



HAL
open science

En route vers un nouveau divorce : l'apport véritable de la loi du 23 mars 2019 et de ses décrets d'application

Patrice Hilt

► To cite this version:

Patrice Hilt. En route vers un nouveau divorce : l'apport véritable de la loi du 23 mars 2019 et de ses décrets d'application. Revue Lexsociété, 2022, 10.61953/lex.2833 . hal-03518375

HAL Id: hal-03518375

<https://hal.science/hal-03518375v1>

Submitted on 9 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



En route vers un nouveau divorce : l'apport véritable de la loi du 23 mars 2019 et de ses décrets d'application

in L. ANTONINI-COCHIN et M.-C. LASSERRE (dir.), *Le divorce du XXI^e siècle*,
Université Côte d'Azur, 2021

PATRICE HILT

Maître de conférences HDR

Unistra-CNRS

Université Strasbourg

Résumé : L'évolution du droit vers un nouveau divorce est en marche. La loi du 23 mars 2019, avec ses décrets d'application, n'en constitue qu'une étape intermédiaire. Tel est à notre sens le véritable apport de ces textes : sous le prétexte presque anodin de vouloir simplifier la procédure de divorce, le législateur ne fait finalement que poursuivre une réforme de fond qui pourrait bien bouleverser notre droit de la famille.

Mots-clés : Divorce ; Altération définitive du lien conjugal ; Nouveau divorce

1. Le 1^{er} janvier 2021 sont entrées en vigueur, pour la très grande majorité d'entre elles, les modifications apportées à la procédure du divorce par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et ses décrets d'application n°2019-1380 du 17 décembre 2019 et n°2020-1452 du 27 novembre 2020. Ces textes sont de procédure. Cependant, ils touchent également le fond de notre droit du divorce puisqu'ils modifient substantiellement les conditions qui permettent aux époux de divorcer pour altération définitive du lien conjugal. Ce faisant, ils illustrent la volonté désormais constante du législateur de libéraliser l'accès au divorce.

2. La démonstration est aisée. Pour la comprendre, il faut toutefois se replonger quelques instants dans le passé de notre législation familiale. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal a succédé en 2004 au célèbre divorce pour rupture de la vie commune, lequel avait été introduit dans le Code civil par la loi du 11 juillet 1975. Cette transformation avait été réalisée par la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce parce que, à l'époque, le législateur avait considéré que les esprits étaient enfin prêts à accueillir, dans la législation, un véritable divorce pour cause objective, permettant à un époux de dénouer les liens du mariage en constatant simplement son échec, indépendamment de toute idée de sanction. Et il n'avait pas tort car la consécration du divorce pour altération définitive du lien conjugal aux articles 237 et 238 du Code civil n'avait suscité aucun émoi particulier, ni des juristes¹, ni de la société civile. On était alors très loin des débats et critiques qui avaient entouré, en 1975, l'instauration du divorce pour rupture de la vie commune qui, longtemps, avait ses détracteurs².

¹. J. HAUSER, « Le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la réalité », *Dr. fam.* 2005, n°7, F. VALENCIA, « L'instauration du divorce pour altération définitive du lien conjugal : révolution ou simple évolution du droit du divorce ? », *Gaz. Pal.* 2005, 1, *Doctr.* 85. L'auteur le plus critique à l'endroit de ce nouveau divorce fut Philippe MALAURIE, notamment dans son article intitulé « Le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la peur » (*Defrénois* 2004, 1601 s.).

². M.-D. CRUEGE, « Propos critiques sur le divorce pour rupture de la vie commune : « du mariage-sanction au divorce-lésion », *Gaz. Pal.* 1977, 2, *Doctr.* 441 s. ; D. DEMARS-SION, « Libéralisation du divorce : l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1792 », *RTD civ.* 1980, 231 s. ; B. MONSALLIER, « Le divorce pour rupture de la vie commune (L. du 11 juillet 1975) », *RTD civ.* 1980, 266 s.

3. Que s'est-il donc passé entre 1975 et 2004 pour que les réactions aient été à ce point différentes, passant de la réprobation sociale à l'acceptation presque spontanée ? La montée de l'individualisme, l'influence grandissante des droits de l'Homme ou encore l'esprit d'ouverture qui est venu envelopper les nouvelles réformes de droit de la famille³ sont assurément des éléments de réponses. Mais tout de même, cette quasi absence de réaction lors de la création du divorce pour altération définitive du lien conjugal demeure, à certains égards, assez curieuse : certes, entre 1975 et 2004, les mentalités ont considérablement évolué ; certes, l'idée d'un divorce-faillite – d'autres disent divorce-remède – qui colore le divorce pour altération définitive du lien conjugal était déjà sous-jacente au divorce pour rupture de la vie commune ; certes encore, les règles applicables au divorce pour altération définitive du lien conjugal sont, pour la plupart, celles qui régissent les autres divorces contentieux.

4. Toutefois, ce divorce présente plusieurs particularismes qui peuvent apparaître comme exorbitantes du droit commun du divorce. Ainsi, sur le terrain de la procédure, le juge saisi d'une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal est placé dans une sorte de compétence liée puisqu'il est contraint de prononcer le divorce dès lors que les conditions légales sont satisfaites. Par ailleurs, il lui est également interdit de relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai prévu au premier alinéa de l'article 238 du Code civil, ce dont dispose expressément l'article 1126 du Code de procédure civile. La marge d'appréciation du juge est donc extrêmement limitée dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Une autre spécificité se retrouve également sur le terrain des effets produits par ce divorce puisque le divorce pour altération définitive du lien conjugal est l'un des rares divorces à autoriser le conjoint défendeur à réclamer au demandeur des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 266 du Code civil, même si les conditions d'application de ce texte sont extrêmement contraignantes et la jurisprudence, dans son application, plutôt sévère. Mais cette possibilité – que certains auteurs

³ Parmi les réformes les plus emblématiques, il convient de citer la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, la loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions du droit successorales ou encore la loi du 4 mars 2002 n°2002-305 relative à l'autorité parentale.

qualifient de « *lot de consolation* » pour le défendeur⁴ – montre que l'idée de sanction n'a pas été totalement écartée dans le mécanisme et la philosophie du divorce pour altération définitive du lien conjugal.

5. Ces spécificités n'ont aucunement été remises en cause, ni par la loi du 23 mars 2019, ni par ses décrets d'application du 17 décembre 2019 et du 27 novembre 2020. En revanche, ces textes, qui sont pourtant de procédure, ont profondément changé la physionomie générale du divorce pour altération définitive du lien conjugal. En modifiant les articles 238 et 246 du Code civil, ainsi que les articles 1126-1 et 1127 du Code de procédure civile, ils confirment la volonté du législateur de faciliter, un peu plus encore, l'accès au divorce. Car telle est bien l'évolution qui est en cours depuis 2004 : une libéralisation graduelle du divorce, laquelle traduit les faveurs de plus en plus insistantes du législateur pour le divorce-faillite. Les modifications introduites récemment dans le cadre de la réforme de la procédure de divorce en constituent une nouvelle étape (I). Elle ne sera cependant pas la dernière : selon nous, cette évolution se poursuivra dans les prochaines années jusqu'à aboutir, *in fine*, à la disparition du divorce pour altération définitive du lien conjugal dans sa forme actuelle, et à la consécration d'un divorce-faillite plein et entier, dans le cadre duquel l'échec irrémédiable du mariage, qu'elle qu'en soit la forme et la durée, permettra aux époux de se délier de l'union matrimoniale. L'étude d'impact, qui a été réalisée en 2018 lors de la présentation du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, le laisse présager sans grande ambigüité⁵ (II).

I. Une nouvelle étape

6. Pris à la lettre, la loi du 23 mars 2019 et ses décrets d'application ne révolutionnent pas, à proprement parler, le divorce pour altération définitive

⁴ P. MAULAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, 7^{ème} éd. 2020, n°555, p. 364-365.

⁵ Etude d'impact. Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, NOR : JUST1806695L, 19 avril 2018, spéc. p. 100 s.

du lien conjugal. Toutefois, les modifications procédurales que ces textes réalisent en disent long sur la volonté à peine cachée du législateur.

7. Cette nouvelle étape est marquée par trois nouveautés⁶. Tout d'abord, la durée de la séparation a été réduite à un an (art. 238 C. civ.), soit à peu de chagrin en comparaison aux six ans exigés en 1975 et même aux deux ans demandés en 2004.

8. Ensuite, la computation de ce délai a également été repensée. Jusque-là, la durée de la séparation devait être acquise, dans tous les cas, au jour de l'assignation en divorce. Depuis le 1^{er} janvier dernier, les règles sont à géométrie variable puisqu'elles dépendent du contenu de l'acte introductif d'instance qui lui-même dépend du choix opéré par le demandeur. Ainsi, lorsque le demandeur choisit de préciser le fondement de sa demande dès le stade de l'assignation, le délai d'un an continue à s'apprécier à la date de celle-ci. En revanche, si ce fondement n'est précisé qu'ultérieurement, dans les premières conclusions au fond, le délai d'un an est apprécié à la date du jugement de divorce. Cette possibilité est assez révolutionnaire car elle signifie, en d'autres termes, qu'un époux peut aujourd'hui demander le divorce pour altération définitive du lien conjugal dès les premiers instants de la cessation de la vie commune, le délai d'un an exigé par la loi pouvant alors s'écouler pendant la procédure. Le nouvel article 1126-1 du Code de procédure civile, tel que modifié par le décret du 17 décembre 2019, le confirme expressément puisqu'il interdit au juge, dans ce cas de figure, de rendre sa décision avant l'expiration du délai d'un an. Ces nouvelles dispositions sont remarquables à plus d'un titre : elles facilitent grandement l'accès au divorce pour altération définitive du lien conjugal, le demandeur n'étant plus contraint d'attendre l'écoulement d'un délai d'un an de cessation de la vie commune pour soumettre sa demande au

⁶ Sur ces modifications, voir notamment : J. CASEY, « Nouvelle procédure de divorce : encore un décret, à peine plus de lumière... », AJ fam. 2020, p. 655 s. ; E. MULON, « La nouvelle procédure de divorce », Dr. fam. 2020, n°6, p. 37 s. ; E. MULON et V. EGEE, « Le décret n°2019-1380 du 17 décembre 2019 relatif à la procédure de divorce », Dr. fam. 2020, n°8, p. 4 s. ; M.-P. BAUDIN-MAURIN, « Le divorce pour altération définitive du lien conjugal nouveau est presque arrivé », Dr. fam. 2020, n°21, p. 16 s. ; V. EGEE, « L'apport du décret n°2020-1452 du 27 novembre 2020 à la nouvelle procédure de divorce : « réforme de la réforme » ou simple ajustement technique ? », Dr. fam. 2021, n°1, p. 7 s.

juge. Par voie de conséquence, ce divorce pourra être obtenu beaucoup plus rapidement, ce qui lui promet assurément un bel avenir⁷ ; surtout, ces nouvelles règles confèrent au demandeur un avantage stratégique considérable puisque c'est lui, et lui seul, qui donnera le rythme à la procédure. Et cela est d'autant plus vrai depuis le décret du 27 novembre 2020 puisque ce dernier a rajouté un quatrième aliéna à l'article 1107 du Code de procédure civile, lequel dispose que, lorsque le demandeur n'a pas indiqué le fondement de la demande en divorce dans l'acte introductif d'instance, le défendeur ne peut lui-même indiquer le fondement de la demande en divorce avant les premières conclusions au fond du demandeur. Il est donc impossible pour le défendeur de briser le silence souhaité par le demandeur quant au fondement de la demande.

9. Enfin, une dernière nouveauté introduite par la loi du 23 mars 2019 a consisté à multiplier les hypothèses dans lesquelles le divorce pour altération définitive du lien conjugal peut être obtenu désormais en dehors de tout délai d'un an. Selon le nouvel article 238, alinéa 3, du Code civil, il en est ainsi à chaque fois qu'existent concurremment une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal et une autre demande en divorce puisque, dans cette hypothèse, le divorce sera prononcé pour altération définitive du lien conjugal « *sans que le délai d'un an ne soit exigé* ». Peu importe la forme de cette autre demande en divorce : il peut donc s'agir d'une demande reconventionnelle voire d'une demande principale formée par l'autre époux. On peut comprendre cette règle car le fait, pour chacun des époux, de présenter une demande en divorce présume à lui seul l'altération définitive de leur union matrimoniale. Il n'en demeure pas moins que cette hypothèse se rencontre assez souvent dans la réalité des choses, ce qui signifie que bon nombre de divorces pour altération définitive du lien conjugal pourront être prononcés par le juge sans qu'ait existé entre les époux une séparation d'au moins un an. L'article 238, alinéa 3, du Code civil ne peut néanmoins s'appliquer « *sans préjudice des dispositions de l'article 246* » (art. 238, al. 3, C. civ.). Aussi, dans l'hypothèse particulière dans laquelle la demande pour altération définitive du lien conjugal se trouve en

⁷ Un auteur parle même d'un divorce « flash », P. MAULAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, 7^{ème} éd. 2020, n°548, p. 362.

concurrence avec une demande pour faute, le juge ne peut pas prononcer immédiatement le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Il devra examiner en premier lieu la demande pour faute. Et ce n'est que s'il rejette celle-ci qu'il pourra enfin statuer sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal, à nouveau sans condition de délai.

10. Au final, toutes ces nouvelles règles ont renforcé le caractère purement objectif de ce cas de divorce et, encore une fois, cette évolution n'a été que très peu discutée lors des débats parlementaires qui ont entouré le vote de la loi du 23 mars 2019. Ce choix législatif a d'ailleurs été opéré en se souciant peu des conséquences procédurales induites par ces nouvelles règles, ce que l'on peut regretter. À titre d'exemple, le silence gardé par le demandeur quant au fondement de sa demande ne permettra au défendeur de conclure que très difficilement, notamment sur les mesures provisoires. Vont alors apparaître des conclusions en défense dont le seul objectif sera d'obliger le demandeur à dévoiler, enfin, le fondement de sa demande⁸.

11. Il reste alors à savoir si, avec la loi du 23 mars 2019 et ses décrets d'application, le divorce pour altération définitive du lien conjugal est entré dans une zone de stabilité. Nous ne le pensons pas et sommes convaincus que, dans un avenir que nous pensons proche, ce divorce évoluera encore.

II. Une ultime étape ?

12. La prochaine étape dans cette marche vers la libéralisation de l'accès au divorce pourrait bien être la suppression de tout délai dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal : il suffirait alors, pour l'époux qui ne souhaite pas poursuivre le mariage, de démontrer par tous moyens l'échec irrémédiable du couple, peu importe la cause ou encore la durée de cet échec, et sans que le conjoint puisse s'y opposer. Et dans cette évolution se posera alors la question de savoir s'il ne serait pas alors opportun de supprimer le divorce pour

⁸ En ce sens : J. CASEY, « Nouvelle procédure de divorce : encore un décret, à peine plus de lumière... », AJ fam. 2020, p. 655 s.

faute et de faire du divorce pour échec irrémédiable du mariage l'unique divorce contentieux de notre droit.

13. Il ne s'agit pas là d'une hypothèse d'école. Loin s'en faut ! L'étude d'impact qui a accompagné le projet de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice l'envisage expressément. En effet, il ressort de ce document que, dans ses réflexions, le législateur avait examiné la solution consistant à « *unifier de manière radicale les cas de divorce [contentieux]* »⁹ pour ne retenir qu'une seule cause de divorce reposant sur le constat de l'échec du couple. Mais il a préféré ne pas la retenir, du moins pas tout de suite, en soulignant que « *cette perspective de modification majeure de notre législation suppose d'avoir une appréciation de l'état de l'opinion sur cette éventuelle suppression des différents fondements du divorce* »¹⁰. En d'autres termes, « *avant de s'engager [...] dans cette voie, une évaluation du niveau de maturité de cette réforme dans l'opinion publique s'avère nécessaire* »¹¹. Or « *ce niveau de maturité* » dont parle l'étude pourrait bien être atteint aujourd'hui. Les mentalités semblent prêtes à accueillir, dans notre droit, un divorce reposant uniquement sur l'échec du couple, la très grande majorité des justiciables aspirant, de nos jours, à voir dénouer les liens du mariage le plus rapidement et le plus simplement possible. La création, en 2016, d'un divorce sans juge a assurément accéléré la préparation des esprits.

14. Basculer prochainement vers un divorce unique pour échec irrémédiable du mariage s'inscrirait par ailleurs dans une tendance déjà observée dans bon nombre de pays européens. Dans de nombreux États, la législation repose aujourd'hui déjà sur la prise en considération du seul échec du mariage, ce qui

⁹ Etude d'impact. Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, NOR : JUST1806695L, 19 avril 2018, spéc. p. 100 s. Sur l'unification des cas de divorce, voir notamment : F. Terré, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, n°217, p. 200 s.

¹⁰ Etude d'impact. Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, NOR : JUST1806695L, 19 avril 2018, spéc. p. 100 s.

¹¹ Etude d'impact. Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, NOR : JUST1806695L, 19 avril 2018, spéc. p. 100 s.

suffit à justifier le divorce. C'est le cas en Angleterre¹², en Allemagne¹³, en Belgique¹⁴, en Grèce¹⁵, en Espagne¹⁶, en Hongrie¹⁷ ou encore en Pologne¹⁸.

15. Ce nouveau divorce, dont il faudra bien évidemment préciser les contours, s'inscrirait également dans l'évolution générale de notre droit de la famille, et cela, à un double titre : d'une part, la volonté individuelle occupe une place de plus en plus importante dans notre législation, y compris dans des domaines que l'on pensait, voilà quelques années encore, marqués au fer de l'ordre public. Or le nouveau divorce pour échec irrémédiable du mariage s'apparentera, ni plus ni moins, à un divorce par simple volonté unilatérale puisque, encore une fois, et sous réserve de la preuve de l'échec de l'union, il suffira à l'un des époux de souhaiter le divorce pour que celui-ci puisse être demandé et prononcé sans que, ni le conjoint, ni le juge puissent s'y opposer de quelques manières que ce soit¹⁹; d'autre part, ce divorce par simple volonté unilatérale rapprocha également le mariage du concubinage et du pacte civil de solidarité, et apportera ainsi une pierre supplémentaire dans la construction déjà bien entamée d'un droit commun du couple.

16. À coup sûr, l'évolution de notre droit du divorce telle que nous la pronostiquons, réveillera de vieux démons, bien connus en droit de la famille : nul doute que ce nouveau divorce sera assimilé par certains à une répudiation, considérée comme contraire à notre ordre public²⁰. Cette critique doit toutefois être tempérée par l'obligation de recourir au juge pour obtenir ce divorce, lequel devra apprécier non seulement les conditions mais également les effets de la volonté de rompre de l'époux qui l'a saisi.

¹² *Divorce, Dissolution and Separation Act*, 2020

¹³ BGB, §§ 1565 et s.

¹⁴ Loi du 27 avril 2007.

¹⁵ C. civ., art. 1439 et s.

¹⁶ Loi du 8 juillet 2005.

¹⁷ Art. 18 Csjt.

¹⁸ Art. 56, §1 KRO.

¹⁹ En ce sens : P. MAULAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, 7^{ème} éd. 2020, n°545, p. 360-361.

²⁰ S'agissant de l'actuel divorce pour altération définitive du lien conjugal, la Cour de cassation n'a jamais considéré qu'il était contraire aux exigences posées par la Convention européenne des droits de l'Homme. V. Cass. 1^{ère} Civ., 15 avril 2015, Dr. fam. 2015, n°144, note J.-R. BINET.

17. Nul doute encore que ce nouveau divorce sera fustigé par d'autres comme consacrant, dans notre droit, un véritable droit au divorce. À vrai dire, ce droit au divorce existe déjà aujourd'hui, même s'il n'est pas absolu, ce qu'a affirmé le Conseil constitutionnel dans sa décision rendue le 29 juillet 2016²¹. Selon lui, le droit de mettre fin aux liens du mariage résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme. Sur ce point, la Cour européenne des droits de l'Homme est d'un avis contraire : selon elle, la Convention européenne des droits de l'Homme ne garantit aucun droit de divorcer²², ce qui, à plusieurs égards, peut laisser perplexe²³.

18. Nul doute encore que ce nouveau divorce posera la question de la protection, voire de la pérennité, de l'institution du mariage. S'il devient possible pour un époux de mettre fin à l'union matrimoniale sur sa seule volonté, dès lors que l'échec de celle-ci est constaté et sans considération des fautes commises, que restera-t-il du mariage ? L'histoire de notre droit de la famille a cependant démontré, à plusieurs reprises, que les réformes qui semblaient conduire à un appauvrissement du mariage n'ont jamais produit cet effet. Que l'on songe à la réforme du divorce opérée par la loi du 26 mai 2004 ou encore à la consécration du mariage homosexuel réalisée par la loi du 17 mai 2013 : malgré les craintes de certains, ces évolutions n'ont pas éloigné les citoyens du mariage, ce dont attestent les chiffres recueillis par l'Insee²⁴.

19. Au final, l'évolution de notre droit vers un nouveau divorce est en marche, et la loi du 23 mars 2019, avec ses décrets d'application, n'en constitue qu'une étape intermédiaire. Tel est à notre sens le véritable apport de ces textes : sous le prétexte presque anodin de vouloir simplifier la procédure de divorce, le législateur ne fait finalement que poursuivre une réforme de fond qui pourrait bien bouleverser notre droit de la famille.

²¹ Cons. Const., 29 juillet 2016, n°2016, QPC, Dr. fam. n°194, comm. J.-R. BINET ; JCP 2017, 328, obs. A. GOUTTENOIRE ; AJ fam. 2016, 542, obs. S. DAVID ; RTD civ. 2016, 826, obs. J. HAUSER.

²² Notamment : Cour EDH, 10 janvier 2017, n°1955/10, *Babiarz c/ Pologne*, Dr. fam. 2017, n°58, obs. J.-R. BINET.

²³ P. HILT, « L'incontournable droit au divorce », Les petites affiches, 2017, n°260, p. 9 s.

²⁴ 238 592 mariages ont été célébrés en 2013, contre 245 930 en 2012. En 2007, 273 669 mariages ont été célébrés contre 273 914 en 2006.

