

► Dossier : le nouveau divorce

la réforme par Maître Valérie GRIMAUD

la modification de la rétribution des avocats

par Monsieur le Bâtonnier Jean-Louis BORIE

► La réforme du divorce

par Maître Valérie GRIMAUD

Avocat au Barreau de la Seine-Saint-Denis, Membre du Conseil de l'Ordre

INTRODUCTION

Par une loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 (J.O. 27.05.2004), la réforme annoncée du divorce a été adoptée et consacre l'abandon du projet COLCOMBET, impulsé sous la précédente majorité.

Ce sont les changements affectant la cellule familiale au cours des dernières décennies qui ont imposé une réflexion profonde sur l'adaptation nécessaire du divorce au regard tant de l'évolution de la famille que des diverses adaptations législatives intervenues ces dernières années.

Après la loi du 30 juin 2000, relative à la prestation compensatoire, celle du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale et enfin la proposition de loi portant réforme du divorce présentée par Monsieur COLCOMBET, il semblait impératif de définir le nouveau divorce français.

Pour la première fois les praticiens du droit que nous sommes ont été associés à la réflexion et ont participé aux travaux préparatoires de ce texte.

Cette réforme paraît recueillir un écho très largement favorable car elle s'inscrit activement dans la recherche de solutions consensuelles entre les époux, les enfants restant préservés par la loi du 4 mars 2002, et organise la liquidation des régimes matrimoniaux très en amont de la dissolution du lien conjugal.

Elle marque aussi la volonté de ne pas revenir vers un projet de divorce purement administratif comme il avait été un temps évoqué.

La pluralité des cas de divorce est maintenue, et notamment le divorce pour faute dont la suppression est vite apparue très impopulaire.

Le Directeur des Affaires Civiles et du sceaux, Monsieur Marc GUILLAUME, devait d'ailleurs indiquer lors du colloque du Conseil National des Barreaux le 18 septembre 2003 que cette réforme du divorce correspondait à un double

objectif : pacifier les relations entre les époux et simplifier les procédures.

Dans le même temps, la Chancellerie exprime sa volonté de rétablir un équilibre entre les cas de divorce dont certains sont inadaptés aux mentalités actuelles, tel notamment le divorce pour faute qui reste utilisé une fois sur deux mais souvent pour de fort mauvaises raisons, faute d'un cas de divorce adapté.

Le rôle du Juge aux Affaires Familiales n'est plus celui d'un conciliateur tel que dans la loi de 1975, mais celui d'un médiateur qui guidera les époux vers une dissolution apaisée du lien conjugal et l'organisation conventionnelle et amiable des mesures concernant les enfants.

Cependant, les avocats ne sont pas parvenus à imposer la présence obligatoire de deux avocats lors de la conciliation de divorce ; et ce alors que celle-ci devient un axe central de la procédure.

La loi entrera en vigueur à compter du 1er janvier 2005, pour les nouvelles procédures et les procédures en cours, sauf :

- en matière de consentement mutuel, si la convention temporaire a été homologuée avant le 1er janvier 2005.
- en matière de divorce pour faute, si l'assignation a été délivrée avant le 1er janvier 2005.

En sorte que, sur notre juridiction, les requêtes initiales en divorce par consentement mutuel qui seront enregistrées par le greffe à compter du mois de novembre bénéficieront de la procédure nouvelle, si elles remplissent bien sûr l'ensemble des conditions légales, et supposeront une seule audience.

Il sera sans doute nécessaire de substituer à l'audience, à la requête initialement déposée, une requête unique prévoyant des mesures définitives.

L'article 229 modifié du Code Civil prévoit quatre cas de divorce :

- le divorce par consentement mutuel (art. 230 et 232 du Code Civil)
- le divorce d'acceptation de principe de la rupture du mariage (art. 233 et 234 du Code Civil)
- le divorce pour altération définitive du lien conjugal (art. 237 et 238 du Code Civil)
- le divorce pour faute (art. 242 du Code Civil)

■ LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Le divorce pourra être demandé conjointement par les époux sans condition dorénavant du délai de mariage.

La procédure est allégée et accélérée puisqu'une seule comparution des époux est désormais prévue, imposant la production d'une seule convention de divorce et éventuellement de l'acte liquidatif, si nécessaire.

Il n'existe plus de délai de réflexion.

■ LES TROIS AUTRES CAS DE DIVORCE

S'il n'existe pas d'accord entre les époux, trois autres procédures contentieuses peuvent être envisagées, énumérées dans le texte dans l'ordre des "préférences" du législateur.

Un tronc commun procédural leur est appliqué dans une première phase jusqu'à l'ordonnance de non conciliation.

En effet, la requête introductive d'instance ne doit pas être motivée (art 251 C.Civ.) : elle sera donc présentée par ministère d'avocat sans indication des motifs du divorce, et ce à peine d'irrecevabilité.

Ce tronc commun est né de la volonté de neutraliser les effets conflictuels de la requête.

Ainsi, l'audience de conciliation, dont il ne faudra plus négliger l'importance, sera l'axe central de la procédure de divorce.

Les demandes qui peuvent y être articulées sont étendues, notamment, à l'organisation patrimoniale de la séparation.

Ainsi, l'article 255 du Code Civil permettra au juge de prendre, même d'office, des mesures telles que :

- . d'enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial
- . de désigner tout professionnel pour établir un rapport estimatif des biens et valeurs patrimoniales
- . de désigner un notaire pour faire l'évaluation estimative des lots de chacun, en vue notamment de l'évaluation de la prestation compensatoire
- . de proposer des règlements d'intérêts pécuniaires des époux, ou encore de statuer sur l'attribution de la jouissance de la gestion des biens communs ou indivis
- de désigner celui ou celle des époux qui devront assumer le règlement provisoire de tout ou partie des dettes

L'article 257 lui permet d'ordonner toute mesure conservatoire, telle que l'apposition de scellés sur le bien commun.

Les dettes pourront être réparties, des provisions pourront être accordées à valoir sur le partage du patrimoine et du mobilier, la gestion des immeubles pourra être organisée.

Il nous appartiendra donc de préparer avec vigilance cette audience, de réunir les pièces nécessaires à l'évaluation la plus juste du patrimoine des époux, en premier lieu afin de pouvoir faire des demandes adaptées dans la requête en divorce en vue de l'audience de non conciliation, mais également afin de pouvoir disposer des outils nécessaires à la rédaction de l'assignation en divorce.

En effet, celle-ci devra comporter des propositions de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux, à peine d'irrecevabilité de l'assignation (article 257-2 du code civil).

L'article 240-2 du Code Civil prévoit qu'en cas de refus d'homologation de la convention, le Juge pourra ordonner les mesures nécessaires pour assurer le quotidien des époux et des enfants jusqu'à la date de la nouvelle audience.

Une nouvelle convention peut alors être présentée par les époux dans un délai de six mois.

A défaut, la procédure sera caduque.

La possibilité d'une deuxième comparution, à la demande des époux, initialement prévue, n'a finalement pas été retenue.

Le Juge pourra, selon l'article 258, s'il rejette la demande en divorce, statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale.

C'est désormais après l'audience de non conciliation que le demandeur fera connaître le choix de sa procédure et de ses motifs.

Mais à tout moment, l'article 247 du code civil permet de revenir par un simple jeu de conclusions à un divorce par consentement mutuel.

→ le divorce pour faute est maintenu, mais on veut le circonscrire aux cas les plus graves, et notamment aux violences conjugales.

L'attribution des torts ne conditionne plus la vocation de chaque époux à obtenir une prestation compensatoire, laquelle dépend uniquement de la situation économique des parties et non plus de l'attribution des torts.

Toutefois, le Juge aux Affaires Familiales peut toujours la refuser en équité, et par décision motivée, si les conditions de la rupture ne justifient pas l'attribution d'une prestation compensatoire.

Mais le divorce pour faute a vocation à disparaître : en effet, après avoir détaché la faute du sort des enfants, on la détache des conséquences financières du divorce.

→ le divorce accepté (divorce "sécurisé")

L'article 237-1 du Code Civil prévoit que, lorsqu'à l'audience de conciliation les époux ont déclaré accepter le principe de la rupture du mariage, le prononcé du divorce interviendra sur le fondement de l'article 233.

L'instance ne pourra plus être engagée que sur ce fondement (article 257-1 du code civil).

Lorsque le divorce a été demandé par l'un des époux et que l'autre accepte le principe de la rupture sans considération des faits à l'origine de celle-ci, cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel.

Il est à noter que c'est le seul cas de divorce où la présence des deux avocats est obligatoire lors de la conciliation.

Ce nouveau type de divorce pourra être choisi en cours de procédure de divorce pour faute, une passerelle pourra être mise en œuvre (article 247-1 du code civil).

Ce type de divorce n'est pas possible pour les majeurs protégés (article 249-4 du code civil).

L'article 247-1 du code civil prévoit qu'à tout moment de la procédure, les époux peuvent demander au Juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce pour acceptation de principe de la rupture du mariage.

→ le divorce pour altération définitive du lien conjugal

L'article 238 du Nouveau Code Civil prévoit qu'il sera prononcé dans deux hypothèses :

- . soit en cas de cessation de communauté de vie entre les époux lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans avant l'assignation en divorce
- . ou lorsque la demande en divorce introduite sur le fondement de la faute a été rejetée et que le défendeur a fait une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal

Dans cette dernière hypothèse, la demande reconventionnelle n'est pas soumise à l'obligation d'un délai de deux années de cessation de communauté de vie.

Ainsi, il est permis à un époux qui n'a aucun grief à l'égard de l'autre de régulariser le dépôt d'une requête en divorce.

Le seul constat d'une séparation depuis deux ans au jour de l'assignation rend le prononcé du divorce irrévocable.

Pourtant, l'absence de griefs remet en cause un certain nombre de principes gouvernant le mariage, et notamment le constat que par la volonté d'un seul, on pourrait anéantir un engagement pris à deux, sans aucune raison.

C'est un divorce par volonté unilatérale, entièrement fondé sur une cause objective : la clause de dureté a disparu.

Ce divorce pour altération définitive du lien conjugal s'inscrit dans le droit commun du divorce de la prestation compen-

Cette réforme introduit un traitement volontariste des violences conjugales en créant la mise en place d'une procédure contradictoire en la forme des [référés](#) préalable à toute introduction d'une procédure en divorce et permettant d'obtenir, dans l'hypothèse de violences conjugales, l'attribution du domicile de la famille (3e alinéa de l'article 220-1 du Code civil).

Cette réforme consacre, avant tout, une "patrimonialisation" du divorce.

En matière de prestation compensatoire conventionnelle, il y a peu de changement.

Les époux restent libres et l'article 279-1 du Nouveau code Civil prévoit que les époux qui, sur un divorce contentieux, s'entendent sur la prestation compensatoire, bénéficieront des mêmes libertés que par la voie du consentement mutuel, et pourront soumettre leur convention à l'homologation du juge.

Cette disposition consacre une avancée certaine.

S'agissant de la prestation compensatoire fixée judiciairement, l'article 270 du Code Civil permettra qu'elle puisse être allouée dans toutes les formes de divorce et bénéficier à tous les conjoints (y compris dans le cas de divorce pour altération définitive du lien conjugal).

Toutefois, le Juge pourra refuser de l'accorder dans le cadre du divorce pour faute à celui à l'égard duquel l'équité le commande soit en considération de l'article 266 du code civil, soit en raison des torts à l'origine de la dissolution du lien conjugal.

Le caractère forfaitaire de la prestation compensatoire est rappelé, ainsi que la priorité de l'attribution sous forme d'un capital.

satoire et la condamnation morale liée à l'ancien divorce pour rupture de la vie commune disparaît.

Enfin, l'article 246 du code civil prévoit que si une demande pour altération définitive du lien conjugal et une demande en divorce pour faute sont concurremment présentées, le Juge examine en premier lieu la demande en divorce pour faute.

S'il la rejette, le Juge statuera sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal.

Il reste le sort bien négligé des incapables majeurs ou des personnes extrêmement affaiblies intellectuellement, qui sans relever nécessairement d'un régime de protection légale pourraient se voir imposer un divorce, alors qu'elles ne sont véritablement pas en capacité de se défendre.

Se posera le problème pratique de la preuve de la rupture et de sa date, qui pourrait ne pas être sans incidence sur notre responsabilité professionnelle.

Notre Confrère LIENARD s'interrogeait sur la nécessaire lettre de rupture que l'époux prendrait soin d'adresser à son conjoint afin de faire courir le fameux délai de deux ans.

Mais cette lettre pourrait aussi constituer la preuve d'un grief au soutien d'une procédure en divorce pour faute.

Si dans nos cabinets se présentent des clients qui souhaitent ardemment divorcer sans avoir de griefs à reprocher à leur conjoint, devons-nous leur conseiller de quitter le domicile conjugal ?...

La cessation de communauté de vie affective [et matérielle](#) entre les époux doit-elle conduire à conseiller de cesser de participer aux charges du mariage ?

Le Juge se prononcera, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution aux charges du mariage.

Les mesures prises seront caduques si à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de leur prononcé, aucune requête en divorce ou en séparation de corps n'aura été régularisée.

L'article 271 du code civil prévoit de nouveaux critères à prendre en compte pour l'attribution de la prestation compensatoire, dont le choix de vie professionnel.

La possibilité de dépôt de valeurs mobilières entre les mains d'un tiers est abandonnée.

La possibilité de prestation compensatoire sous forme mixte, précédemment refusée par la cour de cassation, est légalement prévue.

En effet, l'article 275-1 prévoit la possibilité de combiner les différentes formes de prestation compensatoire, une partie en capital, une partie versée sous forme de rente sur huit ans maximum ou sous la forme d'un usufruit ou d'un abandon de bien en nue propriété ...

L'article 276 maintient le caractère exceptionnel de la rente viagère en raison de l'âge ou de l'état de santé du débiteur.

Il peut néanmoins être choisi dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel.

Mais ce système est appelé à disparaître puisque les héritiers ne sont plus tenus personnellement à la rente et pourront demander la capitalisation de la rente qui s'imputera sur la succession dans les limites de celle-ci, sauf si les héritiers décident d'un commun accord de maintenir le versement de la rente.

Une nouvelle hypothèse de révision de la prestation compensatoire est prévue lorsque les rentes procurent au créancier un avantage manifestement excessif au regard des critères qui sont désormais retenus pour l'attribution de cette rente viagère.

L'article 280-2 prévoit que les pensions de réversion éventuellement versées du chef du conjoint décédé seront déduites de plein droit du montant de la prestation compensatoire ou lorsque celle-ci, au jour du décès, prenait la forme d'une rente.

Différentes mesures fiscales accompagnent cette réforme et rendent plus intéressant le versement des prestations compensatoires sous forme de capital avec des réductions d'impôts au titre des droits d'enregistrement.

Enfin, s'agissant du sort des donations, et de la liquidation du régime matrimonial, c'est le retour au droit commun des libéralités puisque toutes les donations de biens présents deviennent irrévocables sauf sévices, violences, injures graves.

Toutes les donations de biens à venir seront automatiquement révoquées, sauf volonté expresse des parties de les maintenir.

Les avantages matrimoniaux pendant le mariage sont maintenus mais les avantages matrimoniaux qui prendraient effet au moment du divorce ou du décès ne seront plus maintenus.

Il n'est plus fait référence à la faute pour fixer la date des effets du divorce en ce qui concerne les biens ([article 262-1](#)).

Il n'est pas contestable qu'une réforme du divorce en profondeur était nécessaire, et qu'à certains égards ce texte propose des mesures opportunes.

Apaiser le conflit, en favorisant notamment le recours à la médiation, faciliter et accélérer la procédure, associer dissolution du lien conjugal et liquidation des intérêts pécuniaires et financiers des époux, sont les objectifs déclarés de cette loi.

Mais ne faut-il pas s'inquiéter du désir d'apaiser à tout prix au mépris d'une véritable réflexion sur le fonctionnement des mécanismes sociaux judiciaires à l'œuvre dans le phénomène massif du divorce ?

Alors que nous assistons à la mise en place d'une réforme essentiellement axée sur le caractère patrimonial du divorce, notre exercice quotidien, particulièrement en Seine-Saint-Denis, nous oblige à constater que le divorce, dans les familles modestes, dont les rangs ne cessent de grossir, est un outil juridique d'exclusion sociale qui pénalise les plus démunis.

De nombreuses études insistent sur la corrélation entre le divorce et les déséquilibres psychiques pour les enfants et les adolescents, plus marqués dans les milieux ouvriers, où le coût financier du divorce est plus lourd.

Si la réunion de deux salaires précaires permettait de se loger, la séparation ne le permettra plus.

Si tous nous nous accorderons à souhaiter que la dissolution du lien conjugal s'inscrive dans un climat apaisé et consensuel, encore faut-il que des outils intellectuels et juridiques soient décidés pour que les familles ouvrières décomposées ne supportent pas un coût financier et psychologique excessif.

Le divorce est un concept bourgeois, exporté vers les classes inférieures, qui néanmoins ne possèdent ni les "codes", ni les moyens financiers pour assumer le coût de l'éclatement famil-

Les opérations de liquidation de la communauté se trouvent encadrées par les dispositions de l'article 267 et 267-1 du code civil, puisqu'il est demandé un projet de règlement des effets du divorce à l'audience de jugement ([article 252-3](#)).

Ainsi, jusqu'alors, le juge, en prononçant le divorce, ordonnait la liquidation et le partage des intérêts des époux, et son rôle s'arrêtait là.

Maintenant, le rôle du juge ne se bornera pas à la désignation d'un notaire liquidateur et à la résolution des procès-verbaux de difficultés : si les parties n'ont pas réglé par convention la liquidation et le partage, et si le projet réalisé par le notaire sur le fondement de l'article 255 contient des informations suffisantes, le juge statue sur les désaccords persistants, à la demande d'un des époux.

Si dans l'année qui suit le jugement passé en force de chose jugée, les opérations de liquidations partage ne sont pas achevées, le notaire devra transmettre au tribunal un procès-verbal de difficulté.

Au vu de celui-ci, le juge pourra accorder un délai supplémentaire d'une durée maximale de six mois.

À l'expiration de ce nouveau délai, si les opérations ne sont pas achevées, le notaire devra informer le juge qui statuera sur les contestations subsistant entre les parties et les renverra devant le notaire pour établir un état liquidatif.

ial que le divorce impose : il faut lire sur ce point, Jean-Marc GHITTI, professeur agrégé de philosophie ("*la séparation des familles*").

Il est à craindre que cette volonté de simplification des procédures, de rapidité et de "consensualisation" des séparations reste un vœu pieux lorsque l'on se heurte à des contentieux massifs dans des juridictions non pourvues en personnel suffisant (magistrats et greffiers) pour obtenir qu'un droit de visite et d'hébergement soit respecté ou que des contributions alimentaires soient fixées...

La question qu'il convient de se poser est celle de savoir si la volonté de quelques-uns doit gouverner les principes fondamentaux régissant le sort d'un engagement que l'on souhaiterait réfléchi.

Le législateur ne permet-il pas ainsi à la société d'avoir une conception consommatrice du mariage, incompatible avec le sens et les enjeux de l'engagement qu'il représente ?

Ne doit-il pas plutôt rappeler à la société, l'importance des enjeux familiaux qui en résultent et que chacun doit analyser et assumer au moment de la séparation ?

Cette conception consommatrice du mariage, qui peut se faire et se défaire, sans contrainte, ni sanction, ne méritait-elle pas une réflexion approfondie lorsque l'on sait qu'elle conduit de plus en plus à "consommer" des relations avec les enfants, dont on découpe le temps à l'infini sous des prétextes d'égalité de chacun des parents qui ne peut trouver sa justification dans l'intérêt de l'enfant, lequel pourtant fait les frais d'un comportement dont il n'est aucunement à l'origine. ■

Valérie GRIMAUD

Membre du Conseil de l'Ordre

Rappel :

Deux séances de formation sont prochainement organisées par la Commission "Droit de la Famille" :

- *La réforme de la procédure de divorce* par Mes Valérie GRIMAUD, Catherine RENAUX-HEMET et Isabelle BERRY **lundi 8 novembre 2004**, de 9h30 à 12h30 (Maison de l'Avocat et du Droit)
- *Les aspects patrimoniaux du divorce* avec Me Nathalie COUZIGOU, Notaire **vendredi 19 novembre 2004**, de 10h à 13h (Maison de l'Avocat et du Droit)