



Tous droits réservés

DROIT FAMILLE

Séance 7 - L'issue du mariage : la séparation de corps et le divorce

I.	La séparation de corps	2
A)	Le prononcé de la séparation de corps	2
B)	Les effets de la séparation de corps.....	3
C)	La fin de la séparation de corps.....	3
II.	Les divorces	3
A)	Le divorce contractuel.....	4
1)	Conditions de fond.....	4
2)	Conditions de forme	4
3)	Effets.....	6
B)	Les divorces judiciaires	6
1)	Conditions des divorces judiciaires.....	6
a)	Le divorce par consentement mutuel.....	6
b)	Le divorce pour altération définitive du lien conjugal.....	8
c)	Le divorce pour faute	9
d)	Cas particulier du divorce du majeur protégé.....	11
2)	Procédure des divorces judiciaires.....	11
a)	L'introduction de l'instance.....	11
b)	L'audience d'orientation et sur mesures provisoires	12
c)	Les changements possibles	12

D'après l'**article 227 du Code civil**, « *Le mariage se dissout :*

1° *Par la mort de l'un des époux ;*

2° *Par le divorce légalement prononcé. »*

On identifie donc deux causes de dissolution du mariage que sont la mort (ainsi que disparition et absence, cf. Droit des personnes) et le divorce. Notons qu'il existe une situation intermédiaire, qualifiée de « divorce des catholiques » par le doyen Carbonnier : la séparation de corps (I). Le divorce pourra quant à lui être contractuel (II) ou judiciaire (III).

I. La séparation de corps



Définition : La séparation de corps permet aux époux de se libérer du devoir de communauté de vie, mais que de celui-ci. Les époux restent ainsi mariés, mais ne sont plus tenus de cohabiter.

A) Le prononcé de la séparation de corps

L'**article 296 du Code civil** pose le principe selon lequel « *La séparation de corps peut être prononcée ou constatée dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce. »*

Ainsi les cas sont :

- Le consentement mutuel
- L'acceptation du principe de la rupture
- L'altération définitive du lien conjugal
- La faute.



Attention : Lorsque l'un des époux demande au juge le prononcé d'une séparation de corps, l'autre peut toujours faire une demande reconventionnelle en divorce et inversement (**art. 297 du Code civil**). Cependant en cas de concurrence entre une demande de séparation de corps et une demande de divorce, le juge sera tenu d'examiner « *en premier lieu la demande de divorce* » (**art. 297-1 C. civ.**).

B) Les effets de la séparation de corps

Ainsi que le prévoit l'**article 299 du Code civil**, « *La séparation de corps ne dissout pas le mariage, mais elle met fin au devoir de cohabitation.* ».

En conséquence « *Chacun des époux séparés conserve l'usage du nom de l'autre.* » (**art. 300 C. civ.**), et les devoirs de respect, de fidélité et d'assistance continuent de s'appliquer.

Par ailleurs le devoir de secours persiste en ce sens qu'il est la transformation de la participation aux charges du mariage qui ne se fait dès lors plus au jour le jour, mais sous la forme d'une pension alimentaire fixée par le juge. La Cour de cassation a cependant estimé que la séparation de corps mettait fin au devoir de solidarité (v. en ce sens **Cass. civ. 3e, 2 juin 1993, n° 91-14.522**).

En outre, le sort des enfants devra également être fixé en application de l'**article 373-2 du Code civil** (autorité parentale, lieu de résidence, contribution à l'entretien et l'éducation).

Enfin, la séparation de corps entraîne nécessairement séparation de biens donc liquidation de la masse commune et modification du régime matrimonial.

C) La fin de la séparation de corps

La séparation de corps prend fin, comme le mariage, à la mort de l'un des époux (**art. 301 C. civ.**) ou en cas de divorce (**art. 306** et **308 C. civ.**). Elle pourra aussi prendre fin en cas de réconciliation matérielle et affective des époux (conditions cumulatives, **art. 305 C. civ.**).

II. Les divorces

Depuis le **1er janvier 2021**, l'ordonnance de non-conciliation n'existe plus, dès lors l'article 262-1 du Code civil indique que **le divorce prend effet entre les époux au jour de la demande. Il y a demande en divorce dès la première requête saisissant le JAF.**

A) Le divorce contractuel

La **Loi du 18 novembre 2016** a introduit un divorce extrajudiciaire. Le divorce contractuel représente une révolution dans le sens où il ne fait plus du tout intervenir le juge ce qui constitue une avancée majeure, mais également un danger important.

Le divorce sans juge a fait et continue de faire débat en ce sens qu'il touche à une institution normalement indisponible et immuable : l'état civil. Il est pour autant très utilisé, car souvent très rapide (parfois un mois suffit contre jusqu'à deux ans pour un divorce pour faute).

Ce divorce contractuel est dénommé *divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contre signé par avocats déposé au rang des minutes des notaires*.

1) Conditions de fond



Attention : Les époux doivent obligatoirement s'entendre sur la rupture du mariage ET sur ses effets. Ils doivent être d'accord sur absolument tout : les effets patrimoniaux, les effets pécuniaires, le sort des enfants, etc. (**art. 229-3 C. civ.**).

Cette forme de divorce est autorisée dans tous les cas sauf (1) si un enfant mineur doué de discernement demande à être auditionné et (2) si un époux est placé sous un régime de protection (**art. 229-2 C. civ.**).

Le fait que l'on demande à l'enfant de prendre part à la procédure de manière aussi prépondérante a été vivement critiqué en ce sens qu'il reste sous l'influence de ses parents qui peuvent orienter son choix.

Comme pour le mariage, le consentement de chacun des époux doit être libre et éclairé. Pour s'en assurer, le législateur a prévu un délai minimal de 15 jours entre la réception et la signature du projet de convention de divorce à peine de nullité de l'acte (**art. 229-4 C. civ.**). L'apport de la preuve du respect de ce délai nécessite que le projet de convention soit adressé par LRAR.

2) Conditions de forme

Le divorce judiciaire est soumis à des règles de forme très précises que l'on retrouve dans le Code civil et le Code de procédure civile. Elles tiennent d'une part à l'acte lui-même et d'autre part à l'établissement et à la conservation de celui-ci.

Sur les mentions et annexes :

Le **Code civil** à l'**article 229-3** précise que la convention doit comporter une série de mentions relatives :

- Aux époux
- À leurs avocats respectifs
- À l'état liquidatif du régime matrimonial
- Au fait que l'accord est intégral
- Au fait que le mineur disposant de discernement a été informé de ses droits.

Par ailleurs, le **Code de procédure civile** (**art. 1144 s.**) ajoute des mentions relatives :

- Au notaire chargé de recevoir la convention au rang de ses minutes
- À l'enfant non doué de discernement si c'est le cas
- La valeur des biens ou droits attribués à titre de prestation compensatoire
- Les modalités de recouvrement et les règles de révision de la créance ainsi que les sanctions pénales encourues en cas de défaillance en présence d'une pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire sous forme de rente viagère
- La répartition de la charge des frais du divorce.

L'**article 1145 al. 2** du même Code ajoute que doivent être annexés à la convention « *le formulaire signé et daté par chacun des enfants mineurs, l'état liquidatif de partage en la forme authentique et l'acte authentique d'attribution de biens soumis à publicité foncière* ».

Sur la procédure :

Premièrement chacun des époux doit être assisté par un avocat différent (**art. 229-1 C. civ.**).

Ensuite l'acte doit être établi en trois ou quatre exemplaires suivant les situations (**art. 1145 CPC**). Chaque original doit être signé par les époux et leurs avocats en personne, ou par voie électronique le cas échéant.

Enfin, sur requête des parties, l'avocat le plus diligent transmet la convention au notaire dans un délai de sept jours à compter de la signature (**art. 1146 CPC**). Le notaire devra déposer au rang de ses minutes la convention dans un délai de quinze jours à compter de la réception de celle-ci.



À retenir : C'est ce dépôt qui donne force exécutoire à la convention (**art. 229-4 C. Civ.**).

Le notaire conserve la convention et remet une attestation de dépôt à chacun des époux, celle-ci leur permettra de faire procéder aux formalités de publicité (mentions en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance des époux, **art. 1147 CPC**) et d'apporter la preuve du divorce aux tiers (**art. 1148 CPC**).

3) Effets

Le Code en dit peu sur les effets du divorce judiciaire, il se contente de préciser que la convention produit ses effets au jour où elle acquiert date certaine c.-à-d. son dépôt au rang des minutes du notaire (**art. 260 C. civ.**) et qu'elle produit ses effets entre les époux ce même jour sauf stipulation contraire (**art. 262-1 C. civ.**). En revanche, elle ne sera opposable aux tiers qu'au jour où les formalités de publicité auront été réalisées (**art. 262 C. civ.**).

Le Code prévoit également deux cas de modification de la convention :

- La révision de la prestation compensatoire (**art. 279 C. civ.**)
- La modification des stipulations relatives aux enfants par le juge, à la demande d'un ou des deux parents ou du ministère public qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non (**art. 373-2-13 C. civ.**)

B) Les divorces judiciaires

1) Conditions des divorces judiciaires

a) Le divorce par consentement mutuel

Le divorce par consentement mutuel judiciaire ne diffère presque en rien du divorce par consentement mutuel contractuel, la seule différence étant que la convention sera homologuée par le juge et non déposée au rang des minutes d'un notaire. Il faut dans tous les cas que les époux soient d'accord tant sur le principe que sur les effets du divorce.

Le consentement de chacun des époux se manifeste par le fait qu'ils doivent déposer une requête conjointe au greffe (**art. 230 C. Civ.** et **art. 1089 CPC**). Ils soumettent la convention préalablement établie par leur(s) avocat(s) à l'homologation du juge.



Attention : Contrairement à la procédure contractuelle, les époux peuvent faire le choix de ne faire appel qu'à un seul avocat (**art. 250 C. civ.**).

D'après l'**article 1092 du Code de procédure civile**, « Après avoir procédé à l'audition du mineur [...] ou, en l'absence de discernement, avoir refusé son audition [...], il [le juge] convoque chacun des époux par lettre simple expédiée quinze jours au moins avant la date qu'il fixe pour leur audition. Il avise le ou les avocats. ».

Ensuite le juge « vérifie la recevabilité de la requête ; il s'assure que le consentement des époux est libre et éclairé » (**art. 232 C. civ.** ; **art. 1099 CPC**) et vérifie le contenu de la convention.

Enfin, si le juge estime que tout est en ordre, il procède à l'homologation de la convention (**art. 250-1 C. civ.**) et prononce le divorce.



À retenir : L'**article 1099 CPC** lui permet de « faire supprimer ou modifier les clauses de la convention qui lui paraîtraient contraires à l'intérêt des enfants ou de l'un des époux » avec l'accord des intéressés et en présence leur(s) avocat(s).

Il peut cependant refuser d'homologuer la convention s'il a des doutes quant au consentement des époux ou « s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. » (**art. 232 C. civ.**).

Le juge pourra homologuer les mesures provisoires éventuellement proposées par les parties qui devront proposer une nouvelle convention dans un délai de 6 mois (**art. 250-2 C. civ.**) sinon quoi la demande de divorce serait considérée comme caduque (**art. 250-3 C. civ.**, **art. 1101 CPC**).

Si une nouvelle convention est déposée dans les délais, le juge pourra l'homologuer dans les mêmes conditions. Le divorce pour acceptation de la rupture du mariage

Dans le cas du divorce pour acceptation de la rupture du mariage, comme son nom l'indique, seule la rupture est acceptée par les époux, pas ses effets. On le retrouve aux **articles 233 et suivants du Code civil**.

Le divorce pour acceptation de la rupture du mariage peut être demandé conjointement par les époux ou seulement par l'un d'eux (**art. 233 C. civ.**). En tout état de cause, chaque époux doit être assisté par un avocat qui lui est propre (**art. 253 C. civ.**).

L'**article 1123 CPC** précise qu'« À tout moment de la procédure, les époux peuvent accepter le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci. ». Ainsi même si une procédure de divorce a été initiée sur un autre fondement, il est toujours possible d'accepter d'avoir recours au divorce pour acceptation de la rupture du mariage.



Attention : D'après l'**article 233 al. 4 du Code civil** « L'acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel. ».

Conformément à l'**article 234 du Code civil**, « S'il a acquis la conviction que chacun des époux a donné librement son accord, le juge prononce le divorce et statue sur ses conséquences. ».

Le juge va donc vérifier le consentement des époux et se prononcer sur l'intégralité des effets de ce divorce (prestation compensatoire, garde des enfants, droit de visite, etc.), les époux ne s'étant pas accordés à ce sujet.

b) Le divorce pour altération définitive du lien conjugal

Depuis le **1^{er} janvier 2021**, la réforme du divorce issue de la **Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019** est entrée en vigueur, deux notions importantes :

- Disparition de l'ordonnance de non-conciliation.
- Le délai pour altération définitive du lien conjugal, doit être prononcé au bout d'une année de séparation, ce délai s'apprécie :

- Soit au moment de la demande en divorce ;
- Soit au moment du prononcé du divorce.

La réforme n'est applicable qu'aux procédures engagées à compter du 1^{er} janvier 2021.

L'**article 237 du Code civil** indique que « *Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré.* ».



Définition : « L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis un an lors de la demande en divorce. » (**art. 238 C. civ.**). Ainsi les époux doivent avoir rompu la communauté de vie (communauté de lit et/ou de toit), depuis un an ou moins au jour de l'assignation en divorce, mais le divorce doit être prononcé un an après la séparation de communauté de vie.

L'époux assigné peut présenter une demande reconventionnelle en divorce pour faute comme cela lui est permis par l'**article 247-2 C. civ.** Le demandeur pourra également « invoquer les fautes de son conjoint pour modifier le fondement de sa demande ».

Si les conditions des deux demandes sont réunies, c'est le divorce pour rupture du lien conjugal qui est prononcé. Si une seule des demandes est fondée, c'est sur ce fondement que sera prononcé le divorce.

Cependant, si la demande reconventionnelle est rejetée soit le juge prononce un divorce pour faute (celle du défendeur, invoquée par le demandeur à la suite de la demande reconventionnelle) ; soit la demande initiale modifiée à la suite de la demande reconventionnelle du défendeur est rejetée auquel cas le divorce n'est pas prononcé.

c) Le divorce pour faute

Le divorce pour faute trouve son fondement aux **articles 242 à 246 du Code civil**. Le premier de ces articles prévoit ainsi que « *Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs*

et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune. ».



À retenir : Ainsi trois conditions doivent être réunies :

- Que la faute soit imputable à l'un des époux ;
- Qu'elle soit grave ou renouvelée ;
- Qu'elle rende intolérable le maintien de la vie commune. Le législateur a fait une rédaction large de cet article ce qui laisse au juge une importante marge d'appréciation.

Quatre issues sont possibles :

- La demande est accueillie purement et simplement, le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux défendeur
- La demande est rejetée purement et simplement, le divorce n'est pas prononcé
- La demande est partiellement accueillie, le divorce est prononcé aux torts partagés des époux
- La demande est partiellement accueillie, le divorce est prononcé aux torts exclusifs du demandeur.

L'**article 244 du Code civil** prévoit le cas où les époux se seraient réconciliés depuis les faits allégués auquel cas le juge doit déclarer la demande irrecevable.



À retenir : L'article ajoute qu'

« Une nouvelle demande peut cependant être formée en raison de faits survenus ou découverts depuis la réconciliation, les faits anciens pouvant alors être rappelés à l'appui de cette nouvelle demande. Le maintien ou la reprise temporaire de la vie commune ne sont pas considérés comme une réconciliation s'ils ne résultent que de la nécessité ou d'un effort de conciliation ou des besoins de l'éducation des enfants. ». (**Art. 244 du Code civil**).

L'**article 245 du même Code** ajoute que « *Les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce n'empêchent pas d'examiner sa demande* ». L'époux défendeur pourra cependant s'en servir en défense (excuse de réciprocité) ou afin de faire une demande reconventionnelle. Si tel n'était pas le cas, le juge pourrait utiliser les fautes du demandeur pour rejeter sa demande ou pour prononcer un divorce aux torts partagés.

d) Cas particulier du divorce du majeur protégé



À retenir : Aux termes de la nouvelle rédaction de l'**article 249 du Code civil**, le majeur sous tutelle est représenté par son tuteur dans l'instance en divorce et le majeur sous curatelle exerce lui-même l'action avec l'assistance de son curateur. Le texte ajoute que le majeur protégé peut accepter seul le principe de la rupture du mariage. Ainsi, seul le divorce par consentement mutuel demeure fermé au majeur protégé.

Si la demande en divorce est présentée alors qu'une demande d'ouverture d'une mesure de protection est en cours ou vient d'être déposée, il ne peut être statué sur la demande en divorce qu'après la mise en place de la mesure de protection.

Ces dispositions issues de la **Loi du 23 mars 2019** sont entrées en vigueur le **1^{er} janvier 2021**.

2) *Procédure des divorces judiciaires*

a) L'introduction de l'instance

En cas d'acceptation du principe de la rupture du mariage ou de divorce pour altération définitive du lien conjugal : l'époux demandeur, obligatoirement assisté de son avocat, va introduire l'instance par assignation en indiquant les motifs de sa demande (**art. 251 C. civ.**).

Dans tous les autres cas : il n'aura pas à indiquer le motif de sa demande.



Attention : En cas de divorce pour faute, l'époux demandeur devra attendre ses premières conclusions au fond pour invoquer les motifs du divorce, à peine d'irrecevabilité (**art. 1107 CPC**).

b) L'audience d'orientation et sur mesure provisoires

S'ensuit alors une audience d'orientation et sur mesure provisoires (**art. 254 C. civ.**) qui vient remplacer l'ancienne audience de conciliation depuis l'entrée en vigueur le **1^{er} janvier 2021** de la **réforme du 23 mars 2019**. Cette audience a lieu devant le Juge de la mise en état (JME) qui en pratique sera le JAF.

Ainsi, dans son assignation en divorce, l'époux demandeur pourra solliciter des demandes provisoires telles qu'une demande de résidence séparée, la remise de vêtements, biens et objets lui appartenant ou encore la fixation des modalités d'exercice de l'autorité parentale.



Attention : C'est une faculté, l'époux demandeur ne sera pas obligé de faire ces demandes dans son assignation, l'époux défendeur pourra également renoncer à faire de telles demandes.

Les époux ne sont pas tenus de comparaître personnellement, ils pourront se faire représenter par leurs avocats.

c) Les changements possibles

Les **articles 247 et suivants du Code civil** organisent les cas où une modification d'une demande de divorce sera possible.

Ainsi, les époux peuvent à tout moment de la procédure divorcer par consentement mutuel par acte sous seing privé contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ou demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce par consentement mutuel.

Ils peuvent également, lorsque le divorce a été demandé pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce pour acceptation de la rupture du mariage.