

Concours : ..ENM..Concours..complémentaire.....

Epreuve : ..Droit..civil.....

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



En 1975, Philippe Nalaurie observait, lors du premier grand mouvement de libéralisation du divorce, que "le régime de dissolution du mariage commande le contenu du consentement conjugal".⁽¹⁾ Mais l'on peut considérer à l'inverse que l'affaiblissement de l'institution qu'est le mariage depuis plusieurs décennies a commandé le renforcement de la libéralisation du divorce, qui constitue depuis une quinzaine d'années un droit en pleine mutation.

En effet, le divorce, qui peut se définir comme la dissolution du lien matrimonial pour l'avenir, a connu depuis une quarantaine d'années de nombreux changements, le mouvement s'étant encore accéléré ces dernières années. Si le Code civil de 1804 prévoyait une procédure encadrée de divorce, gérant un compromis entre l'indivulabilité du mariage dans l'Ancien droit et le divorce sans juge pendant la courte période du droit révolutionnaire, dit "intermédiaire", cela ne fut que de courte durée. Dès 1816 le divorce fut aboli au profit du renforcement du lien matrimonial et de l'institution stable et sécurisante que constituait le mariage dans la société. Ainsi, durant le XIX^{ème} siècle c'est le principe même du divorce qui était en cause et lorsque le divorce fut finalement rétabli dans les années 1880, ce ne fut que de manière très étroite, seule la faute de l'un des époux pouvant justifier le recours au divorce. Dans ces conditions, la solidité du lien matrimonial n'en a été que peu affectée, le divorce restant jusqu'en 1975 une véritable exception. Ce n'est donc qu'à partir de 1975 avec la réforme du divorce menée par Jean Carbonnier, que le divorce lui-même dans ses causes, sa procédure et ses conséquences, et non pas seulement dans son principe, a commencé à gérer une véritable mutation. A cette époque, un double phénomène a joué en faveur de la

libéralisation du divorce : d'une part, l'augmentation de l'espérance de vie et d'autre part, la prise en compte croissante de la liberté individuelle en lien avec un mouvement d'égalisation des droits homme/femme.

Si en 1804 l'espérance de vie tournait aux alentours de 35 ans, elle tournait désormais autour du double au milieu des années 1970 et l'engagement matrimonial en était rallongé d'autant. Dans une société de plus en plus individualiste et éprise de liberté, il n'était plus concevable de forcer des époux à rester ensemble ^{si long temps} alors qu'ils n'y consentaient plus. La réforme de 1975 a donc libéralisé le divorce en ajoutant de nouvelles causes de divorce au divorce pour faute, et notamment le divorce par consentement mutuel, "innovation (...) saisissante" selon les mots de Philippe Malaurie à l'époque (doc. 1).

Ainsi la première mutation du divorce fut la diversification de ses causes et la possibilité teintée de contractualisme, de renoncer au mariage dès lors que les époux y consentent. Cependant, toutes ces procédures de divorce, quelle qu'en soit la cause, nécessitaient un passage devant le juge et de longs mois d'une procédure souvent douloureuse. Le divorce pour faute restait la cause majoritaire de divorce car il présentait des avantages s'agissant des conséquences du divorce, l'époux fautif étant mieux traité que l'époux non fautif. Face à ces procédures jugées trop longues, le nombre de divorces augmentant également d'année en année, un deuxième mouvement de libéralisation du divorce fut opéré avec la loi du 26 mai 2004. Les causes de divorce furent renommées pour certaines et surtout les conditions amoplies, le divorce pour altération définitive du lien conjugal nécessitant que les époux vivent séparés depuis seulement deux ans et non six comme auparavant. Le souci principal du législateur étant de faciliter encore l'accès au divorce et de privilégier des causes de divorce moins conflictuelles que le divorce pour faute. Par cela, le législateur a également entrepris de dissocier les causes des conséquences du divorce et de traiter les conséquences indépendamment des fautes respectives des époux. Ces nouvelles mutations du divorce s'observent dans les statistiques du Ministère de la justice relatives aux ruptures d'union, le nombre de divorces pour faute étant passé de plus de 41.000 en 2004 à seulement 7600 environ en 2017. (doc. 3).

Enfin, les deux dernières vagues de mutations du divorce furent opérées plus récemment par les lois du 18 novembre

2016 et du 23 mars 2019. Las de ces réformes, c'est ^{surtout} la procédure du divorce qui a été profondément bouleversée, la loi de 2016 étant à l'origine du "divorce sans juge", venant ainsi avec le droit intermédiaire si sévèrement critiqué dans les deux siècles qui ont suivi. En effet, dès lors que les époux se mettent d'accord sur le principe du divorce comme sur toutes les conséquences, patrimoniales et personnelles, du divorce, ils peuvent décider de divorcer par acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire (article 229.1 du Code civil). Mais ce mouvement de déjudiciarisation du divorce n'a pas seulement touché le divorce par consentement mutuel. La loi du 23 mars 2019 a prolongé ce mouvement de déjudiciarisation en supprimant une étape très importante des divorces contentieux : l'audience de conciliation. Celle-ci, qui devait permettre au juge de rencontrer les époux pour s'assurer de leur volonté de divorcer, avait également pour grand intérêt d'ordonner des mesures provisoires nécessaires pendant toute la durée de la procédure de divorce. Cependant, le souhait du législateur de raccourcir à nouveau des procédures contentieuses jugées trop longues en supprimant une étape de la procédure qui n'avait aucun sens, toujours selon le législateur, les époux étant toujours déterminés à divorcer, l'a emporté.

Ainsi les mutations du divorce s'illustrent par un double mouvement de libéralisation et de déjudiciarisation du divorce en lien avec le mouvement sociétal de libéralisation des mœurs et de contractualisation croissante des rapports entre les individus, qui, étant des êtres libres et égaux ne sauraient être contraints à rester attachés par un lien matrimonial auquel ils ne consentent plus.

Mais le rôle du législateur dans l'encadrement des procédures de divorce et de ses conséquences comme le rôle du juge dans sa mise en œuvre, est également de protéger les individus et de s'assurer que le divorce, notamment dans ses conséquences, n'aboutisse pas à une situation trop défavorable voire injuste pour les ex-époux. Dans ces conditions comment les récentes mutations du divorce, et notamment sa déjudiciarisation croissante, peuvent-elles se concilier avec la nécessaire protection des ex-époux, le juge ayant toujours été jusqu'à présent le garant d'une telle protection ?

Si les mutations du divorce ont fait naître un véritable "droit au divorce", libéralisant fortement son accès (I), un mouvement comparable s'observe également s'agissant des consé-

quences du divorce (II).

I la mise en place progressive d'un véritable "droit au divorce"

Désormais, on peut considérer que le mariage fait naître un véritable "droit au divorce" tant les causes du divorce ont été élargies (A). Le divorce est également facilité dans sa mise en œuvre via la déjudiciarisation de la procédure de divorce (B).

A. L'élargissement des causes de divorce

Le droit positif du divorce est marqué par un élargissement des causes du divorce doublé d'un assouplissement de ses conditions (à l'exception notable du divorce pour faute), ayant pour but de permettre aux époux de divorcer plus facilement, que ce soit dans le cadre d'un divorce contentieux ou par consentement mutuel.

En effet s'agissant des divorces contentieux, le Code civil offre aux époux le choix entre trois procédures possibles : le divorce pour faute, le divorce accepté dans son principe et le divorce par altération définitive du lien conjugal. Mais si les époux ont un large choix, le législateur les encourage cependant vivement à opter pour les deux causes les moins conflictuelles (et les moins longues en termes de procédure) et éviter ainsi le divorce pour faute. C'est dans cet esprit qu'il a considérablement assoupli les conditions du divorce par altération définitive du lien conjugal. Nommé "divorce par rupture de la vie commune" en 1975, cette cause de divorce nécessitait avant 2004 une longue séparation de six années avant de pouvoir être demandée. En 2004, ce délai a été réduit à deux ans et en 2019, il a été à nouveau raccourci dès lors qu'une séparation de seulement une année permettra, au plus tard à compter du 1^{er} septembre 2020, aux époux de choisir cette cause de divorce. En outre, il n'est désormais plus fait référence aux conséquences trop graves que ce type de divorce pourrait avoir ni à l'altération des facultés mentales (doc. 2. anciens articles 238 et 240 du Code civil). Les causes de divorce contentieux sont donc élargies et facilitées.

S'agissant du divorce par consentement mutuel, il fut en 1975 une véritable "innovation" (doc. 1) car à l'opposé de l'esprit du

Concours : ENM Concours complémentaireEpreuve : Droit civil

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



divorce pour faute. Les époux n'ont cette fois pas d'autre motif de divorce à donner ou condition à remplir que leur commune volonté de rompre le lien matrimonial. Comme l'observe Philippe Malaurio c'est bien le consentement qui est au cœur de ce nouveau cas de divorce, et qui marque le début d'un mouvement de contractualisation du (doc.1) divorce, la rencontre des volontés des époux se suffisant à elles-mêmes. Les époux n'ont aucun compte à rendre à la société s'agissant de leur motivation, ils sont avant tout des individus libres de divorcer dès lors qu'ils en sont d'accord mutuellement. En outre la libéralisation qui est à l'origine de l'élargissement des cas de divorce, est allée plus récemment de pair avec la déjudiciarisation de ses procédures.

3. la déjudiciarisation croissante de la procédure de divorce

La déjudiciarisation de la procédure de divorce s'observe tant s'agissant des divorces contentieux que du divorce par consentement mutuel.

Par définition les trois cas de divorce contentieux nécessitent une procédure judiciaire car, à l'inverse du divorce par consentement mutuel, les époux ont des différends parfois sur le principe même du divorce et a minima sur ses conséquences. Avant la loi du 23 mars 2019, cette procédure judiciaire était marquée par 5 étapes : une requête dans laquelle les époux ne devaient pas mentionner la cause du divorce, afin de ne pas conflictualiser trop tôt les relations, une audience de conciliation suite à cette requête, devant le juge aux affaires familiales qui devait s'assurer de l'impossibilité de concilier les époux et rendre une ordonnance de non-conciliation contenant également des mesures provisoires relatives à l'attribution du logement familial ou la garde des enfants notamment, pendant la durée de la procédure

et ensuite seulement la procédure au fond marquée par la mise en état, les échanges de conclusions au fond contenant cette fois la cause du divorce demandée et enfin le jugement de divorce. Mais la loi du 23 mars 1983 est revenue sur ces 5 étapes en les réduisant à 3, supprimant la requête initiale et l'audience de conciliation, dans le but de raccourcir la durée de la procédure. Cela procède d'une telle déjudiciarisation du divorce contentieux dès lors que l'on supprime un passage devant le juge ainsi que la nécessité qu'il statue sur des mesures provisoires. Désormais celles-ci ne seront prononcées qu'à la demande des époux et l'on peut arguer que cela sera souvent le cas, tant ces mesures sont importantes et source de conflit devant le pré-juge.

Mais c'est évidemment le divorce par consentement mutuel qui symbolise le plus le mouvement de déjudiciarisation. Désormais les articles 229.1 et suivant du Code civil prévoient une procédure de divorce sans juge "lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention." Cette convention signée par les époux et contre signée par leurs avocats, n'aura d'autre formalité à accomplir que d'être "déposée au rang des minutes d'un notaire", le notaire vérifiant que l'accomplissement des conditions de forme. C'est donc aux avocats que sera confiée la lourde tâche de s'assurer que la convention est dans le fond, juste et équitable ou à tout le moins favorable à son client. Il n'est désormais plus possible pour le juge de rejeter un tel divorce par consentement mutuel comme cela était le cas auparavant lorsqu'il constatait qu'il n'y avait plus de volonté réelle et persistante de divorcer par consentement mutuel (Cass 29 septembre 1982).

Ainsi, si le divorce s'est considérablement libéralisé, étant élargi et facilité dans son accès, la mutation plus récente de déjudiciarisation est tout aussi importante et s'observe également s'agissant des conséquences du divorce.

II La libéralisation affirmée des conséquences du divorce

Le mouvement de libéralisation s'observe dans la volonté marquée de dissocier les causes des conséquences du divorce (A)

et dans l'affaiblissement controversé du rôle du juge dans les conséquences du divorce (B).

A. la volonté marquée d'une déconnexion des causes et des conséquences du divorce

Avant la réforme du 16 mai 2004, les conséquences du divorce étaient souvent couplées à ses causes, notamment dans le cadre du divorce pour faute qui était majoritaire jusqu'en 2004 (doc. 9). En effet l'article 280.1 du Code civil disposait qu'en cas de divorce pour faute aux tats exclusifs d'un époux, ce dernier n'avait droit à aucune prestation compensatoire (doc. 3). Ce n'était que par exception, en raison d'une vie commune de longue durée et de la collaboration apportée par l'époux fautif, que le juge pouvait décider d'attribuer une prestation compensatoire. Depuis 2004, la volonté du législateur a été de dissocié les causes des conséquences du divorce aussi bien s'agissant des conséquences patrimoniales que personnelles. S'agissant des conséquences patrimoniales, l'attribution de la prestation compensatoire prévue à l'article 270 du Code civil n'est conditionnée que par la "disparité que la rupture crée dans les conditions de vie respectives". Dès lors les infidélités répétées d'une épouse ne font plus obstacle à l'attribution d'une telle prestation (doc. 4). Le législateur a eu entre le souci de régler les effets patrimoniaux du divorce une fois pour toute, pour éviter que leur étalement dans le temps soit source de conflit et il privilégie dès lors une prestation sous forme de capital. Le principe est très fermement contesté par la Cour de cassation qui a eu l'occasion en 2003 d'affirmer que le capital, demandé par la créancière, devait être privilégié à la rente viagère (doc. 6). S'agissant des effets personnels du divorce on observe également la même tendance dans la prise en compte déclinante du comportement des époux, les infidélités fautives ne donnant lieu qu'à une réparation quasi symbolique (doc. 4). la seule limite reste la possibilité pour le juge de refuser une telle prestation "si l'équité le commande" ainsi qu'il a pu le faire dans un arrêt du 8 juillet 2010 (doc. 5) où l'épouse qui n'avait jamais contribué aux charges du mariage ni cherché à travailler n'a pas eu droit à une prestation compensatoire. Mais cela nécessite l'intervention du juge, seul garant

d'une telle équité, qui risque d'être de main en main possible avec le mouvement de déjudiciarisation touchant aussi les conséquences du divorce.

B. L'affaiblissement contravarié du rôle du juge dans le règlement des conséquences du divorce

Si le juge pouvait auparavant refuser le divorce lorsque ses conséquences matérielles et au morales risquaient d'être trop grave (doc. 2) cela n'est désormais plus le cas tant la place du juge tend à s'affaiblir suite aux deux dernières réformes du divorce le juge n'a plus aucun regard sur la convention réglant les conséquences du divorce dans le cadre du divorce par consentement mutuel extra-judiciaire. Ce ne sera désormais que lorsque l'enfant mineur demandera à être entendu par le juge que ce dernier pourra s'assurer que cette convention protège bien tous les intérêts en cause, y compris ceux, très importants, des enfants. Il n'est pas certain que les avocats pourront garantir un tel équilibre, cherchant avant tout à favoriser leur propre client. C'est également la face de ces conventions qui sera certainement touchée. Auparavant, l'homologation de la convention par le juge lui donnait une force exécutoire identique à celle du jugement et, ayant fait l'objet d'un contrôle au moment de l'homologation, elle ne pouvait plus être remise en cause (doc. 8). Cela ne sera donc plus le cas et l'on peut imaginer que si le juge n'a plus son mot à dire pour décider des conséquences du divorce au moment de son prononcé, de nombreux conflits naîtront par la suite dus de la mise en œuvre de ces conventions, ce qui nécessitera, alors, un retour devant le juge pour répartir les ex-étraux et gérer ce contrôle a posteriori.