

DIVORCE / SÉPARATION DE CORPS

Vers un divorce personnalisé, à perfectionner... 265f7

L'essentiel

Le 30 avril dernier, la commission des lois de l'Assemblée nationale a adopté un amendement au projet de loi relatif à l'action de groupe et l'organisation judiciaire (initialement intitulé « Justice du XXI^e siècle ») qui déjudiciarise le divorce par consentement mutuel. Si les objectifs poursuivis sont louables, les modalités de réorganisation des procédures de divorce nécessiteraient des ajustements.

Proj. L. n° 3204, Action de groupe et organisation judiciaire



Libre propos par
Guillaume BARBE
Avocat au barreau de
Paris

Dans le cadre des travaux préparatoires du projet de loi relatif à l'action de groupe et l'organisation judiciaire, un amendement présenté par le Gouvernement vient d'être adopté en commission des lois afin d'instituer un cas de divorce supplémentaire à ceux existants, offrant la faculté aux parties d'éviter le recours au juge⁽¹⁾.

Cet amendement s'inscrit dans le cadre de la réforme

de la Justice du XXI^e siècle dont les principales mesures ont été présentées le 10 septembre 2014 en Conseil des ministres et visent à fonder une justice plus proche, plus efficace et plus protectrice, faisant ainsi une large part aux modes amiables de résolution des différends⁽²⁾.

Ce mouvement législatif s'inscrit en continuité parfaite avec la volonté du législateur de pacifier les procédures, manifestée dès 1975 par l'introduction dans le Code civil du divorce par consentement mutuel⁽³⁾.

La loi du 26 mai 2004⁽⁴⁾ réformait ensuite le droit du divorce, affichant trois objectifs principaux : simplification, pacification et accélération des procédures. Il s'agissait de rendre les procédures moins conflictuelles et plus efficaces⁽⁵⁾. Le rapporteur de la commission des lois du Sénat dénonçait le « climat délétère » et « particulièrement destructeur » des audiences de conciliation comme étant trop souvent l'occasion de « déballages intimes »⁽⁶⁾.

Ainsi la loi de 2004 simplifiait la procédure du divorce par consentement mutuel en instaurant une audience unique d'homologation de la convention de divorce, au lieu de

deux audiences séparées par un délai de réflexion de trois mois, et en prévoyant qu'un seul avocat puisse assister les deux époux (C. civ., art. 250).

Le législateur manifestait une réelle volonté d'apaiser les conflits en facilitant les passerelles entre le divorce contentieux et le divorce par consentement mutuel⁽⁷⁾, en incitant les époux à conclure des conventions tout au long de la procédure⁽⁸⁾ et en introduisant un article 255 au Code civil qui permet au juge de proposer et même d'enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial, qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation.

Enfin, la loi du 13 décembre 2011⁽⁹⁾ introduisait pour la première fois, à titre expérimental, l'obligation pour les parents de faire précéder toute saisine du juge d'une tentative de médiation familiale, sous peine d'irrecevabilité. Le bilan de cette mesure serait cependant mitigé d'après un rapport de l'Inspection générale des services judiciaires d'avril 2015 au regard de la faiblesse du nombre d'accords de médiation par rapport au volume du contentieux⁽¹⁰⁾.

Cet objectif de simplification et de pacification des procédures de divorce s'inscrit dans un mouvement généralisé de faveur pour les modes alternatifs de résolution des conflits. En témoigne l'insertion de la convention de procédure participative dans le Code civil par la loi du 22 décembre 2010⁽¹¹⁾.

De même, le décret du 11 mars 2015⁽¹²⁾, entré en vigueur le 1^{er} avril 2015, a modifié les articles 56 et 58 du Code de procédure civile qui exigent désormais de justifier de diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige avant de saisir le juge.

(1) Amendement n° 186 présenté par le Gouvernement et adopté en commission des lois de l'Assemblée nationale le 30 avril 2016.

(2) La mesure n° 7 a pour objectif de développer le recours aux MARD (conciliation, médiation, médiation familiale, droit collaboratif, procédure participative).

(3) L. n° 75-617, 11 juill. 1975, portant réforme du divorce : JO 12 juill. 1975, p. 7171.

(4) L. n° 2004-439, 26 mai 2004, relative au divorce : JO 27 mai 2004, p. 9319.

(5) Exposé des motifs du projet de loi.

(6) Rapport fait au Sénat, le 17 décembre 2003, au nom de la commission des lois, sur le projet de loi relatif au divorce, par M. Patrice Gérard.

(7) C. civ., art. 247 : « Les époux peuvent, à tout moment de la procédure, lorsque le divorce aura été demandé pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, 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 ».

(8) C. civ., art. 268 : « Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce. Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce ».

(9) L. n° 2011-1862, 13 déc. 2011, relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles : JO, 14 déc. 2011, p. 21105.

(10) Inspection générale des services judiciaires, rapp. sur le développement des modes amiables de règlement des différends, n° 22-15, avr. 2015.

(11) La loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 a introduit dans le Livre III du Code civil un titre XVII intitulé « De la convention de procédure participative ».

(12) D. n° 2015-282, 11 mars 2015 : JO, 14 mars 2015, p. 4851.

La question qui se pose pour les praticiens et les professionnels est de savoir si l'amendement proposé et voté le 30 avril dernier est protecteur des intérêts respectifs des parties et va effectivement dans le sens d'une simplification de la procédure de divorce, d'une part, et si, au regard de l'évolution constante rappelée ci-dessus, il ne serait pas envisageable de réarticuler de manière plus générale les procédures de divorce, d'autre part.

I. UNE NOUVELLE PROCÉDURE DE DIVORCE SANS JUGE

A. Un divorce par acte d'avocat

L'amendement adopté le 30 avril 2016 prévoit une procédure de divorce par consentement mutuel qui se déroulerait en dehors de tout cadre judiciaire, nécessitant en contrepartie une intervention renforcée des avocats. La convention constatant les accords des époux prendrait la forme d'un acte d'avocat, c'est-à-dire un acte sous signature privée contresigné par les avocats des époux dans les conditions prévues au nouvel article 1374 du Code civil⁽¹³⁾, qui serait ensuite déposé au rang des minutes d'un notaire. C'est l'enregistrement de la convention par le notaire qui lui conférerait date certaine et force exécutoire.

La possibilité de divorcer sans juge serait inscrite en tête de l'article 229 du Code civil, avant l'énoncé des quatre cas de divorce actuels, qui seraient désormais qualifiés de *judiciaires*. Cette nouvelle procédure non judiciaire serait réglementée aux nouveaux articles 229-1 à 229-4.

“ *Le divorce sans juge doit rester une option pour les époux* ”

Dans l'exposé sommaire de l'amendement, cette nouveauté était présentée comme s'ajoutant aux cas de divorce existants, et ayant vocation à se substituer à la majorité des cas de divorce par consentement mutuel, sauf en cas de demande d'audition de l'enfant mineur (C. civ., art. 229-2, 1°, futur).

Cette nouvelle procédure doit pourtant nécessairement rester une simple faculté pour les époux, et non remplacer systématiquement le divorce par consentement mutuel judiciaire.

À ce titre, la rédaction des textes telle qu'elle est prévue par l'amendement pourrait porter à confusion. Si la rédaction de l'article 229-1 traduit bien l'idée qu'il s'agit seulement d'une faculté pour les époux qui, « lorsqu'[ils] s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, (...) peuvent constater leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats (...) », le futur article 229 du Code civil introduit une ambiguïté. Il laisserait en effet entendre que le divorce par consentement mutuel judiciaire ne serait

possible qu'en cas de demande d'audition de l'enfant mineur.

Il reste pourtant évident que le divorce sans juge doit rester une option pour les époux.

B. Un divorce sécurisé

Le conseil donné par les avocats, qui en contresignant l'acte, attestent de par la loi avoir éclairé pleinement celui des époux qu'ils assistent, représente une véritable garantie de l'équilibre de la convention, plus que la certification par le notaire qui n'a aucune mission de contrôle. L'économie de la convention de divorce est garantie par l'impératif de respect par les avocats de leurs obligations, tant au titre de leur responsabilité professionnelle classique que de leur responsabilité renforcée dans le cadre de l'acte d'avocats.

Cette procédure présente donc toutes les garanties nécessaires permettant d'aboutir à un résultat équilibré, chaque partie étant obligatoirement assistée par un avocat.

Il eût cependant été opportun de permettre à l'avocat de solliciter lui-même auprès du tribunal de grande instance une formule exécutoire, et éviter ainsi de requérir un autre professionnel, dont la mission se limite à la constatation du divorce, sans appréciation préalable de l'équilibre des intérêts en présence.

Cette solution permettrait en outre d'éviter que le notaire rédacteur de l'acte liquidatif du régime matrimonial soit également le notaire procédant à l'enregistrement de la convention de divorce par acte d'avocat. Cette situation pourrait en effet entraîner des conflits d'intérêts mais reste inévitable, dans la mesure où il paraît impensable de faire liquider un régime matrimonial par un notaire pour se rendre ensuite chez un de ses confrères solliciter l'enregistrement d'un acte que le législateur semble vouloir imposer à un prix symbolique et donc à perte.

II. D'AUTRES MODIFICATIONS ENVISAGEABLES DU DIVORCE CONSENSUEL

A. La suppression de l'audience d'homologation dans le divorce par consentement mutuel judiciaire

La réforme de la justice du XXI^e siècle devrait être l'occasion d'alléger la procédure du divorce par consentement mutuel judiciaire en supprimant le caractère systématique de l'audience d'homologation. Cette simplification, tout en n'étant pas exclusive d'une éventuelle audition des enfants, éviterait une audience inutile et sans intérêt, étant entendu que le juge aurait exercé un contrôle préalable des intérêts de chacun des époux.

Ainsi, les époux présenteraient une simple requête gracieuse par avocat(s) auprès du juge qui aurait alors le choix d'homologuer directement la convention, ou de convoquer les parties s'il l'estime nécessaire, ou si l'audition d'un enfant est sollicitée.

Une proposition en ce sens avait été formulée par le Conseil national des barreaux dans son Livre blanc sur la Justice au XXI^e siècle qui prévoyait des procédures simplifiées d'homologation par le juge, sans comparution des parties, dans les accords intervenus par acte d'avocat.

Cette simplification pourrait en effet répondre à certains besoins, étant entendu que dans la majorité des cas, la

(13) Version de l'art. 1374 du Code civil à venir au 1^{er} oct. 2016, issue de l'ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 : « L'acte sous signature privée contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. La procédure de faux prévue par le Code de procédure civile lui est applicable. Cet acte est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

comparution des époux à l'audience d'homologation est tout à fait inutile.

B. L'introduction du processus collaboratif dans le Code civil

Il conviendrait également de profiter de cette loi pour insérer dans le Code civil des dispositions relatives au processus collaboratif, au même titre que la procédure participative, notamment pour le définir, d'une part, et rappeler le cas échéant dans un texte d'application l'obligation de formation complémentaire des avocats, d'autre part.

Cet ajout paraît d'autant plus judicieux que le processus collaboratif est parfaitement adapté à un divorce sans juge. Par la méthode d'élaboration d'un accord et la formation complémentaire des avocats qu'il implique, ce processus présente des garanties certaines dans l'établissement d'une convention de divorce rendant inutile tout contrôle du juge.

III. LA SUPPRESSION DE L'HYPOCRISIE INTERDISANT D'ÉVOQUER DES GRIEFS DANS LA REQUÊTE CONTENTIEUSE EN DIVORCE

La promotion des modes amiables de résolution des litiges et des procédures de divorce par consentement mutuel allégées ne doit pas avoir pour conséquence de minimiser l'importance de la procédure de divorce contentieuse. Il est en effet nécessaire de réserver une procédure qui laisse à certains époux la possibilité d'avoir recours au juge dans des situations qui ne permettent pas de l'éviter (violation de toutes ses obligations par un époux, violence, abandon des responsabilités parentales, etc.) mais aussi de formuler des ressentiments et des reproches par rapport aux promesses non tenues.

“ Il est temps de supprimer l'interdiction d'exposer les griefs dans la requête initiale prévue par les articles 251 du Code civil et 1106 du Code de procédure civile qui n'est plus pertinente ”

À ce titre, l'audience de conciliation à l'issue de laquelle sont décidées les mesures provisoires doit permettre l'expression par chacune des parties, si elle le souhaite et en ressent la nécessité, d'articuler des faits sous la forme de griefs.

En ce sens, il est temps de supprimer l'interdiction d'exposer les griefs dans la requête initiale prévue par les articles 251 du Code civil et 1106 du Code de procédure civile qui n'est plus pertinente.

Cette interdiction s'inscrivait dans les dispositions de la loi du 26 mai 2004 tendant à apaiser les conflits. L'idée était de vider la phase initiale de la procédure de toute dimension affective et de reproches mutuels qui seraient stériles afin d'appréhender le plus objectivement possible les effets pécuniaires et patrimoniaux du divorce. Cela devait permettre aux époux de trouver un terrain d'entente.

Cependant, plus de onze ans après l'entrée en vigueur de la loi, force est de constater que les requêtes en divorce contentieuses ont toujours une vocation conflictuelle, et qu'elles restent l'occasion d'échanges sur les griefs mutuels dont l'expérience montre qu'ils ne sont pas nécessairement contre-productifs, mais permettraient tout au contraire de purger une partie du contentieux.

En outre, l'interdiction d'évoquer tout grief avant l'audience de conciliation était une hypocrisie puisque mal articulée par rapport à la volonté du législateur d'apaiser les conflits. L'interdiction édictée par l'article 251 du Code civil n'est en effet assortie d'aucune sanction.

Dès l'entrée en vigueur de la réforme le 1^{er} janvier 2005, la question de l'existence d'une sanction et de sa nature s'était ainsi posée, et bien que certains aient soutenu qu'il ne s'agissait pas « d'une suggestion ou d'une recommandation, mais d'une véritable prohibition de motivation » dans l'esprit du législateur⁽¹⁴⁾, le pouvoir réglementaire n'a pas complété la loi sur ce point.

Tout au plus, la circulaire d'application du 23 novembre 2004⁽¹⁵⁾ laisse-t-elle suggérer une nullité non pas de la requête, mais simplement de la motivation abusive contrevenant aux dispositions des articles 251 du Code civil et 1106 du Code de procédure civile.

La circulaire introduit par ailleurs une ambiguïté en précisant que l'interdiction faite aux époux d'énoncer dans la requête initiale les motifs du divorce ne les empêche pas de faire état de « tous les éléments de droit et de fait susceptibles d'étayer leur demande » au titre des mesures provisoires. La nécessité d'une motivation minimale de la requête est également exigée par l'article 1106 du Code de procédure civile. Ainsi, sous couvert de l'exposé sommaire des motifs requis par l'article 1106 dudit code, la tentation a toujours demeuré de dévoiler les raisons du divorce et les griefs reprochés au conjoint.

L'étude de la jurisprudence révèle que les juges, sans outil pour sanctionner les requêtes énonçant les griefs, s'y sont hasardés avec embarras à seulement deux reprises.

Dans une ordonnance rendue le 22 novembre 2005, le juge aux affaires familiales de Bordeaux a fait droit à la demande du mari qui soulevait l'irrecevabilité de la requête présentée par son épouse. Le juge a rappelé dans sa motivation l'esprit d'apaisement des conflits à l'origine de cette interdiction⁽¹⁶⁾. Il en a conclu que « la mention des faits reprochés par le requérant au divorce cause un préjudice à son conjoint qui est placé en position d'accusé à l'ouverture de la procédure et oblige celui-ci à s'en défendre ».

Par ailleurs, la cour d'appel de Bordeaux dans un arrêt du 22 septembre 2009 sanctionnait également par l'irrecevabilité la requête de l'épouse qui avait mentionné à deux reprises qu'elle avait été « chassée » du domicile

(14) Lienhard C., « La nouvelle procédure de divorce », AJ fam. 2004, p. 208.

(15) Circ. n° CIV 2004-16 C1/23-11-2004, 23 nov. 2004, de présentation de la loi relative au divorce, du décret portant réforme de la procédure en matière familiale et du décret fixant les modalités de substitution d'un capital à une rente allouée au titre de la prestation compensatoire, NOR: JUSCO420849C: BOMJ n° 2004-96, 31 déc. 2004, partie n° 2.

(16) TGI Bordeaux, ord. JAF, 22 nov. 2005 : RTD civ. 2006, p. 288, obs. Hauser J. : l'interdiction d'énoncer les griefs dans la requête en divorce est « prévue afin de ne pas cristalliser une atmosphère contentieuse et agressive et favoriser la phase de conciliation et l'orientation des époux vers un accord sur le divorce ».

conjugal ⁽¹⁷⁾, mais au terme d'une motivation ambivalente. Elle qualifie effectivement la violation de l'article 251 d'irrégularité de fond, tout en lui appliquant le régime des irrégularités de forme prévu par l'article 114 du Code de procédure civile en ce qu'il nécessite la démonstration d'un grief.

Ces deux décisions isolées ne semblent trouver pour l'instant aucun écho dans la jurisprudence actuelle, et les contradictions du juge traduisent son embarras et la perplexité générale face à un texte inadapté et inutile.

Les époux peuvent donc déposer en toute impunité une requête détaillant les torts du conjoint pour tenter d'orienter la procédure en leur faveur, vidant ainsi de toute efficacité

la mise en place d'un tronc procédural commun neutre devenu inutile ⁽¹⁸⁾.

Or, la dimension affective de la procédure de divorce est bien réelle et l'exposé des griefs peut avoir des vertus curatives.

L'audience de conciliation peut ainsi pour certains époux constituer une première étape incontournable lors de laquelle ils recherchent à être entendus par une autorité, ce qui peut ensuite favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits puis aux passerelles ⁽¹⁹⁾, notamment vers la nouvelle procédure de divorce sans juge alors parfaitement adaptée.

(17) CA Bordeaux, 6^e ch. civ., 22 sept. 2009, n° 2009-009761 : « Cette mention répétitive indubitablement liée aux motifs du divorce qui introduit une connotation d'imputabilité exclusive à l'époux du départ du domicile conjugal de M^{me}... est de nature à tenter d'obtenir du juge un examen plus favorable de ses demandes pécuniaires présentées au titre des mesures provisoires ».

(18) Hauser J., « Première application et première discussion sur l'article 1106 nouveau du nouveau Code de procédure civile (décr. du 29 oct. 2004) (TGI Bordeaux, ord. JAF, 22 nov. 2005, inédit) », RTD civ. 2006, p. 288 ; Marri-gues J.-C., « Procédure de divorce contentieux : quelle sanction appliquer à la motivation de la requête unilatérale ? », Procédures 2015, étude 8.

(19) Barbe G., « Quand la passerelle mène à l'impasse », LPA 23 sept. 2015, p. 4.