

Divorce par consentement mutuel sans juge : Ce serait drôle si ce n'était pas si triste

Par

Jérôme CASEY

Avocat au Barreau de Paris

Maître de Conférences à l'Université de Bordeaux

Le Garde des Sceaux a voulu être discret, mais c'est raté. Son petit amendement visant à créer un divorce par consentement mutuel par acte d'avocat et sans juge n'est pas passé inaperçu. Comment pouvait-il en être autrement ? La question est trop sensible pour ne pas intéresser les médias, mais aussi les justiciables...

Alors, on a découvert le contenu de cet « article additionnel » glissé en douce par le Gouvernement... Et c'est proprement stupéfiant. Le lecteur est d'abord étonné quand il découvre les choix opérés, dont rien ne dit qu'ils sont si modernes que cela (I). Mais il y a plus grave : cet étonnement se mue en stupeur lorsque l'on réalise que la Chancellerie elle-même ne connaît pas le droit civil et propose un texte qui est contraire au code civil, à moins qu'il ne veuille faire passer en catimini (encore ?!) un changement majeur pour les personnes vulnérables (II).

I - La fausse modernité de la mesure

Le dispositif est assez simple à résumer. Le gouvernement veut créer un "divorce par consentement mutuel par acte d'avocat enregistré par notaire". Oui, vous l'avez remarqué, il faut prendre son souffle pour le prononcer. Cela sonne simple et charmant comme une norme bureaucratique. Heureusement que par ailleurs le même gouvernement fait des lois pour... simplifier le droit ! On aurait pu se borner à subdiviser le divorce par consentement mutuel en deux sous parties, l'une étant intitulée "Du divorce par consentement mutuel conventionnel" et l'autre "Du divorce par consentement mutuel judiciaire", mais cela était sans doute trop simple.

Voici donc un "machin" contresigné par deux avocats et enregistré par un notaire. Vous noterez que l'avocat unique a disparu... Il faudra en payer deux, même si on est d'accord sur tout. Oh bien sûr, tout n'était pas parfait dans la procédure avec avocat unique, mais dans nombre de cas cela réduisait le coût du divorce. Désormais, il faudra en payer deux. La modernité, ma brave dame, ça se paie.

Mais surtout, dans quels cas pourra-t-on s'enivrer de la joie de signer le divorce le plus « hype » du 21^{ème} siècle ? Dans la plupart des cas dit l'exposé sommaire des motifs... Vous comprenez, il faut désengorger les tribunaux. Alors, ouste ! Dehors les consentements mutuels ! C'est logique : vous imaginez si la moitié des divorces désertent les prétoires le gain de temps et de moyens ? Cela s'appelle de l'effacement statistique. Un problème d'engorgement ? Facile ! Tout le monde à la porte et le problème est réglé... C'est sans doute cela moderniser la justice au 21^{ème} siècle : faire en sorte qu'il n'y ait rien à juger. Fallait y penser... Non, vous avez raison, j'exagère. Certains divorces par consentement mutuels resteront quand même aux mains des juges. Lesquels ? Ceux où il y a un enfant mineur qui demandera à être entendu par un magistrat. Vous imaginez le truc ? Les parents : « Léa, ton père et moi on va divorcer, tu veux être entendue par le juge ? Qu'est-ce que tu dis ? Oui tu veux être entendue ?! Oh t'es pénible, ça va tout retarder ! Si tu y renonces, ton père et moi on est d'accord pour te prendre un X-téléphone 18s+, forfait univers, sms et mms intergalactiques illimités. Tu veux toujours être entendue ? Non ?! Tant mieux... ». Pauvres enfants, les voilà devenus l'aiguillage des procédures ! Modernité, quand tu nous tiens... Cela dit, relisez l'exposé des motifs, c'est à

mourir de rire. Comment le gouvernement justifie-t-il ce retour vers le juge lorsque l'enfant mineur demande à être entendu ? Par une justification à peine croyable : « afin de respecter les engagements internationaux de la France ». Je suis si naïf... Moi qui pensais que c'était parce qu'il en allait de l'intérêt supérieur de l'enfant... On aurait sans doute pu dire plus simplement que l'intérêt de l'enfant est un intérêt trop grave pour échapper au contrôle du juge. Mais je sens bien que ce genre de formulation est trop simple pour une justice moderne du 21^{ème} siècle... Il va falloir que je prenne des cours « d'éléments de langage ». Reste le message annoncé : la majorité des consentements mutuels devront passer par la voie "extra-judiciaire". Sauf enfant mineur pénible, évidemment. Léa, va falloir penser à te calmer...

Autre innovation de taille, le délai de réflexion de 15 jours avant signature de la convention de divorce. En réalité, il y a deux délais de 15 jours, puisque chaque avocat fait courir son propre délai, en envoyant le projet de convention de divorce à son client. Un envoi commun à date unique aurait été trop simple. Donc, attention à l'avocat qui « oublie » ou part en vacances sans expédier l'exemplaire à son client. L'autre n'aura plus qu'à attendre. Mais surtout, ce délai de 15 jours consacre une vraie faculté de réflexion. C'est normal, car chacun aura deviné qu'arrivé à ce stade, c'est à peine si les parties auront réfléchi... On imagine le truc : Juliette a choisi un avocat, Romeo aussi, ils ont beaucoup discutés tous ensemble lors de « rendez-vous à quatre » hyper sympas et détendus, les robes noires ont pondu une belle convention, les clients ont payé leurs honoraires (en les maudissant), et là, paf ! Tout d'un coup l'un d'entre eux va dire « halte là, je ne suis plus sûr de rien... ». Bon, d'accord, on a tous connu des consentements mutuels qui sombrent corps et biens quand l'un des époux refuse d'entrer dans le bureau du juge. Mais c'est quand même l'exception. Là, on nous colle un délai de réflexion, comme si aucune réflexion en amont n'avait été menée. C'est étrange. D'autant qu'une fois la convention rédigée, on n'aura pas de rendez-vous chez le notaire tout de suite, car au prix annoncé, on ne pourra pas en vouloir aux notaires d'avoir d'autres clients à fouetter. De plus, jusqu'à la minute où le notaire aura déposé la convention au rang de ses minutes, rien ne sera définitif et un époux pourra toujours dire, « euh, je ne suis plus très sûr »... Donc, le temps de réflexion, les parties l'auront... Enfin, songez aux 15 jours de réflexion, ils font penser aux 15 jours pour former un pourvoi en cassation contre le « vieux » consentement mutuel judiciaire... Mais là, pas de voie de recours, même extraordinaire, c'est ça de passer en mode conventionnel !

Quant au notaire, voilà un acte qui va le ravir. Le tarif annoncé est "d'environ 50 euros", pour lequel il faudra accueillir les justiciables (à ce prix, c'est à peine des clients...), les deux avocats, leur proposer un thé ou un café (on sait vivre, en dépit du tarif), recevoir tout ce petit monde dans une salle pas trop exigüe (ça fait 5 personnes minimum), et enfin déposer l'acte au rang des minutes, ce qui lui donnera date certaine et force exécutoire. Amis notaires, je compatis vraiment !

Mais le meilleur reste à venir... Voici un divorce librement négocié à deux avocats et enregistré par un notaire. Une question se glisse alors subrepticement dans mon cerveau : qui est responsable ? Le notaire ? Les avocats ? L'exposé des motifs dit que les avocats en contresignant l'acte attestent de l'accomplissement de leur devoir de conseil. Rien de neuf ma foi. Le notaire n'est donc pas responsable, et d'ailleurs l'exposé des motifs le dit expressément. Vous remarquerez combien la Chancellerie adore le verbe « constater » : les époux peuvent « constater » leur accord dans une convention, et le notaire lui « constate » le divorce. Tout le monde « constate » de nos jours, c'est fou ! On en déduit donc que le divorce s'est donc produit en amont du notaire, car un constat se fait toujours *a posteriori*. Songez au constat d'adultère (c'est de circonstance) : le petit fricotage est antérieur au constat, sinon il n'y a rien... à constater ! Vous me trouvez caustique ? Pourtant, réfléchissez... De quoi résultera donc le divorce ? Qu'est-ce qui fera « naître » le divorce ? Hé bien on suppose que c'est l'accord « constaté » dans la convention. Mais alors, c'est un peu l'histoire des sources du Nil (ou du Ciron, si l'on est de Gascogne). Personne ne sait exactement où ça commence. C'est un peu gênant quand même... Si le divorce ne résulte pas du notaire (qui ne fait que le « constater »), cela veut dire que les époux entrent dans son étude en étant déjà divorcés, mais sans force exécutoire et sans date certaine. Enfin quand même, il y aura une date puisqu'on leur aura fait signer la convention après 15 jours de réflexion suite à l'expédition d'un envoi en recommandé (sinon comment savoir que les 15 jours ont couru ?). La situation sera alors cocasse : les époux seront potentiellement divorcés, mais sans possibilité de contraindre à l'exécution. Il n'est pas certain que la distinction faite par le législateur entre « naissance » du divorce et force exécutoire soit une réussite... La question « quand serai-je divorcé ? » sera sans doute l'une des plus

redoutables pour les avocats. Ces derniers pourront toujours répondre : « c'est le dépôt au rang des minutes du notaire qui importe », façon pudique de jeter un voile sur une question mal réfléchie...

Alors est-ce que tout ceci est bien moderne ? Par la piètre qualité intrinsèque du dispositif, oui, incontestablement. C'est dans l'air du temps, et d'un niveau de rédaction qui égale le tout nouvel article 267 du code civil, qui était pourtant déjà un sommet dans le genre « nanar législatif ». Mais sur le fond, la modernité est encore à découvrir. Moderniser la justice en vidant les prétoires, et sans garantie que les juges ne voient revenir de plus fort, quelques mois plus tard, les justiciables, voilà qui n'est pas moderne. Peut-être serait-il vraiment moderne d'affirmer qu'aucune démocratie sérieuse ne peut exister sans un service public de la justice digne de ce nom. Ben oui... À quoi sert-il de créer des QPC à l'heure où l'on refuse au peuple le droit d'être jugé par un juge professionnel ? À quoi sert-il d'affirmer les droits de l'homme si l'on encourage par ailleurs la justice privatisée ? Payer pour être divorcé par consentement mutuel, payer pour faire appel ou pour défendre à un appel, de plus en plus le droit d'agir gratuitement en justice disparaît. Entre les timbres fiscaux, les médiateurs que l'on impose (et qui sont payants, bien sûr), l'externalisation du divorce par consentement mutuel, c'est peu à peu toute une partie du droit de la famille qui devient payante, en dehors même du recours à un avocat. Est-ce cela le progrès ? Quant à dire que les avocats sont mis en avant et valorisés par cet amendement, un esprit sceptique y verrait aisément un piège, avant un transfert pur et simple chez le notaire si d'aventure ils n'étaient pas à la hauteur (ce qu'à Dieu ne plaise, bien sûr). Vous verrez que l'argument du coût des avocats refera surface tôt ou tard...

II – L'étrange situation des majeurs protégés dans cette mesure

La stupeur remplace l'étonnement ou la moquerie lorsque l'on regarde l'article 229-2, 2° de l'amendement. En effet, ce texte dit que ce magnifique divorce par consentement mutuel sans juge ne pourra faire l'objet du consentement des époux lorsque l'un d'eux sera sous un régime de protection (tutelle ou curatelle). Là, c'est désolant de le dire, mais on touche le fond. Vous ne voyez pas pourquoi ? Mais si, c'est évident... Parce que les majeurs protégés n'ont pas le droit de divorcer par consentement mutuel. C'est l'article 249-4 du code civil qui le dit... Et l'amendement du gouvernement n'a pas modifié ce texte. Autrement dit, à quoi sert-il d'interdire le divorce par consentement mutuel sans juge à des personnes qui, de toutes les façons, n'ont pas le droit de divorcer par consentement mutuel ?! Si vraiment le gouvernement voulait préciser que la règle de l'article 249-4 s'applique à tous les consentements mutuels, et donc à la nouvelle version créée, n'était-ce pas à l'article 249-4 qu'il fallait le dire ? Il suffisait d'ajouter une phrase dans le genre : « la présente interdiction s'applique aux formes de divorce par consentement mutuel prévues aux articles 229-1 et 230 du code civil ».

Ou alors, c'est l'inverse, et c'est pire encore. Cela signifie que les personnes sous mesure de protection peuvent désormais divorcer par consentement mutuel, mais uniquement par voie judiciaire. Cela peut être compris ainsi puisque l'exposé des motifs semble le dire (en page 6, assimilant ce cas à celui des mineurs voulant être entendus par le juge). Mais alors, pourquoi ne dit-on pas que l'article 249-4 est modifié ? Pourquoi le laisser inchangé ? C'est absolument incompréhensible (sauf à dire qu'il ne vise plus que « l'autre » consentement mutuel, le vieux-jeu, le pas moderne, donc le judiciaire ; mais là aussi, il faudrait peut-être le dire...). En outre, ouvrir le divorce par consentement mutuel aux personnes sous mesure de protection mérite une vraie réflexion de fond, et l'aménagement complet du régime de l'action. Comment penser que cela puisse se faire comme cela, au détour d'un texte mal fichu, sans concertation aucune avec personne ?

Quelle que soit la lecture que l'on fait de cet article 229-2, 2°, on est donc consterné. Soit c'est un texte inutile car l'article 249-4 demeure. Soit c'est un texte qui crée une énorme nouveauté, mais sans que le régime de l'action ne soit défini et sans que l'article 249-4 ne soit réécrit, ce qui cause un flou colossal.

Y a-t-il encore des juristes à la Chancellerie ?

@
@ @

Pour finir sur une note optimiste, on se consolera en pensant aux merveilles juridiques que le pouvoir exécutif ne cesse de créer, semaine après semaine, en droit de la famille, et plus spécifiquement en droit du divorce : l'article 267 du code civil, l'article 1116 du code de procédure civile, et maintenant les potentiels articles 229-1 et suivants du code civil. C'est une performance que d'être aussi mauvais à chaque fois. Il faut un vrai talent pour reproduire inlassablement un tel exploit avec une constance sans faille. Pendant ce temps, nos juges aux affaires familiales crient leur désespoir dans un Livre blanc pour idées noires, les palais de justice ne sont plus entretenus, il n'y a plus de papier dans les imprimantes, et il faut faire du chiffre, du chiffre, du chiffre... Pauvres juges ! On se moque de vous. On rabote vos pouvoirs en faisant croire que vous êtes remplaçables, mais en affirmant surtout que cela vous soulagera. Mais vous le savez mieux que quiconque : ce que vous évitez là, vous le retrouverez plus tard, lorsque les justiciables vous saisiront parce que leur super convention n'aura pas été respectée, ou que des déséquilibres trop graves apparaîtront. Et ce n'est pas l'engagement de la responsabilité des avocats rédacteurs qui vous soulagera, car elle aussi devra être jugée, par vos collègues, ou peut-être par vous-même si vous arrivez à obtenir votre mutation loin de l'enfer du JAF... Les notaires sont pris pour des caisses-enregistreuses au tarif rase-moquette, les avocats sont mis au pied du mur (« faites la preuve de votre efficacité, sinon la prochaine fois on fera sans vous »), et les juges sont dupés. Ne serait-il pas temps que nos gouvernants, toutes tendances confondues, aient une vision à long terme de ce qu'est la vie dans la Cité ? Qu'ils respectent la place essentielle de la Justice en lui donnant les moyens qu'elle mérite ? Et que les professions juridiques mettent leurs querelles de côté pour dire leur refus de participer à pareille mascarade, que l'on ose appeler, sans rire, une justice modernisée du 21^{ème} siècle ? Il paraît que ces textes seront discutés dans les jours qui viennent au Parlement... Alors parlez-en à votre député, faites circuler l'info autour de vous. Soyez « participatifs », ou « collaboratifs », mais faites quelque chose pour que ces sujets, qui sont de vrais grands sujets de société, aient le débat public qu'ils méritent. Et si votre député ne vous croit pas, dites-lui de m'appeler, je lui expliquerai...

Jérôme CASEY
cabinet@casey-avocats.com

Avocat au Barreau de Paris
Maître de Conférences à l'Université de Bordeaux