considère qu'entre 1996 et 2007 le nombre de divorces prononcés est passé de 120 000 à 134 000, soit une augmentation de 12% en douze ans².

Ces divorces représentent, en outre, un coût important pour les justiciables (honoraires d'avocat et émoluments de notaire)³. Or, la proportion des personnes concernées dont les revenus sont faibles n'est pas négligeable puisque dans un tiers des divorces par consentement mutuel, l'un des époux au moins est bénéficiaire de l'aide juridictionnelle⁴. Pour les citoyens qui font le choix de divorcer, en étant d'accord sur le principe du divorce et sur ses conséquences, le coût du divorce est ainsi souvent perçu comme excessif. Surtout, la lisibilité des tarifs pratiqués semble incertaine pour les justiciables, en raison de l'absence de tarification et de la grande hétérogénéité qui en résulte.

Plus généralement, la commission s'est voulue attentive au principe selon lequel les solutions préconisées devraient permettre un accès effectif et équitable au divorce, identique à celui qui est aujourd'hui assuré aux citoyens les plus démunis par le biais de l'aide juridictionnelle.

À ce constat préalable s'en est ajouté un autre : très souvent, les divorces par consentement mutuel interviennent en présence d'enfants mineurs ou d'enfants majeurs encore à la charge de leurs parents. Certes, si la part des divorces avec enfant mineur est globalement en baisse depuis quelques années⁵, sauf dans les divorces contentieux⁶, 52,9% des divorces par consentement mutuel interviennent en présence de mineurs⁷, et ces divorces ont impliqué, en 2007, 61 312 enfants soit la moitié des

¹ En 2007, sur l'ensemble des 72 175 divorces prononcés par consentement mutuel, 3 720 soit 5% avaient été introduits selon une procédure contentieuse.

² Cette évolution présente deux périodes : une grande stabilité de 1996 à 2002 avec un niveau inférieur à 120 000 divorces chaque année ; une augmentation à partir de 2003 avec un pic conjoncturel en 2005 (155 000 divorces) du fait de l'entrée en vigueur de la réforme de la procédure de consentement mutuel, l'année 2007 se situant au niveau de 2004 (134 000). Cette évolution récente est surtout liée aux divorces par consentement mutuel puisque les divorces contentieux sont relativement stables, oscillant de 70 000 en 1996 à 60 000 en 2007. Elle s'inscrit par ailleurs dans un mouvement historique de développement exponentiel des divorces. À titre indicatif, on rappellera que le nombre de demandes en divorce, rétabli par la loi du 27 juillet 1884, était inférieur à 10 000 par an (*Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale en France pendant l'année 1905*, p. XI). En vingt ans, de 1884 à 1905, un total de 185 492 demandes en divorce avaient été formées, et 159 874 prononcés. Ces demandes n'ont cessé de croître par la suite, d'abord lentement, puis rapidement au début des années 1970 : on comptait 43 000 demandes en divorce et séparation de corps en 1970, puis 58 000 en 1974.

³ Certains ont pu évoquer une somme totale d'environ 3 000 euros pour un divorce avec deux avocats.

⁴ En 2007, dans 31,7 % des divorces par consentement mutuel, l'un des époux a bénéficié d'une aide juridictionnelle.

⁵ Elle décroît régulièrement depuis une douzaine d'années : de 61,3% en 1996, elle est passée à 57% en 2007.

⁶ La part des divorces avec enfants mineurs n'a pas connu de réel déclin en matière de divorce contentieux : elle est passée de 63% en 1996 à 62 % en 2007, confirmant ainsi l'idée que la présence d'enfants accroît le caractère conflictuel des divorces.

⁷ Le taux était de 58,8% en 1996. L'évolution de ce taux n'est cependant pas régulière : il est très stable durant les 3 premières années, puis perd 2 points en 1999, diminue à nouveau en 2001 et 2002, puis, après ce creux de 3 ans, augmente de 3 points en 2004 pour diminuer ensuite régulièrement de 2005 à 2007.

enfants mineurs concernés par le divorce de leurs parents¹. Ces chiffres ont confirmé aux membres de la commission que l'intérêt de l'enfant doit animer leur réflexion sur l'éventuelle déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel.

Enfin, les membres de la commission ont été particulièrement attentifs aux acquis de la loi du 26 mai 2004, relative au divorce. Celle-ci a en effet simplifié la procédure de divorce par consentement mutuel et en a considérablement raccourci les délais, puisque la durée de cette procédure est passée de 9 mois à 3,7 mois². Il n'existe plus aujourd'hui qu'une audience obligatoire devant le juge³. L'idée d'une déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel ne revêt plus les mêmes enjeux que si elle avait été abordée il y a dix ans⁴ : elle doit être envisagée dans le contexte nouveau que constitue la réforme du 26 mai 2004 qui, issue d'un certain consensus politique, a été saluée par les professionnels et les justiciables tant pour l'équilibre et la simplification de la procédure qu'elle a su instaurer, que pour la réduction majeure des délais qu'elle a engendrée. Par ailleurs, l'hypothèse d'une déjudiciarisation du divorce ne peut être envisagée qu'à la lumière des impératifs du droit international, qui consacre notamment le droit de l'enfant à être auditionné dans les procédures le concernant.

C'est en tenant compte de ce triple cadre juridique, statistique, et sociologique, que la commission a pu examiner de façon approfondie les solutions qui lui ont été soumises. Certaines n'ont pas retenu ses faveurs après expertise (Section 1), mais leur examen constructif lui a permis d'émettre un certain nombre de recommandations (Section 2).

¹ Parmi ces enfants, 28% sont des enfants uniques, proportion un peu plus élevée que dans les divorces contentieux (25,7%).

² La durée moyenne des procédures de divorce, tous types confondus, s'établit en 2007 à onze mois, soit deux mois de moins qu'en 1996. Cette diminution de la durée est imputable exclusivement à la réforme du divorce par consentement mutuel ; dans le même temps la durée des divorces contentieux s'est allongée de 15,6 mois à 20,1 mois.

³ Selon cette procédure, les époux préparent la convention de divorce avec l'assistance de leur(s) avocat(s) et, en présence de biens soumis à publicité foncière, avec celle du notaire qui leur fournit un état liquidatif du régime matrimonial. Le juge est ensuite saisi par requête conjointe. La loi du 26 mai 2004 pose désormais le principe d'une audience unique (avant la réforme de 2004, il y avait un second rendez-vous obligatoire). Celle-ci remplit toutefois un rôle important puisque le juge reçoit séparément chaque époux et vérifie que la volonté de chacun d'eux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. Il homologue la convention et prononce le divorce s'il constate que celle-ci préserve suffisamment les intérêts des enfants et des époux. Si le juge estime que le consentement n'est pas réel ou pas suffisamment éclairé, ou si l'un des époux fait part de ses réticences sur l'un des points de la convention, il peut soit demander à ce que les parties corrigent ou modifient immédiatement certaines dispositions de la convention, soit refuser d'homologuer la convention et ajourner sa décision sur le prononcé du divorce jusqu'à présentation d'une nouvelle convention dans un délai maximum de six mois.

⁴ Plusieurs rapports s'étaient alors attachés à la question : I. THÉRY, *Rapport à la ministre de l'emploi et de la solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la justice, Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Odile Jacob, 1998. Mme Théry proposait alors de créer un nouveau cas de divorce, « le divorce sur déclaration commune ». Cette nouvelle procédure n'aurait pas eu vocation à se substituer au divorce sur requête conjointe mais aurait ouvert une nouvelle voie pour les couples n'ayant aucun conflit et ayant déjà réglé par eux-mêmes les effets de la séparation (couples sans enfants, sans biens, séparés de longue date...). V. également Fr. Dekeuwer-Defossez, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps : rapport au Garde des Sceaux, ministre de la justice*, La documentation française, 1999 : après avoir approfondi la question et exploré la faisabilité technique d'un dispositif de divorce par consentement mutuel faisant l'économie du juge, Mme Dekeuwer-Defossez s'est prononcée contre sa mise en place, au vu des nombreuses difficultés de principe comme techniques. Le rapport concluait sur cette question dans les termes suivants : « ne pas adopter, tout au moins sans réflexion complémentaire, de procédure de divorce sans contrôle judiciaire ».

SECTION 1 – Les solutions expertisées mais non retenues par la commission

Plusieurs propositions ont été présentées par les personnes auditionnées ou par des membres de la commission (§ 1). La commission a estimé ne pouvoir les retenir, en raison des critiques qu'elles ont soulevées (§ 2).

§ 1 - Les propositions

L'examen s'est porté sur les propositions tendant à confier à un organe autre qu'un juge – un officier d'état civil, un notaire, ou encore un greffier en chef – le traitement du divorce par consentement mutuel. Dans cette perspective, deux séries d'hypothèses se sont progressivement dessinées :

- Selon une première configuration, l'organe ainsi considéré exercerait une fonction non juridictionnelle : il se contenterait de constater l'accord des époux pour élaborer avec eux les termes de l'organisation de leur sortie du mariage (A).

- Selon une seconde configuration, il exercerait une fonction pleinement juridictionnelle : il prononcerait bel et bien le divorce (B).

A) Les propositions de confier le divorce à un organe dépourvu de la fonction juridictionnelle

La première série de propositions consiste à confier le divorce à un organe dépourvu de la fonction juridictionnelle – de nature gracieuse – traditionnellement confiée au juge dans ce type de divorce. Une première solution consiste à confier cette tâche à l'officier d'état civil (1°) ; une autre suggère de la confier au notaire (2°).

Néanmoins, il convient de souligner, avant d'examiner le détail de ces propositions, que leurs auteurs ont tous exclu leur application dans les situations où sont présents des enfants mineurs, ou à charge de leurs parents. Dans ces hypothèses, la compétence exclusive du juge a toujours été retenue. Le consensus qui s'est ainsi dégagé, en lien notamment avec le contexte juridique international, a permis à la commission d'émettre une recommandation relative à cet impératif¹.

1° Le divorce devant un officier d'état civil sans pouvoir juridictionnel

Certaines personnes auditionnées ont suggéré que les officiers d'état civil, aujourd'hui chargés, notamment, de célébrer le mariage et d'en dresser acte, soient également chargés de constater sa dissolution, *lorsqu'elle procède d'un consentement mutuel, et en l'absence d'enfants mineurs*.

M. Christian Mellottée, Premier Avocat général à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, a ainsi souligné que le démariage pourrait alors se faire par une déclaration devant l'officier d'état civil, selon une déclaration commune du divorce, qui serait assortie d'une convention commune des époux. Cette solution, a-t-il souligné, permettrait de faire prévaloir le parallélisme des formes (par rapport au mariage).

¹ Voir *infra*.

La Conférence des Premiers présidents, a également proposé cette solution (en alternative avec le notaire), sous la condition que les époux puissent remettre en cause leurs engagements devant le juge selon le droit commun des nullités contractuelles.

Dans son intervention devant la commission, M. Jacques Degrandi, Président du TGI de Paris, suggère également que les divorces par consentement mutuel ou après rupture de la vie commune (60,6% des divorces en 2006), ainsi, d'ailleurs, que la résiliation des pactes civils de solidarité (PACS), soient actés par les services municipaux de l'état civil, avec le sceau préalable d'un ou deux avocats et un projet de répartition des biens scellé par le notaire en cas de patrimoine communautaire ou indivis.

La Chambre nationale des avoués a de son côté suggéré que le divorce soit prononcé par l'officier de l'état civil, mais avec assistance obligatoire de l'avocat et maintien du rôle classique du notaire pour les couples avec patrimoine.

Directement concernée par une telle proposition, si elle devait aboutir, l'Association des maires de France a dit n'être pas opposée à un tel transfert de compétences, à condition, d'une part, que le consentement soit exprimé devant deux avocats ou deux notaires et que, d'autre part, l'enregistrement à l'état civil vaille prononcé du divorce. Elle a en outre insisté pour que le contrôle préalable des consentements soit assuré avant l'intervention des services l'état civil.

Les avantages mis en avant au soutien de cette proposition ont été, notamment, le souci d'un certain parallélisme des formes : l'officier d'état civil dissout ce qu'il a consacré. La solution garde en outre une forme de solennité et de publicité sociale au démariage.

Cette solution n'est pas inconnue du droit comparé, notamment dans des pays dont la tradition a été, historiquement, celle d'une administration centralisée et forte :

C'est la solution qui domine dans un certain nombre de pays de l'Europe de l'Est. La Russie admet ainsi le divorce devant l'officier d'état civil dès lors que les deux époux sont d'accord pour divorcer¹ et n'ont pas d'enfant mineur commun². L'officier d'état civil est également compétent³ lorsqu'un des époux a été déclaré absent, incapable ou a été condamné en raison d'un crime à une peine d'emprisonnement supérieure à trois ans⁴. L'officier d'état civil, dans toutes ces hypothèses de divorce administratif, enregistre le divorce et remet aux époux un certificat de divorce dans le délai d'un mois à compte de la requête en divorce. Cette procédure ne requiert nullement l'assistance d'un avocat, qui n'est d'ailleurs pas mentionnée dans les textes légaux. Si un litige survient entre les époux une fois le divorce constaté par l'officier d'état civil, l'époux le plus diligent doit saisir le tribunal qui statue sur le conflit. Ceci s'explique par le fait que les époux peuvent divorcer devant l'officier d'état civil en Russie sans s'être mis d'accord sur les conséquences du divorce⁵. L'Ukraine permet également que le divorce puisse être déclaré par l'officier d'état civil, dans les mêmes conditions qu'en droit russe.

De même, en Lituanie, le Code du mariage et de la famille du 16 juillet 1969 organise une procédure administrative de divorce pour les époux qui sont d'accord pour divorcer et qui n'ont pas d'enfant mineur. C'est alors l'officier d'état civil qui déclare le divorce⁶.

¹ La requête est alors présentée conjointement et en principe les deux époux doivent comparaître en personne. En cas d'impossibilité d'un époux, il doit présenter une requête écrite séparée authentifiée par notaire, v. M. Antokolskaia, in *European Family Law in Action*, Vol. 1 : *Grounds for Divorce*, op. cit., p. 153.

² Art. 19 § 1 du Code russe de la famille.

³ Indépendamment de l'existence d'enfants mineurs.

⁴ Dans tous ces cas, la requête en divorce est formulée par un seul époux.

⁵ V. en ce sens M. Antokolskia, in *European Family Law in Action*, Vol. 1 : *Grounds for Divorce*, op. cit., p. 245, qui souligne que l'officier d'état civil n'est pas habilité à contrôler les possibles accords que les époux auraient conclus sur les conséquences de leur divorce.

⁶ Selon la loi lituanienne, les époux forment une demande écrite et doivent ensuite comparaître devant l'officier d'état civil dans les trois mois suivant la demande, à défaut de quoi la requête est

Et en Estonie, en vertu de la loi sur la famille du 12 octobre 1994, le divorce par consentement mutuel peut être réalisé selon une procédure administrative devant le bureau des statistiques de l'état civil¹.

La solution est également familière des pays nordiques :

Ainsi, au Danemark coexistent deux procédures de divorce, l'une judiciaire², l'autre administrative³. Cette dernière est applicable lorsque les époux divorcent par consentement mutuel. Elle suppose que les époux acceptent de recourir à la procédure administrative et qu'ils soient d'accord sur le principe du divorce comme sur ses conséquences les plus importantes (garde des enfants, pension, logement familial...)⁴.

De même, la Norvège connaît une procédure judiciaire et une procédure administrative de divorce. La seconde est la voie normale⁵ et est possible à l'initiative d'un ou des deux époux ; le divorce est déclaré par le gouverneur du Comté assisté d'agents administratifs. Le modèle est similaire à celui du Danemark.

À côté de la proposition de divorce devant l'officier d'état civil, une autre piste de réflexion a été étudiée, celle du divorce devant un notaire.

2° Le divorce devant un notaire sans pouvoir juridictionnel

Le Conseil de modernisation des politiques publiques a formulé, en décembre 2007, la proposition d'un divorce qui aurait lieu devant notaire. L'idée est que le notaire, officier public et ministériel, pourrait accomplir en matière de divorce sa mission traditionnelle de réception des actes et des contrats, pour lesquels l'authenticité est exigée par la loi ou souhaitée par parties. Il constaterait le divorce, sans intervention du juge.

La Conférence des Premiers présidents, s'est dit favorable à une telle possibilité (en option avec l'officier d'état civil), mais à la condition que les époux puissent remettre en cause leurs engagements devant le juge selon le droit commun des nullités contractuelles.

La Conférence des présidents de TGI a également envisagé cette hypothèse, mais en précisant que ses membres étaient partagés sur ce point. Elle a pris soin d'indiquer que cette solution devrait être exclue dans deux cas : en présence d'enfants et en cas de contentieux sur les conséquences patrimoniales du divorce, l'intervention judiciaire devant alors demeurer. Le notaire n'interviendrait (en l'absence d'enfants)

considérée comme retirée. Les officiers d'état civil sont également compétents pour prononcer le divorce des personnes déclarées absentes, des personnes déclarées incapables en raison d'une maladie mentale ainsi que des personnes condamnées pour crime à une peine d'emprisonnement d'au moins trois ans.

¹ Dans ce système, les époux présentent en personne une requête conjointe rédigée par écrit. Un délai d'un mois au moins et de six mois au plus doit s'écouler à compter de la remise de la requête avant que le divorce puisse être déclaré, sans doute pour laisser aux époux un « délai de repentir ». Ensuite, le divorce est déclaré par l'officier d'état civil (en présence des époux en principe).

² La procédure judiciaire n'est utilisée que dans environ 10% des cas, v. I. Lund-Andersen, *European Family Law in Action*, Vol. 1 : *Grounds for Divorce*, Intersentia éd., Anvers et Oxford, 2003, p. 117.

³ V. loi du 4 juin 1989 et décret du 18 décembre 1969.

⁴ L'autorité administrative compétente est alors le gouverneur du Comté assisté d'agents administratifs. Les époux ne sont pas tenus de comparaître personnellement, leurs déclarations écrites suffisent. S'ils le jugent utile, ils peuvent recourir à un avocat. Le divorce est prononcé dans un délai d'un à trois mois.

⁵ Le divorce est prononcé par le tribunal dans des cas particuliers (divorce pour abus, pour bigamie ou mariage entre proches parents, divorce après séparation de deux ans mais un époux nie que cette condition de deux ans de séparation soit remplie...), v. T. Sverdrup in *European Family Law in Action*, Vol. 1 : *Grounds for Divorce*, op. cit., p. 126.

qu'au cas où il n'existerait aucun contentieux apparent ni sur le principe de la séparation, ni sur ses conséquences patrimoniales, mais à la double condition que chaque partie soit assistée de son avocat et qu'une voie de recours soit ouverte en cas de lésion de plus des sept douzièmes.

Une autre proposition a été formulée au sein de la commission par le représentant du Conseil supérieur du notariat, Maître Jean-Marie Ohnet. Pour répondre à un éventuel grief de partialité (que bien évidemment Maître Ohnet exclut), celui-ci a proposé que la saisine du notaire puisse se faire par requête adressée au juge qui désignerait alors un notaire en charge du dossier. Ce choix se ferait au sein d'une liste préalablement établie de notaires spécialisés. A défaut d'être juge, le notaire exercerait sa fonction habituelle de rédacteur d'actes, comme il le fait pour tout contrat. Les époux se présenteraient devant lui avec leurs avocats, qui l'assisteraient ainsi dans la rédaction de la convention. Le notaire s'assurerait alors de la réalité des consentements et de la protection des intérêts des époux. En cas de contestation, un recours serait ouvert devant le juge. L'enregistrement de l'acte à l'état civil vaudrait prononcé du divorce, le notaire ayant pour mission de constater le consentement des époux au divorce.

De façon générale, Maître Ohnet, représentant le Conseil supérieur du notariat, a tenu à préciser que, si les pouvoirs publics décidaient un jour de confier aux notaires les divorces par consentement mutuel, la profession était disposée à prendre toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre de ce transfert.

La commission a souhaité étayer sa réflexion par des exemples de droit comparé, mais celui-ci s'est révélé très pauvre en exemples de divorce devant notaire. Seuls deux pays semblent avoir opté pour ce système, qui n'est jamais exclusif mais coexiste avec une procédure judiciaire. En Colombie coexistent ainsi divorce judiciaire et divorce devant notaire depuis un décret du 24 août 1989¹. De même, à Cuba, depuis 1994, un décret-loi² donne compétence aux notaires pour déclarer certains divorces : il faut que les époux soient d'accord tant sur le fait de divorcer que sur le règlement des conséquences du divorce³.

À côté de ces propositions tendant à confier le divorce à un organe qui serait dépourvu de toute fonction juridictionnelle, ont émergé des propositions privilégiant un organe qui, au contraire, serait doté d'un tel pouvoir.

¹ V. art. 444 et s. du Code de procédure civile colombien. Le divorce devant notaire suppose un mariage civil, et une séparation de corps judiciaire ou bien une séparation devant notaire de plus de deux ans. En présence d'enfants mineurs communs, le procureur municipal doit donner son avis dans les dix jours. Les époux choisissent librement le notaire qui constatera leur divorce. Le divorce s'opère par acte notarié, sans que la présence d'un avocat soit requise. Les époux s'entendent sur les effets du divorce, mais leur convention à cet effet peut être modifiée à tout moment devant notaire en cas d'accord commun des ex-époux, ou bien révisée judiciairement dans les cas prévus par la loi. Le notaire adresse une copie de l'acte (aux frais des époux) au registre des familles ; copie sera ensuite adressée en vue d'inscription du divorce dans d'autres registres.

² *Decreto Ley n° 154/94 del 6 septiembre 1994 « Del Divorcio Notarial ».*

³ La requête est formulée conjointement et est présentée ou en personne par les époux, ou par représentation (un avocat commun peut représenter les deux époux). Le notaire doit s'assurer que les accords entre époux, notamment quant à l'autorité parentale, la garde des enfants ou la pension alimentaire, ne vont pas à l'encontre du développement normal et de l'éducation des enfants, de la bonne relation et communication entre parents et enfants, de la satisfaction des besoins économiques des enfants mineurs, de la sauvegarde de leurs intérêts et de l'accomplissement des devoirs des parents envers eux. Si le notaire a des doutes sur l'un de ces points, il transmet le dossier au procureur qui examine alors les accords. Si le procureur valide ceux-ci, le notaire pourra continuer la procédure de divorce. Dans le cas contraire, le notaire informera les époux des difficultés et leur proposera de modifier la convention réglant les effets du divorce. En cas de refus des époux, le notaire interrompt la procédure et renvoie la demande de divorce devant le tribunal compétent. Si le notaire déclare le divorce, l'acte notarial de divorce a force exécutoire directe et immédiate.

B) Les propositions tendant à confier le divorce à un organe auquel serait confié un pouvoir juridictionnel

Les travaux de la commission l'ont ainsi amenée à examiner deux pistes : celle du transfert à un greffier, d'une part (1°), celle du transfert à un notaire qui, cette fois, serait considéré comme un véritable juge du divorce d'autre part (2°).

1° Le greffier, juge du divorce

Le Syndicat des Greffiers de France a proposé que le consentement au divorce soit recueilli par les greffiers en chef, sur convention préparée par le ou les avocats. Le greffier pourrait saisir le juge en cas de difficulté. Cette proposition s'insère dans le cadre de la revendication faite par ailleurs d'une revalorisation de la profession, lui donnant accès en particulier à certaines missions de nature juridictionnelle. Un membre de la commission, a également proposé qu'en l'absence d'enfants mineurs (ou à charge), la convention de divorce soit « homologuée » par le greffier en chef (acte d'administration judiciaire).

Le Syndicat de la Magistrature a proposé, lors de son audition par la commission et dans une communication transmise à cette dernière, la création d'un nouveau divorce qui se déroulerait à titre principal devant un greffier « juridictionnel », revalorisé, sur le modèle du *Rechtspfleger* autrichien. La proposition souligne la nécessité de permettre aux époux de divorcer plus facilement, sans passage obligatoire devant un magistrat, à l'heure où l'évolution législative, reflétant en cela l'évolution de la société, tend à uniformiser les droits des couples mariés et des couples non mariés. Dès lors que les concubins peuvent se séparer librement et ne saisir le juge qu'en cas de conflit d'autorité parentale ou de liquidation d'indivision, il devrait en être de même pour les époux.

Techniquement, la proposition a été formulée en ces termes : « *Il est tout à fait envisageable qu'un couple marié dépose, par l'intermédiaire d'un avocat, une requête en démariage devant le greffier juridictionnel, qui après convocation, et vérification de l'identité des parties, prononcera le divorce sans autre formalisme que le constat du consentement des époux. Ceux-ci seront alors dans la situation de deux concubins séparés, libres de s'entendre entre eux sur la liquidation du régime matrimonial en saisissant le notaire, ou à défaut de saisir le tribunal, et libres de soumettre ou non une requête en homologation (article 373-2-7 du Code civil) au juge concernant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, voire, de faire trancher un litige persistant. Cette procédure de divorce déclaratif laisse aux parents mariés la liberté d'organiser, sans recours au juge, les modalités de leur séparation. Elle est de nature à responsabiliser ceux qui le souhaitent.*

Cette procédure peut, en outre, s'avérer très peu onéreuse si on imagine un formulaire-type de déclaration de démariage. En revanche, le rôle de l'avocat, qui s'assurera de la réalité du consentement des époux restera central dans cette procédure. Dans cette perspective, le divorce par consentement mutuel actuel, qui oblige les parties à s'entendre sur tout, en même temps, en faisant de nombreuses concessions n'a plus lieu d'être ».

2° Le notaire, « juge du divorce »

La proposition, sans autre précision, de la *Révision générale des politiques publiques*, suggérant de confier le divorce aux notaires, impliquait pour la commission d'expertiser le schéma dans lequel le notaire ne serait pas un rédacteur d'acte de divorce, mais un véritable « juge du divorce ».

On pourrait en effet concevoir que le notaire (ou un autre organe), en prononçant le divorce par consentement mutuel, exerce la fonction juridictionnelle, à la place du juge professionnel.

Il n'a jamais été interdit de transférer la fonction juridictionnelle à d'autres qu'à des juges professionnels, sauf en matière de liberté individuelle (au sens de la liberté d'aller et venir) ; en témoigne, l'exemple de l'arbitrage et des autorités administratives indépendantes qui exercent la fonction juridictionnelle, avec maintien d'un droit au juge en recours.

Techniquement, le notaire peut donc se voir transférer la fonction juridictionnelle de prononcer le divorce. Ce n'est toutefois pas la proposition reprise par la profession notariale, par la voix de son représentant au sein de la commission cf. *supra*, A).

L'ensemble de ces propositions très riches a été examiné et expertisé par les membres de la commission. Un consensus s'est progressivement dessiné pour émettre un certain nombre de critiques qui n'ont pas permis de les retenir comme des recommandations à l'adresse du législateur.

§ 2 - *Expertise*

Les critiques ont pris des formes différentes selon qu'elles concernaient l'hypothèse d'un divorce devant un organe non juridictionnel (A) ou d'un organe doté d'un pouvoir juridictionnel (B).

A) Expertise des solutions relatives aux hypothèses de divorce devant un organe non juridictionnel

Techniquement parlant, rien ne fait obstacle, d'un point de vue constitutionnel, à ce que des organes autres que des juges se voient confier la dissolution du mariage. En effet, la seule limite aurait pu venir de l'article 66 de la Constitution de 1958, qui fait de l'autorité judiciaire la « *gardienne de la liberté individuelle* ». Or la jurisprudence constitutionnelle ne fait pas de la liberté du mariage une « *liberté individuelle* ». Certes, le Conseil constitutionnel souligne « *la nécessité de respecter l'exigence constitutionnelle de la liberté du mariage* »¹ et inclut bien la liberté du mariage parmi « *les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle* »². Mais, parmi ces droits, il distingue la liberté du mariage, conçue comme une composante de « *la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789* »³, de la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, dont l'autorité judiciaire est effectivement la gardienne au sens de l'article 66 de la Constitution. Le juge judiciaire n'apparaît donc pas comme le gardien direct de la liberté du mariage.

Néanmoins, considérant la question du mariage comme particulièrement délicate en ce qu'elle renvoie dans notre société moderne à des conceptions plurielles tant sur sa nature (contrat ou institution ?), son rôle (formel ou fondateur ?), sa valeur

¹ C. Const., Déc. n° 99-419 DC 9 novembre 1999, considérant n° 69.

² C. Const., Déc. n° 93-325 DC 13 août 1993, considérant n° 3.

³ C. Const., Déc. n° 2003-484 DC, 20 nov. 2003, considérant n° 94 ; C. Const., Déc. n° 2006-542 DC, 9 nov. 2006, considérant n° 4.

(protection ou engagement ?), ou son sens (droits ou devoirs ?), un consensus s'est dégagé au sein de la commission pour ne pas limiter le débat à une approche purement technique.

A l'issue d'échanges nourris, les travaux de la commission ont fait émerger de nombreuses critiques à l'encontre du principe même d'une déjudiciarisation du divorce. Les unes portent sur toutes les hypothèses de divorce devant un organe non juridictionnel (1°), les autres portent sur certaines propositions spécifiques en particulier (2°).

1° Critiques communes à toutes les hypothèses de divorce devant un organe non juridictionnel

Par ordre croissant d'importance, ont été évoqués au sein de la commission plusieurs séries d'arguments, portant sur le gain économique supposé d'une telle réforme (a), le risque de déstabilisation du nouvel équilibre instauré par la loi du 26 mai 2004 (c), les risques d'une éviction du juge, garant traditionnel de la protection de chacun des époux et des enfants (c), et, enfin, le risque d'une dénaturaison du mariage, qui ne serait plus considéré comme une institution mais comme un simple contrat (d). La commission n'a pas pris parti sur ce dernier point : elle a considéré qu'il s'agissait là d'une question de société qui ne relève pas de la compétence d'une commission d'experts mais d'une prise de position de la représentation nationale.

a. Le caractère très incertain des économies à attendre d'une déjudiciarisation, pour le justiciable et pour l'État

L'expertise des économies qui seraient effectuées, pour le justiciable en premier lieu, et pour la justice en second lieu, si l'on avait recours à la solution de la déjudiciarisation, n'a pas donné de résultats probants.

Pour le justiciable, en premier lieu, les avantages économiques à attendre de la déjudiciarisation sont extrêmement douteux. En effet, l'absence de juge ne les dispenserait pas de devoir payer les honoraires d'avocat et, même sans patrimoine immobilier, ils devraient s'acquitter des frais de notaire, conformément au tarif qui aurait été déterminé par l'État. Au cours des débats menés au sein de la commission, il a été souligné à plusieurs reprises que l'instauration de cette procédure se traduirait même par une augmentation significative du coût du divorce pour les justiciables, sauf à étendre le champ de l'aide juridictionnelle pour couvrir l'intervention du notaire. A défaut d'une telle extension, il en résulterait une inégalité certaine entre administrés selon leur fortune, certains d'entre eux seulement disposant des moyens pour recourir à ce type de divorce, ce qui rendrait fragile le dispositif au regard du principe d'égalité.

Il risquerait, en outre, d'être frappée de non-conformité à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. En effet, le fameux arrêt *Airey contre Irlande*¹ a précisément condamné l'Irlande en raison du coût prohibitif de la séparation de corps telle qu'elle était alors organisée et de l'obstacle financier que l'État dressait ainsi au droit à se séparer, qu'il avait pourtant lui-même instauré. La Cour précise ainsi que la Convention protège des droits « non pas illusoires et théoriques, mais concrets et effectifs ». C'est cette

¹ C.E.D.H., 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, série A, n° 32.b

effectivité qui pourrait être remise en cause par une déjudiciarisation qui ne serait pas accompagnée d'un dispositif d'aide juridictionnelle.

Pour l'État lui-même, en second lieu, le gain à attendre d'une telle déjudiciarisation est très incertain, au regard des postes de juges et de greffiers dont il pourrait ainsi faire l'économie d'abord, et du point de vue des économies qu'il pourrait espérer réaliser en matière d'aide juridictionnelle ensuite.

En ce qui concerne les gains à attendre de la déjudiciarisation en termes de postes de juges ou de greffiers d'abord, ils seraient nécessairement faibles. Depuis la simplification induite par la loi de 2004 en effet, le temps consacré par le juge lui-même au divorce par consentement mutuel se réduit principalement à celui de l'audience. Les juges interrogés ont évoqué une durée d'audience moyenne très rapide, d'une dizaine de minutes. Si l'on considère, par exemple, qu'en 2007 il y a eu 77 000 divorces par consentement mutuel, on constate que le traitement de ces divorces nécessite environ 13 000 heures. Or, un emploi temps plein (ETPT) de juge équivalant à 1600 heures par an, on en déduit qu'une telle déjudiciarisation entraînerait une économie de seulement huit postes temps plein. En ce qui concerne les greffiers, le temps total de traitement de chaque dossier de divorce par consentement mutuel est évalué à une vingtaine de minutes environ, soit un gain estimé pour l'État de seize emplois temps plein. En limitant le dispositif aux divorces par consentement mutuel sans enfants, ces chiffres tombent respectivement à quatre ETPT de juge et huit de greffiers.

En ce qui concerne l'aide juridictionnelle ensuite, il est très douteux que l'État puisse faire des économies dans ce domaine, dans la mesure où, même dans l'hypothèse où les pouvoirs publics opteraient pour un transfert du divorce au notaire, ils ne sauraient se dispenser d'apporter aux plus démunis l'aide juridictionnelle qui leur est nécessaire (dans 31,7 % des divorces par consentement mutuel au moins un des époux bénéficie de l'aide juridictionnelle). Et à supposer même que l'on raisonne en termes purement économiques, on observera que les gains à escompter seraient très faibles : à la différence des divorces contentieux en effet, la part de l'aide juridictionnelle est aujourd'hui relativement faible en matière de divorce par consentement mutuel. Ainsi, dans près de deux tiers des divorces par consentement mutuel prononcés en 2007, ni l'un ni l'autre époux n'avait bénéficié de l'aide juridictionnelle.

A supposer que l'Etat puisse faire le choix de ne pas étendre le dispositif de l'aide juridictionnelle au nouveau divorce par consentement mutuel, les effets pervers seraient encore plus graves. En effet, de nombreux justiciables, faute de disposer des moyens financiers nécessaires, seraient contraints ou tentés de recourir à une procédure judiciaire contentieuse, pour bénéficier de l'aide juridictionnelle. Ce risque est considérable et la réforme serait dès lors contre-productive puisqu'elle aurait inmanquablement l'effet inverse de celui recherché, en augmentant le nombre de procédures contentieuses alors que la réforme du 26 mai 2004 a permis de les diminuer considérablement. Cela entraînerait une augmentation de la durée des procédures, ainsi que de la charge de travail des juges et des greffiers. En effet, à la différence de la procédure par consentement mutuel, peu consommatrice de temps depuis qu'il n'y a plus qu'une audience, la procédure contentieuse nécessite une audience de conciliation et la rédaction de l'ordonnance de non-conciliation, une ou plusieurs audiences de mise en état (avec éventuellement des incidents de mise en état), une audience de jugement et la rédaction de celui-ci.

Enfin, s'il était décidé, pour éviter ces effets pervers, de rendre la saisine du notaire facultative, en option à la saisine du juge, il est probable que les époux continueraient massivement à saisir le juge, pour des raisons de coût. Ces effets de report sur l'institution judiciaire sont bien connus et déjà perçus actuellement pour les

procédures relevant concurremment de l'autorité judiciaire et du notaire (consentement à la procréation médicalement assistée ou à l'adoption par exemple).

En définitive, l'économie réalisée par l'État serait donc extrêmement faible, surtout si on la compare aux économies qu'induisent d'autres déjudiciarisation proposées par la commission. En outre, le risque d'un contentieux étant très important à l'issue d'un divorce déjudiciarisé (cf. infra), la commission a considéré que l'économie budgétaire que représenterait, pour l'État, une déjudiciarisation serait hypothétique, sinon nulle.

Au-delà de cette analyse économique, l'étude de cette hypothèse sous l'angle juridique fait craindre que l'équilibre instauré par la loi du 26 mai 2004, puisse être grandement déstabilisé.

b. Le risque de déstabilisation du nouvel équilibre instauré par la loi du 26 mai 2004

Plusieurs personnes ou organismes auditionnés, à l'image de Mme Dominique Salvary, Vice-Présidente du TGI de Paris, responsable des affaires familiales de ce tribunal, ou de l'Union nationale des Associations familiales (UNAF), ont souligné la nécessité de ne pas perturber les équilibres créés récemment par la loi du 26 mai 2004. Il est vrai que cette dernière, entrée en application le 1^{er} janvier 2005, commence à peine à produire ses effets et une évolution en profondeur des pratiques des avocats et des magistrats est en cours. L'UNAF a particulièrement attiré l'attention des membres de la commission sur les risques majeurs que comporterait une remise en cause immédiate des dispositions fondamentales d'une législation touchant la vie des familles, sitôt celle-ci promulguée et à peine mise en application.

De façon plus précise, l'ensemble des professions représentées, relayant également les impressions recueillies auprès des justiciables, a salué l'équilibre qu'a su trouver la loi du 26 mai 2004 relative au divorce. L'objectif de simplification et de pacification des procédures de divorce semble avoir été atteint. Désormais, le divorce par consentement mutuel est prononcé à l'issue d'une audience unique au lieu de deux et les formalités sont simplifiées. Le délai moyen de cette procédure est de 3,7 mois, ce qui a du reste beaucoup contribué à l'abaissement de la durée moyenne des affaires terminées par les TGI¹. A également été souligné le rôle décisif, dans ce succès, du travail des avocats².

¹ E. Serverin, « La mise en scène de l'efficacité du contrat et de la performance dans la gestion du service public de la justice », colloque Lille octobre 2007, à paraître.

² En effet, les époux qui décident de divorcer par consentement mutuel sont assistés d'un avocat (soit un pour deux soit un avocat chacun), qui a un triple rôle. Il informe les époux du contenu, du déroulement et des conséquences de la procédure choisie. Il les conseille sur les avantages et les inconvénients de ce choix. Il rédige avec eux un protocole d'accord, (la convention), portant sur tous les aspects de leur séparation : le sort des enfants, les conséquences financières (pension pour l'entretien des enfants, prestation compensatoire pour l'époux désavantagé), certaines conséquences particulières (port du nom marital, sort des donations entre époux, date des effets du divorce...) le sort du patrimoine mobilier et immobilier. Enfin, il effectue les démarches auprès du greffe du tribunal afin que la demande conjointe des époux soit enregistrée et que ceux-ci soient convoqués chez le juge ; à l'issue de la procédure ; il effectue les formalités de transcription du divorce sur les registres de l'état-civil. Au-delà de ce rôle formalisé par la loi, l'avocat, souvent spécialisé en la matière, joue un rôle plus large de conseil. Ainsi, lorsque les époux sont aussi des parents, l'avocat doit envisager avec eux toutes les conséquences de leur séparation sur l'exercice de l'autorité parentale et sur l'ensemble des droits et devoirs attachés à la parentalité. Et sur le plan patrimonial, si les époux n'ont pas d'immeuble, il rédige avec eux un protocole tenant compte des aspects tant juridiques que fiscaux de la séparation de leur patrimoine. Il appréhende la situation tant au regard des exigences légales que des éléments d'équité.

Par ailleurs, cette loi a mis en place des alternatives au divorce pour faute et facilité les passerelles permettant de passer d'un divorce contentieux à un divorce plus consensuel, qui peuvent être utilisés à tout moment de la procédure. Ces passerelles favorisent le rapprochement des époux en cours d'instance. Il est à craindre que la nécessité de passer devant un notaire, si une telle hypothèse était retenue, pourrait avoir un effet contre-productif et dissuader les époux de passer des accords en cours de procédure, en raison du surcoût que cela impliquerait pour eux. En renforçant l'opposition entre contentieux et gracieux, on irait à l'encontre de l'esprit de la réforme de 2004, qui a manifestement voulu unifier les deux approches en introduisant, à tous les stades de la procédure contentieuse, des incitations aux accords et en facilitant leur reconnaissance, toujours sous le contrôle du juge, selon une logique pleinement protectrice des droits individuels et des engagements réciproques inhérents au mariage.

Logiquement, un troisième argument, plus essentiel encore, s'est imposé aux yeux des membres de la commission, à savoir qu'une telle solution irait à l'encontre de la spécificité de l'office du juge dans le domaine du divorce par consentement mutuel. L'éviction du juge, garant traditionnel de la protection de l'intérêt des époux et, notamment du plus faible et des enfants, pose plus de difficultés qu'elle n'apporte d'avantages.

c. Les risques d'une éviction du juge, garant traditionnel de la protection de l'intérêt de chaque époux et des enfants

1) La déjudiciarisation du « droit du couple », synonyme de désengagement de la justice, emporte inévitablement comme risque l'instauration de ce que les représentants de la profession d'avocat, qu'ils soient membres de la commission ou qu'ils aient été auditionnés, ont pu appeler la « loi du plus fort », à laquelle le juge seul peut mettre un terme.

M. Jean-Jacques Hyst, Président de la commission des lois du Sénat, a rappelé que cette commission avait manifesté son attachement à l'intervention du juge lorsqu'elle s'était intéressée aux projets de réforme du divorce par consentement mutuel.

M. François Staechele, Président de la conférence des présidents de TGI, s'est également montré très réservé sur la déjudiciarisation du divorce, quel qu'il soit, à l'image de nombreux intervenants.

Toutes les contributions ont mis l'accent sur le fait que le divorce « par consentement mutuel », malgré sa dénomination juridique, n'est que rarement le fruit d'une décision prise et voulue par les deux parties à la fois.

Mme Dominique Salvary, Vice-Présidente du TGI de Paris, a notamment insisté sur le fait qu'on ne saurait en aucun cas banaliser la décision de la séparation, qui reste souvent l'initiative d'un époux, au mieux acceptée par l'autre, au pire, imposée. Elle a rappelé que la décision de divorcer est rarement vécue comme une simple formalité. Les séparations interviennent de plus en plus tôt dans l'histoire du couple, parfois même pendant la grossesse de l'épouse.

2) *La spécificité du contrôle du juge se manifeste à deux niveaux : au premier chef, celui du contrôle du consentement, en second lieu, celui du contrôle de l'équilibre des conventions*¹ :

Quant au contrôle du consentement, les membres de la commission, comme les personnes auditionnées, ont souligné, à l'image de Maître Claude Lienhard, professeur et avocat, Président de l'Association Nationale des Avocats Spécialistes en Droit des Personnes, que le consentement au divorce et à l'ensemble de ses effets patrimoniaux, extrapatrimoniaux et parentaux n'est pas un consentement banal. C'est un consentement « qui s'élabore, se mûrit, se densifie et qui mérite contrôle ». Cette élaboration se fait dans l'ombre portée de la présence symbolique du juge. L'intervention du juge garantie, seule, la réalité du consentement².

Mme Evelyne Serverin, directrice de recherche au CNRS, est allée dans le même sens. Elle a souligné que dans toutes les matières où la loi rend obligatoire le contrôle des actes des parties dans un intérêt supérieur (de la famille, de l'enfant, des créanciers), il n'est pas envisageable de voir la justice se retirer et, notamment, de soustraire aux tribunaux la connaissance du divorce par consentement mutuel.

Outre la validité des consentements, le contrôle du juge porte sur l'équilibre même de la convention. Le juge est le garant de l'équilibre des intérêts des époux et de ceux des enfants. Ce contrôle du juge au terme de la procédure favorise la loyauté des époux et l'équilibre des conventions. En effet, seul le juge a le pouvoir de refuser d'homologuer une convention par une décision susceptible d'appel. Si en pratique, ce refus d'homologation est rarement utilisé, c'est uniquement parce que les éventuelles modifications de la convention demandées par le juge sont effectuées soit le jour de l'audience, soit dans le cadre d'une audience ultérieure. En tout état de cause, l'appréhension par les parties du pouvoir conféré au juge contribue assurément, en amont, à une meilleure prise en compte d'intérêts éminemment contradictoires. L'audience présente à cet égard une certaine vertu, puisqu'elle peut être, en pratique, l'occasion, pour l'une des parties, de vérifier auprès du juge la pertinence des accords élaborés. Et nul doute qu'il est alors important pour les parties de savoir que celui qui homologue la convention n'est pas le même que celui qui l'a élaborée.

Le représentant de l'UNAF, a souligné que si l'on peut comprendre le souci de simplification et de pacification des ruptures du mariage, il est essentiel de lui conserver son caractère spécifique de protection juridique des enfants et de chacun des époux, découlant de l'engagement pris devant la société. Telle est la mission du juge dans le divorce. Il est le garant de l'intérêt des enfants et du maintien des liens avec les deux parents, et il doit assurer l'équité des accords intervenus entre les parties et la protection du conjoint le plus vulnérable. Pour l'UNAF, mais cela a été de tout temps la position également du législateur, le mariage n'est pas un simple contrat patrimonial qui pourrait se défaire devant un notaire. On est en présence d'un ordre public de protection. A

¹ Depuis la réforme de 2004, il n'existe qu'une audience devant le juge aux affaires familiales. Le juge reçoit séparément chaque époux et vérifie qu'il est pleinement d'accord avec le principe du divorce et avec le contenu de la convention en réglant les conséquences. Si le juge estime que le consentement n'est pas réel ou pas suffisamment éclairé, ou si l'un des époux fait part de ses réticences sur l'un des points de la convention, le juge peut soit corriger ou modifier immédiatement certaines dispositions de la convention si les époux et leur(s) avocat(s) sont d'accord, soit rejeter la demande en entier, en renvoyant chaque époux à choisir une autre procédure de divorce où pourront être arbitrées leurs divergences.

² V. en ce sens Fr. Dekeuwer-Defossez, *op. cit.*, p. 120 : « La question de la liberté réelle des époux divorçants, des pressions, voire silences que permettrait un divorce non judiciaire est en effet au cœur du débat. Elle n'est pas seulement soulevée par des juristes, mais aussi, par exemple, par les associations de défense des droits des femmes. »

l'époque contemporaine où les formes de conjugalité ne répondent plus à des impératifs sociaux et moraux, mais font écho à la liberté individuelle, ceux qui aujourd'hui choisissent de placer leur vie de couple dans le mariage, doivent pouvoir en attendre protection, et voir les droits et les devoirs de chacun rappelés et respectés lors de sa dissolution.

Le juge est le garant des droits du plus faible, tant psychologiquement qu'économiquement. **A ce titre, la question de la prestation compensatoire doit faire l'objet d'un contrôle systématique étant rappelé que cette prestation ne peut être fixée qu'au moment du divorce.** En outre, elle est souvent vitale pour un époux qui, après de nombreuses années de mariage sans avoir travaillé, se retrouve sans ressources. Par ailleurs, elle n'est révisable que dans des cas précis et selon des modalités encadrées. Or, force est de rappeler que l'accord des époux est souvent le résultat d'un processus long et difficile qui suppose que chacune des parties ait été parfaitement informée de ses droits tels que définis par les articles 270 et suivants du Code civil. Ces critères d'octroi et de calcul de la prestation font appel à des notions croisées, en référence à des choix de vie du couple. C'est pourquoi l'expertise conjugale de plusieurs professionnels, avocats, notaires et juges, est une garantie supplémentaire pour le justiciable. De même, la référence que constituent pour les juges et les avocats la pratique quotidienne des affaires contentieuses et des débats difficiles autour de la prestation compensatoire auxquelles elles donnent lieu est, dans ce domaine patrimonial sensible, un gage d'équité et d'harmonisation.

Au-delà des dangers inhérents à une éviction du juge, de nombreux intervenants ont attiré l'attention des membres de la commission sur la possibilité que la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel entraîne la survenue d'un fort contentieux post-divorce (portant par exemple sur la résidence des enfants),. D'autant que Mme Dominique Versini, Défenseure des enfants, a souligné que le notaire n'a pas nécessairement la formation pour apprécier les dispositions concernant l'enfant présentées par des parents soi-disant d'accord, mais dont l'un peut avoir exercé des pressions sur l'autre. Dès lors, un contentieux de l'après-divorce risque fort d'émerger, ce qui ira à l'opposé du désengorgement judiciaire escompté.

On pourrait également craindre une recrudescence d'un contentieux relatif aux vices du consentement ou à la lésion dans la convention de divorce. Aujourd'hui en effet, le juge joue un rôle déterminant, puisque son intervention purge la convention de tout vice éventuel du consentement (erreur, dol, violence) ou de tout risque de lésion. Aucune voie de recours, sinon le pourvoi en cassation, n'est du reste ouverte au justiciable contre la décision rendue par le juge, qui apporte ainsi aux époux une incontestable sécurité juridique. Sans compter le risque de voir naître un contentieux post-divorce relatif à la responsabilité professionnelle du notaire (dans l'hypothèse où la convention se révélerait affectée d'un vice), on relèvera, de façon générale, qu'en confiant la convention au seul notaire, on se priverait immanquablement des vertus de pacification qui sont celles de l'homologation judiciaire, telle que l'a conçue le législateur du Code civil.

Pour pallier cet inconvénient, il faudrait imaginer un système où la seule présence du notaire aurait pour effet de purger la convention qu'il a lui-même préparée de tout vice de consentement ou encore un système où le passage devant l'officier d'état civil aurait cet effet, mais l'absence de véritable contrôle des consentements en amont conduit à déconseiller fortement une telle solution.

d. Le risque d'une dénaturation du mariage comme institution au profit du mariage-simple contrat

Il a été observé à de nombreuses reprises que toutes les solutions visant à confier le divorce à un organe non juridictionnel, qu'il s'agisse de l'officier d'état civil ou du notaire, impliquent par elles-mêmes une remise en question du principe du « mariage-institution », qui serait désormais conçu comme un « mariage-simple contrat », ravivant ainsi une question ancienne, celle de la nature du mariage¹.

Un divorce sans juge porterait ainsi atteinte à la nature symbolique du mariage-institution qui dépasse le simple contrat entre deux époux. En passant du *prononcé* (juridictionnel) du divorce au *constat* du consentement des époux à se séparer, on changerait de modèle de divorce et de mariage : le mariage deviendrait un simple contrat qui pourrait se rompre à l'amiable, sans besoin d'un tiers qui juge de la conformité de la situation ainsi créée à l'intérêt des époux et de leurs enfants mineurs.

Auditionné par la commission, M. le Professeur Alain Bénabent a considéré qu'une telle évolution, en ce qui concerne le démariage, serait incohérente au regard de l'organisation actuelle du mariage : le mariage est célébré par l'État, il doit donc être « décélébré » par l'État ; et le divorce ne saurait être confié aux notaires tant qu'on ne leur transfère pas le mariage. Le mariage est un acte grave qui touche à l'état civil des personnes, ce qui justifie qu'il soit solennisé et marqué du sceau de la puissance publique. Tant que cette donnée de base n'est pas remise en cause, il semble injustifié que puisse être traité autrement l'acte qui met fin au mariage, qui touche pareillement à l'état civil et est de la même gravité, ce qui justifie la même intervention solennelle de la puissance publique.

Auditionnée par la commission, Mme Dominique Salvary, Vice-Présidente du tribunal de grande instance de Paris, a particulièrement mis l'accent sur ce constat : « *Dans un contexte social qui fait de plus en plus une large place à d'autres formes d'unions (PACS, concubinage), le mariage est plus que jamais librement choisi par les parties pour son caractère institutionnel, public, mais aussi pour la protection juridique qu'il instaure. Si le divorce devait résulter du simple "constat" de la volonté des parties de divorcer, dans un rapport exclusivement contractuel, la nature du mariage s'en verrait radicalement transformée* ».

Dans sa note communiquée à la commission, le Professeur Hugues Fulchiron s'est prononcé dans le même sens : « Enlever au juge la charge de prononcer le divorce concourrait à l'assimilation, dans leur nature et non pas seulement dans leur régime, du mariage et des autres formes d'union. Si le mariage n'offre pas plus de garantie de stabilité et de protection que le PACS, si le contrôle judiciaire de l'intérêt des époux, des enfants et des tiers n'a plus lieu de s'exercer, que reste-t-il du mariage, que reste-t-il au mariage ? [...] En vérité, le mariage ne serait plus qu'une forme d'organisation de la vie en couple parmi d'autres, un statut ouvrant certes un peu plus de droit, mais aménageable à volonté, même dans sa rupture »².

Parallèlement, les membres de la Conférence des présidents de TGI, opposés à cette déjudiciarisation, ont déclaré qu'il serait dangereux pour la stabilité de la société de contractualiser son élément constitutif essentiel, la cellule familiale, et qu'il importait

¹ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 325.

² H. Fulchiron, « Vers un divorce sans juge ? » (à propos des projets de divorce « notarial »), *D.* 2008, p. 365). V. également Id., « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2008, p.395 et s

en conséquence de maintenir une forme de solennité de la séparation. M. Jean-Claude Magendie, Premier Président de la Cour d'appel de Paris, est allé dans le même sens en évoquant un risque de communautarisation, et de « régression de l'État de droit ».

Entendu par la commission, M. Jean-Paul Delevoye, Médiateur de la République, a également entendu démontrer combien l'objectif de déjudiciarisation du divorce participe d'un mouvement profond de privatisation et de contractualisation du droit de la famille, dont plusieurs lois sont des illustrations récentes (loi créant le *Pacte civil de solidarité* du 15 novembre 1999, la loi du 26 mai 2004 sur le divorce qui privilégie l'*accord* des parties par voie de convention, loi du 23 juin 2006 réformant les successions et les libéralités, privilégiant l'accord de volontés des citoyens pour organiser leur succession patrimoniale). La déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel conduirait à concevoir le mariage comme un acte privé régi par les règles contractuelles, par opposition au mariage considéré comme un acte social fondateur de la famille contrôlé par l'autorité publique. La critique a été relayée dans une chronique de M. le Professeur Jean Hauser, intitulée « Feu le mariage, désormais le divorce dépendra de la rubrique des contrats ou du code de la consommation ! »¹.

D'autres voix, moins nombreuses, se sont toutefois élevées contre cette critique, en soulignant qu'une telle évolution, du mariage-institution vers le mariage-contrat, était peut-être conforme aux évolutions profondes de la famille contemporaine.

Le représentant des notaires dans la commission, Maître Ohnet, a pu souligner, avec d'autres², qu'à ses yeux c'est la famille elle-même qui est une institution, alors que le mariage n'en serait pas une.

Auditionné par la commission, M. le Professeur Loïc Cadet a mis en avant la liberté des époux et le droit à ne plus être marié. Les coûts et les délais du divorce par consentement mutuel, en l'absence d'enfants mineurs ou à charge, devraient à cet égard être allégés, a-t-il souligné. Il a insisté sur le fait que sur le plan des principes, retirer au juge le règlement des divorces par consentement mutuel n'était pas choquant en soi, dès lors, du moins, que sont en cause les seuls intérêts des époux et qu'un recours demeure bien sûr organisé devant le juge en cas de contestation. Le Syndicat de la Magistrature a également mis en avant le principe de la liberté de se démarier, qui justifie aujourd'hui une réforme en profondeur du divorce par consentement mutuel³.

De fait, une telle conception avait déjà été adoptée dans le rapport rendu par Mme Irène Théry en 1998 : « *Le mariage est une institution vivante, et une institution vivante ne se défend pas de façon négative et apeurée, comme une citadelle assiégée. La création d'un divorce reconnaissant la responsabilité des époux, loin de dévaloriser l'institution, ne peut que contribuer à l'adapter aux valeurs de liberté et de responsabilité qui donnent désormais sa plénitude à l'engagement conjugal*⁴ ».

D'autres ont d'ailleurs fait remarquer que le passage du mariage-institution au mariage-contrat ne dévalorise pas nécessairement le mariage lui-même, d'un point de vue sociologique. Ceux des présidents de TGI favorables à une forme de déjudiciarisation ont ainsi mis en avant l'idée que le fait d'assouplir les conditions du divorce, pourrait au contraire favoriser le mariage, aujourd'hui concurrencé, sur le « marché » des unions, par d'autres modes de vie en couple ; plus le formalisme de la séparation est important, moins les gens se marieraient, par peur des conséquences patrimoniales d'une séparation.

¹ J. Hauser, *R.T.D.civ.* 2008/1, p. 82 à 84

² B. Beigner, « Le divorce: le juge, l'avocat, et le notaire », *Droit de la famille*, avril 2008, p. 12 et s.

³ Dans le même sens, B. Beigner, art. cit.

⁴ I. Théry, *op. cit.*, p. 130.

Confrontés à la question d'une évolution de la conception du mariage allant de l'institution au contrat, les membres de la commission ont considéré qu'il n'était pas de leur compétence de trancher cette question de société qui relève de la représentation nationale, éclairée des arguments ci-dessus exposés. En effet, la question de la déjudiciarisation ne peut être résolue d'un point de vue purement technique, dans la mesure où elle dépasse largement des enjeux de pure logique administrative.

2° Critiques spécifiques à certaines propositions

Au-delà des critiques générales relatives à la déjudiciarisation du divorce, certaines d'entre elles ont été spécifiquement émises relativement aux deux formes particulières que pourrait revêtir la déjudiciarisation, à savoir le divorce devant un officier d'état civil (a) ou devant un notaire (b).

a. Critique de la proposition de transfert à l'officier d'état civil

La question du transfert du divorce par consentement mutuel aux officiers de l'état civil n'est pas nouvelle en droit français.

Historiquement, la loi du 20 septembre 1792 admettait en effet très largement le divorce sans intervention judiciaire. Le divorce était alors prononcé par l'officier d'état civil qui ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation. Toutefois, ce dispositif a donné lieu à des dérives. Le contrôle des consentements au divorce était allégé, loin des préoccupations de protection des époux et des enfants qui prévalent aujourd'hui¹.

Pour sa part, le droit comparé offre peu d'illustrations hormis dans certains Etats d'Europe de l'Est et dans des pays nordiques².

On se souviendra enfin que cette proposition a été étudiée par les rapports de MM. Jolibois-Fauchon³ et Mme Dekeuwer-Defossez, qui l'ont toutefois écartée.

Outre la question du coût pour l'État qu'impliquerait ce transfert de compétences au profit des officiers d'état civil (sous forme de compensation au profit des communes), il n'emporte pas la conviction des membres de la commission, les avantages qu'il offrirait aux justiciables restant pour le moins incertains.

Comme l'a souligné M. le Professeur Bénabent lors de son audition, l'officier d'état civil n'apparaît pas à même de s'assurer de la réalité du consentement des époux et d'apprécier que la convention de séparation protège ou non leurs intérêts.

En aucun cas, la validité du contrat, tant dans sa régularité formelle que dans son contenu, ne pourrait être laissée à l'appréciation de l'officier de l'état civil. En effet, il n'entre pas dans ses missions – consistant à établir des actes authentiques relatifs à

¹ L. Leveueur, « Présentation des travaux », in *Propositions pour un nouveau divorce*, *Les cahiers de Droit et Procédure*, Colloque du 8 octobre 1998 organisé par l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, n° 117 ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, *op. cit.* vol. 2, n° 95 et s.

² Seul le Portugal fait exception en organisant une procédure administrative de divorce par consentement mutuel. L'art. 1773 du Code civil portugais prévoit ainsi que le divorce est déclaré par la *Conservatória do Registo Civil* (bureau de l'état civil). Cette procédure ne peut toutefois être utilisée qu'après trois ans de mariage, et à condition que les époux n'aient pas d'enfant mineur (ou, dans le cas contraire, à condition que l'autorité parentale ait donné lieu à décision judiciaire). Les époux n'ont pas, dans leur requête en divorce, à invoquer une quelconque cause de divorce. La requête doit être conjointe et suppose un accord entre les époux sur les conséquences du divorce (pension alimentaire, résidence familiale...).

³ Commission Jolibois/Fauchon *Quels moyens pour quelle justice ?* 1996-1997 p. 92.

l'état des personnes, sous l'autorité du procureur de la République – d'apprécier la validité d'un contrat consistant à régler les effets de la dissolution d'un mariage, qui comportent par hypothèse d'importants aspects patrimoniaux.

Si, en l'état du droit, les employés des services de l'état civil portent, en marge des actes de l'état civil, des mentions marginales ayant pour objet des engagements de nature contractuelle tels que le pacte civil de solidarité et les contrats de mariage, leur office se limite à actualiser les actes authentiques dont ils sont dépositaires, l'appréciation de la validité des contrats étant préalablement assurée par l'intervention de juristes spécialisés.

À supposer même que l'officier d'état civil se voie reconnaître le pouvoir de constater la rupture du lien matrimonial, il ne saurait contrôler l'équilibre de la convention de divorce, notamment du point de vue patrimonial et pour la liquidation du régime matrimonial. Or ces deux phases ne sauraient être scindées, la protection des intérêts en présence conditionnant le prononcé de la dissolution du mariage.

En outre, ce transfert de compétence supposerait une formation juridique spécifique à destination des officiers de l'état civil en titre mais également des nombreux fonctionnaires ou employés des services de l'état civil qui, sur délégation, auraient à officier en la matière.

Un important travail devrait donc être effectué en amont ou en aval de l'intervention de l'officier d'état civil. Le transfert de compétences ne se suffit pas à lui-même. Ainsi, dans les États où cette compétence est dévolue à l'officier d'état civil, il existe, un contrôle en amont ou en aval de l'autorité judiciaire. En Norvège, par exemple, où les divorces sont prononcés par le gouverneur du Comté (équivalent du préfet de département, qui ne correspond donc pas à l'officier de l'état civil) assisté d'agents administratifs, il n'est pas nécessaire que les époux soient d'accord sur les effets accessoires du divorce car ces questions peuvent être disjointes et portées ultérieurement devant les tribunaux. D'un point de vue d'économie de la justice et d'apport pour les justiciables, il n'y aurait pas de gain réel, en particulier si l'équilibre des conventions devait être contrôlé par le juge.

D'une façon générale, comme l'a indiqué M. le Professeur Bénabent, en matière de divorce, l'intervention de l'officier d'état civil apparaît moins opportune que celle du tribunal. À un moment où, même en cas d'accord, il s'agit plus d'un « *mutuus dissensus* » que d'un « *mutuus consensus* », le recul, l'impartialité et l'expérience d'un juge paraissent seuls à même d'offrir les garanties nécessaires. De nombreux intervenants ont également invoqué l'impératif de discrétion : un divorce en mairie, dans un lieu par définition public, n'offre pas les mêmes garanties de discrétion que le tribunal, notamment dans les petites communes.

L'ensemble de ces arguments a conduit la commission à écarter cette proposition.

b. Critique de la proposition de transfert à un notaire

La proposition de divorce devant un notaire n'a pas davantage été retenue par la commission.

Plusieurs arguments ont en effet emporté sa conviction, sans avoir égard aux considérations catégorielles qui ont pu être portées devant elles – certaines des personnes auditionnées au titre de la profession d'avocat ont en effet fait valoir, parmi d'autres arguments, qu'une telle mesure priverait les avocats d'une partie importante, sinon substantielle, de leurs activités et honoraires traditionnels, et il a même été écrit

que certains cabinets n'arriveraient plus à subvenir à leurs besoins et devraient disparaître¹.

D'abord, et même si cet argument ne saurait suffire en soi, on observera qu'en droit comparé, le modèle donnant compétence au notaire pour constater le divorce des époux est extrêmement rare à l'heure actuelle (Cuba, Colombie). De fait, lorsqu'en 2005, en Allemagne, l'idée de permettre le divorce devant le notaire sans intervention du juge a été avancée, elle a donné lieu à un très vif débat et à des critiques multiples qui sont venues tant des magistrats que des avocats². Plus généralement, la tendance récente des législations nationales n'est pas celle d'un transfert de compétence : l'orientation générale est plutôt de conserver une procédure judiciaire de divorce, mais en la simplifiant parfois de façon considérable, afin de tenir compte du consentement mutuel des époux au divorce et des possibles accords qu'ils ont pu conclure sur le règlement de ses effets.

Ensuite, dans l'hypothèse considérée, le notaire, à défaut d'être juge, est un rédacteur d'acte. C'est alors l'enregistrement de l'acte à l'état civil qui vaudrait, seul, prononcé du divorce. Mais, dans ce cas, à l'exception de Maître Ohnet – qui fait valoir que la fonction de notaire, par délégation de la puissance publique, est d'authentifier l'accord des parties – la commission considère que la compétence exclusive du notaire n'est pas justifiée. Tout autre professionnel du droit devrait être habilité à rédiger la convention.

D'autres, à l'image de Mme Dominique Versini, Défenseuse des enfants, ont souligné que l'institution notariale n'est pas adaptée au contentieux familial, qu'elle ne peut aborder que sous ses aspects matériels et pratiques sans considération de la dimension humaine et psychologique qui occupe évidemment une place importante dans les processus de séparation, même consensuels.

Certes, le notaire peut vérifier l'équilibre de la convention et le consentement des époux. Toutefois, il ne dispose pas des mêmes moyens que le juge, qui dispose de pouvoirs d'enquête dont le notaire est à l'évidence dépourvu. En l'état des pratiques, l'intervention du juge pour homologuer la convention établie par le notaire avec les parties constitue une garantie et une sécurité pour le notaire lui-même : en effet, s'il constate un déséquilibre flagrant, l'argument selon lequel le juge n'homologuera pas la convention lui permet d'imposer aux parties d'en revoir le contenu.

Pour mémoire, et bien que les notaires eux-mêmes aient exclu la possibilité d'avoir à connaître du divorce sans intervention du juge dans ce cas, on soulignera que le caractère inapproprié de l'intervention du notaire en matière de divorce par consentement mutuel où sont présents des mineurs a été rappelé à de multiples reprises. Il a été souligné que les droits de l'enfant se trouveraient amoindris par rapport à la situation actuelle, l'audition ne pouvant se réaliser avec les mêmes garanties que devant un juge, alors même que l'audition des enfants mineurs est de droit dans toutes les procédures le concernant, conformément aux dispositions de la convention internationale des droits de l'enfant et de l'article 388-1 du code civil.

Plus particulièrement, la proposition formulée par le représentant du Conseil supérieur du notariat dans la commission, Maître Ohnet, a soulevé un certain nombre de

¹ F. Derrida, « La désacralisation » du mariage. Le mariage évolue-t-il vers la vente à réméré ? », *LPA*, 16 avril 2008 n° 77, p. 4.

² V. <http://www.forum-familienrecht.de/neu/dateien/0807/307-309.pdf>, article de Kl. Schnitzler. Les arguments opposés ont été divers : on a invoqué les problèmes constitutionnels – les notaires ne peuvent dire le droit, seuls les juges détiennent le pouvoir judiciaire (art. 92 de la Loi fondamentale allemande, *Grundgesetz*, GG) ; on a souligné qu'un divorce devant notaire risquerait de ne pas assez prendre en compte les intérêts des enfants qui sont pourtant protégés par l'article 6 GG ; et l'on a rappelé que la protection de l'époux faible pourrait être insuffisante et conduire à une violation de l'article 14 GG protégeant le droit de propriété.

critiques. D'abord, si le notaire était nommé par le juge, sur requête formée devant lui, on voit mal quel intérêt l'État pourrait retirer d'une telle réforme qui ne ferait pas l'économie d'une intervention judiciaire, fût-elle allégée. Ensuite, la question du coût du divorce pour le justiciable est demeurée pendante. Enfin, la question du contentieux post-divorce demeure non résolue.

B) Critiques des propositions de transfert de compétence vers des organes dotés d'un pouvoir juridictionnel

Les propositions de transfert de compétence vers des organes dotés d'un pouvoir juridictionnel, si elles n'encourent pas les mêmes griefs que les hypothèses de déjudiciarisation stricte, n'ont pas emporté l'assentiment de la commission.

1° La proposition de transfert au greffier

En ce qui concerne la proposition de transfert à un greffier juridictionnel revalorisé dans ses fonctions, une telle solution ne pourrait apporter la même garantie que l'intervention d'un juge, seul à même d'apprécier l'équilibre personnel et patrimonial des conventions à lieu soumises.

Face à la proposition formulée par le Syndicat de la Magistrature, dissociant le prononcé du divorce par le greffier juridictionnel d'une part, et le règlement des conséquences du divorce d'autre part, plusieurs membres de la commission se sont inquiétés du retour en arrière que présenterait cette divisibilité, à laquelle la réforme du 11 juillet 1975 est précisément venue mettre un terme.

De façon générale, c'est la question de la plus-value, pour le justiciable, des propositions de transfert à un greffier juridictionnel ou à un greffier en chef revalorisé, qui est posée. Sans réel intérêt pour le contribuable – puisque c'est dans tous les cas un fonctionnaire de la République qui aura à connaître du divorce, et que le juge sera d'ailleurs susceptible d'en connaître en cas de difficulté – la solution ne semble pas apporter de bénéfice majeur au justiciable.

Le même scepticisme advient, encore renforcé, lorsqu'on envisage la possibilité de confier le divorce à un notaire qui serait doté de pouvoirs juridictionnels.

2° La proposition de confier le divorce à un notaire doté de pouvoirs juridictionnels

Par les termes très généraux qu'elle emploie en envisageant l'hypothèse d'une déjudiciarisation du divorce, la *Révision générale des politiques publiques* a amené la commission à s'interroger sur l'hypothèse, quelque peu inédite, d'une déjudiciarisation du divorce au profit d'un notaire qui ne se contenterait pas de *constater* le divorce, mais qui serait même doté de pouvoirs juridictionnels qui lui permettraient de le *prononcer*.

Il a été fait remarquer que si le notaire exerçait ainsi une fonction juridictionnelle, il devrait être, dans cette fonction de juge, un tiers indépendant et impartial par rapport aux époux, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. À défaut d'être un juge au sens d'un magistrat professionnel, l'organe qui statuerait sur le divorce ne pourrait en effet exercer cette fonction juridictionnelle qu'à condition de présenter des garanties d'indépendance et d'impartialité équivalentes à celles d'un juge professionnel, comme en atteste la montée des garanties en matière d'arbitrage et dans le droit des autorités administratives indépendantes, sur lesquelles la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de cassation exercent leur contrôle, selon une jurisprudence

constante et désormais acquise¹. Dès lors que l'on transforme le notaire en un organe qui exerce une fonction juridictionnelle, on est obligé de lui conférer un statut de juge. La raison profonde en est que celui qui exerce la fonction juridictionnelle exerce une partie de la souveraineté nationale². C'est dans cette perspective au demeurant, que le Conseil constitutionnel a imposé des garanties d'indépendance et d'impartialité dans le statut des juges de proximité.

Le notaire n'est pas un juge de proximité, et le divorce par consentement mutuel n'est pas un litige (la définition de la matière gracieuse par l'article 25 du code de procédure civile, fait de l'absence de litige l'un des critères de la juridiction gracieuse). Mais si la fonction juridictionnelle de prononcer le divorce par consentement mutuel lui était transférée, il deviendrait un juge et, à ce titre, il devrait présenter les garanties d'indépendance et d'aptitude à juger que le Conseil constitutionnel exige de tout juge non-professionnel, même pour la matière gracieuse³. La question serait d'autant plus aiguë pour le notaire que, s'il est bien un officier public ministériel, il exerce ses fonctions dans un cadre libéral. Si le juge est un acteur neutre et impartial, cela n'est pas forcément le cas du notaire, qui peut être proche d'un des époux et être intégralement rémunéré par celui-ci.

De surcroît, si le notaire devient un véritable juge qui constate l'accord des époux et la réalité de leur consentement, alors il ne saurait établir la convention des parties sur les conséquences du divorce. De fait, aujourd'hui, ce sont le ou les avocats qui préparent la convention de divorce, le cas échéant avec le concours du notaire ; et ce n'est qu'après que le juge intervient, dans une seconde phase, pour l'homologation. Si le notaire se voyait confier cette mission, il ne paraît pas concevable que l'organe qui exercerait la fonction juridictionnelle dans les divorces par consentement mutuel puisse aussi rédiger la convention ; s'il le faisait, il serait alors juge et partie. La jurisprudence relative au conseiller prud'homme, qui ne peut avoir été le conseil de l'une des parties et siéger en formation de jugement, va dans ce sens⁴.

Et à supposer même que l'on poursuive dans cette direction, se poserait la question de savoir si le notaire peut véritablement être juge sans avoir été nommé comme tel. Une réforme du statut des notaires deviendrait alors nécessaire. Dans le cas contraire, il faudrait envisager un notaire qui soit doté d'un statut identique à celui d'un juge de proximité. Mais l'on perçoit bien les limites d'une telle solution. Ainsi, le notaire juge de proximité ne pourrait-il pas exercer comme juge du divorce dans son ressort d'activité professionnelle. En effet, à propos des juges de proximité, le Conseil constitutionnel a relevé que si le cumul d'activités professionnelles avec le statut de juge de proximité « n'est pas contraire aux exigences d'indépendance et d'impartialité du juge qui découlent de l'article 16 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen », il n'en demeure pas moins que le juge de proximité ne peut exercer ses fonctions juridictionnelles dans le ressort du TGI où s'exerce son activité professionnelle et que des « règles statutaires de valeur organique » doivent s'opposer à ce qu'un juge de proximité puisse connaître d'un litige présentant un lien avec son activité professionnelle ; une obligation statutaire doit même être aménagée pour le juge

¹ Sur cette jurisprudence, v. S. Guinchard *et alii*, *Droit processuel-Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz éd., 4^e éd., 2007, n° 340 à 399.

² C. Const., Déc. n° 98-399 DC, 5 mai 1998, « les fonctions juridictionnelles sont inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale. » (§ 13 à 18)

³ Déc. n° 2003-466 DC, 20 fév. 2003.

⁴ Soc. 8 janv. 1997, Bull. V, n° 11.

de proximité, afin qu'il puisse dénoncer toute situation de conflit dans laquelle il se trouverait de ce fait¹.

C'est dire qu'à tous égards l'hypothèse d'un notaire-juge, dont on observera qu'elle n'a pas été revendiquée par la profession concernée, apparaît complexe dans sa mise en œuvre et qu'elle se heurterait à des écueils juridiques sans doute surmontables, avec beaucoup d'imagination, mais qui sont loin d'être secondaires. Surtout, en opportunité, son intérêt apparaît très discutable. Répétons-le, si le notaire « prononce » le divorce et exerce à ce titre, une fonction juridictionnelle gracieuse, il devient un juge devant lequel se déroule une procédure de divorce par consentement mutuel et il est alors, en tant que juge, exclu de la préparation de la convention de divorce. Il ne pourrait, comme le juge professionnel aujourd'hui, qu'en vérifier la validité au regard des intérêts en cause. Dès lors, une telle réforme n'entraînerait aucune amélioration par rapport à l'existant. D'un point de vue budgétaire, il faudrait rémunérer le notaire devenu juge (on n'imagine pas la gratuité de la fonction), mais il faudrait également lui assurer l'équivalent d'un service de greffe et, comme aujourd'hui, rémunérer les avocats. La solution serait coûteuse et inopportune, ce qui a conduit à son rejet par la commission.

SECTION 2 - Les recommandations de la commission

L'examen des diverses propositions présentées à la commission lui a permis d'affiner progressivement ses positions en matière de divorce. Aucun consensus ne s'est dégagé en faveur de l'une des propositions de déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, tant chez les personnes auditionnées qu'entre les membres de la commission. Ainsi, la Conférence des présidents de TGI a clairement indiqué que les présidents de TGI sont partagés sur ce point. Preuve, s'il en était besoin, que la technique juridique n'est pas la seule concernée ; la question est d'abord un choix de société.

Dès lors, la commission propose un certain nombre de recommandations. Celles-ci vont dans deux sens : la mise en place d'une procédure allégée, au coût régulé ou tarifé (A), et l'absolue nécessité de préserver une procédure de nature judiciaire en présence d'enfants mineurs (B).

§ 1 - Une procédure allégée, au coût régulé ou tarifé, devant le juge aux affaires familiales

Plutôt que de s'orienter vers une déjudiciarisation pure et simple du divorce par consentement mutuel, les efforts du législateur devrait s'orienter vers l'allègement de la procédure (A) et l'encadrement de son coût, par une régulation des honoraires ou, à défaut, une tarification (B).

A) Allègement de la procédure de divorce par consentement mutuel

La loi de 2004 est déjà allée loin dans la logique de la contractualisation relative du divorce, mais de nombreuses personnes auditionnées ont proposé de supprimer le caractère obligatoire de l'audience devant le juge. Il a semblé à la

¹ Déc. n° 2003-466 DC, 20 fév. 2003.

commission, qu'en raison de la présence d'au moins un avocat qui a préparé la convention de divorce, les époux sans enfants pourraient renoncer au droit d'être entendus par le juge, preuve étant rapportée par l'avocat qu'ils ont été clairement informés de ce droit. Un document signé par eux, séparément (un chacun) établirait la preuve de leur renoncement. Bien évidemment, le juge conserverait son rôle de vérifier l'intégrité des consentements et l'équilibre de la convention. C'est pourquoi, il aurait le pouvoir, au vu du dossier, de demander à entendre les époux. C'est le cas en Angleterre, en Finlande et en Suède.

Dans l'hypothèse où des enfants mineurs seraient issus du mariage, il est préconisé que l'audience avec les parents soit toujours maintenue, afin de permettre au magistrat de recueillir leurs observations orales sur la partie de la convention afférant aux intérêts des enfants mineurs. En tout état de cause, la suppression de l'audience ne pourrait être envisagée, qu'à la condition d'avoir la preuve que les enfants aient été avertis de leur droit d'être entendus par le juge.

B) Régulation ou tarification des honoraires dans la procédure de divorce par consentement mutuel

La commission s'est progressivement rendue compte, au fil des auditions et de ses débats internes, que le problème était autant celui du coût du divorce pour les époux que celui de sa déjudiciarisation. Répondant au constat d'une faible lisibilité des tarifs appliqués par les avocats en matière de divorce par consentement mutuel, la commission préconise un certain nombre de recommandations sur ce point. En effet, la régulation des honoraires ou leur tarification permet de rendre effectif le droit à un juge pour se démarier, sans obstacle financier, auquel la Cour européenne des droits de l'homme a marqué son attachement dans l'arrêt *Airey*¹.

a) Au titre de la régulation, la commission préconise deux propositions :

- En premier lieu, les parties devront se voir remettre, avant toute intervention d'un avocat, une proposition de convention d'honoraires, indiquant leur montant. Les avocats auditionnés par la commission se sont dits favorables à une telle mesure, qui mettrait un terme à une certaine opacité des honoraires telle qu'elle est bien souvent ressentie par le justiciable, et qui éliminerait l'obstacle à l'accès au divorce que constitue une telle incertitude. Le Conseil national des Barreaux s'est du reste prononcé en ce sens, lors de son assemblée générale des 13 et 14 juin 2008, en soulignant que le débat sur la réforme du divorce remet en lumière l'importance, pour le justiciable, d'une meilleure prévisibilité des honoraires d'avocat.

- Par ailleurs, la commission a souhaité aller plus loin dans ses recommandations. Consciente des honoraires très variés pratiqués par les avocats, elle a envisagé comment assurer les conditions d'une concurrence réelle entre les avocats quant aux honoraires qu'ils pratiquent. Cela suppose, en particulier, la mise en place d'une véritable politique d'affichage des honoraires, qui permette aux justiciables de connaître aisément le montant pratiqué, et qui les mette en mesure d'effectuer leur choix entre plusieurs professionnels. Il en résultera une meilleure adéquation entre le service réellement rendu d'une part, et le coût de ce service d'autre part. Cette solution pourrait s'avérer à la fois plus consensuelle, et plus efficace que celle d'un tarif imposé, mais elle suppose un engagement fort de la part des professionnels.

*b) Dans l'hypothèse où cette régulation se révélerait insuffisante, la commission a expertisé la question d'une tarification générale du **divorce par consentement***

¹ C.E.D.H., 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, série A, n° 32.b

mutuel, procédant selon des critères unifiés, qui donnerait au justiciable une plus grande sécurité quant au coût maximum du divorce et serait applicable uniformément à l'ensemble des avocats. L'hypothèse doit être examinée au regard du droit communautaire.

D'abord, l'arrêt *Arduino* rendu en 2002 par la Cour de Justice des Communautés européennes¹ ne fait pas obstacle en effet à ce qu'un tarif soit fixé et à ce qu'un barème soit posé comme compatible avec les règles de la libre concurrence applicables en droit européen.

Surtout, il faut mentionner l'arrêt *Cippola* du 5 décembre 2006², qui constitue la référence en la matière puisqu'il statue sur la libre circulation des services, alors que l'arrêt *Arduino* ne traitait que de l'aspect libre concurrence. La CJCE avait été interrogée, dans cette affaire, par une juridiction italienne, pour savoir si l'article 49 CE fait obstacle à ce que soit instituée une réglementation interdisant de manière absolue de déroger, par convention, aux honoraires minimaux fixés par un tarif tel que celui qui était en cause en l'espèce, à savoir un tarif applicable à des prestations qui sont, d'une part, de nature judiciaire et, d'autre part, réservées aux avocats.

Dans sa réponse, la Cour rappelle d'abord que « *l'article 49 CE exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre État membre en raison de sa nationalité, mais aussi la suppression de toute restriction, même si cette restriction s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux d'autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner davantage les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues* »³. Mais elle relève ensuite que l'interdiction de déroger à des tarifs minimum peut « *être justifiée dès lors qu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant qu'elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre* »⁴.

Examinant l'argument du gouvernement italien sur la défense des intérêts des consommateurs, la Cour précise ensuite qu'il « *convient de relever que la protection, d'une part, des consommateurs, notamment des destinataires des services judiciaires fournis par des auxiliaires de justice, et, d'autre part, de la bonne administration de la justice sont des objectifs figurant au nombre de ceux qui peuvent être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à la libre prestation des services* »⁵. Et de conclure : « *il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si une telle réglementation, au regard de ses modalités concrètes d'application, répond véritablement aux objectifs de protection des consommateurs et de bonne administration de la justice susceptibles de la justifier et si les restrictions qu'elle impose n'apparaissent pas disproportionnées au regard de ces objectifs* »⁶.

La CJCE admet ainsi la possibilité d'un tarif, pourvu qu'il réponde aux objectifs de protection des consommateurs et de bonne administration de la justice susceptibles de le justifier et que les restrictions ainsi imposées ne soient pas disproportionnées au regard de ces objectifs. L'arrêt est d'autant plus intéressant qu'il s'agissait en l'espèce,

¹ CJCE 19 février 2002, C-35/99, *Arduino*.

² CJCE, 5 déc. 2006, C-94/04 et C-202/94.

³ CJCE, 5 déc. 2006, C-94/04 et C-202/94, § 56.

⁴ CJCE, 5 déc. 2006, C-94/04 et C-202/94, § 61 (nous soulignons).

⁵ CJCE, 5 déc. 2006, C-94/04 et C-202/94, § 64.

⁶ CJCE, 5 déc. 2006, C-94/04 et C-202/94, § 70.

de tarifs *minimum*, alors que pour le divorce par consentement mutuel, il s'agirait de tarifs *maximum*, pour lesquels on peut penser que l'intérêt des consommateurs est encore plus déterminant.

Quant à la directive dite « Services » du 12 décembre 2006¹, en cours de transposition, elle ne s'oppose pas, par principe, à l'introduction de tarifs pour les prestations d'avocats. Certes, la Commission européenne énonce, dans son manuel de transposition, que « *les tarifs minimum ou maximum obligatoires constituent un sérieux obstacle au Marché intérieur* » et rappelle que la Cour de justice, dans son arrêt précité du 5 décembre 2006, a souligné qu'ils pouvaient constituer des obstacles à la liberté de circulation des services. Mais on ne saurait s'en tenir à ce seul rappel puisque la Cour, dans le même arrêt, admet que « *l'intérêt des consommateurs et de la bonne administration de la justice sont des objectifs figurant au nombre de ceux qui peuvent être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à la libre prestation des services* ».

Dès lors, il a semblé à la commission qu'elle pouvait recommander un tarif maximum en matière de divorce par consentement mutuel, dans le but de rendre *effectif* le droit de divorcer, conformément aux exigences issues de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment de son arrêt *Airey c/ Irlande*. La directive « Services » n'exclut pas par principe des tarifs ; elle impose simplement (art. 7), que tout projet de tarification soit notifié à la Commission européenne qui, après examen de sa compatibilité avec le droit communautaire pourra interdire de l'adopter. Il importera donc de veiller à ce que la mesure proposée ne soit pas discriminatoire, qu'elle soit nécessaire et proportionnée. La commission tient du reste à souligner que M. le Bâtonnier Paul-Albert Iweins, Président du Conseil national des Barreaux, a déclaré que la profession était prête à aller dans le sens « des barèmes indicatifs, imposés par le gouvernement »².

§ 2 - L'absolue nécessité de préserver une procédure de nature judiciaire en présence d'enfants mineurs

La commission insiste aussi sur le fait que si une autre solution devait être un jour retenue, supprimant le recours à un juge en matière de divorce par consentement mutuel, le sort des enfants devrait, quoi qu'il arrive, être réglé par le juge.

La préconisation résulte unanimement de l'ensemble des contributions qui ont été soumises à la commission ; elle a naturellement été particulièrement mise en avant par Mme Dominique Versini, Défenseure des enfants. Il a été rappelé que le passage devant un juge – même dans le cadre d'une procédure judiciaire allégée et simplifiée – reste une garantie de la protection des intérêts des enfants, et que 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.

L'enfant, en effet, doit être considéré juridiquement comme un tiers intéressé à la procédure de divorce. Il n'est pas un tiers quelconque. Il se trouve même certains pays tels que l'Allemagne, qui, dans certaines circonstances, donnent à l'enfant le statut

¹ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur.

² *Le Figaro*, 16 juin 2008, p. 9.

de partie au litige. Tant les obligations internationales de la France sur les droits de l'enfant que la libre circulation des jugements de divorce en Europe plaident en ce sens. En effet, la Convention internationale sur les droits de l'enfant, dite Convention de New York, approuvée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur en France le 6 septembre 1990, comporte un article 12 consacrant le droit pour le mineur muni de discernement de demander à être entendu dans toute procédure le concernant¹. Or, la Cour de cassation, aux termes d'un revirement de jurisprudence, considère que cet article est d'applicabilité directe en France. Mieux encore, afin de se conformer pleinement à cet engagement international, la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, prévoit que le juge aux affaires familiales a l'obligation, en vertu de l'article 388-1 (nouveau) du Code civil, d'entendre l'enfant ou de le faire entendre par un tiers désigné par lui, si celui-ci en fait la demande et est capable de discernement. Il doit également informer l'enfant qu'il a le droit d'être assisté d'un avocat dans cette procédure.

À ce texte international, il faut ajouter l'article 24.1 de la Charte Européenne des Droits fondamentaux², ainsi que l'article 3 de la Convention européenne du 25 janvier 1996 sur l'exercice des droits de l'enfant, récemment ratifiée par la France³. Les Principes de droit européen de la responsabilité parentale proposés par la Commission pour le droit européen de la famille (CEFL) contiennent également un Principe 3.6 relatif au droit de l'enfant d'être entendu⁴.

Au-delà des engagements internationaux de la France et du droit comparé, c'est la mission même du juge aux affaires familiales que de préserver l'intérêt des enfants. Les textes du Code civil sont très clairs sur ce point. L'article 247 alinéa 2 dispose ainsi : « Un juge de ce tribunal (TGI) est délégué aux affaires familiales. Il est plus spécialement chargé de *veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs*. » Et l'article 232 al 2 précise également : « Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention *préserve insuffisamment les intérêts des enfants* ou de l'un des époux. » Le passage devant un juge reste une garantie de la protection des intérêts du plus faible qu'il s'agisse de l'époux en situation de faiblesse ou plus encore de l'enfant quand il existe. Ainsi, la préservation des droits de l'enfant dans une procédure de divorce suppose de maintenir la compétence du juge qui apparaît d'une part, comme une autorité neutre entre les parties, d'autre part, comme un professionnel qualifié et aguerri au contentieux familial dans ses aspects juridiques et

¹ « 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

² À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. »

³ « Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité ».

⁴ « Chapitre II – Mesures d'ordre procédural pour promouvoir l'exercice des droits des enfants. A. Droits procéduraux d'un enfant. Article 3 – Droit d'être informé et d'exprimer son opinion dans les procédures : « 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. »

⁴ « Eu égard à son âge et à sa maturité, l'enfant a le droit d'être informé, consulté et d'exprimer son opinion dans tous les domaines le concernant, l'opinion exprimée par l'enfant étant dûment prise en considération ». K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. Gonzalez Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny et W. Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia éd., Anvers et Oxford, 2007, p. 49 et s. Voir également l'ouvrage qui contient les rapports nationaux des 22 pays, *European Family Law in Action, Volume III : Parental Responsibilities*, Intersentia éd., 2006.

techniques mais aussi et surtout, dans ses composantes humaines et psychologiques. Parce-que le juge aux affaires familiales est tout autant juge du divorce que juge de l'autorité parentale.

En pratique, l'accord des parents ne va pas forcément dans le sens de l'intérêt de l'enfant. Il est arrivé que des juges aux affaires familiales refusent d'homologuer de tels accords. Le juge aux affaires familiales est le garant du respect d'une procédure contradictoire et de la recherche d'un équilibre entre les parties. Il dispose, d'une manière générale, pour rendre sa décision, de moyens propres qui sont l'enquête sociale et les mesures d'expertise psychologique ou psychiatrique. Gardien de l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales peut ainsi vérifier auprès du greffe du juge des enfants si l'enfant est déjà suivi en assistance éducative et, à défaut, signaler au parquet la situation d'un enfant qui lui paraîtrait préoccupante.

Conclusion

La commission attire l'attention du législateur sur le fait que transférer le divorce par consentement mutuel à une autre autorité que le juge aurait pour conséquences de priver les époux et les enfants mineurs de la protection apportée par le juge aux affaires familiales.

Supprimer le juge dans le divorce par consentement mutuel c'est également rapprocher le mariage d'un contrat ordinaire ; c'est donc changer de modèle de société. Et cela, seul le législateur peut le faire.

C'est à la représentation nationale qu'incombera, le cas échéant, ce choix de société qui dépasse largement des questions de pure logique économique ou administrative.

On notera que l'économie budgétaire qui pourrait être réalisée à travers une telle déjudiciarisation serait en définitive insignifiante au regard du but recherché, sans compter les risques non négligeables d'augmentation des coûts : les parties pourraient en effet préférer un divorce contentieux devant le juge à un divorce par consentement mutuel devant un notaire, pour des raisons financières liées notamment au bénéfice de l'aide juridictionnelle et le contentieux post-divorce ne manquerait pas de s'accroître.

Quoi qu'il en soit, une telle réforme ne saurait se faire, au regard des engagements internationaux de la France sans réserver un traitement à part aux divorces par consentement mutuel en présence de mineurs, qui devront toujours rester de la compétence du juge judiciaire.