



Protéger ses enfants lors d'un divorce

Fiche pratique publié le 24/03/2020, vu 818 fois, Auteur : [Cabinet GC](#)

La loi du 18 novembre 2016 relative à la modernisation de la justice du XXIème siècle qui est venu déjudiciariser la procédure de divorce par consentement mutuel, a placé la question de l'enfant au cœur de ses débats.

La loi du 18 novembre 2016 relative à la modernisation de la justice du XXIème siècle qui est venu déjudiciariser la procédure de **divorce par consentement mutuel**, a placé la question de l'enfant au cœur de ses débats. En effet, le législateur a rejeté la solution d'un **divorce sans juge** limité aux mariages sans enfant, pour l'étendre à tous les mariages.

Mais de quelle manière peut-on assurer la protection de l'enfant sans l'intervention du **Juge aux affaires familiales** représentant pourtant le seul organe objectif et impartial garant de l'intérêt supérieur de l'enfant ?

Le législateur a dû trouver les armes nécessaires pour pallier ce changement : la première relève de la possibilité pour un **enfant mineur** doué de discernement de se faire entendre par le juge (I), tandis que la seconde revient aux avocats des époux dont la responsabilité dans la **convention de divorce** est accrue (II).

I - LA POSSIBILITÉ POUR UN ENFANT MINEUR DOUÉ DE DISCERNEMENT D'ÊTRE ENTENDU PAR LE JUGE

La loi du 18 novembre 2016, a prévu que le **divorce par consentement mutuel**, dorénavant conventionnel, redeviendrait judiciaire dans l'hypothèse exceptionnelle, où l'enfant doué de discernement demanderait à être entendu par le juge.

Le discernement est défini par la **Cour de cassation** selon deux critères : le premier est objectif et dépend de l'âge défini de manière statistique et le second est subjectif, supposant de rechercher si l'enfant a effectivement atteint le degré de maturité requis pour être auditionnée (Civ. 1re, 18 mars 2015, n°14-11.392). Dès lors que l'enfant atteint cette **capacité de discernement**, il se doit de remplir un formulaire indiquant s'il souhaite ou non être entendu par le juge dans le cadre du **divorce par consentement mutuel** de ses parents. Dans le même sens, l'article 229-3 du Code civil qui détermine les mentions devant figurer expressément dans la convention à peine de nullité, vise en son 6° « *la mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté* ». *Si l'enfant ne souhaite pas être entendu, le divorce prendra la forme classique conventionnelle ; en revanche, s'il souhaite être entendu par un juge, le divorce par consentement mutuel deviendra judiciaire. Lorsque l'enfant est majeur, il n'aura plus la possibilité de demander à être entendu par le juge, puisqu'il n'est plus question de décider de son lieu de résidence.*

Ainsi, l'intervention du juge dans le divorce par consentement mutuel des époux, ne dépend pas de leur seule volonté, mais également de celle de leur enfant. L'enfant mineur se trouve ainsi doté d'un pouvoir décisionnel ; sa demande d'audition devenant le pivot de la judiciarisation du divorce

de ses parents. Selon le professeur et notaire Stéphane David dans son ouvrage *Droit et Pratique du divorce*, « ce n'est donc pas une situation objective qui déclenche l'intervention du juge en cas de divorce par consentement mutuel, mais une attitude subjective c'est-à-dire, la parole de l'enfant mineur ».

II - L'INTERVENTION ACCRUE DES AVOCATS DANS LA RÉDACTION DE LA CONVENTION DE DIVORCE

La seconde arme du **divorce sans juge** pour pallier l'absence du **Juge aux affaires familiales** revient à la possibilité d'aménager la convention de divorce selon la situation d'espèce. La loi, dans le cas d'un divorce conventionnel, a supprimé tout **contrôle judiciaire**, concernant l'adéquation des mesures prises par les parents à **l'intérêt de l'enfant**. La responsabilité dans la protection de l'enfant revient alors en premier aux parents, sous le regard attentif et surtout déterminant de **leur avocat respectif**, dont la responsabilité accrue à cet égard est évidente.

S'agissant de la **résidence des enfants** et du mode de garde, la logique reste toujours celle de l'accord des deux parents. Ils peuvent opter pour une **résidence alternée** des enfants avec un partage équitable. A défaut, les parents pourront opter pour fixer la résidence principale chez un des parents, tandis que l'autre bénéficiera d'un droit de visite et d'hébergement. A cet égard, il est indispensable pour les avocats de fixer précisément les modalités d'exercice du **droit de visite et d'hébergement** au bénéfice du second parent. En effet, en cas de désaccord entre les parents, ce sont les règles fixées dans la convention qui s'appliqueront stricto sensu. Pour cela, il paraît préférable, pour les avocats de prévoir en détails la vie quotidienne des enfants, jusqu'à l'heure de fin du droit de visite et d'hébergement ou quel parent devra ramener à la **résidence principale** les enfants.

S'agissant de la **pension alimentaire**, celle-ci est intimement liée au choix de résidence de l'enfant. Chaque parent a le devoir de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources. Dans le cadre d'une résidence alternée, la mise en place d'une pension alimentaire n'est pas obligatoire mais sera recommandée en cas de disparité importante entre les **revenus des parents** par exemple. En revanche, dans le cadre d'une **résidence principale** chez un des parents, la mise en place de la pension alimentaire est obligatoire au profit du parent ayant la résidence de l'enfant. Il est possible de la fixer selon un barème élaboré au sein du **Ministère de la justice** par un collègue d'expert et de magistrat, qui toutefois, ne reste qu'indicatif.

Les besoins des enfants varient selon la situation familiale d'espèce et les avocats se doivent d'assurer encore plus scrupuleusement, que **l'intérêt de l'enfant** est préservé lors de la rédaction de la convention de divorce.

Pour le reste, il faut signaler que les stipulations de la convention relatives à l'exercice de **l'autorité parentale** pourront être modifiées ou complétées à tout moment par le JAF conformément à l'article 373-2-13 du Code civil.