

AJ Famille 2017 p.45

Une passerelle à l'endroit... une passerelle à l'envers

Muriel Cadiou, Avocat à la Cour


Si la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 adapte le principe de la passerelle instauré par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 au nouveau divorce extrajudiciaire en permettant aux époux de transformer une procédure judiciaire en divorce par consentement mutuel sous signature privée ou judiciaire (1^{re} partie), le décret instaure une faculté pour les époux de faire machine arrière en leur permettant, jusqu'au dépôt au rang des minutes du notaire, d'introduire une procédure judiciaire en divorce (2^e partie).

1. Passerelle à l'endroit



Le législateur confirme à l'art. 247 c. civ. que toute procédure judiciaire de divorce peut faire l'objet d'une passerelle vers un divorce par consentement mutuel.

La nature de ce divorce par consentement mutuel, conventionnel par acte sous signature privée ou judiciaire, s'articule désormais autour d'un nouveau pivot qu'est la demande d'audition de l'enfant mineur prévue à l'art. 1148-2, al. 1, c. pr. civ.

1.1. Passerelle vers un divorce par consentement judiciaire

Le nouvel art. 247, 2°, c. civ. permet, comme l'ancien art. 247 (1), aux époux mais uniquement dans le cas prévu au 1° de l'art. 229-2, c'est-à-dire lorsque l'un enfant mineur capable de discernement a demandé à être entendu, de continuer à « 2° demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci ».

La situation est connue des praticiens qui pourront comme par le passé :

- lorsqu'une requête en divorce a été déposée suivie ou non d'une ordonnance de non-conciliation et avant tout engagement de l'instance en divorce, déposer une requête conjointe en divorce par consentement mutuel en visant les art. 230 (2), 232 et précisément la nouvelle passerelle 247, 2° (3) ;

- lorsque l'instance en divorce a été engagée, demander au juge de la mise en état de fixer aux mêmes fins une date en cabinet, assortie, selon la pratique répandue, d'une demande conjointe de désistement à l'audience d'homologation.

Dans cette situation, l'articulation de la fin de la procédure judiciaire et de la demande d'homologation de la procédure de consentement mutuel est plutôt aisée, non seulement parce qu'elle a subi l'épreuve du temps et de la pratique, mais aussi parce qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une simultanéité et devant une seule et même autorité, le juge aux affaires familiales.

1.2. Nouvelle passerelle vers un divorce par consentement sous signature privée

Lorsqu'aucune demande d'audition de mineur n'a été présentée (ce qui sera sans doute le cas le plus fréquent), la situation est plus complexe puisque le praticien doit simultanément, en présence de deux intervenants, le juge et le notaire, d'une part, veiller à la poursuite prudente de la procédure judiciaire (en cas d'échec de la négociation) et, d'autre part, concourir à la bonne fin de la convention de divorce par consentement mutuel, dont l'épreuve ultime est le dépôt notarial.

Lorsqu'une ordonnance de non-conciliation a été rendue et avant toute délivrance d'une assignation en divorce, aucune instance n'est pendante (aucun juge n'est saisi dans cet intervalle). Il est possible de considérer que les parties sont libres de faire prospérer, sans autre limite que le délai de caducité des mesures provisoires de 30 mois, leurs négociations jusqu'à leur bonne fin.

Lorsque, en revanche, une instance a été engagée, soit du chef du dépôt d'une requête initiale en divorce (C. civ., art. 251) ou de la délivrance d'une assignation au fond (ou encore de la requête visée par l'art. 1123 c. pr. civ. dans le cas du divorce accepté), soit du chef d'un appel, l'avocat doit s'interroger sur la coexistence et la coordination de la procédure judiciaire et du processus amiable. Dans tous les cas, il est conseillé d'informer le magistrat de la mise en état du rapprochement des parties. Vis-à-vis du juge, il existe deux possibilités :

- d'une part, la demande conjointe de retrait du rôle qui fournit un gage de bon esprit de négociation et éloigne psychologiquement les parties de la potentielle menace judiciaire tout en leur laissant l'aisance et la liberté nécessaires. Le retrait du rôle a cependant pour inconvénient de contraindre les conseils à redemander, une fois la convention enregistrée pleinement exécutoire, une réinscription au rôle assortie subséquentement de la signification de conclusions croisées de désistement ;

- d'autre part, la poursuite de la mise en état au gré de plusieurs demandes de renvois, avec le projet prédéterminé d'opérer un désistement conjoint, une fois la convention déposée au rang des minutes mais, dans ce cas, les demandes de renvois risquent d'être répétées et chronophages.

Dans tous les cas, il est recommandé que la convention contienne un exposé du déroulement de la procédure judiciaire, prédétermine les conditions et modalités dans lesquelles les parties mettront conjointement un terme définitif à l'instance judiciaire et également rappelle que la convention déposée met fin au mariage dans les conditions des art. 229-1 et 262-1 c. civ.

Conseil - Il apparaît prudent à ce stade de ne pas formaliser immédiatement un désistement d'action tant sont incertaines les suites des voies de recours et de laisser offerte aux justiciables une action, en cas d'hypothèse marginale d'une nullité du divorce suivie d'une nouvelle demande subséquente en divorce.

2. Passerelle à l'envers

Contradiction entre l'esprit d'apaisement affiché par le législateur du XXI^e siècle et le décret d'application, une passerelle du nouveau divorce par consentement mutuel par acte sous seing privé d'avocat vers une procédure judiciaire est rendue possible par le nouvel art. 1148-2, al. 2, c. pr. civ. qui permet désormais à l'un des époux à tout moment et au plus tard jusqu'au jour de l'enregistrement de la convention au rang des minutes du notaire d'introduire une procédure de divorce judiciaire : « Les époux peuvent également, jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire, saisir la juridiction d'une demande de séparation de corps ou de divorce judiciaire dans les conditions prévues aux art. 1106 et 1107 » (4).

Cette faculté offerte par le texte est source d'insécurité pour les époux qui, bien qu'ayant consenti contractuellement à leur divorce, s'exposent à ce que l'un d'entre eux choisisse ultimement la voie contentieuse par effet de surprise dans le délai offert entre la signature de la convention et l'envoi au notaire (7 jours : C. pr. civ., art. 1146, al. 1) puis encore entre la date de réception de la convention par le notaire et la date de son enregistrement au rang des minutes (15 jours : C. pr. civ., art. 1146, al. 3).

Pour réduire ces risques d'indétermination sur le sort de la convention pendant ces deux délais consécutifs, il est sans doute recommandé de les réduire, voire de les supprimer, en convenant d'une signature concomitante de la convention de divorce et des éventuels actes soumis à publicité foncière en l'étude du notaire chargé, le jour même, de procéder au dépôt au rang de ses minutes.

Mots clés :

DIVORCE * Divorce par consentement mutuel * Déjudiciarisation * Passerelle * Divorce par consentement mutuel conventionnel * Divorce par consentement mutuel judiciaire

(1) Ancien art. 247 c. civ. issu de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 : « Les époux peuvent, à tout moment de la procédure, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci ».

(2) Nouvel art. 230 c. civ. : « Dans le cas prévu au 1° de l'art. 229-2, le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce ».

(3) Nouvel art. 247 c. civ. modif. par L. 18 nov. 2016 : « Les époux peuvent, à tout moment de la procédure : [...] 2° Dans le cas prévu au 1° de l'art. 229-2, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci ».

(4) Les art. 1106 et 1107 c. pr. civ. visent la saisine du juge aux affaires familiales d'une requête en divorce sans indication des griefs aux fins de statuer sur les mesures provisoires.