



HAL
open science

Le divorce dix ans après la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Le divorce dix ans après la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004. DIVORCE: LES OBJECTIFS DU LEGISLATEUR DE 2004 ONT-ILS ETE ATTEINTS?, Mar 2014, Aix-en -Provence, France. hal-04015437

HAL Id: hal-04015437

<https://hal.science/hal-04015437>

Submitted on 5 Mar 2023

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.

Le divorce dix ans après la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004

MELINA DOUCHY-LOUDOT
Professeur à l'Université de Toulon
Membre du Centre de droit et de politique comparés (DICE-CNRS-UMR 73-18)

Faudra-t-il conclure sous forme de requiem – *requiescant in pace* – repos dans la paix pour un divorce pacifié et un mariage inhumé ? Faut-il encore protéger judiciairement la rupture du mariage ? Il est apparu au cours de notre journée que la loi de 2004, par rapport aux objectifs initiaux, a été un succès, conduisant à réfléchir sur un renouvellement des objectifs, avec peut-être la disparition du principe *qui cause doit payer* de l'article 266 du Code civil, voire une modification des objectifs en faveur d'un divorce contrat.

Les objectifs de la loi du 26 mai 2004 ont été clairement rappelés et étudiés ce matin : rapidité, pacification, efficacité, sans qu'échappe le risque de contradiction entre ces différents objectifs, lequel était déjà évoqué au lendemain de l'adoption de la loi (V. Larribau-Termeyre, La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? - Première partie : Variations sur les intentions du législateur, *Dr. fam.* 2004, étude 19). Après le divorce sanction, puis le divorce faillite, semble donc se dessiner un divorce contractualisé (F. Terré, Sens de la divortialité. Libres propos, *JCP* éd. G. 2011, 3 ; J. Hauser et P. Delmas-Saint-Hilaire, Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? *Defrénois* 2005, art. 38115).

Pour cette raison, le contentieux du divorce a littéralement diminué, tel est le succès de la loi du 26 mai 2004 (J.-J. Lemouland, La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *D.* 2004, 1825) qui a fait du mariage un simple contrat entre deux personnes (I), même si le contentieux en diminuant s'est déplacé montrant la limite de la loi du 26 mai 2004, le mariage étant en réalité plus que ce contrat passé entre deux personnes (II).

I – Un contentieux diminué ou le succès de la loi du 26 mai 2004 : le mariage un simple contrat entre deux personnes

En dépit du refus du dé mariage en mairie, du refus de réduction du mariage à un acte administratif, de l'affirmation d'un mariage-institution qui demeurerait au moins partiellement, aux dires du professeur Larribau-Termeyre (La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? - Première partie : Variations sur les intentions du législateur, *Dr. fam.* 2004, étude 13), l'examen des éléments en notre possession, ainsi que l'ont exposé tous les spécialistes du divorce ce matin, prouve que le mariage peut être traité comme un simple contrat entre deux personnes. Là est sans doute le succès majeur de la loi du 26 mai 2004 qui, à l'unité des effets du divorce indépendamment de sa cause (B), a développé l'esprit de concertation dans la rupture pour l'aménagement de solutions emportant l'adhésion des parties en présence (A).

A – La concertation dans la rupture, le pari réussi de la loi de 2004

1- Une bonne gestion du temps pour des solutions concertées

Le professeur Barière-Brousse, par l'analyse des dernières statistiques sur le divorce, a révélé le succès de la loi de 2004 s'agissant de la gestion du temps. Le divorce dans un délai raisonnable a été atteint ! Il y a diminution de la durée des procédures (S. Thouret, La nouvelle procédure en matière familiale. *D.* n° 2004-1158, 29 oct. 2004, *JCP* éd. G. 2004, act. 557 ; L. Miniato, La réforme des procédures de divorce par la loi du 26 mai 2004 et le décret du 29 octobre 2004 : le changement dans la continuité, *Dr. fam.* 2004, étude 29).

a. La rapidité autorisée pour ceux qui y consentent : le divorce « éclair »

Me Magnan n'accorde le caractère « éclair » du divorce par consentement mutuel qu'à ceux des divorces sans enfant, sans biens et sans disparité dans les conditions de vie... ! Autant dire à très peu de divorce !

b. Le temps de la réflexion pour ceux qui hésitent : les passerelles

Le redéploiement des cas de divorce, Mademoiselle Pizarro l'a exposé, permet, notamment avec l'article 247 du Code civil, une réorientation du divorce vers le divorce par consentement mutuel.

2- Les outils de la concertation

a. Le rôle du juge, de l'avocat et du notaire : vers un « contrat de divorce » ?

(Brochard, La mission du notaire dans le cadre du nouveau divorce, *JCP N* 2005, 1177 ; J. Lafond, Notaires et avocats dans le nouveau droit du divorce, *JCP N* 2005, 1181 ; J. Vassaux, Les incidences de la réforme du divorce sur le rôle du notaire, *Dr. et patrimoine* févr. 2005, p. 26).

Le juge aux affaires familiales est au cœur de la divortialité. Il a tous les instruments en mains, de la rencontre des époux, à l'organisation des mesures provisoires, aux effets du divorce prononcé. Il maîtrise l'intégralité des aspects patrimoniaux et extrapatrimoniaux du divorce en sa qualité de juge du divorce, de juge de la liquidation et du partage, de juge de l'autorité parentale. Madame Spazzola a parfaitement montré à partir de l'expérience marseillaise combien la recherche des accords et la place de la médiation devait au juge en charge du dossier.

L'avocat a toujours eu un rôle notable dans l'apaisement des conflits familiaux. Il lui appartient de conduire, avec son confrère, les époux vers des solutions communes négociées. La procédure participative de 2010, entrée en vigueur en 2012, participe de cet esprit, même si en matière de divorce elle aura un impact sans doute plus limité, nous avons eu l'occasion d'en discuter. Dans la phase préparatoire du divorce, Maître Magnan a également souligné l'intérêt mais aussi les limites de l'article 265-2 CC dont l'*alinéa* premier dispose « Les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial », écho à l'article 268 mais aussi 279-1 du Code civil relatifs aux conventions susceptibles d'être homologuées par le juge, y compris sur la prestation compensatoire, pour les divorces contentieux.

Ces textes se font l'écho de l'article 373-2-7 CC issu de la loi du 4 mars 2002, en matière d'autorité parentale : « Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ».

Le notaire, via l'article 255, 10^o CC, devient auxiliaire de la justice au stade de la liquidation, alors qu'il sera investi d'une simple expertise, ainsi que le distinguait Me Banoun, sur le fondement de l'article 255, 9^o. Il lui appartiendra d'apaiser les tensions au vu des intérêts pécuniaires en présence.

Ne pourrait-on aller plus loin et considérer que le divorce peut être « conclu » entre les parties selon l'expression du professeur Beignier (B. Beignier, Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire, *Dr. fam.* 2008, étude 12). Le législateur ne l'a pas suivi s'agissant de la concentration des compétences entre les mains du juge d'instance, mais il l'a bien suivi s'agissant du principe de concentration du contentieux familial, les compétences ayant été réunies entre les mains du juge aux affaires familiales. Ne pourrait-on explorer

les pistes proposées par notre collègue et distinguer en présence ou non d'enfants ou de biens ?

a) Lorsque le divorce est par consentement mutuel, qu'il existe un ou plusieurs enfants mineurs : l'homologation judiciaire doit être de droit.

b) Lorsque le divorce est par consentement mutuel, sans présence d'au moins un enfant mineur : l'homologation judiciaire doit demeurer possible, si au moins un époux le souhaite.

c) Lorsque le divorce est par consentement mutuel, sans présence d'au moins un enfant mineur, si les deux époux en conviennent : l'homologation judiciaire n'est pas requise, la convention peut être reçue par acte notarié.

d) Dans tous les cas la convention peut être élaborée sur les conseils soit d'un avocat, soit d'un notaire. Si elle est transcrite en la forme authentique, le notaire peut agir soit au seul titre de la rédaction, soit en tant que rédacteur et conseil.

e) Le divorce doit être confié au tribunal d'instance, tribunal des personnes et de la famille. Ce qui suppose la révision de la procédure suivie devant cette juridiction et la présence obligée de l'avocat ».

Et s'il fallait appliquer au droit des personnes et de la famille les subtilités du droit contractuel de façon plus massive, à raisonner *mutatis mutandis* comme en matière de changement de régime matrimonial, ne faudrait-il pas anticiper le divorce dès la conclusion du mariage ? Certains l'ont pensé listant les anticipations permises ou interdites dans les effets personnels ou pécuniaires du divorce (A. Cermolacce, L'anticipation du divorce, *JCP* éd. N. 2012, 1387).

b. La place de la médiation

La médiation est cruciale dans la rupture du lien car elle permet aux personnes nécessairement en conflit, de l'appréhender, parfois de le dépasser, en tout cas de gérer au mieux ses conséquences. Mme Fabienne Allard, du TGI de Tarascon, mais également Mme Spazolla sur Marseille, ont montré que la médiation plus que d'évacuer le conflit, avait pour fin d'offrir aux époux un lieu où exprimer le conflit. Cette médiation s'inscrit, ainsi que l'a exposé le professeur Egea, dans une perspective gracieuse, car l'accord recherché par les protagonistes pour recevoir force exécutoire devra faire l'objet d'une homologation par le juge. L'importance de l'objectif est tel au plan budgétaire au moins, que l'Etat nous l'avons vu expérimenté des « médiations obligatoires » !

Elle semble, en tous les cas, indispensable s'agissant des modalités d'exercice de l'autorité parentale où le consentement des parents est essentiel à l'efficacité dans le temps des mesures adoptées par le juge (Déjà : V. Lambeau-Termeire, La place du médiateur dans les conflits relatifs à l'autorité parentale, *in* L'autorité parentale en question, ss dir. F. Dekeuwer-Defossez et C. Choain : *Éd. du Septentrion*, 2003, p. 139).

Le législateur en 2004 lui a accordé une place privilégiée, sous réserve de l'appréciation du juge qui, aux termes de l'article 255, 1° et 2° CC, peut au titre des mesures provisoires : « 1° Proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ; 2° Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation », décision qui n'est susceptible d'aucun recours (CPC, art. 1071, *al.* 3). La confidentialité dans l'hypothèse d'un échec du processus de concertation resterait encore une difficulté majeure du procédé (V. Leclercq, La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004, *dr. fam.* 2004, étude 23).

B – L'unité des effets de la rupture, un choix imposé par la loi de 2004

1- La dissociation de la cause et des effets : une prime au divorce « objectif »

La continuité de la loi du 26 mai 2004 a été dit-on dans le maintien du pluralisme, par le maintien de la diversité des cas de divorce. En réalité, la dissociation de la cause et des

effets du divorce était tout naturellement une prime, sinon au divorce par consentement mutuel, du moins au nouveau divorce-répudiation ou « divorce par volonté unilatérale » selon les termes plus neutres du professeur Rubellin-Devichi (J. Rubellin-Devichi, *Le nouveau droit du divorce. Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004*, *JCP éd. G* 2004, art. 251), qui est légalement désigné comme divorce pour altération définitive du lien conjugal.

Après tout, même pour ceux qui seraient favorables à l'indissolubilité du mariage, il faut bien comprendre dit-on (V. Larnibau-Terneyre, *La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? - Première partie : Variations sur les intentions du législateur*, *Dr. fam.* 2004, étude 16), que le mariage ne doit pas devenir « une prison à vie » et que l'on doit avoir « droit à l'erreur ». Nul ne doit pouvoir par conséquent empêcher son conjoint de divorcer, telle est la loi, telle est la réalité du droit depuis 2004. Là est de l'avis du professeur Jean Hauser l'aspect le plus significatif de la loi du 26 mai 2004 ayant admis le divorce objectif (Jean Hauser, *Le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la réalité*, *Dr. fam.* 2005, étude 3 ; Ph. Malaurie, *Conclusions sur la réforme du divorce : le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la peur*, *Defrénois* 2004, 1601) qui permet aux personnes qui se sont trompées de sortir « d'un lien abstrait et absurde » tout en permettant leur protection par une plus grande sécurité s'agissant des règles applicables à la prestation compensatoire liée à la seule disparité des conditions de vie. La dissociation des torts et des enjeux patrimoniaux participe de la volonté de pacification de la procédure de divorce.

2- La réduction du débat à la question financière : appréciation de la disparité dans les conditions de vie

Le divorce serait-il d'abord une question d'argent ? Les effets communs du divorce postulent cette vision législative. Aussi les conventions possibles sur la prestation compensatoire participent-elles de l'intérêt de la nouvelle loi en 2004, le juge ayant tout intérêt à inciter les parties à chercher un accord sur la disparité dans leurs conditions de vie du fait de la rupture du mariage. Le recours aux conventions au stade du divorce n'est d'ailleurs plus nouveau, ainsi des articles 265-2, 269 et bien sûr 279-2 CC.

Les solutions concertées auxquelles il est possible d'aboutir lorsque chacune des parties y met du sien conduit naturellement à s'interroger sur l'utilité du maintien du contrôle juridictionnel « dans tous les cas ». Tels sont les rapports remis en ce sens en décembre 2013, notamment le rapport dit Delmas-Goyon, qui préconise, après l'institution d'un greffier juridictionnel, le transfert du divorce par consentement mutuel à son bénéfice. Assimilation pure et simple du mariage au contrat, à l'instar du pacs dont la résiliation par rupture conjointe (CC, art. 515-7, al. 4) est déjà reçue par le greffier (J.-R. Binet, *Divorce sans juge : nouvelle tentative, nouveau débat*, *Dr. fam.* 2014, repère 2).

Mais y a-t-il en tout pacification dans un divorce ? En introduction de la journée, la question était posée de la nécessité d'un renouvellement des objectifs. La loi de 2004, en effet, n'a pas réussi à supprimer le contentieux en raison de la nature même du mariage qui dépasse le contrat, mais institue un lien particulier entre deux personnes où elles se donnent l'une à l'autre par contrat à exécution successive aujourd'hui en droit positif. Diminué, le contentieux a cependant été maintenu même s'il s'est peut-être déplacé. Est-ce là un raison suffisante pour maintenir le divorce judiciaire ? Et le contentieux déplacé n'est-il pas le même pour toute rupture de vie commune, ainsi du PACS, et en présence de toute séparation de parents s'agissant du lien avec l'enfant indépendamment du lien de conjugalité ?

II – Un contentieux déplacé ou les limites de la loi du 26 mai 2004 : le mariage plus qu'un contrat entre deux personnes

A – Les contentieux inhérents à la rupture du lien matrimonial: un divorce entre deux personnes

1- Lorsque le nôtre devient le mien ou le tien : 2/2 n'égale pas 1!

La liquidation et le partage des biens n'est pas toujours simple. Me Banoun intitulait son intervention « liquidation amiable des intérêts entre mythe et réalité ». Il est vrai que la phase amiable semblerait avoir disparu après les arrêts du 7 novembre 2012 selon la présentation qui en a été faite.

2- La reddition des comptes ou le conjoint victime : qui casse doit payer!

Le divorce « banalisé » n'est pas, de l'avis de Mademoiselle Pizarro chose toujours acquise, en témoigne le rôle dévolu à l'article 266 CC. Aux termes de ce texte, des dommages-intérêts peuvent être accordés à l'époux « en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage, soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint » (P.-J. Claux, Dommages-intérêts : article 266 du Code civil, *AJ fam.* 2013, 51).

Dans le même sens, l'article 270, al. 3 CC aurait pu constituer sinon une sanction de l'époux fautif voulue par l'époux victime, du moins une stratégie procédurale dans l'option choix du divorce : « Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, (...) 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 ». Le risque d'immobilisme dénoncé lors de l'adoption de la loi en 2004 par le professeur Larribau-Terneyre (La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? - Première partie : Variations sur les intentions du législateur, *Dr. fam.* 2004, étude 19) en faveur d'un maintien important du divorce pour faute n'a cependant pas abouti. Les français commettent peut-être autant de fautes qu'auparavant, mais ils divorcent en tout cas moins sur ce fondement ! (15 % de divorce pour faute en 2007). On compte 54 % de divorce par consentement mutuel, 24 % de divorce accepté, 11 % par volonté unilatérale, et environ 10 % de divorce pour faute.

B – Les contentieux du lien maintenu: l'après-divorce des personnes divorcées

L'une des difficultés majeures tient au fait qu'un divorce ne permet pas d'effacer d'un trait de plume le mariage antécédent. Sur l'état-civil, peut-être, dans les faits, le lien est maintenu très souvent par la présence des enfants ou, en raison des fortunes insuffisantes, par le fractionnement de la prestation compensatoire, ou le non-paiement des pensions alimentaires. La médiation conçue comme mesure d'accompagnement des couples ayant divorcés, comme il existe à Tarascon, constitue une mesure innovante et surtout réaliste du contentieux du divorce. Après la loi du 26 mai 2004, il existe encore un « après-divorce » des personnes divorcées source de contentieux.

La question essentielle de l'après-divorce reste celle des enfants, mais il n'est pas sûr que ce soit un problème propre à la rupture du mariage et donc au divorce, mais de façon plus globale aujourd'hui une question liée à la séparation dans le couple.

A l'issue de cette journée, je ne suis pas convaincue de la pertinence d'un divorce exclusivement judiciaire. A partir du moment où la filiation est indépendante du lien matrimonial, où les questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale ne sont pas propres au couple divorcé, où le principe de dissolubilité du mariage est admis de façon

générale et celui des familles recomposées également, il apparaît nettement que le mariage n'incarne plus l'institution qu'il était en matière familiale, et que le législateur l'a réduit à n'être qu'un contrat de vie commune parmi d'autres. Pourquoi ne pas rechercher des modes de rupture simplifiés en axant la réflexion sur l'accompagnement juridique des époux et non plus juridictionnel. La piste a été explorée et pour l'instant n'a pas abouti en France. Rappelons qu'il en a été différemment ailleurs, les solutions pourraient provenir de l'Europe du nord, Suède, Danemark, Norvège notamment. Ceux qui pensent encore que le mariage est indissoluble, encore que le principe soit de droit naturel, devront chercher le secours non plus de la loi positive, mais d'autres normes de régulation sociale. Se trouve là, l'achèvement de la pensée du Doyen Jean Carbonnier, autour de sa formule réussie A chacun sa morale, à chacun son droit, la pluralité des solutions juridiques expression du pluralisme s'incarne dans le relativisme. Le relais doit donc nécessairement se faire par d'autres formes de normativité sociale qui n'est plus normativité juridique.