

CONCOURS COMPLEMENTAIRE ENM 2019

Droit civil

Les mutations du divorce

Adoptées ou enterrées, les réformes du divorce ne laissent pas indifférent, car elles sont porteuses de choix de société, irréductibles à la seule technique juridique. Après avoir songé, un temps, à confier au maire le pouvoir de prononcer le divorce dans des cas jugés simples, lorsque les époux n'avaient ni biens ni enfants, il a été question ensuite d'un divorce notarial : le premier projet heurtait le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives, le second ne séduisait guère les notaires. C'est pourquoi la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, dite loi « Justice 21 » a finalement opté pour un divorce par avocats, le cas échéant sans juge, ce qui constitue sans doute l'une des plus importantes mutations du divorce.

Le divorce peut être défini comme une modalité de dissolution d'un mariage à la demande des époux ou de l'un d'entre eux, dans les cas et selon les formes déterminés par la loi, dont les effets ne valent que pour l'avenir. Ses mutations interrogent les changements et transformations qu'a pu connaître cette institution, ce qui appelle une mise en perspective historique, afin de bien souligner l'importance des mutations les plus récentes. Alors que la révolution avait rompu de façon brutale avec l'ancienne indissolubilité du mariage, en admettant de façon libérale un divorce pour incompatibilité d'humeur, le Code civil, soucieux de renouer les liens familiaux, avait conservé le principe du divorce en en restreignant de façon importante les modalités. Après une éclipse de 1816 (loi de Bonald) à 1884 (loi Naquet), le divorce a de nouveau été admis dans notre droit, mais selon des causes très étroites, qui correspondaient à des fautes limitativement prévues (adultère, injures...). Il faudra attendre la loi du 11 juillet 1975 pour que les causes de divorce soient élargies et diversifiées au nom d'un pluralisme cher au doyen Carbonnier : « à chacun sa famille, à chacun son droit » (*Essai sur les lois*, 1979). Depuis lors, la banalisation du divorce (130000 divorces prononcés chaque année) a conduit le législateur à chercher les voies d'une pacification de cette modalité de dissolution du mariage : c'est pourquoi la loi du 26 mai 2004 a substitué à l'ancien divorce pour rupture de la vie commune, un divorce-faillite pour « altération définitive du lien conjugal » constituée par une séparation des époux dont la durée est ramenée à deux ans (au lieu de six auparavant), tout en limitant les différends postérieurs au prononcé du divorce, de manière à canaliser le contentieux et ne plus revenir. Parachevant cet édifice, les lois des 18 novembre 2016 et 23 mars 2019 ont cherché à accélérer et simplifier le traitement du divorce : la première loi a promu un divorce sans juge (consentement mutuel), la deuxième a allégé la procédure dans les divorces contentieux, en supprimant la phase de conciliation.

Cependant, si la pacification et la simplification du divorce constituent, à bien des égards, d'heureuses mutations promues par les réformes les plus récentes, elles n'en suscitent pas moins quelques inquiétudes et interrogations. En premier lieu, « chaque modification du régime du divorce a indirectement provoqué un changement de la définition du mariage » (Ph. Malaurie, *Mariage et concubinage en droit français contemporain*, 1975, Document n° 1). En deuxième lieu, et précisément, ces mutations interrogent le rôle du juge en droit de la famille : tandis qu'une véritable magistrature familiale est née à compter de 1993 avec la centralisation du contentieux du divorce auprès des JAF (juges aux affaires familiales), il est possible désormais d'évincer le juge, en passant seulement par les avocats : « les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire » (article 229 du Code civil). En troisième lieu, d'aucuns soulignent que cette politique de privatisation du divorce, qui

s'inscrit dans une logique plus vaste de déjudiciarisation, visant à désencombrer les tribunaux, achoppe sur une limite évidente : qu'il s'agisse de l'intérêt de l'enfant ou de l'intérêt de la famille, d'un point de vue patrimonial comme extrapatrimonial, peut-on vraiment se passer du juge ? N'est-ce pas le cœur de son office que de veiller au respect de tous les intérêts en cause ?

On le voit, les mutations du divorce, qu'elles visent à le pacifier (I) ou à le simplifier (II), sont révélatrices d'évolutions plus amples qui intéressent aussi bien la nature du mariage que le rôle du juge en droit de la famille.

I- Les mutations destinées à pacifier le divorce

La volonté de dédramatiser le divorce s'est traduite par un élargissement des causes de divorce (A) et une dissociation de ses causes et de ses effets (B) ; l'ensemble de ces mutations traduit un effacement de la dimension moralisatrice du divorce, afin de promouvoir de façon énergique un divorce-faillite.

A- L'élargissement des causes du divorce

Afin d'apprécier pleinement la portée de la libéralisation des causes de divorce (2), il convient au préalable d'en rappeler l'architecture (1).

1- L'architecture des causes de divorce

L'article 229 du Code civil disposait, dans sa rédaction antérieure à la loi du 18 novembre 2016, que le divorce pouvait être prononcé en différents cas : soit de consentement mutuel ; soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ; soit d'altération définitive du lien conjugal ; soit de faute.

Les quatre cas de divorce étaient donc tous mis sur le même plan. Depuis le 1^{er} janvier 2017, cet article a changé de physionomie. Un premier alinéa annonce la grande nouveauté issue de la loi « Justice 21 » : « les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ». Puis un second évoque le divorce « prononcé » en cas : « soit de consentement mutuel, dans le cas prévu au 1^o de l'article 229-2 ; soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ; soit d'altération définitive du lien conjugal ; soit de faute ». À suivre la structure de ce nouveau texte, deux types de divorces sont ainsi fermement distingués : dans un seul cas, le divorce est « consenti » ; dans tous les autres, il est « prononcé », sous-entendu par le juge. Cela dit, que celui-ci soit ou non « prononcé » par le juge ne change pas sa nature consensuelle. Or, telle est bien la principale distinction dans l'architecture des causes de divorce : ou bien le divorce est litigieux ou bien il ne l'est pas.

Or, cette distinction entre le divorce consensuel et les trois divorces contentieux fait l'objet d'un « fléchage procédural » voulu par le législateur. En effet, si l'alinéa premier de l'article 1077 du Code de procédure civile prévoit que la demande en divorce ne peut être fondée que sur un seul des cas prévus à l'article 229 du Code civil - et que toute autre demande formée, à titre subsidiaire, sur un autre cas, est irrecevable - l'alinéa 2 du même texte prévoit un tempérament important à ce principe en ménageant des « passerelles » entre les cas de divorce. Ainsi, dans un souci louable de faciliter l'évolution de l'instance vers une forme plus consensuelle, une section du Code civil est consacrée aux modifications du fondement d'une demande en divorce, dont l'objet est d'une part d'étendre les passerelles vers les divorces les moins contentieux en cas d'accord des époux, d'autre part d'autoriser la modification unilatérale du fondement de la demande (article 247 à 247-2 du Code civil). À cette dernière faculté, il est aujourd'hui possible d'adjoindre la passerelle spécifique, prévue par l'article 1148-2 alinéa 2 du Code de procédure civile, lequel permet aux époux, au rebours de cette logique, de mettre fin unilatéralement au processus conventionnel pour s'orienter, dans un ultime élan, vers un divorce contentieux.

2- La libéralisation des causes de divorce

La libéralisation des causes de divorce, issue des réformes successives de 1975, 2004, 2016 et 2019 se vérifie aussi bien pour la cause consensuelle que pour les causes litigieuses.

S'agissant du divorce consensuel, il est désormais très largement ouvert, à condition que les époux s'accordent sur tout. Conformément au droit commun des contrats, le divorce par consentement mutuel est soumis à l'article 1128 du Code civil, aux termes duquel « sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ». La capacité à contracter demeure encadrée. En effet, il résulte du nouvel article 249-4 du Code civil, modifié par la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, que le divorce par consentement mutuel demeure seul fermé au majeur protégé.

S'agissant des divorces contentieux, leur ouverture progressive est patente. D'une part, le divorce pour faute, qui est un divorce-sanction, est plus ouvert aujourd'hui qu'hier dès lors que la faute relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et n'est plus une notion contrôlée par la Cour de cassation. Les juges du fond sont souverains pour apprécier le caractère et la gravité des faits allégués, et leur décision sur ces points échappe au contrôle de la Cour de cassation. Ils doivent cependant motiver précisément leur décision. Encore cette obligation est-elle moins stricte qu'auparavant : la Cour de cassation ne contrôle plus que les faits retenus à l'encontre d'un ou des deux époux qui remplissent bien la double condition requise par l'article 242. Les juges peuvent donc se contenter d'affirmer que les faits reprochés sont de nature à constituer une cause de divorce au sens de l'article 242 du Code civil (Civile 2ème, 30 novembre 2000). D'autre part, le divorce pour acceptation du principe de la rupture (et non de ses effets) et le divorce pour altération définitive du lien conjugal, qui sont des divorces remèdes, ont aussi connu une ample ouverture. Le premier suppose que l'époux qui prend l'initiative du divorce présente au juge, par avocat, la requête initiale (article 233 du Code civil). La loi du 26 mai 2004 a considérablement modifié la procédure de ce divorce. En particulier, elle a supprimé l'exigence d'un mémoire relatant les circonstances et les faits rendant la vie commune intolérable (ancien article 1129 du Code de procédure civile). Ce cas de divorce est fondé sur une pure et simple acceptation du principe de la rupture du mariage, le juge réglant les effets du divorce. Le second, le divorce pour altération définitive du lien conjugal, est également beaucoup plus largement admis depuis la réforme de 2004. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal remplace le divorce pour rupture de la vie commune qui était une nouveauté de la loi du 11 juillet 1975. Critiqué lors de son adoption, il était fondé sur l'idée qu'après une séparation de fait ou une aliénation des facultés mentales de l'un des époux, d'une durée significative, l'un des époux avait, en quelque sorte, « droit » au divorce. Qualifié pour cette raison de « divorce-répudiation », ce divorce faisait peser sur le demandeur un certain nombre de charges, tandis que la loi octroyait au défendeur des moyens de défense spécifiques destinés à cantonner ce divorce dans des limites sociales et morales acceptables. En particulier, le divorce était impossible s'il devait avoir, pour l'époux défendeur ou les enfants, des conséquences d'une exceptionnelle dureté (anciens articles 238, alinéa 2 et 240, alinéa 1^{er} du Code civil, Document n° 2). La loi du 26 mai 2004 a « objectivé » les règles de ce nouveau divorce et en a allégé la procédure et les conditions : la durée de la séparation exigée n'est plus de six ans, mais de deux ans ; la rupture de la vie commune fondée spécifiquement sur l'altération des facultés mentales d'un des conjoints a disparu ; la clause de dureté, qui constituait une limite au divorce pour rupture de la vie commune, a été supprimée.

A cet élargissement des causes de divorce s'ajoute une nette dissociation des causes et des effets du divorce, qui contribue en principe à la pacification du divorce.

B- La dissociation des causes et des effets du divorce

Il convient de bien cerner le principe d'une dissociation des causes et des effets du divorce (1), avant d'en considérer les modalités (2).

1- Le principe de la dissociation

La loi du 11 juillet 1975, qui avait introduit le divorce pour rupture de la vie commune et pour altération des facultés mentales du conjoint, avait maintenu un lien entre la cause et les effets du divorce : l'époux qui était demandeur dans le cadre d'un divorce pour rupture de la vie commune ou dont les torts exclusifs étaient reconnus se voyaient en principe déchu de certains droits et notamment de la prestation compensatoire (article 280-1 ancien du Code civil, Document n°3).

La réforme issue de la loi du 2004 a rompu le lien entre causes et effets du divorce, et inversé le rapport principe/exception. La prestation compensatoire est donc, en principe, possible pour tous les cas de divorce et pour tous les époux. Par exception, et afin de pallier l'injustice à laquelle une telle objectivité peut aboutir dans certains cas, le législateur a toutefois prévu un correctif d'équité, à l'article 270 alinéa 3 du Code civil : « le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture ».

Soulignons que la prise en considération des critères visés à l'article 271 du Code civil ne sert pas ici à fixer le montant de la prestation, mais à en apprécier le bien-fondé. Ainsi, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour refuser l'octroi d'une prestation compensatoire à l'ex-épouse, s'est fondée sur l'âge de celle-ci, sa situation au regard de l'emploi, les choix professionnels faits par les époux et les charges engendrées par l'entretien et l'éducation des enfants (Civile 1^{re}, 8 juillet 2010, Document n° 5).

2- Les modalités de la dissociation

Le divorce emporte des conséquences pour les enfants, s'il y en a, comme pour les époux, et ses effets sont tant personnels que pécuniaires. S'agissant de ces derniers, ils sont régis par les articles 265 à 285-1 du Code civil. Ces textes sont respectivement consacrés aux donations et avantages matrimoniaux (article 265), aux dommages-intérêts (article 266), à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux (articles 267 à 268), à la prestation compensatoire (articles 270 à 280-1) et au logement (article 285-1).

En effet, il convient de distinguer la réparation du préjudice lié à la rupture du lien matrimonial (article 266 du Code civil) de la réparation d'une disparité dans les conditions de vie (article 270 du Code civil). Or, les modalités de la dissociation entre causes et effets du divorce montrent combien les conséquences patrimoniales du divorce ne sont plus liées à l'idée de sanction, mais à la seule constatation de la disparition du lien matrimonial, ce que d'aucuns déplorent au nom d'une morale élémentaire qui se serait effacée à compter de la réforme de 2004 : une épouse infidèle peut se voir octroyer une prestation compensatoire si les conditions objectives de son octroi sont réunies (X. Labbé, note sous TGI Lille 21 novembre 2006, Document n°4).

Cette politique de dissociation de la cause et des effets est d'autant plus efficace que les effets sont canalisés au moment du prononcé du divorce. Ainsi, les modalités de la prestation compensatoire font l'objet des articles 274 à 277 du Code civil, qui obéissent à une idée : favoriser le règlement de la prestation au plus vite. L'objectif est d'éviter que celui-ci ne donne lieu à contentieux qui s'enlise. Aussi le principe est-il fermement posé : la prestation compensatoire prend la forme

d'un capital et ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une rente peut être octroyée. La Cour de cassation veille scrupuleusement à ce que les juges du fond respectent cette volonté législative et octroient en principe, une fois pour toutes, un capital de redémarrage au titre de la prestation compensatoire (Civile 1^{ère} 23 octobre 2013 Document n°6).

On voit ainsi combien la pacification du divorce a cherché à atténuer considérablement l'idée de de blâme et de sanction, afin d'objectiver le prononcé du divorce et de dissocier droit et morale. Rien d'étonnant dès lors à ce que les statistiques du Ministère de la justice montrent un déclin continu du nombre de divorces pour faute (de 41474 en 2004 à 7665 en 2017, Document n° 9). Cette évolution devrait encore s'amplifier au regard des mutations destinées à simplifier le divorce.

II- Les mutations destinées à simplifier le divorce

Les mutations destinées à simplifier le divorce ont conduit à limiter l'accès au juge (B), par-delà la consécration d'un cas de divorce sans juge (A).

A- La consécration d'un divorce sans juge

Le divorce par consentement mutuel est désormais très largement dé-judiciarisé (1), même si cette politique connaît des limites (2).

1- Le principe de la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel

Depuis 1975, le divorce par consentement mutuel recueille la faveur du législateur qui en fait la première section du chapitre dédié aux cas de divorce. Seulement, le singulier n'est plus de mise, car la loi du 18 novembre 2016 a consacré deux divorces par consentement mutuel.

Dans les deux hypothèses, les époux sont d'accord sur tout : et sur le principe, et sur les conséquences du divorce. Mais cet accord ne fait plus nécessairement l'objet d'un contrôle par le juge. En principe, le contresing de deux avocats suffit ; ce n'est qu'exceptionnellement qu'une homologation judiciaire s'impose. Ce qui fait bien deux divorces distincts : le consentement mutuel contresigné par un avocat d'abord ; le consentement mutuel homologué par un juge ensuite.

Le divorce sans juge a suscité de nombreuses crispations. Symboliquement, il réduit la nature institutionnelle du mariage. Au reste, le juge n'est plus considéré comme le garant d'un accord équilibré, mais davantage comme « un empêchement de divorcer rondement » (N. Dissaux). D'un point de vue juridique, le divorce sans juge n'en a pas moins passé l'épreuve du test de constitutionnalité. Dans sa décision du 17 novembre 2016, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 50 de la loi du 18 novembre 2016 conforme à la Constitution. Mieux, l'article 25 de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice entré en vigueur le 25 mars, est allé plus loin dans cette voie, en permettant aux époux et à leurs avocats de signer électroniquement la convention de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire. C'est l'heure du contrat électronique au service du divorce.

2- Les limites de la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel

Le divorce par consentement mutuel homologué par un juge n'a plus qu'un champ d'application résiduel : il ne concerne que les époux qui se heurtent à la demande formulée par leur enfant mineur d'être entendu par un juge d'autre part (articles 229-2, 1^o, et 230 du Code civil).

Il peut sembler étrange que le législateur français ait impliqué à ce point les enfants dans le divorce de leurs parents. L'article 229-2, 1^o, du Code civil exclut en effet le divorce par consentement

mutuel sous signature privée lorsque le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge, demande son audition par le juge. De sorte que les enfants risquent une forme d'instrumentalisation malsaine. Le choix est d'autant plus surprenant que la plupart des États européens admettant un divorce sans juge l'écartent précisément en présence d'enfants mineurs, dans le but de protéger ces derniers

Le divorce par consentement mutuel homologué est hybride, à mi-chemin d'un contrat et d'un jugement de divorce. Principale innovation de la loi du 11 juillet 1975, il est actuellement prévu aux articles 230 et 232 du Code civil. Sa procédure particulière est détaillée aux articles 250 à 250-3 dudit Code, ainsi qu'aux articles 1088 à 1105 du Code de procédure civile. L'expression du consentement mutuel est dans ce cas surveillée par le juge. Selon l'article 232, alinéa 1^{er}, du Code civil, « le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé ». Le juge peut néanmoins 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 (Civile 2^{ème} 29 septembre 1982, Document n° 7). S'il choisit d'homologuer la convention, celle-ci a alors la même force exécutoire qu'une décision de justice (Civile 2^{ème} 2 avril 1997, Document n°8). Cela signifie que la convention une fois homologuée ne peut plus être attaquée sur le fondement des causes d'annulation du droit des contrats, conformément à l'adage « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements ». En dehors des cas limitativement prévus par la loi, et outre le cas de fraude, impossible de la remettre en cause. Impossible, notamment, d'invoquer un dol (Civile 2^{ème}, 18 mars 1992). Dans le cas d'un divorce contresigné par avocats, il sera exclusivement contractuel. Peut-être l'intervention de professionnels du droit limiterait-elle aussi l'invocation d'un dol ou d'une autre cause d'annulation. Il n'est toutefois pas certain qu'elle n'alimentera pas un autre type de contentieux risquant d'encombrer sinon le juge aux affaires familiales, du moins le tribunal judiciaire, dès lors que les contrats ont été mal ficelés.

C'est dire les effets potentiellement pervers d'une politique de limitation de l'accès au juge.

B- La limitation de l'accès au juge

La limitation de l'accès au juge se vérifie par la suppression de la phase de conciliation pour tous les types de divorce (1), même si un contrôle judiciaire demeure afin de préserver l'intérêt de l'enfant et de la famille (2).

1- La suppression de la phase de conciliation

Jusqu'en 2019, la loi entendait, même dans les divorces conflictuels, favoriser au maximum une solution amiable. De là l'existence d'une phase de conciliation quel que soit le type de divorce considéré. Cette phase préalable, qui avait à l'origine comme objectif de tenter une conciliation, était essentiellement devenue une étape d'orientation et d'information des époux, et de fixation des mesures provisoires avant le prononcé du divorce.

Or, cette période de conciliation a été supprimée par la loi du 23 mars 2019. En effet, l'article 22, 5^o, de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui doit s'appliquer au plus tard à compter du 1^{er} septembre 2020, a modifié la section 3 du chapitre II du titre VI du livre 1^{er} du Code civil concernant la procédure applicable aux divorces judiciaires. En particulier, le paragraphe 2 relatif à la conciliation est abrogé et l'article 254 est ainsi rédigé : « Le juge tient, dès le début de la procédure, sauf si les parties ou la partie seule constituée y renoncent, une audience à l'issue de laquelle il prend les mesures nécessaires pour assurer l'existence des époux et des enfants de l'introduction de la demande en divorce à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée, en considération des accords éventuels des époux ».

Cette modification législative permet un allègement du parcours processuel des époux qui divorcent, ce qui permettra au juge aux affaires familiales de consacrer plus de temps aux situations les plus complexes. Cette nouvelle loi, qui a été jugée conforme à la constitution (décision du conseil constitutionnel du 21 mars 2019), met fin au système de double saisine avec une requête puis une assignation. L'autorisation d'assigner qui figurait dans l'ordonnance de non-conciliation disparaît. L'entretien individuel non contradictoire entre le juge et chacun des époux n'aura plus lieu et l'obligation d'être représenté par avocat sera désormais la même pour les deux parties dès l'introduction de la procédure. La notion de conciliation sur le principe même du divorce était, il est vrai, assez obsolète et ne correspondait plus aux pratiques. En revanche, la place accordée à la recherche d'accords sur les mesures provisoires, et les conséquences du divorce avec l'assistance des avocats, est renforcée. Il n'y aura plus qu'un seul acte de saisine et une seule phase procédurale.

2- Le maintien d'un contrôle judiciaire de l'intérêt de l'enfant et de la famille

Même si la phase de conciliation, et par voie de conséquence l'ordonnance de non-conciliation, disparaît, le juge pourra toujours prendre un certain nombre de mesures provisoires.

En effet, le nouvel article 254 du Code civil prévoit que, sauf renonciation des parties, le juge fixe en début de procédure une audience à l'issue de laquelle il prend les mesures nécessaires pour organiser la vie des époux et de leurs enfants pendant l'instance en divorce.

La principale différence est qu'il s'agira désormais d'une procédure écrite de droit commun relevant de la mise en état et non plus d'une procédure orale. Le législateur entend, sans doute, favoriser les modes alternatifs de règlement des différends et en particulier les conventions de procédures participatives pour la mise en état de la demande en divorce. Lors de la phase de la mise en état, le juge demeurera le gardien de l'intérêt de l'enfant et de celui de la famille, ce qui constitue, en la matière, le cœur (on l'espère intouchable) de son office.

Conclusion : Les mutations successives du divorce ont considérablement modifié sa physionomie. Pacifié, simplifié, accéléré, le divorce se rapproche des révocations et autres résiliations du droit des contrats : qu'est-ce au fond qu'un divorce contractuel, si ce n'est un *mutuus dissensus* entre adultes consentants ? De la même manière qu'ils révoquent un contrat, deux adultes peuvent révoquer un mariage qui prend l'eau. Les mutations du divorce accentuent ainsi la nature contractuelle du mariage, tandis que sa dimension institutionnelle s'érode un peu plus.