



Obligations procédurales et droit au divorce

Mélanie Lauer

► To cite this version:

Mélanie Lauer. Obligations procédurales et droit au divorce . Droit. Université du Sud Toulon Var, 2008. Français. <NNT : 2008TOUL0053>. <tel-00443953>

HAL Id: tel-00443953

<https://theses.hal.science/tel-00443953v1>

Submitted on 5 Jan 2010

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.



HAL Authorization

Université du Sud de Toulon - Var
Faculté de droit
Centre d'études et de recherches du contentieux

OBLIGATIONS PROCEDURALES ET DROIT AU DIVORCE

Thèse pour le grade de docteur en droit
Discipline : droit privé
Présentée et soutenue publiquement le 12 décembre par :
Mélanie LAUER

Jury :

Madame Alice TISSERAND-MARTIN, Professeur à l'Université de Robert Schuman
Strasbourg (rapporteur).

Monsieur Jean-Baptiste RACINE, Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis
(rapporteur).

Madame Elisabeth PAILLET, Professeur à l'Université du Sud Toulon- Var (directrice
de la thèse).

Monsieur Matthieu ROBINEAU, Maître de Conférence à l'Université du Sud Toulon –
Var.

Monsieur Régis DURAND, Avocat au barreau de Toulon et chargé de cours à
l'Université du Sud Toulon-Var.

Université du Sud Toulon – Var
Faculté de droit
Centre d'études et de recherches du contentieux

OBLIGATIONS PROCEDURALES ET DROIT AU DIVORCE

Thèse pour le grade de docteur en droit
Discipline : droit privé
Présentée et soutenue publiquement le 12 décembre par :
Mélanie LAUER

Jury :

Madame Alice TISSERAND-MARTIN, Professeur à l'Université de Robert Schuman
Strasbourg (rapporteur).

Monsieur Jean-Baptiste RACINE, Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis
(rapporteur).

Madame Elisabeth PAILLET, Professeur à l'Université du Sud Toulon- Var (directrice
de la thèse).

Monsieur Matthieu ROBINEAU, Maître de Conférence à l'Université du Sud Toulon –
Var.

Monsieur Régis DURAND, Avocat au barreau de Toulon et chargé de cours à
l'Université du Sud Toulon-Var.

La faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

L'amour est une passion qui ne se soumet à rien, et à qui, au contraire, toutes choses se soumettent.

Madeleine Sindery

A ma fille Clara,

A Cyril,

A mes parents, A mon frère,

A ma famille et mes amis.

REMERCIEMENTS

*Merci à vous **Madame Paillet**, d'avoir accepté de diriger ma thèse, avec patience et bienveillance. Votre humanité et votre accessibilité m'ont permis de réaliser cette thèse dans les meilleures conditions. Vous avez su me guider dans l'élaboration de ce travail avec une grande pertinence dans la réflexion.*

*Merci à **Monsieur Jean-Jacques Sueur** pour tous vos enseignements précieux que vous m'avez prodigués.*

*Merci à **Monsieur Durand** pour tous les conseils avisés et clairvoyants que vous m'avez apportés.*

Principales abréviations

aff.	affaire
AJDA	actualité juridique de droit administratif.
al.	alinéa
APD	archive de philosophie du droit
art.	article
art. préc.	article précité
ass. plén.	Assemblée plénière de la cour de cassation
bull. civ.	Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambre civile)
c./	contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou Cour européenne des droits de l'homme
chron.	Chronique
civ. 1 ^{ère}	première chambre civile
civ. 2 ^{ème}	deuxième chambre civile
civ. 3 ^{ème}	troisième chambre civile
C. C.	Code civil
CPC	Code de procédure civile
Coll.	collection
comm.	commentaires
comp.	comparer
concl.	conclusions
conv.	convention
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D.	recueil dalloz
dir.	sous la direction de
Dr. famille	Revue droit de la famille
éd.	Edition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
in	Dans l'ouvrage
IR	Partie « informations rapides » du recueil Dalloz
JAF	Juge aux affaires familiales
JAM	Juge aux affaires matrimoniales
JCP	Juris-Classeur Périodique
JCP (N.)	Juris-Classeur Périodique (édition notariale)
JO	Journal officiel (Lois et décrets)
JOAN	Journal officiel (Débats parlementaires et réponses ministérielles à questions orales)
jp	jurisprudence
LPA	Les petites affiches
NCPC	Nouveau code de procédure civile
obs.	Observations
PACS	pacte civile de solidarité
préc.	précité
préf.	Préface

Rép. Civ.	Dalloz (Encyclopédie)
Rép. Defrenois	Répertoire du notariat Defrénois
Rev.	Revue
RJPF	Revue juridique personne et famille
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTDC	Revue trimestriel de droit civil
somm. com.	sommaire commenté
TA	tribunal administratif
TGI	tribunal de grande instance
TI	tribunal d'instance

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE

PREMIERE PARTIE : AMENAGEMENT DES VOIES JUDICIAIRES PROPICES A L'OBTENTION DU DIVORCE

TITRE I : Une simplification procédurale encadrée

CHAPITRE I : La suppression des obstacles procéduraux

CHAPITRE II : Le succès du divorce relayé par l'avocat et le notaire

TITRE II : L'objectivation du droit du divorce

CHAPITRE I : La tendance procédurale convergente à l'objectivation

CHAPITRE II : La consécration de l'objectivation dans la cause et les effets du divorce

DEUXIEME PARTIE : VERS LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT AU DIVORCE

TITRE I : Déclin de L'ordre public conjugal

CHAPITRE I : L'ascension du mode conventionnel dans le règlement des conflits conjugaux

CHAPITRE II : De la modulation à la dilution de l'ordre public conjugal

TITRE II : L'existence d'un droit au divorce

CHAPITRE I : Conceptualisation du droit au divorce

CHAPITRE II : Le droit au divorce émanation des droits fondamentaux ?

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION GENERALE

« Si la question de principe (du divorce) paraît, en notre temps, réglée - mais l'est-elle jamais sur de tels sujets - il reste à se demander quel droit l'on souhaite »¹. En effet, il ne fait plus de doute que désormais le divorce fait partie intégrante du paysage familial. Il est considéré comme un évènement important mais qui est largement prévisible et de ce fait comme un évènement de plus en plus normalisé. Malgré l'admission du divorce, la norme juridique qui le régit suscite cependant toujours de nombreux questionnements. Cela tient au fait que c'est l'ensemble du système juridique forgeant le droit qui va donner au divorce sa pleine signification² et, ainsi, nous revenons à la question principale : quel droit du divorce souhaitons nous ?

Le divorce est une notion ancienne qui selon Voltaire est probablement à peu près de la même date que le mariage, un peu plus ancien, le temps que viennent les querelles. Il se différencie des autres modes de cessation du lien matrimonial tels que l'annulation du mariage ou des ruptures incomplètes. Le divorce concerne un mariage valable alors que les nullités concernent les vices qui ont entaché la validité de l'acte. Il constitue une rupture complète et définitive du mariage contrairement à la séparation de corps qui est un simple relâchement du lien faisant subsister certains effets du mariage.

« Le divorce est la dissolution du mariage, du vivant des deux époux, à la suite d'une décision judiciaire, rendue à la requête de l'un d'eux ou de l'un et de l'autre, dans l'un des cas prévus par la loi »³, à l'issue d'une procédure. Mais le divorce est bien plus que cela, car dans le divorce « tout est sujet à hésitation, à doute, à débat, parce que sans cesse il faut choisir non entre le bien et le mal, ni entre le bien et le mieux mais presque toujours entre le mal et le moins mal. »⁴

¹ HAUSER (J), « Rapport de synthèse », in *Sociologie judiciaire du divorce*, Economica, Collec.Etudes juridiques, 1999, p.101.

² COLCOMBET (C.), FOYER (J.), HUET-WEILLER (D.), *Dictionnaire juridique : divorce*, Paris, Dalloz, 1984, p.2.

³ FENOUILLET (D.), TERRE (F.), *Les personnes La famille Les incapacités*, Dalloz, Paris, 7^{ème} Ed., 2005, p.407.

⁴ COLCOMBET (C.), préc., p.1.

Depuis son apparition le droit du divorce a toujours oscillé entre un droit coercitif et un droit permissif. L'histoire des législations sur le divorce est révélatrice de la complexité de prévoir un droit qui le régit. Le divorce implique « d'une part les causes et les conséquences du divorce et d'autre part la nature, le degré et les méthodes de contrôle social dont le divorce fait l'objet. »⁵ Ainsi, le droit du divorce doit se soumettre à une double contrainte. Tout d'abord, le droit du divorce doit permettre un divorce réussi mais sans toutefois perdre de vue qu'il affecte la famille et la société entière. Ensuite, le droit du divorce doit composer entre la liberté individuelle et une certaine rigueur du contrôle social. La nature et l'étendue du contrôle social vont dépendre étroitement de l'histoire du divorce et permettent d'en tirer de riches enseignements.

Dans le droit romain, le divorce d'accord existait et fut aboli au VI^{ème} siècle. Face à une si grande liberté des mœurs à la chute de l'empire romain, c'est-à-dire à la fin du V^{ème} siècle, l'Eglise a voulu imposer sa loi et faire triompher l'indissolubilité du mariage sur le fondement du célèbre texte de Saint-Matthieu (XIX-6) : « Ce que Dieu a uni, l'homme ne doit pas le séparer ». La doctrine de l'indissolubilité absolue du mariage fut donc solennellement introduite pour toute l'Eglise au Concile de Trente (1563). La prohibition du divorce subsista pendant tout l'Ancien droit. Malgré la volonté de faire régner le mariage comme lien éternel et perpétuel, les nécessités de l'existence insufflèrent des tempéraments. En premier lieu, lorsque la vie commune était insupportable, le droit canonique admettait la séparation de corps. Une décision de justice dispensait les époux du devoir de cohabitation mais le mariage subsistait. En second lieu, la théorie des nullités grâce à une large application, suppléait dans une certaine mesure à la prohibition du divorce. Le mariage induit donc, indifféremment de toutes conceptions religieuses et politiques, naturellement le démariage. En effet, si la religion catholique défend ardemment l'indissolubilité du mariage, la religion protestante admet la dissolution du mariage car elle ne considère pas ce dernier comme un sacrement. La théologie musulmane a une position plus archaïque. Elle admet la répudiation unilatérale de la femme par le mari⁶.

⁵ *Ibid.*, p.5.

⁶ Les pays musulmans semblent également adopter une position plus moderne et instaurer un droit d'égalité entre l'homme et la femme. Notamment, la réforme de février 2004 du code de la famille marocain promulgué par Mohamed VI permet à la femme de demander le divorce pour plusieurs causes :

Indiscutablement le divorce s'impose comme une nécessité conforme aux intérêts des époux de ne pas rester liés contre leur volonté et à un Etat moderne qui permet de se délier. C'est à partir de ce postulat que les philosophes des lumières, notamment après la réforme protestante qui autorisa le divorce, ont remis en cause le poids de l'interdit ecclésiastique concernant le divorce.

La révolution de 1789 a érigé le citoyen comme initiateur des lois et a apporté des réponses aux revendications personnelles. Au nom des principes de fraternité, d'égalité et de liberté, pierre angulaire de la construction révolutionnaire, le législateur a entrepris une vaste réforme. La Révolution a admis le divorce en tant que conséquence naturelle de la Déclaration des Droits de l'Homme en se fondant sur l'article 7 qui considère le mariage comme un contrat civil et non comme un sacrement. Le système révolutionnaire était fondé sur le dogme de la liberté individuelle et prenant le contre-pied de l'Ancien régime fortement imprégné de la religion, le divorce trouva sa place au rang des institutions. Cette nouvelle conception du mariage donna naissance au divorce qui fut consacré officiellement au nom de la liberté par la loi du 20 septembre 1792. Cette dernière introduisit le divorce d'une manière très large. Il pouvait être demandé pour cause déterminée (démence, condamnation à une peine afflictive ou infamante, crime, sévices ou injures graves, dérèglement notoire des mœurs, abandon et absence de nouvelles pendant cinq ans) ou encore pour incompatibilité d'humeur ou par consentement mutuel. Le divorce était donc très largement admis. Le divorce par consentement mutuel fut l'objet de nombreux abus. Le décret du 4 floréal an II augmenta encore les facilités du divorce en décidant qu'il serait permis à l'officier d'état civil de prononcer le divorce sur simple acte de notoriété délivré par le Conseil de la Commune ou sur l'attestation de six citoyens déclarant que les deux époux vivent séparés depuis six mois au moins. Les conséquences de cette disposition furent si néfastes qu'elle fut très rapidement supprimée. L'introduction du divorce avec une telle souplesse n'a pas perduré et la dissolution judiciaire va être soumise à plus de rigueur. Toutefois, l'objectif de 1789 à nos jours va demeurer le même : libéraliser le divorce⁷.

pour défaut d'entretien, pour vice rédhibitoire, pour sévices, pour absence du mari, suite à un délaissement ou à un serment de continence, pour non paiement de la partie exigible de la dot.

⁷ DEMARS-SION (V.), « Libéralisation du divorce : l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1972 », *R.T.D.C.*, 1980, p231.

Après les excès de la révolution, la loi de 1804 adoptée sous l'influence de Napoléon Bonaparte barra la route aux nombreux divorces reposant sur des raisons légères et fantaisistes. Le Code civil de 1804 admit le divorce de manière restrictive et « si chèrement qu'il ne puisse y avoir que ceux pour qui il est absolument nécessaire qui soient tentés de l'acheter »⁸. Le divorce a été maintenu mais selon des causes réduites. Le divorce pour incompatibilité d'humeur a été supprimé et le divorce par consentement mutuel fut placé sous haute surveillance. En effet, il nécessitait beaucoup de conditions restrictives telles que l'âge des époux, la durée du mariage, le consentement des ascendants ou du conseil de famille, la déclaration du consentement mutuel renouvelé à quatre reprises, les époux devaient transférer la moitié de leur patrimoine aux enfants, le remariage n'était pas possible pendant trois ans. La loi a également conservé le divorce pour cause déterminée : l'adultère, la condamnation à une peine afflictive et infamante et les excès, sévices et injures graves. Le divorce de 1804 fut donc entouré de garanties destinées à prévenir les abus (le divorce par consentement mutuel étant canalisé) et s'est ainsi relié au concept de la faute.

Dans les premières années de son existence le divorce est passé du tout ou rien. Il va même disparaître en 1816. Sous la Restauration, la religion catholique étant la religion de l'Etat, le Vicomte de Bonald, député et partisan royaliste de l'indissolubilité du mariage, est à l'origine de l'abolition du divorce en France avec la loi du 8 mai 1816. Pour ce dernier « la famille est la société originelle, modèle de toutes les autres et sa projection parfaite est celle d'une union indissoluble où le père a le pouvoir souverain, où la mère est ministre et où les enfants sont sujets. » La disparition du divorce dans le paysage familial va durer presque soixante dix ans.

En 1884, le divorce réapparaît et son principe ne sera plus remis en question. Après plusieurs tentatives d'Alfred Naquet, le divorce est en effet rétabli mais c'est un divorce modéré exclusivement fondé sur la faute (en pratique trois cas de divorce sont retenus : adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante, excès, sévices, et injures graves). La loi Naquet du 27 juillet 1884 emprisonna le divorce dans un vase clos et réduisit le divorce à un phénomène déviant. En effet, le divorce ne pouvait être

⁸TREILLARD cité par IZARN BALBO (N.), *Convention entre époux et divorce. Contribution à la définition d'un ordre public de séparation*, Thèse, Toulon, 2000, p.29.

prononcé qu'à l'encontre d'un époux coupable qui, de ce fait, était puni et devait assumer les conséquences financières de la rupture. Si les deux époux étaient reconnus comme fautifs, la pension alimentaire n'était plus octroyée même à l'époux le plus démuné. La loi du 2 avril 1941 prise sous le régime de Vichy durcit les conditions et la procédure du divorce afin de lutter contre son extension. L'unique divorce pour faute donna alors lieu à une comédie judiciaire. Afin de ne pas rester prisonnier du lien matrimonial, les époux ont improvisé des fautes par le biais de stratagèmes et de fausses preuves. Face à cette mascarade, les tribunaux adoptèrent une attitude plus clémentine et pallièrent le vide juridique engendré par l'unique divorce pour faute. Le droit ne doit certes pas toujours s'adapter aux mœurs, mais continuer à nier les faits conduit à un non sens.

Le droit du divorce est victime d'une instabilité constante jusqu'en 1975. Ce qui est frappant, c'est l'opposition radicale qui existe entre les différentes conceptions du divorce. Légiférer ou ne pas légiférer sur le divorce était significatif d'une façon de pensée, une arme politique et sociologique. Mais le divorce ne peut s'appréhender de la sorte, il concerne avant tout les époux. A chaque restriction ou abolition, la désunion refaisait son apparition comme une nécessité fondamentale sous des formes diverses. La réalité rattrape la législation imposée. C'est à ce titre que la loi du 11 juillet 1975⁹ est née. Cette loi avait pour objectif d'adapter le droit aux mœurs¹⁰. Elle a ouvert plus largement les portes à la désunion. Il s'agissait « de rendre aux époux, quelle que soit la cause de divorce, plus de liberté dans la conduite de leur divorce ou dans l'aménagement de ses conséquences en desserrant au profit des volontés individuelles et des accords entre époux, l'étau de l'ordre public et des contraintes du contrôle judiciaire. »¹¹. La loi de 1975 a rendu aux époux le divorce alors que pendant longtemps, le divorce appartenait à la société. « Le divorce n'était pas du droit privé mais du droit public en ce sens que la volonté des intéressés n'avait pratiquement pas de pouvoirs, tout accord était nul, si ce n'était la possibilité de se réconcilier »¹². L'idée que le divorce est l'affaire des époux va s'intensifier avec le temps. Le droit du divorce s'est définitivement engagé dans la voie de la libéralisation. Le législateur a donc élargi

⁹ Loi du 11 juillet 1975, n°75-617.

¹⁰ CARBONNIER (J.), « La question du divorce mémoire à consulter », *Dalloz*, 1975, Chron., pp.115-122.

¹¹ COLCOMBET (C.), préc., p.11.

¹² CLAUX (P.J.), *Divorce 20 ans après*, Revue juridique d'Ile de France, Dalloz, 1997, p.37

le divorce à quatre cas afin de répondre à la diversité des situations et a introduit la convention comme mode de règlement des conflits. La loi de 1975 a opéré un bouleversement davantage sociologique que juridique. En effet, elle s'est détachée de l'emprise institutionnelle du mariage indissoluble qui a longtemps été l'argument phare pour refuser le divorce. L'intrusion grandissante des volontés individuelles dans le règlement du divorce s'articule directement avec une certaine perte du contrôle socio-judiciaire.

La loi de 1975 selon certains auteurs a offert aux époux une liberté mais une liberté surveillée¹³ et « elle n'est pas le fruit d'une génération spontanée. Elle a repris, en les remodelant, certains apports de ses devancières ».¹⁴ Les lois sur le divorce à peine adoptées font constamment l'objet d'une remise en question. A chaque nouvelle législation, on retrouve un sentiment d'inachevé. En effet, la formule « mieux vaut un divorce réussi qu'un mariage irrémédiablement manqué »¹⁵ est un objectif indéfiniment perfectible. La loi du 11 juillet 1975 est encore trop imprégnée de l'idée de culpabilité. La libéralisation du divorce, c'est-à-dire un droit du divorce plus simple, plus facile, n'est pas arrivée au terme de sa réalisation. En effet, à plusieurs reprises, les auteurs évoquent l'échec des objectifs posés par la loi, c'est-à-dire faire reculer le divorce pour faute, pacifier le divorce, faire une place plus large aux accords, simplifier les procédures, permettre un divorce plus rapide et respectueux des droits des conjoints, mieux traiter les conséquences¹⁶. La loi relative au divorce qui était entendue comme une loi d'équilibre et de compromis n'a pas réussi à éradiquer le divorce sanction toujours fortement usité à la veille de la réforme de 2004. Jean Hauser évoquait l'intérêt d'un nouveau texte sur le divorce visant « à pallier le déséquilibre qui s'opère aujourd'hui au profit du divorce pour faute »¹⁷.

¹³ P.J. CLAUX, préc, La loi de 1975 a libéralisé le divorce tout en conservant en partie la conception traditionnelle du divorce sanction. V. DEMARS-SION parle d'une simple réforme sociologique contrairement à la loi de 1972 relative à la filiation qui a opéré une réforme idéologique. La loi de 1975 consacre des libertés surveillées.

¹⁴ CORNU (J.), « Le phénomène du divorce », in *Sociologie judiciaire du divorce*, Economica, Collec.Etudes juridiques, 1999, p.5.

¹⁵ DEMARS-SION (V.), préc.

¹⁶ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? 1^{ère} partie », *Droit de la famille*, juin 2004, Etudes, pp.6-16.

¹⁷ HAUSER (J.), « Le divorce à la carte sera maintenu », *Droit et Patrimoine*, n°115, mai 2003, p.16

Le 4 mars 2001 Mesdames les ministres, Ségolène Royal et Marylise Lebranchu vont donner l'orientation des réformes du droit de la famille que l'on peut résumer par : « refonder l'institution familiale, tout en respectant la diversité de la famille et apaiser les conflits en cas de séparation, afin de mieux protéger les enfants, partant du constat que le couple peut se désagréger, mais les époux restent des parents toute leur vie »¹⁸. L'impératif de la réforme du divorce a résidé dans une recherche d'apaisement et de moyens efficaces pour évincer le conflit de l'instance en divorce. Pour y répondre monsieur le député Colcombet a proposé trois modifications : la suppression du divorce pour faute, la création d'un divorce objectif et une simplification du divorce par consentement mutuel.

La suppression du divorce pour faute, tout d'abord, a été envisagée dans un dessein de pacifier définitivement le divorce. Le divorce pour faute a été accusé d'envenimer le conflit et de promouvoir une comédie judiciaire notamment par la multiplication des preuves de comportements fautifs. La faute de divorce a déjà connu une certaine décadence par la perte de son caractère péremptoire et par une applicabilité de moins en moins automatique. Comme l'énonçait déjà Jean Carbonnier dans les années 1950, le droit du mariage est l'histoire d'une libération continue et s'exprime par une pratique déviante de la faute c'est-à-dire un glissement du divorce sanction vers un divorce faillite¹⁹. Mais la loi du 26 mai 2004²⁰ n'est pas allée jusqu'au bout de la logique d'apaisement. Cela s'explique par l'attachement de la société au concept du divorce-sanction ce que reflètent notamment des statistiques conséquentes. La violation des devoirs du mariage est sanctionnée par le divorce pour faute. C'est donc par le biais de la faute que le mariage est sublimé. Le cas de divorce pour faute connaît un succès et révèle en creux une réalité implacable du besoin des candidats au divorce d'être reconnus comme victime et que le coupable soit désigné en tant que tel. Toutefois, il faut d'ores et déjà faire remarquer que le divorce pour faute voit dorénavant ses statistiques baisser²¹. La pacification qui représente une des lignes directrices du

¹⁸ BENICHO (M.), « Quelles familles pour demain ? », *Gazette du Palais*, 30 et 31 octobre 2002, p.48.

¹⁹ CARBONNIER (J.), « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Mélanges Ripert, Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Tome 1, 1950, pp.325-345. « Ils continuent, ils continuent à prononcer le divorce, tout simplement parce que le maintien du mariage leur paraît humainement impossible, les causes légales ne leur servent qu'à habiller convenablement une décision sortie de la nécessité ».

²⁰ Loi n°2004-439 relative au divorce.

²¹ Annexe 1 : En 2004 le nombre de divorce pour faute était environ de 50000 sur 132 000 divorces. En 2006, le nombre de divorce pour faute est passé à 29000 sur 137 000 divorces prononcés. Les statistiques

processus de séparation, n'est donc pas allée jusqu'à supprimer le divorce pour faute. Elle rompt néanmoins, avec le concept de culpabilité et de sanction Le législateur avait déjà marqué la tendance en décrochant les effets du divorce à l'égard des enfants dans le cadre de l'autorité parentale avec la loi du 4 mars 2002²². Les sanctions majeures du divorce aux torts exclusifs ont disparu comme la perte de la prestation compensatoire ou la révocation de plein droit des donations et avantages matrimoniaux. C'est ainsi que le concept du divorce-sanction a été touché et a perdu de son attractivité.

L'idée, ensuite, d'un divorce pour cause objective, c'est-à-dire fondé sur le constat de l'échec conjugal communément appelé divorce-faillite n'est pas une nouveauté. Il existait déjà sous l'empire de la loi de 11 juillet 1975. Le divorce pour cause objective implique généralement une cessation de vie commune qui altère la relation conjugale, une impossibilité pour le défendeur de s'y opposer et le prononcé du divorce par le juge après le constat de cet état. Il n'est toutefois pas l'unique cas de divorce contrairement à ce qui a été retenu dans certains Etats européens tels que l'Allemagne, les Pays-Bas, ou le Royaume-Uni. La législation allemande repose sur une cause unique de divorce de nature objective c'est-à-dire : l'échec irréversible du mariage. Les Pays-Bas prévoient également une cause unique et objective de divorce qui est fondée sur la désunion durable des époux. Quant au Royaume-Uni, c'est l'échec irrémédiable du mariage qui constitue l'unique cause objective de divorce même si, pour cela, certains faits comme l'adultère doivent être rapportés. En France, le divorce pour rupture de la vie commune n'était pas satisfaisant car plusieurs obstacles empêchaient sa nature objective de prévaloir sur toute autre considération.

A la veille de la réforme du divorce, la création, enfin, d'un divorce par consentement mutuel sans juge avait également été évoquée. Certains Etats européens comme la Norvège ou le Danemark ont intégré dans leur droit du divorce, un divorce sans contrôle judiciaire. Ces deux pays prévoient un divorce sans juge lorsque le divorce n'est pas contesté par les conjoints. C'est alors devant une autorité administrative que se déroule le règlement du divorce plus précisément devant le Gouverneur du Comté. En France, le cas d'un divorce sans contrôle judiciaire aurait

qui justifiaient le maintien du divorce pour faute en 2004 représentant 40% des divorces, en 2006 ne représente plus que 22% des divorces.

²² Loi n°2002-305, du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

concerné le divorce par consentement mutuel selon des variantes comme l'absence d'enfant mineur ou en cas de séparation prolongée ou encore en l'absence de patrimoine. L'immixtion du juge dans le divorce consenti est de plus en plus contestée. Le rôle du juge consiste à dire le droit mais en matière d'homologation d'accord son rôle est tout autre. En effet, l'objet propre à la fonction juridictionnelle est de trancher les litiges²³. « Quand le juge dit le droit pour trancher un litige, il applique une règle de droit qu'il a choisie comme adéquate aux faits de l'espèce. Alors qu'en matière gracieuse, il se contente d'apprécier l'opportunité d'une mesure, il n'édifie pas un raisonnement juridique qui le conduit à un jugement mais apprécie une situation qui lui est soumise par les intéressés parce que la loi les y oblige »²⁴. Le juge ne remplit donc pas sa fonction de juge au sens strict du terme et son contrôle est souvent plus théorique que réel. Mais la Commission présidée par Françoise Dekeuwer-Défossez²⁵ a rejeté cette hypothèse. Le divorce demeure dans le domaine judiciaire et la simplification n'a pas eu raison du contrôle social. En effet ce dernier intervient en tant que contrôle social de l'institution du mariage. « La dimension institutionnelle du mariage traduit le contrôle social exercé sur le mariage et sur la famille. »²⁶ Il appartient donc à la société, à travers le juge, de prononcer la dissolution du lien matrimonial et d'en contrôler les conséquences.

La politique du divorce de 2004 a eu « pour ambition de mieux reconnaître, au sein de la sphère privée, l'aspiration de nos concitoyens à plus de volonté et de liberté et d'affirmer les références essentielles qui constituent le socle de notre société, au rang desquels la valeur de l'engagement, la solidarité et la responsabilité »²⁷. Si « en 1975 le divorce reste toujours intellectuellement dérogatoire »²⁸, il a gagné en banalisation. C'est ainsi que les objectifs de simplification et pacification sont devenus « les

²³ AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, p.257.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille*, Paris, La documentation Française, 1999, 255p.

²⁶ LECUYER (H.), « Mariage et contrat », in FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIERES (P.), *La contractualisation de la famille*. Economica, Collec. Etudes juridiques, 2001, p.61.

²⁷ Projet de loi relatif au divorce, Sénat n°389.

²⁸ HAUSER (J.), « Le divorce : prémisses et prémices », in *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, Litec, 2004, p.3.

objectifs majeurs poursuivis par le législateur dans la loi du 26 mai 2004 pour moderniser le divorce conformément aux objectifs poursuivis en matière familiale.»²⁹

Le pluralisme des cas de divorce a été maintenu sous des appellations parfois modifiées. Le divorce pour rupture de la vie commune est devenu le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Ce dernier correspond davantage au concept de divorce faillite. Les obstacles limitant son accès ont été abrogés notamment par le retrait de la clause d'exceptionnelle dureté ou par la réduction de la durée de la cessation de vie commune à deux ans. En effet, après une cessation de la vie commune pendant deux ans constatée par le juge, le divorce est automatiquement prononcé dès lors que le défendeur n'a aucun moyen de s'y opposer sauf à démontrer qu'il n'y a pas deux ans de cessation de vie commune. Le législateur a donc consacré un véritable divorce objectif qui ne nécessite aucun jugement de culpabilité et que certains qualifient de droit au divorce³⁰. La qualification de droit au divorce tient de la quasi impossibilité pour le juge de ne pas reconnaître le divorce mais elle tient aussi du fait qu'il est demandé unilatéralement par un des époux. Le divorce sur demande accepté est devenu le divorce pour acceptation du principe de la rupture ou divorce accepté. Le législateur a réorganisé la subdivision des cas de divorce. Au premier rang le divorce par consentement mutuel bénéficie de l'exclusivité du caractère gracieux et puis les divorces contentieux sont en second rang et selon l'ordre des faveurs de la loi : le divorce accepté, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute. La loi du 26 mai 2004 a réussi dans une certaine mesure « ce que n'avait pas réussi la loi de 1975 : dédramatiser le divorce, faire évoluer les esprits et détourner les époux désunis de la tentation du combat judiciaire et des blocages procéduraux. »³¹ Cette dédramatisation a été permise grâce à la suppression des précautions procédurales qui refrenaient l'accès au divorce.

En effet, à l'instar de toutes les époques, le législateur a usé de l'arme procédurale. La règle et le jugement, autrement dit le fond et la procédure, sont les deux

²⁹ BATTEUR (A.), DOUET (F.), MAUGER-VIELPEAU (L.), RIVIERE (N.), TISSERAND-MARTIN (A.), *Le guide des divorces*, Paris, Dalloz, 2007, p8

³⁰ BATTEUR (A.), DOUET (F.), MAUGER-VIELPEAU (L.), RIVIERE (N.), TISSERAND-MARTIN (A.), *Le guide des divorces*, Paris, Dalloz, 2005, 589p. Ou FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème}, 2006, p.231.

³¹ LARRIBAU-TERNEYRE (V. «Dossier spécial réforme du divorce », *Droit de la famille*, février 2005, p4.

composantes irréductibles l'une à l'autre, du phénomène juridique. Concevoir le droit sans l'une ou l'autre, c'est méconnaître l'idée de droit³². La règle procédurale selon l'usage qu'on en fait peut être une arme qui oppresse ou qui libère. L'histoire du divorce est révélatrice du lien étroit qui unit le fond et la procédure dans le divorce. Or, la procédure relève du pouvoir réglementaire et le droit du pouvoir législatif. Pour autant les règles de procédure civile relatives au divorce et les règles de fond sont juxtaposées dans le code civil. Le droit prévoit donc un doublon avec le livre troisième du code de procédure civile dans le chapitre V intitulé « la procédure familiale » découlant du décret du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure familiale³³. Il y a une dépendance entre le droit de la famille et la procédure « car la procédure permet souvent, ici plus qu'ailleurs, de mettre en musique les règles de fond que prévoit le droit civil »³⁴. Le pluralisme des cas de divorce est maintenu mais la mise en œuvre a été profondément modifiée selon l'impératif de simplification. « Souplesse, allègement, rapidité, souci d'apaisement, recherche des accords ; tout concourt à rendre le divorce plus facile et moins traumatisant pour les époux »³⁵.

La procédure selon l'expression latine *procedere*, signifie aller de l'avant, avancer, sortir. Dans un sens commun, la procédure implique une marche à suivre pour obtenir un résultat ou encore sur un plan juridique, elle constitue l'ensemble des règles à suivre pour l'établissement de certains droits ou pour la reconnaissance de certaines situations juridiques³⁶. La procédure sur un plan judiciaire représente l'ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision du juge³⁷. Les obligations procédurales, c'est-à-dire les contraintes imposées par la loi qui consistent en des formalités devant être suivies pour soumettre une prétention à un juge³⁸ sont des actes obligatoires indispensables au déroulement du procès qui ponctuent celui-ci. En définitive simplifier le divorce passe entre autres par la simplification de la procédure. Dès lors que la procédure a une incidence directe sur le fond, la suppression des

³² CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 7^{ème} Ed., 1992, 419p.

³³ Décret n°2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure familiale.

³⁴ LEMOULAND (J.-J.), « Place du droit de la famille au sein des diverses branches du droit », Répertoire civil, 2005, n°163. Messieurs GUINCHARD et VINCENT « Tout est procédure et, à l'inverse, ne s'intéresser au droit substantiel sans le prolongement vers le droit procédural, c'est s'amputer d'une dimension intellectuelle certaine, c'est apprendre le solfège sans jamais jouer d'un instrument de musique », *Procédure civile*, 26^{ème} éd., Dalloz, 2001, p12.

³⁵ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème} éd., 2006, p.244.

³⁶ Le petit Larousse, 2008.

³⁷ V° : procédure, Vocabulaire juridique, association H. Capitant, CORNU (G.), 2007.

³⁸ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 16^{ème} Ed., GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), V° : procédure.

contraintes procédurales rend moins difficile le prononcé du divorce. C'est au titre de la forme, que la loi de 2004 se distingue de la loi de 1975 qui encadrait largement les cas de divorce, et révèle la singularité des obligations procédurales dans le droit du divorce. L'instance procédurale a été réduite à des règles minimales qui guident les époux lors de l'élaboration de leur divorce.

La procédure du divorce par consentement mutuel a ainsi, été amputée de certaines règles contraignantes telles que l'obligation de deux comparutions ou encore celle du délai de réflexion initiale de six mois après le mariage. Le divorce pour acceptation du principe de la rupture a également subi une réduction des conditions de forme. Il n'y a plus de demande accompagnée d'un mémoire, ni d'acceptation traduite par un contre mémoire, ni même de réitération des aveux lors de l'audience de conciliation. C'est à travers la procédure contentieuse que la minimisation procédurale fait un éclat. La procédure contentieuse est soumise à des règles de forme communes aux différents cas de divorce, qualifiées de « tronc commun procédural ». Cette phase désormais homogène est vectrice d'une plus grande clarté et annihile pour un temps la pluralité des divorces conflictuels. Le tronc commun procédural favorise une lecture schématique du parcours judiciaire. Il trace de manière simpliste les éléments essentiels d'un processus et indiscutablement améliore l'accès mais aussi le prononcé du divorce.

Cette libération d'un certain carcan procédural a été rendu possible grâce au contexte familial désincarné et reconstruit en fonction de nouveaux modèles. En effet, la réforme du divorce arrive dans un contexte familial en pleine mutation. Le pluralisme familial continuellement soulevé constitue l'épicentre du séisme que connaît le droit de la famille. L'admission du pluralisme dans le droit de la famille a permis de traduire « un rapport différent entre la loi et les mœurs, le refus d'une loi inique et pédagogique qui prétend dresser les mœurs. Il traduit le refus d'une loi dictée par une sorte d'idéal et préfère une loi telle que la concevait Montesquieu, 'flegmatique, parcellaire, empirique'. »³⁹ La famille se veut donc plurielle. Car si dans un premier temps l'Etat a façonné la famille, dans un second temps c'est la famille ou plutôt les membres qui la composent qui façonnent l'Etat. C'est ainsi que l'individu caractérise la famille et donne le nom à celle qui lui correspond. C'est « par un adjectif que l'on attribue à ce

³⁹ LEMOULAND J.-J.), « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, 1997, Chron., p.134

groupe son identité de famille (...) adoptive, recomposée, monoparentale, unilinéaire (...). Ainsi, on appréhende la famille par les individus qui la composent et les liens très divers qui les unissent. »⁴⁰ La famille s'est diversifiée car l'union s'est diversifiée. En effet, des modes de conjugalité se sont développés. En atteste l'émergence de la notion de couple⁴¹ qui est significative de la pluralité et de l'évolution des modes de relation et qui impose à la loi d'user d'un terme générique regroupant tous ces modes d'union.

Avec la loi du 15 novembre 1999⁴² relative au pacte civil de solidarité, le modèle classique du mariage est juridiquement concurrencé. Si dans un premier temps on a dénoncé l'attribution grandissante de prérogatives au profit des concubins, longtemps le législateur est resté réticent à constituer un véritable statut juridique parallèle au mariage. La fin du monopole du mariage a été consacrée par la loi sur le Pacs qui offre au couple un autre modèle bénéficiant d'un véritable statut juridique. L'exemplarité du mariage est donc amoindrie par la pluralité des modes de conjugalité mais aussi par les modes de dissolution que permettent ces mêmes modes de conjugalités. La possibilité de rompre unilatéralement une relation conjugale reconnue juridiquement par la loi (pour le pacs) a donc contribué dans une certaine mesure à mettre en évidence une liberté de rompre. Il suffit, pour rompre, d'une déclaration conjointe de séparation des partenaires ou d'une déclaration unilatérale signifiée à l'autre partenaire (article 515-7 du Code civil). La possibilité de rompre facilement qui ne concernait que le pacs a peut être eu une influence sur l'évolution du droit du divorce en permettant une acceptation plus large des modes de rupture qui se dessine à travers le divorce pour altération définitive du lien conjugal ou encore par une procédure uniformisée et réduite à un minimum de règles.

Le bouleversement de la famille s'explique également par une perte de repère stricte et unique. En effet, le mariage a bénéficié pendant longtemps du monopole du modèle familial. Seul le lien du mariage était créateur de la famille en tant que modèle unique. Mais le mariage a perdu un certain nombre de privilèges relatifs au lien de filiation. Le principe d'égalité entre enfant naturel et enfant légitime est en premier lieu

⁴⁰ *Ibid.*, p12.

⁴¹ BRUNETTI-PONS (C.), « L'émergence de la notion de couple en droit civil », *RTDC*, 1999, pp.27-49. La notion de couple est apparue dans la loi du 29 juillet 1994 n°94-653 relative au respect du corps humain dans son article 152-2 du code de la santé publique.

⁴² Loi n°99-944, 15 novembre 1999 relative au PACS.

posé par la loi du 3 janvier 1972⁴³ et repris en matière de succession avec la loi du 3 décembre 2001⁴⁴ puis réaffirmé par la loi du 4 mars 2002⁴⁵. La distinction entre les enfants, naturel et légitime a été définitivement abrogée par l'ordonnance du 4 juillet 2005⁴⁶ et touche indiscutablement la nature modélisante du mariage. « La réforme de la filiation consacre (...) indirectement la liberté des couples en abolissant toute distinction entre enfants nés en mariage et nés hors mariage. »⁴⁷ Cette perte d'effet juridique, exclusif au mariage, ampute ce dernier de sa haute qualité de référent et libère indirectement la dissolution judiciaire de son emprise. Donc même si le texte du mariage a peu changé « tout, autour de lui, a été révolutionné : le divorce a été libéralisé, l'égalité entre enfants nés en mariage et nés hors mariage a été proclamée, les catégories mêmes d'enfants légitimes et naturels ont été abolies. Surtout la création du Pacs a fait naître à côté du mariage un statut alternatif du couple que la réforme de 2006 a clairement rattaché à l'état des personnes. Comme toute institution sociale, il vit et évolue ; il est modelé par les évolutions de la société, les aspirations des individus et les forces qui, en profondeur, transforment le droit de la famille ».⁴⁸

La mutation du droit de la famille a entraîné une réflexion pour réinventer des modes de régulation des faits socio-familiaux. L'acuité du problème d'adaptation du droit aux faits se retrouvent donc perpétuellement dans le droit de la famille et précisément dans le droit du divorce. Face aux aspirations individuelles qui sont incompatibles avec un cadre imposé, il a fallu trouver une alternative pour régler les conflits conjugaux. « La normativité s'est déplacée et a changé d'objet. Les individus n'acceptent plus d'être soumis à un modèle qui leur serait imposé de l'extérieur. A une régulation par l'extérieur d'un modèle impératif se substitue une régulation par l'accord des partenaires. Le contrôle social se fait plus discret mais probablement toujours aussi efficace (...) la persuasion relaie l'*imperium* du juge. »⁴⁹ L'Etat a ainsi progressivement

⁴³ Loi n°72-3 relative à la filiation. Voir TISSERAND-MARTIN (A.), « L'enfant adultérin : chronique d'une mort annoncée », *J.C.P (N.)*, 1993, I, pp.53-57. Madame la Professeure évoque notamment la vocation successorale réduite de l'enfant adultérin.

⁴⁴ Loi n°2001-1135. Loi portant réforme du droit du conjoint survivant et des enfants adultérins.

⁴⁵ Loi n°2002-305, du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

⁴⁶ Ordonnance n°2005-759, du 4 juillet 2005 réformant la filiation. Voir, COUDOING (N.), *Les distinctions en droit de la filiation*, Thèse, Toulon, 2007, 424p.

⁴⁷ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), préc., p.44.

⁴⁸ FULCHIRON (H.), « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXIème siècle », in *Le monde du droit*, J.FOYER, Economica, 2008, pp.395-415.

⁴⁹ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « La nécessité d'une réforme », *Droit de la famille*, Déc. 2000, n°12, Chron., p17.

déserté le champ de régulation directive de la relation familiale au profit d'une approche plus centrée sur la conjugalité et dominée par les dogmes de la liberté et de l'autonomie de la volonté. Comme l'énonce Madame la Professeure Labrusse-Riou, le droit de la famille et plus particulièrement le divorce connaissent un « désinvestissement normatif des lois ».⁵⁰ La montée du contractualisme et de l'autonomie de la volonté au motif que la famille concerne seulement la vie privée et les libertés individuelles⁵¹ favorise un traitement amiable des conflits familiaux.

Face au repli de la loi, les membres de la famille doivent se prendre de plus en plus en charge. « Le droit de la famille s'est contractualisé et laisse aujourd'hui de larges espaces qui peuvent être régis par les seules volontés des intéressés. »⁵² En atteste, les nombreux domaines où peuvent s'exercer librement les volontés comme celui du choix des nom et prénom de l'enfant⁵³ ou pour les régimes matrimoniaux⁵⁴, ou encore la modification de l'état civil suite à une demande d'une personne transsexuelle⁵⁵. Le droit de la famille laisse de plus en plus de place à l'expression de la volonté et tout particulièrement aux volontés accordées. La voie des modes alternatifs de résolution des conflits a été une des réponses apportée à « la mutation profonde du système juridique contemporain »⁵⁶. L'ère de l'Etat tout puissant est révolue, elle se fait plus modeste et permet ainsi au droit d'exister en dehors de l'Etat⁵⁷. La justice négociée a envahi le paysage familial notamment avec la loi du 8 février 1995⁵⁸ et son décret d'application du 22 juillet 1996. La médiation judiciaire (sans dispositions spécifiques en matière familiale) permet par le biais d'un tiers médiateur d'amener les époux ou les parents à résoudre conventionnellement leur conflit. La médiation familiale est apparue dans la loi du 4 mars 2002 suivi d'un décret du 2 décembre 2003 et d'un arrêté du 12

⁵⁰ LABRUSSE-RIOU (C.), « Le désinvestissement du législateur : le flou des références légales », in *Famille et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, MEULDERS KLEIN (M.-T.) (dir.), Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1997, pp.28-42.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² LEMOULAND J.-J.), préc., p136.

⁵³ Loi n°93-22, du 8 janvier 1993, relative à l'état civil, famille et droits de l'enfant, juge aux affaires familiales, Cf., l'article 57 du code civil.

⁵⁴ Loi n°2006-728, du 23 juin 2006 réformant les successions et les libéralités, Cf., l'article 1397 du Code civil.

⁵⁵ Cass., ass., plén., 11 décembre 1992, *Bull. civ.* N°13 ; R., p.67, rapp., GELINEAU-LARRIVET ; *GAJC*, 11éd., n°22-23 ; *JCP*, 1993, II, 21991, concl. JEOL, note MEMETEAU ; *Gaz. pal.*, 1993, 1, 180, concl. JEOL ; *Defrénois*, 19993, p.431, note MASSIP ; *RTDC*, 19993, p.97, obs., HAUSER.

⁵⁶ RACINE (J.-B.), (dir.), *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, L'Hermès, 2002, p.19.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Loi n°95-125, du 8 février 1995 modifiant l'organisation des juridictions et de la procédure civile.

février 2004 portant création d'un diplôme d'état de médiateur familial. La réforme du divorce à l'instar du droit de la famille a consacré dans son ensemble de nouveaux modes de régulation plus adaptés au domaine privé du couple et a accordé à la médiation deux alinéas prévus à l'article 255 du Code civil. La médiation familiale permet lorsque les époux y consentent de rétablir un dialogue avec l'aide d'un médiateur et de gérer leur conflit. Ce mode de régulation permet une norme négociée, souple, évolutive.⁵⁹

De façon générale, la part des accords et la recherche de consensus ne cessent de s'accroître. En effet, le désinvestissement du droit en matière familiale coïncide avec le phénomène de contractualisation des relations familiales⁶⁰. Différents exemples donnent de la contenance à ces propos. La loi du 23 juin 2006 a réformé les successions et les libéralités en fonction des modifications des configurations familiales. L'esprit de la loi a permis de donner « plus de liberté pour organiser sa succession, de faciliter de gestion du patrimoine et encore a accéléré et simplifié la liquidation de la succession »⁶¹. On retrouve les objectifs similaires à ceux de la réforme du divorce de 2004. Pour répondre à l'impératif de liberté ce sont encore les pactes qui sont à l'honneur. La réforme marquée par l'épanouissement de la liberté individuelle permet un pacte successoral sous la forme d'un contrat notarié autorisant les héritiers réservataires à renoncer, en tout ou partie, du vivant du disposant à exercer une action en réduction des libéralités qui porteraient atteinte à leur réserve (article 929 et suivants du code civil). La volonté individuelle prend peu à peu le pas sur le champ de l'ordre public.

La répulsion à l'égard du contrôle social directif dans un domaine aussi intime que la désunion et le souffle de liberté répandue sur le droit de la famille font de la solution amiable le mode privilégié de règlement des conflits. Le législateur de 2004 a voulu faire des conflits conjugaux une affaire personnelle qui appelle un règlement conventionnel du divorce et pour cela il a offert un panel de possibilités aux époux pour régler eux mêmes leur divorce. Les accords sont systématiquement favorisés dans le processus de démariage. Ils peuvent être partiels ou globaux et ils interviennent à tous les stades de la procédure. Des passerelles ont également été aménagées en faveur des

⁵⁹ RACINE (J.-B.), préc., p.20

⁶⁰ MEULDERS –KLEIN (M.-T.), -(dir.), *Famille et justice Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1997, pp.608-609.

⁶¹ LEROYER (A.-M.), « Réforme des successions et des libéralités », *R.T.D.C.*, 2006, p.612.

accords « qui ouvrent des perspectives de succès plus favorables qu'une décision autoritaire du juge. »⁶² Cet engouement pour les accords de volonté constitue un mode de régulation efficace pour réaliser le dessein de pacification.

Or l'apanage du mode conventionnel dans le paysage familial se confronte directement à l'ordre public familial. En effet, l'intégration de l'accord dans le divorce et son statut privilégié remet en cause la dialectique famille et individu et aussi celle des intérêts privés et de l'intérêt général. En matière conjugale, l'ordre public est considéré comme un rempart destiné à la préservation du mariage et de la famille. Longtemps les règles du divorce ont été écrites exclusivement en fonction de cette préservation et assuraient ainsi la canalisation de toute expression de la volonté. « Le mariage crée donc une union de personnes et de biens que la loi soustrait dans ses traits essentiels, à la libre disposition des époux en leur conférant le caractère d'ordre public »⁶³. L'exercice du « dirigisme normatif étatique »⁶⁴ découlait directement de la valeur morale et sociale de l'ordre public familial. Toutefois, l'ordre public qui impose un ordre au nom de l'intérêt général subit avec l'emprise de la volonté un déclin. « Chaque manifestation de volonté admise par le droit positif devient par là-même un coup de boutoir porté au caractère d'ordre public de l'état des personnes »⁶⁵. Les époux qui s'engagent dans le divorce sont libres de disposer du lien matrimonial et de le dissoudre à leur convenance sous la houlette du juge. Les époux disposent d'une liberté dans la conduite de leur divorce notamment dans l'aménagement des conséquences et l'état de l'ordre public se desserre au profit des volontés individuelles et des accords entre époux⁶⁶.

Le droit de la famille vit ainsi un certain bouleversement qui implique un réajustement des normes, de réinventer des codes. Le rôle du droit dans la famille pose la question du rapport entre l'Etat et l'individu engagé dans une relation familiale, entre immixtion du juge et liberté de chacun de vivre comme il veut. La loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce s'est donc réajustée en fonction de ces orientations familiales. Elles se manifestent concrètement par une simplification, une

⁶² GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Les nouveaux divorces », *A.J.F.*, juin 2004, Dossier, pp.204-238.

⁶³ MEULDERS –KLEIN (M.-T.), « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat, et au-delà », R. Ganghofer (dir.), *in Le droit de la famille en Europe*, 1992, Presses universitaires de Strasbourg, p.219.

⁶⁴ AZAVANT (M.), *L'ordre public et l'état des personnes*, Thèse, Pau, 2002, p.2.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ COLCOMBET (C.), FOYER (J.), HUET-WEILLER (D.), *Dictionnaire juridique : divorce*, Paris, Dalloz, 1984, p.2.

contractualisation ou encore une privatisation du droit. Le procès du divorce s'apparente de plus en plus à un procès fictif « permettant de réaliser par la voie judiciaire ce que la volonté ne peut obtenir »⁶⁷. Le droit du divorce conforte la recherche de justification du contrôle social et y répond par un contrôle minimaliste. En effet, le divorce pris dans sa globalité a été largement facilité. Mais cette facilitation du divorce est-elle suffisante pour affirmer l'existence d'un droit au divorce ?

Les barrières procédurales et fondamentales (entendu les règles impératives relatives au mariage) s'effacent au profit de la volonté et poussent à son paroxysme la simplification du droit. Il ne reste alors qu'à remplir certaines obligations procédurales pour parvenir au dessein recherché qui est l'obtention du divorce. Si on ajoute à la facilitation la simplification, le droit du divorce ne serait-il pas devenu une réalité ?

La mouvance du divorce mais plus généralement du droit de la famille s'adapte à la montée en puissance d'un individualisme exacerbé qui exige toujours plus. Jean Carbonnier évoquait cette évolution : « La famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité. »⁶⁸ Le droit de la personne s'impose peu à peu sur celui de la famille notamment par la multiplication des droits subjectifs. En effet, chaque revendication personnelle constitue un droit subjectif potentiel. « Une caractéristique du droit de notre époque aura été la tendance à se subjectiver, à se résoudre en une averse de droits subjectifs ».⁶⁹ Cette philosophie individualiste et l'exigence du bonheur ont pris le pas sur des considérations d'intérêt général. La famille s'efface sous le poids des revendications personnelles et laisse derrière les institutions familiales. La multiplication des prétentions nouvelles font émerger des droits subjectifs ou encore des « droits à ». « Il y a désormais dans la société plus de processivité virtuelle, plus de droit encore en perspective »⁷⁰. Le droit au divorce ne serait-il pas un de ces droits en perspective ?

Le droit au divorce serait donc le droit de pouvoir divorcer sans apporter la preuve de la faute de l'autre, sans que le conjoint puisse s'y opposer et enfin sans qu'il

⁶⁷ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), préc., p.22.

⁶⁸ CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p.181

⁶⁹ CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p.121.

⁷⁰ *Ibid.*

ne soit suivi d'effets particuliers en raison de la demande. Le droit au divorce signifierait également le droit pour les époux de consentir et de régler leur divorce sans l'intervention du juge.

L'existence d'un droit au divorce semble être de plus en plus pertinente. Or pour tenter de répondre à ce questionnement, deux étapes semblent nécessaires.

La première étape consistera à étudier l'assouplissement des règles de forme qui sont interdépendantes des règles de fond dans le droit du divorce. D'autant que les règles de fond et les conséquences du divorce autorisent par leur caractère objectif plus facilement une dénonciation du lien conjugal. C'est ainsi que cette première étape nous a permis de faire apparaître un aménagement des voies judiciaires propices à l'obtention du divorce (**Première partie**).

La deuxième étape consistera à approfondir ce phénomène. Est-ce que la facilitation porte en elle la reconnaissance d'un droit subjectif au divorce ? En effet, le divorce reste sous l'égide du juge. Mais on va observer l'inclinaison conventionnelle du règlement du divorce qui laisse aux époux une certaine maîtrise du divorce. A cette appropriation du droit par les époux s'ajoute, une fragilisation de plus en plus prégnante des barrières institutionnelles. L'ensemble de cette évolution baignant dans un contexte subjectiviste du droit, laisse penser que l'on se dirige vers une reconnaissance d'un droit au divorce (**Deuxième partie**).

PARTIE I/ L'AMENAGEMENT DES VOIES JUDICIAIRES

PROPICES A L'OBTENTION DU DIVORCE

Le législateur de 2004 a opéré un bouleversement idéologique, en fonction de l'interrogation sur le « rôle que la justice, passage obligé du règlement du conflit, est amenée à jouer comme mode de régulation de ses effets sociaux »⁷¹. Le législateur a donc renversé la cause originelle du procès en divorce. Le procès du divorce ne s'érige plus comme une justice tranchante où seul compte la sanction des violations du régime matrimonial. Selon l'idée que « les conflits de couple ne sont pas des conflits de droit »⁷², tout au moins ne nécessitent pas tous le même degré de contrôle, le législateur s'est posé des objectifs, régler le divorce de la moins mauvaise façon possible en fonction des situations.

Le droit du divorce est devenu une sorte de jeu de construction de l'avenir des époux. La loi pose des règles comme la pacification, la dédramatisation, parfois, elle facilite, contraint, ou encore encourage sans perdre de vue le but du jeu, aboutir dans les meilleures conditions au divorce. Ainsi, le rôle du droit du divorce réside davantage dans l'organisation de la vie des époux que dans une justice conjugale.

Le législateur a dépouillé la procédure des obstacles lors de la traversée du divorce. Le droit du divorce connaît une certaine uniformisation malgré le maintien de la pluralité des cas de divorce. Le tronc commun procédural constitue l'exemple topique de l'uniformisation. Les différents cas de divorce sont maintenus mais ils sont englobés dans une sorte de standardisation du droit, c'est-à-dire avec une seule sorte de procédure et sans conséquences spécifiques relatives au choix du cas de divorce.

L'aménagement des voies judiciaires a donc libéralisé le divorce et en a favorisé l'entrée mais surtout la sortie. Différents facteurs mettent en exergue une ouverture du divorce, d'une part, la simplification de la procédure (TITRE I) et d'autre part l'objectivation du droit du divorce (TITRE II).

⁷¹ GANANCIA (D.), « Pour un divorce du XXI^e siècle », *Gazette du Palais*, 19 avril 1997, p662.

⁷² *Ibid.*

TITRE I : UNE SIMPLIFICATION PROCEDURALE ENCADREE

La rupture judiciaire revisitée par la loi de 26 mai 2004 s'est dégagée des contraintes procédurales prévues par la loi de 1975. La rupture judiciaire connaît une simplification. Du mot latin, *simplex*, qui n'est formé que d'un élément, cela signifie rendre plus facile à comprendre, plus facile à appliquer. Le divorce est davantage lisible et de ce fait, il est davantage accessible. La simplification implique que la procédure se suffit à elle seule, elle n'a besoin de rien d'autre pour produire l'effet attendu.

Inéluctablement le lien entre la simplification et l'accès au divorce se crée. Si le cheminement conduisant au prononcé du divorce est facile à suivre, indéniablement cette facilitation va permettre de garantir le prononcé du divorce. La procédure constituant les règles gouvernant l'introduction de l'instance, la progression, et le résultat du procès a une incidence directe sur le fond et donc sur son prononcé.

La simplification de la procédure se conjugue à la fois avec l'allègement, le raccourcissement, la pacification, la dédramatisation. Ainsi, elle influence considérablement la culture procédurale et porte en elle, les prémices d'une ouverture sans borne au divorce. Toutefois, cette accessibilité exacerbée par la simplification impose un certain encadrement des époux. Ces derniers doivent, malgré une lisibilité de la loi, s'entourer à deux niveaux, le premier pour assurer leur sécurité et le second pour traduire la loi et garantir l'issue du divorce.

Les aménagements opérés par la loi de 2004 peuvent donc se résumer par la simplification. La simplification de la procédure se matérialise notamment par la suppression des obstacles procéduraux (Chapitre I.). La simplification favorisant le succès du divorce est relayée par l'avocat et le notaire (Chapitre II).

CHAPITRE I : LA SUPPRESSION DES OBSTACLES PROCEDURAUX

Depuis longtemps, la corrélation entre la complexité de la procédure et la limitation du nombre de divorces est établie, au même titre que celle concernant le fond et la forme du divorce. « Cas et procédures de divorce ont toujours été étroitement liés ; depuis le Code Napoléon, une part plus ou moins importante de la procédure est d'ailleurs inscrite dans le Code civil. En 1804, le législateur avait joué sur la procédure pour enfermer le divorce dans un cadre suffisamment strict pour en détourner les époux. »⁷³

La loi du 26 mai 2004 a posé des directives de pacification, d'allègement et de responsabilisation. Le respect de ces directives conduit au prononcé du divorce et assure son efficience par l'absence de résurgence de conflit après le divorce. Ces différents objectifs transcendent toutes les procédures sans distinctions. Le but essentiel commun est la conduite des époux aux portes du divorce en leur permettant de gérer leur conflit. La réforme conformément aux objectifs a supprimé certaines règles procédurales qui étaient des obstacles au prononcé du divorce. Elle entend moderniser le droit du divorce en simplifiant les procédures lorsque les époux s'entendent sur le principe de la séparation et dans le cas contraire en apaisant autant que possible leurs relations⁷⁴. La pacification est poussée à son extrême entraînant ainsi une privatisation de la rupture.

Le pluralisme des cas et des procédures est maintenu dans son principe, mais avec des remaniements profonds. En effet, les deux catégories de procédures de divorce, les procédures gracieuse et contentieuse, ont subi des aménagements afin d'améliorer la « traversée » du divorce par les époux et d'en faciliter l'issue. Cette facilitation de l'accès au divorce conduira à s'interroger sur l'existence d'un droit au divorce. Les aménagements ont conduit à la facilitation de l'accès au divorce par l'allègement de la procédure gracieuse (Section 1) et par l'uniformisation et la pacification de la procédure contentieuse (Section 2).

⁷³ FULCHIRON (H.), « Les métamorphoses des cas de divorce », *Defrénois*, 2004, n°17, p.1120

⁷⁴ Selon le Garde des sceaux de l'époque.

SECTION 1 : L'ALLEGEMENT DE LA PROCEDURE GRACIEUSE

La loi de 1975 imposait dans le cadre du divorce par consentement mutuel, la réitération à deux reprises du consentement au divorce. Le consentement dans le divorce par consentement mutuel était d'un point de vue procédural très encadré. La première comparution permettait de s'assurer de l'intention des époux de divorcer. L'autre qui ne pouvait intervenir avant trois mois, consistait à vérifier la persistance du consentement et confirmait, ainsi, la volonté des époux de divorcer. Cet encadrement du consentement permettait « (...) à la volonté des époux de s'éprouver, aux accords de mûrir et au juge d'accompagner les conjoints dans leur démarche tout en contrôlant l'équilibre de leur convention. La volonté des époux était donc au cours de la procédure soumise à une double épreuve : épreuve de temps, épreuve du juge. »⁷⁵ Cependant ce système de double comparution accompagné de deux conventions séparées par un délai de réflexion apparaissait comme un véritable carcan non justifié dans la mesure où le juge se contentait d'entériner la convention dans la plupart des cas.

Le législateur de la loi du 26 mai 2004 a corrigé les lacunes du divorce sur demande conjointe. Il a allégé la procédure c'est-à-dire, qu'il a extirpé de la procédure une partie du poids des obligations (procédurales) et a ainsi facilité la voie du divorce, dans le sens où le divorce s'obtient sans peine, sans effort. Les époux jouent d'ailleurs le premier rôle dans le traitement de leur échec conjugal. Le juge apparaît dans un second temps pour valider le règlement du divorce. En effet, la procédure du divorce par consentement mutuel se dessine en deux temps : premièrement par l'élaboration de l'accord global en amont de la procédure (§1) et deuxièmement par l'office du juge en aval de la procédure lors du prononcé du divorce (§2).

⁷⁵ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème}, 2006, p252.

§1 : L'élaboration de l'accord global en amont de la procédure

L'unicité de comparution impose un strict respect des conditions de recevabilité de la requête et s'impose comme une véritable étape préparatoire (A.) dont certaines exigences comme la déclaration sur l'honneur sont simplement relatives (B).

A. La recevabilité de la requête : une véritable étape préparatoire

Le nouveau schéma procédural est plus simple et plus expéditif puisqu'une seule comparution suffit. La procédure s'enclenche par une requête unique, avant de présenter la requête conduisant au jugement du divorce, les époux doivent se soumettre à la préparation de cette dernière. Les conditions de recevabilité de la requête sont denses et font de la demande en divorce par consentement mutuel, une étape préparatoire, indispensable et préalable à l'office du juge. La phase préliminaire doit regrouper d'une part l'affirmation et la constatation que les époux souhaitent divorcer et d'autre part l'élaboration des accords de règlement. Les époux doivent être d'accord tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences (article 230 du Code civil). L'obligation d'un accord global à la première audition permet certes un divorce en une étape, cependant en amont l'élaboration de l'accord global nécessite la réunion de diverses exigences légales.

Les articles 1090 et suivants du C.P.C énumèrent les différents éléments indispensables à la recevabilité de la requête. Tout d'abord le ministère d'avocat demeure obligatoire, soit la requête est présentée par les avocats respectifs ou soit elle est présentée par un avocat choisi d'un commun accord comme par le passé (article 250 du Code civil). Au regard des enjeux de cette phase préalable, l'avocat permet d'encadrer les époux dans la réalisation de leur accord. La requête ne doit pas indiquer les faits à l'origine de la demande ou les motifs. L'ancien article 230 du Code civil précisait que les époux n'avaient pas à faire connaître la cause du divorce, cette information n'est plus mentionnée par le texte issu de la réforme de 2004. L'absence de cette précision est éloquent à deux égards. Tout d'abord, elle pose le divorce par consentement mutuel comme un divorce objectif. On ne retrouve ni dans la requête ni lors de l'audience la mention des faits à l'origine de la demande, le juge n'ayant pas à

connaître de tels motifs. Puis, l'évocation de tels griefs n'a aucune influence sur le déroulement de la procédure du divorce. La procédure de divorce par consentement mutuel est hermétique aux raisons du divorce. Le juge se cantonne au contrôle du consentement et de la convention des époux, les motifs de la demande n'entrant pas dans son champ d'intervention.

La requête doit contenir un certain nombre de mentions comme l'identité des époux, l'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée, le nom ou les noms des avocats ... sous peine d'irrecevabilité (article 1090 du C.P.C.). Elle doit également être impérativement datée et signée par les époux. La requête n'est pas un simple acte introductif d'instance, elle est également l'expression écrite du consentement des époux au divorce.

Toujours sous la même sanction doit être annexée une convention portant règlement complet des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration non- liquidation datée et signée par les époux et les avocats. La convention prévue à l'article 1091 du C.P.C. est une convention unique. Elle remplace la convention définitive de l'ancien divorce sur requête conjointe qui était autrefois annexée à la requête réitérée. La procédure se trouve considérablement allégée par la suppression de la convention temporaire, du projet de convention définitif et du compte rendu de l'exécution de la convention. Par conséquent, le règlement des conséquences du divorce ainsi que l'état liquidatif sont prévus en amont de la procédure, tout est résolu avant l'entrée en jeu du juge aux affaires familiales. La convention est une pièce maîtresse du divorce par consentement mutuel, car, il ne s'agit plus d'un projet à parfaire mais d'une convention définitive. La convention est obligatoire, elle doit être comprise dans la requête sous peine également d'irrecevabilité. Une fois présentée au greffe, elle est soumise à l'homologation du juge. Les époux ont donc la charge d'élaborer une convention qui permettra au juge de statuer directement. En effet, ce document doit être en état d'être jugé pour pouvoir être homologué. « Cette exigence est la contrepartie et la condition d'accès direct au prononcé du divorce »⁷⁶. Le divorce d'accord est acquis lorsque les obligations procédurales sont remplies. Certes, il

⁷⁶ CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, p.521.

n'existe plus de contraintes procédurales limitant l'accès au divorce mais la formalisation du divorce s'érige comme contrepoids à l'accessibilité.

Les époux doivent décider conjointement de la liquidation de leur régime matrimonial, des conditions de partage, d'éventuelle prestation compensatoire, de la date des effets du divorce, du nom des époux, de la fixation de la résidence des enfants et les modalités de contribution à leur éducation et à leur entretien, du sort des donations et avantages matrimoniaux qu'ont pu se consentir les époux. C'est aux époux eux-mêmes de fixer le sort des donations qu'ils se sont consentis pendant leur union⁷⁷.

Concernant la fixation de la prestation compensatoire, c'est un simple maintien de la loi du 30 juin 2000. Il incombe aux époux de fixer d'un commun accord le montant et les modalités de la prestation compensatoire. Le champ de prévision conventionnel ouvre de larges possibilités renforçant l'autonomie des époux⁷⁸.

Quant à la liquidation du régime matrimonial, elle consiste à poser clairement les droits que chaque époux tient de leur régime afin de connaître leur patrimoine personnel. Un état liquidatif est obligatoire pour les époux en dehors des cas où il n'y a pas lieu à liquider. La liquidation permet d'établir un bilan final sur la vie patrimoniale du ménage. Elle permettra ainsi de répondre au mieux à toutes les questions patrimoniales découlant des conséquences du divorce notamment celles relatives à la prestation compensatoire. Lorsque la liquidation comprend un bien soumis à publicité foncière le notaire doit obligatoirement intervenir. En effet, l'état liquidatif doit être passé en la forme authentique devant notaire, cette condition est posée à l'article 1091 du C.P.C. Cette opération intervient en amont de la procédure c'est-à-dire avant le dépôt de la requête. Auparavant, il intervenait après le délai de réflexion de trois mois. A ce

⁷⁷ Article 265 alinéa 1. A défaut de stipulation particulière en matière de donation, c'est le droit commun qui s'applique, c'est-à-dire le maintien des donations des biens présents et les avantages matrimoniaux ayant pris effet au cours du mariage. Les donations de biens présents entre époux sont irrévocables sauf selon les conditions prévues aux articles 953 à 958.

⁷⁸ Voir les articles 278 et 279 du Code civil. Ils peuvent décider soit d'en prévoir une, soit de ne pas en prévoir, ensuite ils fixent le montant et les modalités du versement de la prestation compensatoire. Ils peuvent prévoir une prestation compensatoire sous forme de capital, c'est-à-dire le versement d'une somme d'argent ou l'abandon en nature d'un bien meuble ou immeuble en pleine propriété. S'ils choisissent la rente, ils peuvent échapper à la rente viagère imposée dans les divorces contentieux, en fixant une durée du versement de la rente ou en prévoyant un événement extinctif (par exemple la retraite, remariage). Les époux peuvent également introduire une clause de révision judiciaire prévu à l'article 279 alinéa 3 pour « changement important ».

stade les époux avaient déjà déposé une requête en divorce. Désormais le notaire reçoit les époux, il va établir un état liquidatif alors qu'aucune procédure de divorce n'est en cours, ni aucune requête déposée. Il procède aux opérations de liquidation et de partage du régime matrimonial avant l'office du juge. C'est une avancée incontestable car elle permet de concentrer les effets du divorce au jour du prononcé du divorce.

Cette phase préalable préparatoire au cours de laquelle les époux, leurs avocats et parfois le notaire construisent leur avenir se déroule en dehors du juge. L'allègement de la procédure du divorce par consentement mutuel en une comparution unique est significatif de l'objectivation du divorce, car tout ce qui touche à l'intimité est réglé en dehors du juge aux affaires familiales. En effet, les époux avant de se présenter devant le juge ont déjà réglé leur divorce. Dès lors qu'ils doivent fournir une convention traitant toutes les conséquences de leur divorce avant leur demande, ils se sont donc déjà soumis aux discussions, aux négociations quant aux mesures prises pour leur vie post-divorce.

La suppression de la réitération de la demande implique un certain écartement du juge du divorce. Désormais il n'a plus l'entière maîtrise de la procédure, il intervient *in fine*. Cependant, la requête est soumise au contrôle du juge et doit donc remplir toutes les conditions nécessaires à sa recevabilité. Le contrôle de la recevabilité de la requête par le juge est devenu un moment essentiel de la procédure de divorce par consentement mutuel car c'est lors de ce passage que se joue la poursuite ou l'arrêt de la procédure et le prononcé du divorce. Dès lors qu'il n'existe pas de réels obstacles à l'obtention du divorce par consentement mutuel, les exigences posées par le législateur concernant la recevabilité de la requête constituent les derniers remparts à la facilitation du divorce. En conclusion, si les exigences procédurales sont respectées, on aboutit au prononcé du divorce. Parfois, certains documents devant être produits lors de la requête ne semblent même pas être exigés sous peine d'irrecevabilité.

B. L'exigibilité relative de la déclaration sur l'honneur.

La requête doit contenir d'autres mentions qui ne sont pas expressément prévues par les articles 1090 et suivants du C.P.C. Il faut également mentionner l'existence

d'enfants d'un précédent mariage ou adoptés, si les époux sont bénéficiaires de l'aide juridictionnelle ainsi que la déclaration sur l'honneur. Sur ce dernier point, l'exigence de la déclaration n'est pas clairement énoncée. En effet, les articles 1090 et suivants du C.P.C. ne renvoient pas aux dispositions de l'article 1075-1 qui appellent à fournir cette déclaration dès lors qu'une prestation compensatoire est demandée. Cependant, l'article 1075-1 précise que lorsqu'une prestation compensatoire est demandée au juge ou « prévue dans une convention », chaque époux produit⁷⁹ une déclaration sur l'honneur. Dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, les époux doivent prévoir l'existence et les modalités de la prestation compensatoire dans leur convention. Par conséquent l'article 1075-1 semble également s'appliquer au divorce gracieux. La déclaration sur l'honneur est une innovation marquante opérée par la loi du 30 juin 2000. Cette déclaration comprend l'exactitude des ressources, des revenus, du patrimoine et des conditions de vie des époux (article 272 alinéa 1 du Code civil). Les différentes informations certifiées lors de la déclaration permettent ainsi au juge et aux époux de connaître la situation et la véracité des informations fournies par l'un et l'autre. Comme le précise la circulaire du 25 novembre 2002 faisant le bilan d'application de la loi du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire, il s'agit « de faciliter le travail du juge, de renforcer l'obligation de loyauté entre les parties et, en cas de dissimulation par l'une d'elles de sa situation, de permettre l'exercice par l'autre d'une action en révision ou en indemnisation ».

Cependant cette exigence s'impose t-elle comme une condition de recevabilité de la demande d'une prestation compensatoire dans le cas d'un divorce par consentement mutuel? La production de la déclaration sur l'honneur est-elle obligatoire? La question n'a pas pour unique intérêt de soulever les incertitudes du régime procédural de la déclaration sur l'honneur mais elle présente surtout celui de souligner l'impunité découlant du défaut de production de la déclaration sur l'honneur qui accentue la facilitation du divorce. La préparation de la requête appartient exclusivement aux candidats au divorce. Toutefois, si le juge n'intervient pas, la loi impose certaines contraintes pour ne pas laisser aux époux une entière liberté. Comme le souligne Monsieur le Professeur Lécuyer dans un divorce gracieux « l'exigence d'une déclaration se justifie par le fait que les volontés individuelles sont judiciairement

⁷⁹ Le présent indicatif du verbe « produire » est significatif d'une règle obligatoire.

encadrées et que le juge aux affaires familiales est appelé à homologuer la convention définitive. »⁸⁰ En définitive, l'obligation de présentation de la déclaration sur l'honneur s'impose davantage dans un divorce gracieux que dans le divorce contentieux⁸¹.

Or, comment s'opère cet encadrement par le juge des volontés individuelles si le défaut de production par les époux de la déclaration ne peut être sanctionné ?

Les conditions posées aux articles 1090 et suivants du C.P.C. constituent des fins de non-recevoir ; c'est-à-dire « (...) tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée » (l'article 122 du C.P.C.). Les fins de non-recevoir ne font pas l'objet d'une liste exhaustive, elles peuvent être propres au droit substantiel. Autrement dit, l'absence d'une des conditions posées aux articles 1090 et 1091 du C.P.C. dénie aux époux leur droit d'agir. L'absence de présentation ou une présentation incomplète d'une déclaration sur l'honneur met-elle également fin à la procédure ? En effet, le régime de la déclaration sur l'honneur n'est pas clairement défini, quelque soit le type de procédure. En effet, aucune formalité particulière ne semble être exigée, un écrit simple sans la forme authentique est donc suffisant⁸².

Concernant les sanctions en cas d'abstention de présentation ou en cas de présentation incomplète de la déclaration communément à tous les divorces, rien n'est précisé. Cependant, la loi prévoit lors d'une demande de prestation compensatoire de fournir une déclaration sur l'honneur. Elle constitue donc une exigence légale et obligatoire. Ce qui reste flou c'est son degré de contrainte. La déclaration sur l'honneur serait une injonction législative dénuée de sanction. A cet égard la circulaire énonce que

⁸⁰ LECUYER (H.), « La déclaration sur l'honneur », *Droit de la famille*, 2003, Chron.6, p.12.

⁸¹ LIENHARD (C.), « Prestation compensatoire : les aspects conventionnels (précaution et rédaction) », *A.J.F.*, mars 2007, p.115. « Autant la déclaration sur l'honneur a été malheureusement dévitalisée dans sa production judiciaire, autant elle constitue un gage indispensable d'une démarche conventionnelle sérieuse et volontaire ».

⁸² Civ., 1^{ère}, 22 mars 2005, Bull. Civ., I, n°146 ; *A.J.F.*, 2005, p.144, obs. David ; *Droit de la famille*, 2005, n°55, note Larribau-Terreyre ; *R.T.D.C.*, 2005, 375, obs. Hauser.

Concernant le contenu, la circulaire du 25 novembre 2002 propose un modèle comprenant trois rubriques : les informations concernant les ressources et revenus, celles concernant le patrimoine et celles concernant les conditions de vie. Dans chaque rubrique, sont précisées les différentes informations nécessaires à la déclaration. La circulaire ne fait qu'opérer des suggestions ayant un caractère strictement indicatif et non contraignant.

le juge a l'obligation de solliciter la production de la déclaration sur l'honneur. Concernant la question de la sanction, elle renvoie à l'article 11 du C.P.C. permettant au juge de tirer toute conséquence de l'abstention ou d'un refus. Certains juges n'exigent pas la production de la déclaration pour se prononcer sur la demande de la prestation compensatoire s'estimant suffisamment renseignés par les éléments du débat. Alors que d'autres juges décident de surseoir à statuer face aux carences d'une partie. Notamment dans un arrêt du 11 juillet 2002⁸³, la Cour de cassation reproche au juge d'appel d'avoir fixé le montant de la prestation compensatoire « au vu d'éléments de preuve non assortis d'une déclaration sur l'honneur ». Par conséquent, en l'absence de déclaration le juge ne peut statuer.

La déclaration sur l'honneur aurait donc une force obligatoire dès lors que son défaut de production empêcherait le juge de se prononcer. Cette voie prise par la jurisprudence a été confirmée dans un arrêt du 14 novembre 2002⁸⁴ consacrant l'obligation de fournir une déclaration lors d'une demande de prestation compensatoire. Cependant une décision du 11 janvier 2005⁸⁵ prend le contre-pied et affirme que l'article 271 alinéa 2 ne fait pas de la fourniture de la déclaration sur l'honneur une condition de recevabilité de la demande de prestation compensatoire qui ne peut donc être rejeté pour ce motif. L'auteur ajoute qu'en « déchargeant indirectement le juge de l'obligation d'inviter les parties à produire la déclaration sur l'honneur et en lui permettant de statuer en l'absence de cette déclaration », la première chambre civile affaiblit à « l'évidence l'importance de la déclaration ».

La déclaration sur l'honneur que l'on se trouve dans une procédure gracieuse ou contentieuse est régie par les mêmes textes et l'obligation ne semble pas être renforcée dans la première procédure. Ainsi, les époux dans le cadre de divorce par consentement mutuel ne sont pas tenus de fournir une déclaration sur l'honneur alors qu'une prestation compensatoire est prévue dans leur convention. La prévision de la prestation compensatoire par les époux dans la convention n'est pas remise en cause par l'absence de production de déclaration sur l'honneur ou en cas de déclaration incomplète. La règle

⁸³ Civ., 2^e, 11 juillet 2002, Juris-Data, n°2002-015161.

⁸⁴ Civ., 2^e, 14 novembre 2002, Juris-Data, n°016427.

⁸⁵ Civ., 1^{ère}, 11 janvier 2005, Juris-Data, n°026433 ; *Droit de la famille*, mars 2005, comm., p.31.

posée à l'article 1075-1 du C.P.C. n'est donc pas obligatoire. Le défaut de production n'aura aucune conséquence sur la poursuite de la procédure gracieuse.

L'article 1075-1 n'est qu'une invitation faite aux époux de présenter la déclaration sur l'honneur lorsqu'ils ont prévu une prestation compensatoire dans leur convention mais elle ne les contraint pas. L'insertion dans la loi d'une présentation de déclaration en cas de demande de prestation compensatoire équivaut alors à une simple formalité. L'absence de sanction du défaut de production de la déclaration sur l'honneur est significative de la voie choisie par le législateur et de celle des juges qui est de favoriser l'accès au divorce. Quelles sont les bornes à respecter par les époux s'ils peuvent passer outre les exigences insérées dans la loi sur le divorce ?

Tout au plus, les déclarations mensongères peuvent ouvrir droit à une demande en révision fondée sur les articles 593 et suivants du C.P.C.⁸⁶, pouvant être doublée d'une demande en dommages et intérêts. Des déclarations mensongères peuvent également donner lieu à des poursuites pénales pour faux et usage de faux sur le fondement de l'article 441-1 du code pénal.⁸⁷

La procédure du divorce par consentement mutuel est donc composée en deux temps : une phase non judiciaire qui consiste en l'élaboration de l'entente sur la rupture du mariage et ses effets puis la phase judiciaire qui fait entrer en scène le juge. Le divorce doit être préalablement organisé avant le passage devant le juge. Désormais la phase essentielle de la procédure de divorce par consentement mutuel a lieu en dehors du juge. L'épure de la procédure, sa célérité, nécessite un travail préparatoire important accompli sous l'égide du ou des avocats. Dès lors que subsiste une comparution unique, tout devra être prêt lorsque les époux viendront devant le juge. Ce qui implique que certes la procédure est allégée mais elle devra être scrupuleusement respectée au risque de se voir refuser le prononcé du divorce. Les règles procédurales posées dans le divorce par consentement mutuel lors de l'élaboration de la requête sont exigées sous peine d'irrecevabilité. Elles permettent d'encadrer les époux dans

⁸⁶ Cass., 2^{ème} civ., 12 juin 2008, DAVID (S.), *AJF*, sept. 2008, p344. La Cour de cassation censure la décision de la Cour d'appel qui avait refusé de déclarer recevable le recours en révision de la prestation compensatoire pour dissimulation d'un bien dans la déclaration sur l'honneur. La déclaration sur l'honneur ne serait pas vidée complètement de sa substance.

⁸⁷ Précisions apportées par la circulaire du 25 novembre 2002 dressant un bilan des difficultés d'application de la loi du 30 juin 2000.

l'élaboration de leur convention, étape désormais cruciale du divorce par consentement mutuel. Pourtant le défaut de production de certains documents exigés, notamment la déclaration sur l'honneur n'entraîne pas l'irrecevabilité de la requête. Les exigences procédurales cèdent le pas à la facilitation de l'accès au divorce. Or, la déclaration sur l'honneur permet de fournir de précieux renseignements au juge. Les informations lui permettent de cerner avec une grande précision la situation patrimoniale des époux.

Nanti de ces informations, le juge peut ainsi assurer un meilleur encadrement des volontés lors du contrôle de la prestation compensatoire. Dans le divorce par consentement mutuel, il appartient aux époux d'une part, de décider de l'existence d'une prestation compensatoire et, d'autre part, d'en prévoir les modalités. L'obligation de fournir une déclaration serait une garantie supplémentaire pour le juge de connaître la réalité de la situation patrimoniale des époux lors de son contrôle. Le contrôle du juge s'axe essentiellement sur l'équilibre financier prévu par les époux après le divorce. Or, le défaut d'obligation de la déclaration sur l'honneur par les époux limite le contrôle du juge dès lors qu'il ne possède que très peu d'informations. Ce dernier point est encore une fois révélateur de la confiance attribuée aux époux dans le traitement de leur divorce et par conséquent de l'intervention restreinte du juge, qui ne fait en quelques sortes que constater la désunion.

§2 : L'office du juge en aval : le prononcé du divorce

Le juge intervient après l'élaboration complète des conventions du divorce par les époux. Il assure un contrôle limité de la qualité du consentement (A.) et un contrôle encadré de la qualité de la convention (B.). Qui plus est, les effets du refus d'homologation sont relatifs (C.).

A. Le contrôle limité de la qualité du consentement

Pour plus de simplicité et de cohérence, la loi du 11 juillet 1975 a créé un juge unique en matière familiale : le juge aux affaires matrimoniales. L'intimité des conflits

justifiait l'intervention d'un juge spécialisé. La loi du 8 janvier de 1993 a institué auprès des TGI le juge aux affaires familiales successeur du juge aux affaires matrimoniales. Il ne s'agissait pas d'un simple changement de nom. La loi a étendu son champ d'intervention. Le juge aux affaires familiales a repris les attributions des différents juges uniques tels que le juge des tutelles, le juge d'instance, le président du TGI....Le juge aux affaires familiales est « l'homme orchestre du divorce »⁸⁸. Il « est saisi par la remise au secrétariat –greffe de la requête, qui vaut conclusions » (article 1092 alinéa 1 du C.P.C.). Ensuite, le juge convoque chacun des époux par lettre simple quinze jours au moins avant la date de l'audience et avise le ou les avocats. Le juge saisi vérifie si la demande est recevable et si la requête est régulière. Il s'assure ainsi de la régularité formelle de la requête et des documents annexés. Il doit également vérifier qu'aucun des époux n'est placé sous l'un des régimes de protection prévu par l'article 490 du Code civil. En effet, l'article 249-4 du Code civil interdit toute demande en divorce par consentement mutuel ou divorce accepté lorsque l'un des époux se trouve placé sous un régime de protection. Le divorce par consentement mutuel repose entièrement sur le consentement, dès lors cette voie leur est interdite. La réalité et la qualité de leur consentement sont mises à mal par l'altération des facultés mentales.

Lors de l'audience le juge doit acquérir la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé (article 232 du Code civil). Il rappelle à leur attention l'importance de leur engagement notamment quant à l'exercice de l'autorité parentale (article 1099 alinéa 1 du C.P.C.). C'est le moment le plus marquant pour les époux, il est décisif, soit ils décident de rester mariés soit ils décident de divorcer. Après il ne peut y avoir de repentir sur le principe de divorce, les époux ne pourront revenir en arrière, la porte du divorce étant définitivement ouverte. Le juge examine la demande avec chacun des époux, entendu séparément, puis il réunit les époux et enfin le ou les avocats se joignent à eux (article 250 alinéa 2 du Code civil). Le juge va pendant les entretiens aménagés par la loi s'assurer de la sincérité et de la détermination des consentements des époux au divorce. Pour cela, les époux doivent impérativement se présenter à l'audience. Le divorce par consentement mutuel ne peut se régler sans la présence des époux car c'est uniquement pendant l'audience que le

⁸⁸ GROSLIERE (J.-C.), « Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme orchestre du divorce) », *Dalloz*, 1976, Chron., pp73-80.

juge est à même d'éprouver la volonté des futurs divorcés et d'obtenir une confirmation orale. Par conséquent si l'un d'eux ne se présente pas, le juge peut convoquer les époux à une autre audience ou rejeter la demande en divorce, estimant que l'accord des époux n'existe plus.

Dans un premier temps, le juge se contente de constater la réalité de leur volonté de divorcer. Le juge doit avoir la conviction d'une volonté réelle, non teintée d'indécision. Une telle décision ne doit pas être prise à la légère. On retrouve dans cette condition du consentement au divorce toute l'importance que revêt le mariage. Au même titre que la décision de se marier est sérieuse, celle de divorcer l'est tout autant. Le juge aux affaires familiales doit s'assurer que le consentement est libre et éclairé. Le consentement ne doit faire l'objet d'aucune pression, de chantage ou de violence et il doit être donné en toute connaissance de cause. Le prononcé du divorce est subordonné à l'intime conviction du juge de la « bonne qualité » du consentement. Cette vérification est la condition nécessaire au prononcé du divorce. Les conjoints doivent en quelque sorte convaincre le juge aux affaires familiales de leur désir de divorcer. Il s'agit d' « un contrôle juridictionnel préalable obligatoire »⁸⁹.

A ce stade l'intervention du juge est quelque peu différente de son mode d'intervention habituelle. En effet, l'article 12 alinéa 1 du C.P.C., situé dans le chapitre premier « les principes directeurs du procès », prévoit que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. » Or, dans le divorce par consentement mutuel qui est une procédure gracieuse, la raison d'être de l'intervention du juge est soit de donner ou de refuser l'homologation requise. Il n'a pas pour mission de résoudre un litige⁹⁰, de déterminer qui a tort ou raison mais de prendre en compte une situation déjà établie et de contrôler si les époux sont réellement en accord avec cette situation. Le juge ne connaît pas les tenants et les aboutissants des raisons du divorce. Il se trouve confronté à une situation dénuée de tous éléments factuels ou personnels. Il ne fait que constater le dissentiment réel des époux⁹¹. L'objet de son contrôle porte donc

⁸⁹ CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, p.508.

⁹⁰ Article 25 du C.P.C. : «Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ».

⁹¹ PIGNARRE (G.), « Les mésaventures du divorce sur demande acceptée », *R.T.D.C.*, 1980, p.704.

uniquement sur l'existence et la valeur du consentement. Il n'a pas de compétence pour apprécier les mobiles du divorce (article 1090 du C.P.C.).

« Le juge du consentement mutuel n'est pas le juge du caractère suffisant du motif de séparation mais -dans leur résolution et leur liberté- de la détermination suffisante des époux à divorcer, cause autonome du divorce en ce cas. »⁹²

Lorsque les deux conjoints désireux de divorcer se présentent devant le juge et que ce dernier ne connaît pas le contexte de la séparation, il ne reste au juge aux affaires familiales qu'à prendre en compte le souhait des époux et à enregistrer leur demande. Qui plus est, il ne peut plus comme auparavant « adresser des conseils qu'il estime opportuns »⁹³ lors des différents entretiens avec les époux. Son champ d'action est réduit. Le juge aux affaires familiales doit ensuite contrôler le contenu de la convention en présence du ou des avocats en fonction de la protection suffisante de l'intérêt des enfants et des époux (article 232 alinéa 2 du Code civil).

B. Le contrôle encadré de la qualité de la convention

Une fois avoir laissé une totale autonomie aux époux, le juge alors intervient comme protecteur de l'équité entre époux et gardien de l'intérêt de l'enfant. Le juge doit s'assurer de l'équilibre général. Dans le cas contraire la loi invite le juge à refuser l'homologation si la convention préserve insuffisamment ces intérêts. Concernant les intérêts des enfants, le contrôle du juge couvre l'ensemble des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux, autrement dit leur mode de vie et les conditions pécuniaires d'existence. Les mesures prises par les parents quant à la garde, à la résidence habituelle, aux relations avec les tiers ou encore les clauses réglant les conditions pécuniaires, font l'objet d'un contrôle du juge aux affaires familiales. Il doit s'assurer qu'elles sauvegardent l'intérêt des enfants et d'une manière générale l'intérêt de la famille. Ce dernier ne coïncide pas nécessairement avec tous les membres de la famille. L'intérêt de la famille transcende les individus, il les dépasse, cependant dans la famille l'intérêt de l'enfant a le primat.

⁹² *Ibid.* n°25.

⁹³ Ancien article 1093 alinéa 1 du N.C.P.C.

Du latin *interest*, l'intérêt signifie ce qui importe à une personne de quelque manière que ce soit, par l'avantage qu'elle obtient. Quant à *infans* le terme désigne celui qui ne parle pas. L'intérêt de l'enfant a été intégré dans le code civil permettant de réguler les relations des adultes à l'égard de ce dernier. L'intérêt de l'enfant est un « standard ». Ronald Dworkin⁹⁴ donne une définition du standard pour critiquer le positivisme en général lorsqu'il est confronté à des cas difficiles ou des problèmes. Il dénonce la technique des juristes qui consiste à faire appel à des normes qui ne fonctionnent pas comme des règles mais opèrent différemment, comme des principes, des politiques et d'autres types de standards. Il fait une distinction entre « politique » qu'il définit comme un but à atteindre et « principe » qui est « un standard qu'il faut appliquer, non parce qu'il assurera la survenue ou la protection d'une situation économique, politique ou sociale mais parce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale. »

Cette notion fourre-tout et floue a pour principale conséquence de constituer « (...) la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. (...) rien de plus propre à favoriser l'arbitraire ». ⁹⁵ Cependant, dans le cadre du divorce par consentement mutuel, la tendance semble s'inverser. Le juge aux affaires familiales doit s'assurer de la préservation de l'intérêt de l'enfant alors qu'il a très peu d'éléments factuels à sa disposition (les circonstances du divorce devant être passées sous silence) et qu'il est face à des mesures prédéterminées par les propres parents. Qui mieux que les parents, notamment dans un divorce consenti, sont aptes à organiser la vie de leurs enfants ? Par conséquent, le juge face à cette notion vague et imprécise de l'intérêt de l'enfant voit sa marge d'appréciation fortement limitée.

Pour l'intérêt des époux, le juge doit prendre en considération les intérêts de tout ordre, par exemple les dispositions prises par rapport aux enfants et, il doit s'assurer de l'équité des obligations et droits des époux relative à la prestation compensatoire (article 278 alinéa 2 du Code civil). Il va vérifier que les intérêts personnels de l'un ne sont pas lésés, que l'un des époux ne se trouve pas favorisé. Un époux ne doit pas sacrifier ses

⁹⁴ DWORKIN (R.), *Prendre le droit au sérieux*, Paris, P.U.F., 1995, spéc., pp.79-87.

⁹⁵ CARBONNIER (J.), cité par YOUNG (D.), *Penser les droits de l'enfant*, Paris, P.U.F., 2002, p.130.

propres intérêts au profit de l'autre. Dès lors, le juge va examiner en présence des époux, du ou de leurs avocats la convention de règlement qu'ils lui soumettent.

Le juge en matière gracieuse dispose de larges pouvoirs (article 26 et suivants du C.P.C.) afin de statuer en pleine connaissance de cause. Le juge ne peut décider qu'après une analyse de la situation du ménage et de la famille. Il doit tenir compte de toutes les données concrètes. A ce stade, le contrôle du juge aux affaires familiales s'exerce exclusivement sur l'après divorce. La convention contient uniquement des mesures organisant la vie future des conjoints. Dès lors, le refus par le juge de prononcer le divorce se fonde sur les dispositions régissant la vie des futurs divorcés. La procédure du divorce par consentement mutuel se déroule sans que ne soient évoquées les circonstances du divorce, l'intervention du juge est extérieure à la cause de divorce. Lorsque le juge intervient dans la procédure, le divorce est en quelque sorte déjà acquis, il ne reste plus aux époux qu'à faire valider la convention organisant leur vie après la séparation.

Le juge aux affaires familiales doit vérifier si les dispositions de la convention en matière de prestation compensatoire fixent équitablement les droits et obligations des époux (article 278 du Code civil). Pour exercer son contrôle, le juge aux affaires familiales doit s'appuyer sur certaines informations⁹⁶. Il ne peut exercer un contrôle réel sans avoir une connaissance parfaite de la situation financière des époux afin de déterminer si l'existence et les modalités de la prestation compensatoire sont conformes avec la raison d'être de la prestation compensatoire, c'est-à-dire compenser les disparités que crée le divorce. Son degré d'appréciation pourrait de prime abord apparaître comme étendu. Lui seul doit déterminer en fonction de « l'équité » le refus ou l'homologation des clauses relatives à la prestation compensatoire et il dispose à cet égard de pouvoirs importants, il peut notamment procéder d'office à toutes investigations utiles (article 27 du C.P.C). Toutefois, son intervention est restreinte. En effet, la prédétermination de la convention par les époux en amont de la procédure, l'absence d'évocation d'éléments factuels inhérents au divorce par consentement mutuel et pour finir l'absence d'exigence de certains documents riches d'informations cantonnent le juge à relever une iniquité flagrante. Le juge doit par conséquent garantir

⁹⁶ Cf., Section I, §1, B. « L'exigibilité relative de la déclaration sur l'honneur ».

l'équilibre des intérêts dans un contexte aseptisé, dépourvu de toutes informations personnelles et subjectives.

Le juge peut supprimer ou modifier avec l'accord des époux en présence du ou des avocats les clauses contraires aux divers intérêts qu'il doit sauvegarder (article 1099 al. 2 du C.P.C.). Cette modification peut être réalisée directement lors de l'audience lorsque la convention est un acte sous seing privé. La suppression ou la modification se traduit soit par des passages supprimés matériellement en les barrant de la convention de divorce ou par des modifications manuscrites émargées ou par une convention modificative annexe. Cette faculté est nouvelle, elle permet d'éviter une nouvelle audience et donc de rallonger la procédure inutilement. Cette faculté de modification du juge avec l'accord des parties « en direct » pendant l'audience justifie la qualification de divorce par consentement mutuel en divorce négocié. Même lorsque le prononcé du divorce n'est pas l'intention première du juge, les règles procédurales sont flexibles. La procédure est « adaptative » et permet de contourner les difficultés qui empêcheraient le prononcé du divorce. La facilitation de l'accès au divorce se pose comme postulat. La modification à l'initiative du juge doit s'intégrer dans le projet consenti par les époux. En effet, la circulaire du 23 novembre 2004 de présentation de la loi relative au divorce⁹⁷, indique que les modifications apportées pendant l'audience doivent être concordantes avec la convention modifiée et l'état liquidatif éventuellement joint. Le juge ne doit pas s'éloigner de la parole des candidats au divorce.

Lorsque la convention ou l'état liquidatif sont établis en la forme authentique devant le notaire, la modification doit se faire devant ce dernier, les parties disposant d'un délai pour la modifier.⁹⁸

Si le juge considère que la volonté des époux est réelle et que les intérêts de chacun sont suffisamment protégés, le juge homologue immédiatement la convention et prononce le divorce (les articles 232 et 250-1 du Code Civil). Il rend alors sur le champ un jugement (article 1099 al1 du C.P.C.). Il y aura une délivrance de copie exécutoire avant l'exécution des formalités d'enregistrement (généralisation des modalités de la

⁹⁷ Circulaire 23 novembre 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 substitutions d'un capital à une rente allouée au titre de prestation compensatoire

⁹⁸ Point 16 de la circulaire du 23 novembre 2004.

procédure contentieuse). Une fois définitif, le jugement de divorce doit faire l'objet d'une publication en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance des conjoints.

C. Les effets relatifs du refus d'homologation

Lorsque les intérêts des enfants ou des époux ne sont pas respectés, le juge aux affaires familiales refuse d'homologuer la convention et de prononcer le divorce (article 232). Dans ce cas, la procédure ne se réduit pas à une seule phase, c'est donc une exception à l'unicité de la comparution. Une deuxième audience a pour finalité de corriger la protection insuffisante des intérêts des enfants ou des époux inscrits dans la convention. En effet, le juge aux affaires familiales rend alors une ordonnance et ajourne sa décision jusqu'à la présentation d'une nouvelle convention dans un délai de 6 mois (article 1100 al1 et al 2 du C.P.C.). Ce refus est donc provisoire, il ne ferme pas la porte à l'obtention du divorce. Ce refus est une invitation à revoir les modalités de la convention mais il ne met pas un terme à la procédure de divorce. L'ordonnance précise les garanties ou les conditions auxquelles est subordonnée l'homologation de la nouvelle convention. Cette obligation de précision rend la première comparution constructive. Afin de garantir le prononcé du divorce lors de la deuxième comparution, le juge précise les corrections devant être apportées pour obtenir l'homologation. Le refus originel d'homologation ne constitue pas un obstacle au divorce consenti et la deuxième comparution est vouée au succès.

Pendant ce laps de temps, il peut être utile de prendre des mesures provisoires pour organiser l'existence des époux et enfants jusqu'au prononcé définitif du divorce (les articles 250-2 du Code civil et 1100 al 4 du C.P.C). Contrairement à la procédure contentieuse, le juge ne décide pas seul des mesures provisoires, ici le juge aux affaires familiales homologue les mesures provisoires sur lesquelles les époux s'accordent. L'intervention du juge lors de la prévision des mesures provisoires n'est pas affranchie de la volonté des époux. Il n'a pas de pouvoir décisionnaire, il se contente encore une fois d'homologuer les mesures prises par les conjoints. A cet égard, la circulaire du 23 novembre 2004 précise « les pouvoirs du juge en matière de consentement mutuel ne peuvent être identiques à ceux qui lui sont conférés dans les autres cas de divorce ». Les mesures provisoires dans le divorce par consentement mutuel ne sont donc pas soumises

aux mêmes modalités que celles des divorces contentieux. Elles impliquent davantage les époux qui ont choisi un divorce consensuel et qui doivent donc d'un bout à l'autre se régler comme tel. De surcroît, si le juge estime que les mesures provisoires sont contraires à l'intérêt de l'enfant ou de l'un des époux ou si les futurs divorcés ne sont pas d'accords, la décision d'ajournement est prise sans l'homologation des mesures provisoires, celle-ci n'étant aucunement imposée par les textes. Le juge n'est donc pas tenu d'intervenir pour organiser la vie des époux pendant ce laps de temps. Qu'en est-il de la sauvegarde de l'intérêt de la famille pendant cette période transitionnelle ?

L'absence de prise en charge juridique pendant cette période influe sur la protection de l'intérêt de la famille (des enfants et des époux). En effet, comment justifier que selon la période, le juge doit sauvegarder les intérêts primordiaux des époux, les protéger d'eux-mêmes de leurs propres décisions et laisser dans le flou de tels intérêts pendant la durée de la procédure. N'est-ce pas déconsidérer la protection assurée par le juge des intérêts en présence ? Ou alors, c'est avoir l'assurance que les conjoints et parfois parents font aussi bien que le juge. Dans tous les cas, la voix du juge est affaiblie.

Le délai de six mois relatif à la présentation de la nouvelle convention peut être suspendu en cas d'appel de l'ordonnance ayant refusé l'homologation. Le juge convoque par lettre simple les époux quinze jours avant l'audience et avise le ou les avocats. Lorsqu'aucune convention n'est présentée dans le délai ou que le juge aux affaires familiales refuse de l'homologuer, il constate par ordonnance la caducité de la demande (article 250-3 du Code civil et 1101 al 2 du C.P.C.). La convention doit être nouvelle c'est-à-dire qu'elle doit respecter les exigences formulées par le juge dans l'ordonnance d'ajournement (article 1100 du C.P.C.). La nouvelle audition des époux correspond en la forme à la première. Cependant le juge n'a plus à s'assurer du consentement des époux et de la qualité du consentement. Le juge du divorce doit se consacrer exclusivement à la vérification des modifications soulevées et si celles-ci préservent suffisamment les intérêts de chacun. Son intervention ne doit pas, par conséquent, constituer une seconde confirmation de la réalité du consentement des époux mais porter uniquement sur le contenu de la convention. A défaut, on reviendrait au régime de la loi de 11 juillet 1975 qui alourdirait la procédure.

C'est lors du refus d'homologation de la nouvelle convention que le juge aux affaires familiales entrave définitivement l'accès au divorce. En effet, la loi a consacré une indivisibilité⁹⁹ entre la décision commune de divorcer et la convention prévoyant le règlement des conséquences du divorce. La demande en divorce est caduque. Cette décision peut cependant être frappée d'appel. Lorsque les conditions du divorce et celles de l'homologation sont réunies le juge prononce le divorce et homologue la convention. La convention faisant partie intégrante du jugement qui l'homologue a la même force exécutoire qu'une décision de justice (article 279 alinéa 1 du Code civil.). Le jugement prononçant le divorce n'est pas susceptible d'appel dès lors que ce jugement donne satisfaction aux époux. Les époux ayant obtenu le divorce ne peuvent faire machine arrière, ils sont contraints au divorce. Seuls l'ordonnance d'ajournement et le jugement qui refuse le divorce sont susceptibles d'appel. Néanmoins le pourvoi en cassation est ouvert dans un délai de quinze jours à compter du prononcé de la décision, le pourvoi suspend l'exécution de la décision¹⁰⁰. La tierce-opposition est ouverte aux créanciers de l'un ou de l'autre époux contre la décision qui homologue la convention mais seulement dans l'année de l'accomplissement des formalités légales de publicité (article 1104 du C.P.C.).

Le principe d'indivisibilité du divorce et de la convention homologuée a pour conséquence d'anéantir l'hypothèse d'une demande en nullité pour vice de consentement ou encore une demande en rescision pour cause de lésion. Le divorce est inéluctable, quand bien même la rédaction de la convention conduit en erreur un des époux ou encore un consentement est donné sous l'exercice de la violence, ou lorsque l'un des conjoints fraude, le divorce ne sera pas annulé. L'argument de cette irrecevabilité réside dans le fait que le jugement du divorce homologuant la convention purge la convention de tout vice. Alors que le divorce par consentement mutuel offre une large autonomie des époux dans la réalisation de leur divorce, ces derniers ne disposent d'aucun moyen pour revendiquer l'altération de leur liberté de consentement. Le prononcé du divorce par consentement mutuel est de ce fait inévitable.

⁹⁹Civ., 2^{ème}, 6 mai 1987, *Bull. civ. II*, n°103 ; *D.* 1987, p.358s, note GROSLIERE ; *Gaz. Pal.*, 1998, 1.3 note MASSIP.

¹⁰⁰ Article 1086 du C.P.C : « Le délai de pourvoi en cassation suspend l'exécution de la décision qui prononce le divorce. Le pourvoi en cassation exercé dans ce délai est également suspensif ».

Toutefois, la révision judiciaire peut être admise d'un commun accord entre les époux. L'article 279 alinéa 2 du Code civil stipule que seule une nouvelle convention décidée par les ex-époux et homologuée par le juge peut modifier la convention originelle. Mais, si le consentement des époux permet seul de modifier la convention homologuée, alors l'homologation du juge est encline à devenir superfétatoire. En effet, si les candidats au divorce n'ont pas besoin du juge pour modifier leur convention, alors la légitimité de l'homologation perd de son sens.

La rapidité du divorce par consentement mutuel a été diversement appréciée. Certains¹⁰¹ auraient voulu réserver ce divorce aux situations simples, sans enfant, sans patrimoine ou séparés depuis longtemps. Comme le soulève Madame Poivey-Leclercq¹⁰² il faut du temps pour penser et concevoir des accords, un temps pour les exprimer et un temps pour les mettre en œuvre.

La voie choisie par le législateur de 2004 a été de supprimer tous les freins procéduraux contraignants et inutiles afin d'accélérer la procédure. Il appartient donc aux époux qui ont choisi la voie du divorce par consentement mutuel, qui sont par conséquent d'accord tant sur le principe du divorce que sur ces effets, d'organiser leur divorce et d'être conscients qu'en une comparution ils peuvent se retrouver divorcés. La célérité et l'allègement de la procédure entraînent simplement une nouvelle appréhension du divorce par consentement mutuel. Les Professeurs Malaurie et Fulchiron souligne qu'« aujourd'hui comme hier, tout dépendra de la capacité des époux à organiser eux-mêmes leur séparation et à préparer la liquidation de leurs intérêts communs »¹⁰³. Dans le cas où ils n'y parviendraient pas, la loi de 2004 a réformé les autres procédures offrant des voies procédurales plus attractives.

¹⁰¹ Notamment Irène Théry.

¹⁰² POIVET-LECLERCQ (H.), « Nouvelle procédure de divorce : un an après Le nouveau divorce par consentement mutuel », *A.J.F.*, janvier 2006, p13. A cet égard elle cite plusieurs cas concrets, il faut du temps pour vendre un bien immobilier constituant le domicile conjugal et en partager le prix, du temps pour que le notaire obtienne les pièces nécessaires à la rédaction d'un acte de partage pour qu'il le rédige, du temps pour obtenir un prêt pour payer une soulte

¹⁰³ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème}, 2006, p252.

SECTION 2 : L'UNIFORMISATION ET LA PACIFICATION DE LA PROCEDURE CONTENTIEUSE

Avant la réforme de 1975, pratiquement toutes les règles procédurales relatives au divorce figuraient dans le code civil. Cette imbrication des règles procédurales dans le code civil en matière de divorce demeurera intangible. Cela s'explique par le lien intime qui unit les règles de fond et de procédure du divorce. Ceci prouve indiscutablement l'influence de la procédure dans le prononcé du divorce. Ce qui ne veut pas dire que le fait d'alléger la procédure du divorce augmente le désir de divorcer, mais plutôt, répond d'une manière plus large aux demandes de divorce. Contrairement aux politiques familiales antérieures qui limitaient l'accès au divorce par le biais d'une procédure lourde ; la loi de 2004 part du postulat que dès lors qu'il y a une demande de divorce, l'échec conjugal est automatiquement constaté et le rôle de la procédure est de répondre à cette demande. Elle y répond par une procédure simplifiée en unifiant les trois cas de divorce. Désormais les divorces contentieux sont soumis à un ensemble de règles communes « le tronc commun procédural ». Ce tronc commun comprend la requête initiale jusqu'à l'assignation en passant par la tentative de conciliation et finit par le prononcé du divorce. Désormais la procédure contentieuse ne joue plus un rôle de dissuasion.

La procédure contentieuse est marquée par deux étapes jouant un rôle précis, pacifier la procédure. Elle est rythmée par la neutralité de la procédure contentieuse jusqu'à l'assignation (§1) et par l'uniformité et les spécificités de l'instance contentieuse proprement dite (§2).

§1 : Neutralité de la procédure contentieuse jusqu'à l'assignation

La procédure contentieuse s'ouvre par une requête silencieuse sur les motifs de divorce (A.). Elle se poursuit par l'audience de conciliation qui est tournée vers le divorce (B.) et cette même audience s'achève par les mesures provisoires qui sont largement destinées à amorcer le règlement du divorce (C.)

A. Le silence de la requête sur les motifs du divorce

Dans tous les cas de divorce contentieux, l'initiative est prise par un seul des époux, même dans le cadre du divorce accepté. L'action en divorce revêt la forme d'une requête initiale, seuls les époux ont qualité pour agir avec représentation d'avocats.

La requête ne doit indiquer « ni le fondement juridique de la demande en divorce, ni les faits à l'origine de celle-ci »¹⁰⁴. La cause du divorce doit demeurer impérativement inconnue. Lorsque est évoqué l'exposé « sommaire » des motifs des mesures provisoires, celui-ci ne doit pas dissimuler les griefs de la demande en divorce et violer l'exigence de taire les raisons du divorce. Les motifs doivent légitimer la demande d'une mesure provisoire, ils doivent justifier la nécessité de la mesure sans impliquer de manière fautive le conjoint. La requête initiale est désormais neutre. Auparavant la requête initiale précisait le fondement juridique. Il n'était pas possible de substituer une autre cause de divorce que celle désignée dans la demande initiale selon l'ancien article 1077 du N.C.P.C. Le silence de la requête initiale sur les raisons du divorce est l'une des règles essentielles soucieuse de pacifier la procédure contentieuse. En effet, cela permet d'une part, d'entamer la procédure par une période neutre afin d'éviter d'envenimer le conflit et d'autre part, de conduire à des choix procéduraux moins conflictuels et ainsi de mener plus sûrement au divorce.

Le choix procédural se fait désormais après ou pendant la tentative de conciliation passage obligatoire dans la procédure contentieuse. Les époux gardent le silence soit jusqu'à la requête introductive d'instance soit jusqu'à la tentative de conciliation et seulement, si à cette occasion ils acceptent le principe de rupture du mariage. Pour les différents divorces contentieux, cette exigence se matérialise par la suppression des mémoires qui devaient obligatoirement accompagner la requête dans le divorce sur demande acceptée (les articles 1129 et 1130 anciens du N.C.P.C) et la suppression du double aveu. Elle se concrétise également par la suppression de l'indication des moyens par lesquels le défendeur exécutera le devoir de secours dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal ou encore l'invocation des violations des devoirs et obligations du mariage dans le divorce pour faute. Le fait de taire les

¹⁰⁴ Article 1106 du C.P.C.

mobiles du divorce démontre la volonté du législateur de faire abstraction du conflit. Ce qui paraît paradoxal lorsque l'on entame une procédure contentieuse, c'est-à-dire « une procédure suivie par une juridiction lorsqu'elle doit répondre par un acte juridictionnel à la question posée »¹⁰⁵. On débute la procédure de divorce contentieux comme s'il n'y avait pas de différend. L'aspect conflictuel est totalement nié. Il y a une impression de répulsion de la part de la procédure de tout ce qui a trait à la subjectivité.

La requête doit cependant contenir l'identité complète des parties, la caisse d'assurance maladie à laquelle ils sont affiliés ainsi que les services ou organismes versant des prestations familiales et pension de retraite. Elle doit également comporter les demandes qui seront effectuées à l'audience de conciliation aux titres de mesures provisoires. Cette nouvelle règle établie par la loi de 2004 permet d'informer le juge et les époux de leur demande avant l'audience de conciliation et de pouvoir par conséquent s'y préparer, afin de prévenir d'éventuels désaccords et éviter de ralentir la procédure. Elle permet de faciliter le débat pendant l'audience de conciliation et elle garantit une pratique plus respectueuse du principe du contradictoire.

Quant aux mesures d'urgence, lors du dépôt de la requête initiale en divorce, l'époux peut demander au juge qu'il prescrive des mesures d'urgence destinées à être exécutées avant la mise en place des mesures provisoires. Par conséquent, dès la requête initiale le juge peut prendre des mesures d'urgence. Elles concernent généralement l'autorisation pour l'époux demandeur de résider séparément. Le juge aux affaires familiales peut prescrire des mesures conservatoires pour garantir les droits d'un époux telles que l'apposition de scellés sur les biens communs (article 257 du Code civil). Il peut également prendre des mesures d'urgence lorsque « l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met en péril les intérêts de sa famille »¹⁰⁶. Dans un souci de protection du conjoint victime de violences conjugales et de répondre aux situations d'urgence, le législateur a souhaité consacrer légalement la possibilité d'évincer du domicile l'époux violent. Auparavant, la victime des violences conjugales devait quitter le domicile conjugal pour assurer sa sécurité et celle de ses enfants. L'ordonnance préconisant de telles mesures est insusceptible de recours (article 1107 *in fine* du

¹⁰⁵ V° procédure contentieuse, Lexique des termes juridiques, 15^{ème} édition, Dalloz, GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.).

¹⁰⁶ Article 220-1 alinéa 1 du Code civil.

C.P.C.). Néanmoins dans cette situation exceptionnelle, la loi exige que l'époux qui sollicite de telles mesures se présente en personne (article 1106 alinéa 2 du C.P.C.). Le juge rend une ordonnance précisant le jour, l'heure et le lieu à laquelle il procèdera à la tentative de conciliation. L'époux qui n'a pas présenté la requête reçoit du greffe du tribunal une convocation par lettre recommandée confirmée par lettre simple du même jour, accompagnée d'une copie de l'ordonnance et d'une notice d'information au moins quinze jours avant la date prévue pour l'audience de conciliation. Cette convocation précise notamment qu'il peut se présenter seul ou avec un avocat mais qu'il ne peut accepter le principe de rupture qu'en présence de son avocat.

La requête bénéficie de règles strictes, mais si l'époux et son avocat les ont respectées, ils sont autorisés à passer à la deuxième étape : l'audience de conciliation.

B. La conciliation tournée vers le divorce

La tentative de conciliation est davantage tournée vers le divorce et cela s'explique par la modification de son objet (1.) et par le principe de confidentialité (2.)

1°) L'objet de la conciliation

La tentative de conciliation est obligatoire pour chaque type de divorce (contentieux) avant toute instance judiciaire. Le traitement d'un litige par le juge ne se limitant pas à trancher conformément aux règles de droit applicables, il a également pour mission de favoriser la conciliation entre les parties. L'article 21 du C.P.C. pose clairement cette mission « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». La tentative de conciliation est érigée dans la procédure de divorce contentieuse comme un préalable obligatoire. La loi du divorce dans la résolution du conflit cède une part aux volontés mais sous la houlette du juge. L'extension de la conciliation dans différents domaines du droit jusque là totalement réfractaires aux modes amiables de résolution des conflits révèle que « le jugement ne peut plus être seulement un acte d'autorité imposé par loi ; il devient une décision qui ajuste au mieux les intérêts divergents ; il s'agit de favoriser son acceptation par les justiciables qui s'opposent et, au-delà, par le

corps social tout entier. »¹⁰⁷ La tentative de conciliation n'est pas une nouveauté de la loi de 2004, ce qui est nouveau c'est son objet.

En effet, la finalité de l'audience de conciliation a été totalement bouleversée¹⁰⁸. Il ne s'agit plus comme autrefois pour le juge d'essayer de dissuader les époux de divorcer mais de concilier les époux tant sur le principe que sur les conséquences du divorce (article 252 alinéa 2 du Code civil). Longtemps la tentative de conciliation a eu pour objet la réconciliation des époux. Il s'agissait pour le juge de les faire renoncer au divorce. Le juge aux affaires familiales était investi d'une mission de défense du lien. Désormais, l'audience de conciliation a pris sa véritable forme. La tentative de conciliation est neutre ; elle a perdu son aspect moralisateur. La loi de 2004 a mis fin à l'excès d'interventionnisme du juge lors de l'audience de conciliation pour le maintien du mariage. Le juge n'intervient plus de manière intrusive dans la relation de couple en les incitant à renoncer au divorce. Il ne doit défendre aucune position mais rechercher une solution acceptable pour les deux conjoints.

Le juge aux affaires familiales est face à une situation d'échec conjugal, il ne va donc plus chercher à influencer les époux dans la reconsidération de leur démarche. Au contraire, il va conduire les époux ou l'époux à accepter cette situation d'échec qui va se concrétiser par la détermination d'un cas de divorce, dans le meilleur des cas accepter le principe même du divorce. Il va également les inciter à régler ensemble les conséquences du divorce. Comme le souligne le Professeur Cornu, l'audience de conciliation « est devenue la plaque tournante du divorce, la phase destinée à lever l'indétermination qui régnait dans la requête initiale, et, de façon plus directive, à orienter les époux vers les issues qui ont la faveur de la loi. »¹⁰⁹

La nouvelle rédaction de l'article 252 alinéa 2 dicte très clairement la fonction de la tentative de conciliation, « amener les époux à régler ensemble » leur divorce, le juge doit à cet égard les « inciter » à régler les conséquences du divorce à l'amiable (article 252-3 du Code civil). La loi de 2004 a mis au premier rang la fonction

¹⁰⁷ CADIET (L.), « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », in Mélanges Champaud, Dalloz, 1997, p133.

¹⁰⁸ Il faut souligner que Monsieur Laurain s'interroge même sur l'avenir de l'entretien individuel dans la procédure de tentative de conciliation alors que le juge n'a plus pour mission de tenter de réconcilier les candidats au divorce. Il conclut par le constat de sa grande utilité.. *AJF*, 2008, pp. 246-248.

¹⁰⁹ CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, p.572.

accessoire de la conciliation sous l'empire de la loi de 1975. Lorsque le juge ne parvenait « pas à les faire renoncer au divorce », il essayait « d'amener les époux à en régler les conséquences à l'amiable ».¹¹⁰ L'audience de conciliation est inéluctablement orientée vers le divorce avec pour dessein conduire les époux à prendre amiablement en charge le règlement de leur divorce.

Pour la conciliation globale du divorce, le juge peut aider les époux par la mise en place d'outils leur permettant de mieux prendre en main leur projet de divorce. Ces outils peuvent être de divers ordres, par exemple la désignation d'un professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant aux règlements des intérêts pécuniaires, ou encore la désignation d'un notaire chargé d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial (article 252-3 alinéa 2 du Code civil).

Lors de l'audience, le juge s'entretient dans un premier temps personnellement avec chacun des époux, puis il doit les réunir dans un second temps et pour finir il appelle les avocats afin qu'ils les assistent et participent à l'entretien (article 252-1 du Code civil). Désormais la participation des avocats se fait d'office et non plus à la demande des époux, cette nouvelle règle est significative des enjeux de l'audience de conciliation. En effet, compte tenu de l'ampleur des problèmes qui peuvent être débattus et de l'absence de précisions concernant le type de divorce, leur présence est indispensable lors de la tentative de conciliation. Si au cours de la tentative de conciliation, les époux optent pour le divorce accepté, la présence des avocats est exigée car la décision d'accepter le principe du divorce ne peut être rétractée. Les avocats permettent de garantir la protection des époux notamment en les informant des conséquences d'un tel choix. Un procès verbal est alors dressé sur le champ par le juge, formalisant cette acceptation. Il est signé par les époux et leurs avocats. Le cas de divorce devient définitif, les époux ne peuvent plus introduire l'instance sur un autre fondement, les époux ne peuvent se rétracter (article 253 du Code civil qui renvoie à l'article 233).

¹¹⁰ Ancien article 252-2 du Code civil.

Les avocats encadrent les époux lors de la conciliation essentiellement tournée vers l'obtention du divorce. La tentative peut être suspendue par le juge aux affaires familiales pendant 8 jours afin de donner un temps supplémentaire de réflexion aux époux. La procédure est reprise au bout de 8 jours sans formalités. Le juge aux affaires familiales peut opter pour une suspension de six mois si un plus long délai de réflexion lui semble utile (article 252-2 du Code civil). La conciliation est soumise à certaines exigences afin de ne pas s'écarter de son objet.

2°) La confidentialité de la conciliation

L'audience de conciliation est devenue une étape charnière de la procédure. Pour garantir une fonction efficace, ce qui a été dit pendant la conciliation ne pourra servir de preuve ou être mis en avant par le juge pendant la suite de la procédure. Le principe de confidentialité est apparu comme indispensable au succès de la tentative de conciliation. Le principe de confidentialité est un principe commun à la conciliation et à la médiation. L'obligation du secret est prévue à l'article 24 de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Pour le divorce, l'article 252-4 énonce : « Ce qui a été dit ou écrit à l'occasion d'une tentative de conciliation, sous quelque forme qu'elle ait eu lieu, ne pourra pas être invoqué pour ou contre un époux ou un tiers dans la suite de la procédure ».

L'audience de conciliation est un lieu d'échange et de communication où un dialogue est établi. Tout ce qui est évoqué est écarté du débat lors du jugement du divorce. La confidentialité de la conciliation efface tous les échanges, tout ce qui a trait à l'individualité, au domaine du privé. Le premier acte de la procédure réalisé par le biais de la requête est taisant sur les motifs du divorce, lorsque arrive la tentative de conciliation la discussion porte uniquement sur l'acceptation du divorce et son règlement, et pour finir ce qui a été soulevé lors de l'audience est enseveli par l'ordonnance de non-conciliation. C'est la règle du non-étalement qui règne sur la procédure contentieuse.

Le juge constate dans un procès verbal la conciliation. Il rend une ordonnance, la procédure de divorce s'achève. A défaut de conciliation des époux, le juge rend une ordonnance de non-conciliation qui autorise le demandeur à assigner son conjoint. Il demande aux époux de présenter un projet de règlement des effets du divorce et il peut prendre les mesures provisoires. L'ordonnance est susceptible d'appel dans les quinze jours uniquement concernant les mesures provisoires ou lorsque l'incompétence de la juridiction saisie a été reconnue. La tentative de conciliation se termine lorsqu'elle n'aboutit pas à la renonciation au divorce, par la prescription des mesures provisoires selon les accords éventuels des futurs divorcés.

C. Les mesures provisoires : amorce du règlement du divorce

L'article 255 du Code civil prévoit dix mesures provisoires à titre indicatif pouvant être prises par le juge aux affaires familiales. La loi de 2004 a densifié les mesures pouvant être prises par le juge aux affaires familiales et elle a modifié l'orientation de certaines mesures. La première est une mesure de médiation qui permet une résolution amiable du conflit (1.), les suivantes permettent d'organiser la vie des époux après la séparation (2.).

1°) La mesure de médiation : la résolution amiable du conflit

Le législateur dans une logique de pacification a inscrit en tête des mesures provisoires, la médiation familiale. L'intégration de la médiation avait déjà fait son entrée dans le code civil avec la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale dans des termes rigoureusement identiques (article 373-2-10 du Code civil). La médiation figure donc au premier rang des mesures provisoires, la plaçant ainsi comme un passage incontournable dans la procédure de divorce, tout du moins dans son évocation. Lors de la prévision des mesures provisoires, le juge doit conduire les époux à régler amiablement leur divorce. La médiation est selon Jean Carbonnier: « tout mode informel de résolution par un tiers de conflits qui auraient dû *a priori* être résolus dans

les formes par un juge de l'espèce traditionnelle »¹¹¹. Un mode alternatif des règlements des conflits a donc investi la procédure de divorce. En effet, la tentative de conciliation dans la procédure de divorce se déroule devant le juge aux affaires familiales alors que la médiation nécessite un tiers. Elle permet de résoudre un conflit en dehors du juge mais ce dernier intervient pour homologuer l'accord. La médiation réintroduit le sujet et elle traduit « le désir de se voir reconnaître la capacité à être l'auteur d'une parole propre, particulière, originale ».¹¹²

Le système mis en place permet dans un premier temps de proposer aux époux une mesure de médiation (article 255,1° du Code civil). Le recours à la médiation reste fondé sur l'accord des époux, le juge ne peut l'imposer. Il ne peut y procéder d'office, il peut uniquement inciter les parties à y recourir. Si les époux sont d'accords, le juge va désigner un médiateur. Le juge aux affaires familiales va prévoir la durée initiale de sa mission dans la limite de trois mois et le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur. Il a également le pouvoir de la renouveler ou d'y mettre un terme.

Le juge peut également enjoindre aux époux ou à l'époux (récalcitrant) de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation (article 255, 2° du Code civil). Il peut donc leur imposer de rencontrer un médiateur. La formulation est plus contraignante, d'autant que la décision enjoignant aux parties de rencontrer un médiateur est insusceptible de recours (article 1071 alinéa 3 du C.P.C.) car c'est une mesure d'administration judiciaire¹¹³. Une fois informée de son utilité, les époux peuvent plus facilement se laisser tenter par ce procédé. Certes, il ne s'agit pas dans ce cas de forcer les époux à recourir à une médiation mais de recevoir une « information forcée » sur la mission de la médiation. Cette information « forcée » est destinée à convaincre des avantages de la médiation, se transformant ainsi en une « invitation renforcée ». Monsieur Croze qualifie cette invitation à la médiation de contrainte légère afin de pousser les parties à rechercher un accord. « Il est vrai qu'il ne s'agit pas tant que d'une obligation de négocier, que d'une obligation de s'informer :

¹¹¹ CARBONNIER (J.), « Réflexion sur la médiation », *Publ. Inst. Suisse de droit comparé*, 1992, p11.

¹¹² GARAPON (A.), « Qu'est-ce que la médiation au juste ? », *Publ. Inst. Suisse de droit comparé*, 1992, p214.

¹¹³ Civ., 1^{ère}, 7 déc. 2005, *Bull. civ.*, I, n°484.

vous ne voulez pas de médiation ? C'est parce que vous ne savez pas comme c'est bon... »¹¹⁴

L'intrusion de la médiation familiale dans la procédure contentieuse du divorce est encore une fois révélatrice de la volonté de décharger le juge aux affaires familiales du traitement du divorce au profit des époux. Le rôle du juge apparaît comme subsidiaire. Il intervient uniquement lorsque les parties n'ont pas réussi à s'accorder, ce qui semble peu envisageable au regard de la mise à la disposition des époux d'un important arsenal conventionnel.

« Après l'Etat-gendarme, dominé par la loi et chargé d'assurer la police des libertés, et l'Etat-providence, dominé par le règlement et chargé d'assurer la promotion de l'égalité, autrement appelée justice sociale, adviendrait l'Etat veillant à garantir la fraternité. On pourrait appeler cet Etat l'Etat-moderateur ou médiateur ; une justice de type contractuel en serait l'instrument privilégié. Cette justice contractuelle est d'autant plus évidente que le justiciable est érigé en juge de ses propres intérêts. »¹¹⁵ Les époux en tant que juges de leurs propres intérêts interviennent à tous les stades de la procédure de divorce.

2°) les mesures organisant la vie après la séparation

Les mesures provisoires sont de deux ordres, les mesures relatives à la vie des enfants et celles concernant l'organisation de la vie des époux. Elles vont assurer l'existence de la famille jusqu'à la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée, c'est-à-dire à l'expiration du délai du pourvoi lorsque celui-ci n'a pas été exercé dans les quinze jours. Le juge ne dispose plus d'un pouvoir entièrement discrétionnaire lors de la détermination des mesures. En effet, les articles 254 du Code civil et 1117 du C.P.C. imposent au magistrat de prendre en considération les arrangements déjà convenus entre les époux pour déterminer les mesures provisoires notamment celles concernant les enfants.

¹¹⁴ CROZE (H.), « L'invitation à la médiation », *Procédures*, juillet 2006, p.1.

¹¹⁵ CADIET (L.), « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », in *Mélanges Champaud*, Dalloz, 1997, p.134.

S'il y a des enfants mineurs, il est nécessaire de prévoir pendant ce laps de temps l'exercice de l'autorité parentale et l'exécution de la contribution à l'entretien. Il appartient au juge de se prononcer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. La loi du 4 mars 2002 a mis en place un droit commun de l'autorité parentale. L'article 256 concernant les mesures relatives au sort des enfants renvoie aux dispositions régissant l'exercice de l'autorité parentale. A cet égard l'article 373-2 du Code civil affirme que la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale indépendamment du mode de conjugalité ou encore du mode de séparation. Cependant si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité de parentale à l'un des parents. Le juge fixe alors un droit de visite et d'hébergement pour celui qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale. Afin d'apprécier l'intérêt de l'enfant, le juge peut entendre l'enfant pour connaître son sentiment sur ses futures conditions de vie¹¹⁶. Il n'y a pas d'âge minimum, ni d'âge à partir duquel l'audition est obligatoire mais l'enfant doit être capable de discernement. Il est entendu seul ou accompagné de la personne de son choix qui peut être un avocat, un parent. Toutefois, le juge peut toujours refuser le choix de la personne s'il lui semble qu'elle a une emprise trop forte sur l'enfant.

Ensuite, le juge statue sur les modalités du devoir d'entretien, chaque époux étant tenu d'assumer pour sa part la charge de l'éducation et de l'entretien des enfants. Le juge fixe la contribution que devra verser l'époux ne vivant pas avec les enfants, à l'autre conjoint, indifféremment de l'exercice unilatéral ou conjointe de l'autorité parentale. Les articles 1117 du C.P.C. et 254 du Code civil incitent fortement le juge à tenir compte des arrangements déjà convenus entre les époux pour déterminer les mesures provisoires notamment celles concernant les enfants.

Les mesures relatives à l'organisation de la vie des époux sont deux ordres, patrimonial et extrapatrimonial. Avant la réforme, le juge devait statuer sur l'autorisation de résider séparément. Désormais, il n'a plus à autoriser cette résidence séparée, il doit seulement statuer sur les modalités de celle-ci. Autrement dit, la résidence séparée est un droit pour les époux puisqu'ils n'ont plus à obtenir une autorisation du juge. La résidence séparée étant acquise, il reste au juge de prévoir

¹¹⁶ Cf., Titre II, Chap. I, Section 2, §2, A : « Pondération du principe de la liberté de la preuve par la matière du divorce ». Pour plus de développement sur l'audition des enfants dans la procédure de divorce.

l'organisation matérielle de celle-ci. En effet, cette dernière va être déterminante pour les autres mesures. Dans un premier temps le juge va attribuer exclusivement la jouissance du logement à l'un des époux, soit la partager entre eux. Pour procéder à son choix, il va apprécier les besoins et moyens respectifs de chacun. Lorsqu'il attribue la jouissance exclusive à l'un des époux ce n'est qu'à titre provisoire, ce n'est pas une concession de bail. Cette jouissance est accordée indépendamment de la nature du bien (propre ou commun). Il doit préciser si elle est à titre gratuit ou non, et le cas échéant en constatant l'accord des époux sur le montant de l'indemnité d'occupation¹¹⁷. En cas de désaccord entre époux, la fixation de l'indemnité d'occupation se règlera à l'occasion de la liquidation du régime matrimonial et relèvera de la procédure judiciaire de partage.

L'article 255 (8°) permet au juge de statuer sur l'attribution à titre provisoire de la jouissance ou de la gestion des biens communs ou indivis autres que ceux visés par l'art 255 4°. Cette faculté est nouvelle, le juge statue sous réserve des droits de chacun des époux dans la liquidation à venir de leur régime matrimonial. Elle entraîne une anticipation sur la liquidation du régime matrimonial, réglant d'ores et déjà des difficultés qui seraient apparues au moment du prononcé du divorce. Il ordonne également la remise des biens à usage exclusif des époux comme les vêtements et les objets personnels.

Pour les mesures d'ordre patrimonial, le juge doit aménager la vie financière des époux séparés. Tout d'abord, il fixe s'il y a lieu une pension alimentaire due par un époux envers son conjoint au cours de l'instance, au titre de l'exécution du devoir de secours. La pension n'est pas déterminée en fonction des torts des époux ou encore en fonction de l'époux qui est à l'initiative du divorce mais elle est fondée sur le maintien de train de vie de l'époux qui souffrirait de la perte financière engendrée par la séparation. Le juge désigne également celui ou ceux des époux qui devront assurer le règlement provisoire des dettes. En pratique, pour que cette mesure soit pleinement efficace, il faut fournir les justificatifs de dettes et les échéanciers notamment dans le cas d'un remboursement de prêt. La dernière mesure provisoire patrimoniale offre au juge la possibilité d'accorder à l'un des époux une provision sur les droits résultant de

¹¹⁷ Cette obligation met un terme aux difficultés liquidatives résultant de l'absence de précision dans l'ordonnance de non-conciliation quant à la prise en charge de la jouissance au titre de devoir de secours ou l'existence d'une éventuelle indemnité d'occupation (article 262-1 al 4 du Code civil).

la liquidation du régime matrimonial si la situation le rend nécessaire. Cette avance sera imputable sur la part à venir lors du partage de communauté.

Cette liste s'est enrichie de deux nouvelles mesures destinées à préparer un règlement définitif des intérêts patrimoniaux. L'objectif du législateur est de concentrer les effets pécuniaires du divorce au prononcé du divorce afin de régler une fois pour toute le divorce au moment de son prononcé et d'éviter ainsi tout contentieux post divorce. Elles permettent également d'amener les époux à régler ensemble leur divorce et ainsi d'apaiser la procédure. Pour aider les époux dans leur démarche, le juge a le pouvoir de mettre en place certains outils. Ces mesures sont des mesures préventives, destinées à anticiper les problèmes de la liquidation du divorce.

Il peut désigner un professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant aux règlements des intérêts pécuniaires. Il peut s'agir d'un notaire, d'un avocat, d'un expert comptable ou d'un commissaire-priseur (article 255, 9° du Code civil). Il peut également désigner un notaire ayant pour mission d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de former les lots à partager (article 255, 10°).

L'article 255 (10°) est une reprise de l'ancien article 1116 du N.C.P.C. qui était peu usité et qui n'intervenait qu'au cours de l'instance en divorce et non au stade des mesures provisoires. « L'impulsion donnée dès le seuil de l'instance, à la préparation du règlement définitif éclairera les époux dans la recherche d'accords amiables et favorisera, dans les divorces contentieux le traitement global des conséquences du divorce, le divorce par consentement mutuel servant ici encore de modèle, attraction bénéfique »¹¹⁸. L'efficacité de ces mesures va être consolidée par le devoir de communication posé à l'article 259-3 alinéa 1 : « Les époux doivent se communiquer et communiquer au juge ainsi qu'aux experts et autres personnes désignées par lui en application 9° et 10° de l'article 255, tous renseignements et documents utiles pour fixer les prestations et pensions et liquider le régime matrimonial. »

¹¹⁸ CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, p.579.

Ce devoir assure une cohérence et une efficience dans le traitement global des intérêts pécuniaires. Ces mesures peuvent permettre aux époux d'aboutir à un accord, à défaut elles fournissent au juge une vision globale de la situation pécuniaire lors de la fixation de la prestation compensatoire et de ses modalités.

Le juge peut supprimer, modifier ou compléter les mesures provisoires en cas de survenance de fait nouveau. Il peut réviser les mesures jusqu'au dessaisissement du tribunal de grande instance. En cas d'appel, cette révision n'est plus de la compétence du juge qui a prescrit les mesures mais celle du premier président de la Cour d'appel ou du conseiller de la mise en état sous la même condition. L'appel de la décision relative aux mesures provisoires doit se faire dans les quinze jours suivant la notification (article 1119 du C.P.C.). L'exécution des mesures provisoires court à compter du prononcé de l'ordonnance de non conciliation et prend fin avec la décision de divorce passée en force de chose jugée c'est-à-dire en cas de pourvoi formé, à la date de rejet du pourvoi. Si l'ordonnance de non conciliation n'est pas suivie de l'introduction de l'instance par l'un des époux dans le délai imparti aux époux c'est-à-dire dans les 30 mois suivants le prononcé de l'ordonnance, les mesures provisoires sont caduques. L'article 1113 nouveau du C.P.C a apporté une précision qui est que la caducité des mesures provisoires ne laisse plus subsister le permis d'assigner.

Cette première phase est centrée sur la conciliation, elle s'achève par l'introduction de l'instance en divorce. A ce stade, les règles procédurales sont totalement neutres, elles s'enchaînent indépendamment et indifféremment des cas de divorce. L'accent est porté sur la recherche d'accords dans l'organisation du divorce. Jusqu'à l'assignation, l'objectif du schéma procédural est d'amener les époux à aménager conjointement leur vie après la séparation ou du moins réfléchir, penser leur divorce sans que soient évoqués les griefs à l'encontre de l'un ou de l'autre. La procédure ne joue plus un rôle de dissuasion. Son rôle désormais consiste à diriger les époux vers l'issue escomptée qui est le divorce, en leur proposant d'intervenir dans l'élaboration de leur projet de vie après la séparation. Plus précisément, les conditions et les règles précédemment développées qui ponctuent la procédure jusqu'à l'instance contentieuse incitent l'époux qui n'est pas à l'initiative du divorce, d'accepter cette issue incontournable en jouant un rôle dans son divorce.

Aux différents stades de la procédure, le juge accompagne les époux avec une certaine résignation. Il laisse aux candidats au divorce le soin de régler tout ce qui peut l'être dans un divorce conflictuel. Le juge aux affaires familiales aiguille les époux, suggère, mais il décide de moins en moins. Le divorce serait l'affaire des époux ? Il y a une véritable réappropriation par les époux du traitement juridique de leur divorce. On assiste à une privatisation du conflit. J. Habermas¹¹⁹ a soulevé l'intervention excessive de l'Etat lors de la période de l'Etat social dans le domaine lié au « monde vécu » et régulé traditionnellement par « le médium du langage et de la discussion ». Il évoque le rôle du droit et du juge dans ce type de contentieux qui lui paraissent inopportun et constitutifs d'une menace pour les libertés. L'essor de la conciliation, de la médiation et de la propension à s'accorder dans le droit du divorce témoigne d'une reconquête du « monde vécu ».

Une fois avoir respecté, les conditions relatives au bon déroulement de l'audience de conciliation, le juge aux affaires familiales autorise immédiatement les conjoints à introduire l'instance en divorce. Pendant ce laps de temps qui parfois dure des mois, les époux ont consenti à des mesures provisoires donc à un certain rythme de vie dans une atmosphère totalement neutre. Il ne faut pas sous estimer l'empreinte que va laisser ces mesures pondérant ainsi la phase contentieuse. Ces mesures neutres et consensuelles auront manifestement une influence sur la suite de la procédure. L'introduction de l'instance permet d'entrer dans la deuxième phase. Elle est centrée sur le cas de divorce adopté par l'époux demandeur. Des règles communes régissent les différentes procédures mais il subsiste des spécificités propres à chaque cas de divorce.

§2 : Uniformité et spécificités de l'instance contentieuse proprement-dite

L'uniformité permet de schématiser la procédure (A.), alors que les spécificités même si elles sont maintenues, sont contenues (B.)

¹¹⁹ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997, 551p.

A. Une procédure contentieuse schématisée

La procédure contentieuse est rythmée par le temps de l'assignation permettant un choix guidé des époux (1°). L'assignation impose un certain nombre d'exigences légales (2°) pour parvenir au débat à huis clos (3°).

1°) Le temps de l'assignation : le choix guidé du divorce

L'instance peut être introduite par voie d'assignation ou par requête conjointe. Si l'époux demandeur maintient sa demande, il doit dans les trois mois qui suivent le prononcé de l'ordonnance de non- conciliation, assigner. Seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut introduire l'instance (article 1113 alinéa 1 du C.P.C.). Cette faveur serait-elle la récompense de l'initiative du divorce ? En effet, pendant ces trois mois il a le privilège d'introduire l'instance contentieuse proprement dite et par conséquent de choisir le cas de divorce qui va déterminer le type de procédure à suivre. L'autorisation d'assigner est alors permise aux deux époux après l'écoulement du délai de trois mois et ce pendant trente mois selon l'article 1113 du C.P.C. *a contrario*. A la fin de ce délai, aucun des époux n'est plus autorisé à introduire l'instance. La procédure est caduque ainsi que les mesures provisoires.

L'époux demandeur va préciser le fondement juridique de sa demande en divorce (article 257-1 du Code civil). Toutefois lorsque les époux ont déclaré lors de l'audience de conciliation accepter le principe du divorce, ils ne peuvent engager l'instance que sur ce seul fondement (article 257-1 al 2 du Code civil), par contre ils peuvent introduire l'instance immédiatement après l'ordonnance de non conciliation. Le choix du divorce accepté par les époux est en quelque sorte récompensé par un régime de faveur qui se matérialise par une accélération de la procédure. Le droit du divorce consent à plus de flexibilité mais dans un seul but : promouvoir la conjonction des volontés.

L'article 1077 du C.P.C. verrouille la procédure, il interdit de former une demande à titre subsidiaire sur un autre cas. Cette irrecevabilité consiste à fonder la demande sur un seul cas de divorce, les époux ne peuvent disposer des différents fondements à leur convenance. Les différents divorces ne sont pas interchangeables, la

règle s'explique par la spécificité persistante de chaque procédure. Le cloisonnement évite les stratégies notamment à l'encontre de l'époux défendeur qui prépare sa défense en fonction du choix de divorce de l'époux demandeur. Elle permet encore une fois d'apaiser le déroulement de la procédure et de garantir une certaine sécurité juridique. L'article 1077 C.P.C. prévoit des exceptions et permet ainsi de modifier le fondement d'une demande en divorce tourné vers un objectif commun : le choix d'un divorce consensuel ou semi consensuel. Ainsi, est laissé aux parties le choix de la voie judiciaire mais un choix virtuel. En effet, le choix est limité ; les époux exercent leur choix en fonction des attentes de pacification du législateur. Il existe donc quatre passages limitatifs.

La voie du divorce par consentement mutuel est ouverte à tout moment de la procédure, que le choix originel porte sur le divorce sur acceptation du principe de la rupture, sur l'altération définitive du lien conjugal ou sur la faute (article 247 du Code civil). L'ancien article 246 du Code civil prévoyait la possibilité de modifier le fondement juridique de la demande en divorce pour un divorce par consentement mutuel à la condition qu'aucune décision n'ait été prise sur le fond et selon les conditions de cette procédure. Aujourd'hui, les époux peuvent à tout moment de l'instance demander au juge de constater leur accord afin qu'il prononce le divorce par consentement mutuel. Ce passage à sens unique est significatif de la politique du divorce de 2004 qui contribue à la pacification des procédures. Les procédures contentieuses qui sont sources de conflits, sont irriguées vers l'unique divorce gracieux, divorce consensuel par excellence. Le divorce par consentement mutuel apparaît comme la voie royale.

Les époux peuvent également à tout moment de la procédure, lorsqu'ils sont engagés dans une instance de divorce pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, faire constater par le juge qu'ils acceptent le principe du divorce (article 247-1 du Code civil). On peut souligner que sous la loi de 1975 un tel passage était impossible. A défaut d'aboutir à un accord global tant sur le principe que les conséquences du divorce, les époux peuvent juste accepter le principe du divorce, c'est déjà un progrès dans leur appréhension du divorce. Sur ce point le divorce accepté se rapproche du divorce gracieux. Le principe du divorce étant accepté, les époux n'ont plus qu'à se concentrer sur le règlement des conséquences du divorce.

Ils disposent également d'une demande reconventionnelle, qui elle, ne conduit pas à un divorce consensuel ou semi consensuel. En effet, l'époux défendeur peut riposter par une demande reconventionnelle en divorce pour faute alors qu'à l'origine l'époux demandeur avait fondé sa demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal. Afin que l'auteur de la demande principale ne se retrouve pas dépourvu de réplique, il peut invoquer les fautes de son conjoint et modifier le fondement de sa demande (article 247-2 du Code civil). Cela permet à l'époux demandeur en divorce pour altération définitive du lien conjugal, de riposter à « l'attaque » procédurale de son conjoint¹²⁰.

Pour finir, l'époux qui a présenté une demande en divorce peut en tout état de cause et même en appel lui substituer une demande en séparation de corps, le contraire n'étant pas possible (article 1076 du C.P.C.). Désormais les passerelles entre les différents cas de divorce permettent de ne pas cloisonner chaque type de divorce dans chaque procédure et d'ouvrir les voies les plus consensuelles. Le tronc commun procédural favorise cette flexibilité. Le recours à ces passerelles peut intervenir à tout moment même au cours de la procédure d'appel. Ainsi l'opportunité de se diriger vers un divorce d'accord est facilitée. Le droit du divorce accorde plus de liberté mais cette libéralisation ne s'est pas faite sans un certain encadrement.

2°) Les exigences légales de l'assignation

La libéralisation du divorce s'est accompagnée de création de garde-fous qui prennent la forme de contraintes procédurales. En effet, la demande doit contenir à peine d'irrecevabilité une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux (article 257-2 du Code civil). Ce projet doit contenir un descriptif sommaire du patrimoine des époux et il doit préciser les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté et la répartition des biens. Le demandeur dès l'introduction de l'instance doit avoir une idée relativement précise sur

¹²⁰ Comme le précise la circulaire dans le point 13, cette faculté récompense en quelque sorte l'époux qui avait à l'origine de sa demande choisi une voie moins contentieuse que celle fondée sur la faute.

le montant de la prestation compensatoire, sur la répartition d'éventuel patrimoine, s'il souhaite conserver le bien immobilier, le maintien des avantages patrimoniaux...

En effet, la loi de 2004 fait peser sur le demandeur une exigence supplémentaire, auparavant il s'agissait d'une simple invitation formulée par le juge. Elle permet entre autres d'informer l'époux défendeur sur les intentions du demandeur à l'instance. Cette exigence est conforme aux objectifs de la réforme de 2004, elle permet dès l'instance contentieuse de centrer le débat sur le règlement des conséquences du divorce et ainsi s'éloigner de celui de la cause. Cette concentration des intérêts sur le règlement pécuniaire, fait oublier les raisons de l'engagement de la procédure. En permettant ainsi aux époux de se projeter dès l'introduction d'instance sur l'après divorce et elle centre davantage les époux sur le débat des conséquences que sur les torts. Le passé c'est-à-dire le vécu et les mobiles du divorce sont écartés afin de mieux s'accorder pour l'avenir.

Cette proposition ne constitue pas une prétention au sens de l'article 4 du C.P.C.¹²¹. En effet, il s'agit d'un simple projet émanant de l'époux demandeur. Il doit apporter un descriptif approximatif de la situation financière. Le juge ne peut statuer sur ces propositions puisqu'elles ne font pas parties de l'objet du procès. Selon, l'article 4 du C.P.C. l'objet du litige est déterminé par les prétentions des parties et « le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé » (article 5). Selon, la règle *ultra petita*, le juge ne doit pas statuer sur la proposition du règlement pécuniaire du divorce. Néanmoins, ce projet va lui permettre dès ce stade d'appréhender la situation économique des époux. Pour éviter toute manœuvre dilatoire, l'exception d'irrecevabilité doit être invoquée avant toute défense au fond (article 1115 alinéa 2 du C.P.C.). Il ne s'agit pas d'une exception d'ordre public, elle ne peut donc être soulevée d'office par le juge.

La demande doit également mentionner les différents organismes sociaux et contenir une déclaration sur l'honneur¹²² lorsque la demande porte sur la fixation d'une prestation compensatoire comprenant l'exactitude des ressources, des revenus, du patrimoine et des conditions de vie des époux (articles 272 du Code civil et 1075-1 du

¹²¹ Article 1115 du C.P.C.

¹²² Cf., Chap. I, Section 1, §1, B : « L'exigibilité relative de la déclaration sur l'honneur ».

C.P.C.). Les époux peuvent également pendant l'instance en divorce conclure toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial quelque soit le régime selon l'article 265-2 situé à la section consacrée aux conséquences du divorce en général. Avant la loi de 1975, une jurisprudence constante déclarait nulle, comme contraire au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, toute liquidation anticipée de communauté au cours de l'instance en divorce ou toute convention anticipée relative à cette liquidation. La loi du 11 juillet 1975 a rompu avec cette ancienne jurisprudence et a prévu à l'ancien article 1450, la possibilité de passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de la communauté. L'abrogation de l'article 1450 par la loi de 2004 a permis d'étendre le champ d'application de la convention de liquidation et de partage à tous les régimes matrimoniaux, y compris le régime de séparation de biens (qui était déjà admis selon le principe « nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision »). La loi offre une place importante à l'autonomie des volontés époux. Ils peuvent même dans le cadre d'une procédure contentieuse réussir à s'accorder sur la liquidation et le partage de leur patrimoine. Cette liberté qui mène au divorce est tout de même orientée. Les obligations légales guident les époux dans la conduite de leur divorce.

3°) Le débat et le jugement à huis clos

La procédure se poursuit par les débats. A cet égard l'article 248 du Code civil, précise que les débats sur la cause, les conséquences du divorce et les mesures provisoires, ne sont pas publics. Le principe du secret demeure. Cette exception au principe de publicité des débats (article 22 du C.P.C.) se justifie par l'intimité et la protection de la sphère familiale. « Les demandes sont formées, instruites et jugées en chambre du conseil »¹²³.

L'établissement de la cause du divorce et le règlement des conséquences sont subordonnés à la justification des éléments de fait. Il semble alors primordial d'en faciliter la preuve. En effet, les époux doivent justifier leur demande en apportant la preuve soit de la faute ou soit de la cessation de vie en communauté ou en cas de contestation. Les éléments rapportés servent également à appuyer leur souhait

¹²³ Article 1074 alinéa 1 du C.P.C.

concernant la mise en place des modalités d'exercice de l'autorité parentale et de fixer la contribution à l'entretien des enfants ou du conjoint. L'article 259 du Code civil proclame comme principe la liberté de la preuve en matière de divorce. La loi de 1975 avait opéré un changement important en élargissant les procédés. En effet, elle a intégré l'aveu comme mode de preuve. La réforme de 1975 a aligné le régime de la preuve en matière de divorce sur celui de droit commun.

Les modes de preuves offre un large panorama pour soutenir les prétentions et facilite ainsi le prononcé du divorce. Cependant, la liberté de la preuve est entachée de deux restrictions spécifiques au divorce. D'une part celle posée par l'article 252-4 du Code civil « ce qui a été dit ou écrit à l'occasion d'une tentative de conciliation, sous quelque forme qu'elle ait eu lieu, ne pourra pas être invoqué pour ou contre un époux ou un tiers dans la suite de la procédure ». D'autre part, l'article 259 alinéa 2 prohibe les témoignages des enfants des époux même ceux du conjoint ou concubin de ceux-ci sur les griefs invoqués par les époux. Ces deux limites sont aisément justifiées par les abus qu'elles pourraient susciter. La liberté de la preuve ne signifie pas, d'utiliser tous les moyens pour rassembler des justifications. Un époux ne peut verser au débat un élément de preuve obtenu par violence ou fraude. Ces tempéraments à la liberté de la preuve sont communs au régime de la preuve des faits juridiques. Il appartient à l'époux qui a subi de tels procédés d'en rapporter la preuve. Pour finir, un époux ne peut se prévaloir de constats dressés en violation du domicile ou ayant atteint l'intimité de la vie privée (article 259-2 du Code civil). Cette pratique concerne essentiellement l'adultère¹²⁴. Cela implique que pour le constat d'adultère, il faut une autorisation judiciaire ou que la demande émane de l'époux qui a la jouissance du domicile. Le champ d'expression de la preuve est affaibli selon le postulat du respect de la vie privée. Or, dans l'établissement de la faute dans la procédure de divorce risque chaque fois de se confronter au respect de la vie privée. Il faut également souligner que les enquêtes sociales ne peuvent être utilisées dans le débat sur la cause de divorce (article 373-2-12 alinéa 3 du Code civil). Le domaine de l'intimité ne doit pas interférer pas dans la discussion du fondement du divorce. La procédure s'érige, peu à peu, comme un schéma prédéterminé, où la vie personnelle des époux doit très peu interagir.

¹²⁴ Cf., Partie II, Titre I, Chap. II, Section II, §1. Développement sur la restriction de la preuve en matière d'adultère.

Mais, le juge dispose d'un pouvoir d'information lui permettant d'affiner la connaissance de certains éléments. En effet, il peut exiger que lui soit communiqué tous renseignements utiles concernant la consistance du patrimoine des époux (articles 259-3 du Code civil et 1075-2 du C.P.C.). Il peut faire procéder à toutes recherches auprès des débiteurs des époux ou ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux. Concernant la fixation des modalités d'exercice de l'autorité parentale, il peut donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale (article 373-2-12 du Code civil). Avant de prononcer le jugement, le juge aux affaires familiales procède à l'examen de la demande. Lorsqu'il y a des demandes concurrentes de divorce, toutes fondées sur la faute, le juge doit les examiner, s'il accueille les deux demandes, il prononce un divorce aux torts partagés.

Dans le cas d'une demande fondée sur la faute et une demande pour altération définitive du lien conjugal, le juge doit examiner en premier lieu la demande pour faute (article 246 du Code civil). Si le juge n'accueille pas la demande pour faute alors il statue sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal. Dès lors, la condition de deux années de cessation de vie commune est-elle encore exigée ? Le juge n'est-il pas contraint de prononcer le divorce ? La réponse est semble-t-il affirmative. Le Professeur Cornu énonce la réduction de ce délai dans ce cas particulier. « Le juge, s'il rejette la première, statue aussitôt sur la seconde, fut-ce avant l'expiration du délai de deux ans (articles 238 alinéa 2 du Code civil et 246 combinés) »¹²⁵. Dans ce cas, en imposant au juge de prononcer le divorce, cela permet de déroger à la condition légalement prévue nécessaire au prononcé divorce pour altération définitive du lien conjugal. L'issue du divorce est ainsi inévitable et la seule condition qui demeure dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal est tout simplement supprimée. Le droit cède à l'impatience des candidats au divorce, au risque de violer une règle légale, condition nécessaire à l'obtention. Dès lors, le simple fait de demander le divorce pour altération définitive du lien conjugal conduit de plein droit au divorce. Ce contournement de la loi semble se justifier par l'impossible maintien du lien conjugal pleinement caractérisé par la double demande en divorce.

¹²⁵ CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, p.547.

En matière de séparation de corps, le juge doit également respecter un ordre d'examen. L'époux contre lequel est présentée une demande en divorce peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps. A l'inverse l'époux contre lequel a été formée une demande en divorce peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps. Cependant lorsque la demande en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle ne peut tendre qu'au divorce (article 297). Le juge aux affaires familiales face à une demande en séparation et une, en divorce, doit dans un premier temps statuer sur la demande en divorce. Lorsque les deux demandes sont fondées sur la faute et accueillies par le juge, il prononce un divorce aux torts partagés. En conclusion, lorsqu'une demande de séparation de corps est cumulée avec une demande en divorce, c'est toujours la demande en divorce qui prime. La loi prend en compte un état de fait : l'échec conjugal. En effet, dès lors qu'un des époux demande le divorce, le maintien du mariage à travers la séparation de corps serait illusoire et rend inévitable l'issue du divorce. La procédure favorise la rupture définitive. Derechef, la voie ultime de séparation anéantissant tout lien conjugal est préférée à la simple séparation de corps.

Le jugement met fin à l'instance du divorce. Le juge aux affaires familiales peut faire droit à la demande et prononcer le divorce ou la rejeter. Si le juge estime que la demande en divorce est mal fondée, il rejette et déboute l'époux demandeur. Les liens du mariage ne sont pas dissous, cependant la désunion semble bien réelle. En effet, la loi pour répondre à cette situation confère au juge le pouvoir d'organiser leur séparation. L'article 258 énumère les différents aménagements susceptibles d'être décidés par le juge. Le juge peut statuer sur la résidence de la famille et dispenser judiciairement de la vie commune. De même, il va déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution aux charges du mariage. Autrement dit, il statue comme si la désunion judiciaire était prononcée, alors qu'elle ne l'est pas encore. Pendant cette période le juge prend des mesures provisoires qui ressemblent davantage à l'organisation définitive du divorce. En effet, ces mesures sont prises au bout de l'instance et de ce fait, même si le divorce n'est pas prononcé, la survie du mariage est inconcevable. Ainsi, le juge statue en fonction de cette réalité et il n'opère pas de la même manière que lors de l'ordonnance de conciliation. Notamment, il peut prendre en compte au vu des éléments de la cause, si une reprise de la vie commune est

envisageable et si la séparation doit ou non être organisée¹²⁶. Dès lors, lorsque le juge est dans l'impossibilité de prononcer le divorce, il essaye de combler cette carence par un régime relativement proche du divorce.

L'autorité de chose jugée du jugement rejetant la demande de divorce interdit aux époux de réitérer la demande en divorce sur le même fondement avec les mêmes griefs. Cependant elle n'empêche pas une nouvelle demande sur un autre cas que celui qui a été l'objet du rejet.

Le jugement contient la mention du divorce ainsi que la mention des mesures accessoires nécessaires au règlement de ses conséquences et la date de l'ordonnance de conciliation. En l'absence de règlement conventionnel, le juge en prononçant le divorce ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux (article 267 du Code civil). Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 11 juillet 1975, la jurisprudence considérait que le juge du divorce ne pouvait statuer sur les problèmes que soulève la liquidation du régime matrimonial¹²⁷. La loi du 23 décembre 1985 a prévu que le juge ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux ; et il statue, s'il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle (article 264-1 ancien du Code civil).

Le juge aux affaires familiales joue un rôle important dans la liquidation, il peut même accorder à « l'un des deux époux ou aux deux une avance sur sa part de communauté ou de biens indivis »¹²⁸. Il peut également trancher directement les conflits qui persistent pour accélérer la liquidation dès le prononcé du divorce et éviter ainsi de renvoyer les problèmes à une procédure ultérieure. Néanmoins, il ne peut s'exécuter dans le dernier cas qu'à la condition de désigner un notaire (article 255, 10°) et que le projet de liquidation contient des informations suffisantes et si au moins un des époux le demande. L'intégration du juge aux affaires familiales dans le processus de liquidation favorise un traitement rapide et concentré des conséquences pécuniaires du divorce. L'accroissement des pouvoirs du juge aux affaires familiales dans le domaine

¹²⁶ Dijon, 16 juin 1987, *Gaz. Pal.*, 1, 18, note BRAZIER.

¹²⁷ Cass. civ., 2^{ème}, 15 déc. 1975, *Defrénois*, 1976, art. 31220, p.12888, note MORIN (G.).

¹²⁸ Alinéa 3 de l'article 267.

de la liquidation est uniquement destiné à inclure dans la procédure de divorce tous les effets de la dissolution.

Toutefois, si des litiges persistent après le prononcé du divorce, ce sera au notaire dans un délai de 18 mois (un an ajouté à six mois supplémentaires si nécessaire) suivant la date du divorce devenu définitif, d'établir un état liquidatif du régime matrimonial (article 267-1 du Code civil).

La décision de divorce est susceptible d'appel et la décision rendue sur appel peut être frappée d'un pourvoi en cassation. L'appel et le pourvoi ont un effet suspensif. L'effet suspensif du pourvoi en cassation est une spécificité du régime du divorce (article 1086 du C.P.C.). La généralisation de l'effet suspensif se « justifie par l'idée que l'exécution de la décision aurait des conséquences irréparables puisque les époux pourraient se remarier, ce qui les exposerait, en cas de cassation, au risque de bigamie »¹²⁹.

Le jugement de divorce est prononcé en audience publique mais la publicité se restreint à la lecture du dispositif du jugement ou d'une remise au secrétariat du greffier. La publicité est réalisée par une inscription en marge de l'acte de mariage et l'acte de naissance de chacun. A l'instar de la procédure, la décision du divorce appartient au domaine privé.

Le tronc commun procédural a uniformisé un certain nombre de règles dans les procédures contentieuses mais l'impact des différents cas de divorce est inévitable. En effet, à travers chaque cas de divorce subsiste des particularités procédurales. Néanmoins, les particularités qui demeurent ne sont plus destinées à alourdir la procédure mais favorisent la pacification du procès.

¹²⁹ MASSIP (J.), *La réforme du divorce*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 2ème Ed., 1986, p.97.

B. Des spécificités procédurales contenues

Chaque type de divorce contentieux conserve sa spécificité dans un but de pacification. C'est ainsi que le régime du divorce accepté est favorisé par la loi (1.). Le divorce faillite, quant à lui, bénéficie d'un régime assoupli (2.) et le divorce pour faute connaît un alignement sur les autres régimes (3.)

1°) Le régime du divorce accepté favorisé

Concernant le divorce accepté, le changement d'appellation du divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage est éloquent et traduit le changement de la nature du divorce et par conséquent de sa procédure. On ne parle plus de divorce sur demande acceptée ou de divorce sur double aveu mais de divorce accepté. Le divorce accepté ne correspond plus à l'acceptation ou l'absence d'opposition de l'époux qui n'est pas à l'initiative de la demande. La suspicion d'une demande de divorce imposé à l'autre époux a disparu. Désormais, le divorce accepté repose sur l'association des époux quant à l'acceptation du principe du divorce, les deux époux jouent un rôle actif dans leur choix de divorce contrairement à l'ancien divorce où l'époux non demandeur demeurait passif. Suite à la demande unilatérale ou à une demande commune, les époux acceptent ensemble le principe du divorce et laissent au juge le soin d'en régler les conséquences.

Les causes de l'échec n'ont pas à être évoquées, seul le constat de la faillite conjugale est important, se traduisant par l'acceptation conjointe du principe du divorce. La loi a supprimé l'échange préalable de mémoires. La procédure du divorce accepté n'est plus ponctuée par une demande accompagnée d'un mémoire, ni d'acceptation traduite au besoin par un mémoire, ni par la réitération des aveux devant le juge aux affaires familiales lors de l'audience de conciliation. Sous l'ancienne loi, l'époux devait faire état dans sa demande d'un ensemble de faits imputés à l'un et l'autre rendant intolérable le maintien de la vie commune. L'autre époux pouvait accepter le mémoire purement et simplement ou ajouter un mémoire personnel. Le juge convoquait les deux époux en présence de leurs avocats et les invitait à confirmer leur aveu. Désormais

l'acceptation du principe de rupture intervient une fois pour toute devant le juge. Dans la continuité de l'esprit de la procédure, c'est l'objectivité qui domine. Alors que les parties entrent dans la phase contentieuse proprement dite, les raisons du divorce ne sont pas pour autant abordées. L'acceptation commune du divorce est essentielle.

De surcroît, l'accord donné sur le principe du divorce est définitif. Les époux ne peuvent se rétracter, même par voie d'appel (article 233 du Code civil). Une fois engagé dans la voie du divorce accepté, les conjoints ne peuvent plus échapper au dénouement, à la désunion judiciaire. Ainsi, l'appel de l'ordonnance de non-conciliation qui a constaté l'accord des époux pour divorcer porte uniquement sur les mesures provisoires. Une fois acceptée le principe de divorce, la procédure agit comme un étau qui se resserre progressivement sur les candidats au divorce. La cour de cassation dans un arrêt du 16 juillet 1987¹³⁰ avait déjà affirmé l'impossibilité de se rétracter dès lors que le double aveu avait été constaté. Cependant un des époux pouvait faire appel de ce constat et invoquer un vice de consentement ou encore son intention de ne plus divorcer. La loi a supprimé tout contentieux, désormais la rétractation est impossible. Les époux après avoir accepté le principe du divorce, sont dans une impasse procédurale. Dès lors que le divorce est objectivement constaté, l'issue est inéluctable, le divorce est prononcé. Cependant, même si en substance l'avis de la Cour de cassation dans un arrêt du 9 juin 2008¹³¹ ne contredit pas le principe d'irrévocabilité de l'acceptation. Elle considère qu'un appel général est possible mais qu'il ne peut avoir pour objet de remettre en cause l'acceptation du principe de la rupture du mariage.

La faveur manifeste de la loi accordée au divorce accepté est parfaitement illustrée par ce cloisonnement procédural, mais il est également illustré par le fait que l'acceptation puisse intervenir à tout moment (article 1123 du C.P.C.). Contrairement aux autres cas de divorce contentieux, celui-ci peut être sollicité à tout moment. Le divorce accepté bénéficie d'un régime de faveur quant à son entrée, cependant une fois le choix opéré, il est impossible d'en sortir. Les conjoints peuvent s'engager dans cette voie au stade de la conciliation. En effet, lors de l'audience les époux peuvent donner leur accord sur le principe du divorce, l'acceptation est immédiatement constatée dans

¹³⁰ Civ., 2^e, 16 juillet 1987, *D.*, 1987, p.582, note Groslière.

¹³¹ Cour de cass., 9 juin 2008, *D.*, 2008, actualité, p.1827s., obs., I.GALLMEISTER. L'avis est donné sur la possibilité de verser une pension alimentaire au titre du devoir de secours car la décision prononçant le divorce accepté n'acquiert force de chose jugée qu'après épuisement des voies de recours.

un procès verbal dressé par le juge signé par les époux et leurs avocats. A défaut d'intervenir pendant la tentative de conciliation, les époux peuvent s'accorder lors de l'assignation, chaque époux peut déclarer par écrit signé qu'il accepte le principe de la rupture du mariage, les deux déclarations d'acceptation seront annexées à la requête introductive d'instance.

L'acceptation du principe de rupture du mariage peut être également formulée au titre de demande reconventionnelle (article 247-1 du Code civil). La demande de modification de fondement de la demande en divorce doit être formulée de façon expresse et concordante dans les conclusions des parties. Si le juge acquiert la conviction que chacun des époux a donné librement son accord, il prononce le divorce. Il statue uniquement sur les conséquences de la séparation puisqu'il n'a plus à statuer sur la répartition des torts (article 234 du Code civil). Dès lors le champ d'intervention du juge est limité aux conséquences et non aux torts.

2°) Le régime du divorce pour altération définitive du lien conjugal assoupli

Le divorce pour rupture de la vie commune a vu son nom également modifié. Il se nomme divorce pour altération définitive du lien conjugal. Le législateur de 1975 avait entendu limiter le choix du divorce-faillite en prévoyant un certain nombre de contraintes légales. La loi de 2004 a allégé les conditions de fond et de forme. Le divorce pour rupture de la vie commune était un divorce aux charges assumées. En effet la requête devait être accompagnée d'indications concernant les moyens par lequel le demandeur entendait exécuter ses obligations et son devoir de secours. L'équilibre que le législateur avait tenté de réaliser était de plus en plus contesté. Les différentes charges qui pesaient sur le demandeur ont été supprimées, le demandeur n'est plus considéré comme le coupable. Les effets spécifiques liés à ce cas de divorce ont disparu. Le divorce-faillite est désormais soumis au droit commun de la procédure de divorce.

Le particularisme de la procédure se réduit essentiellement à deux règles. D'une part, sous réserve d'une non-comparution du défendeur, « le juge ne peut relever

d'office le défaut d'expiration du délai de deux ans ». ¹³² Il appartient donc au défendeur d'être vigilant quant à la durée de la séparation, car ce n'est pas de la compétence du juge de le soulever. Cette disposition est révélatrice, elle limite encore une fois les remises en question d'une procédure de divorce déjà commencée. Cette préoccupation permanente dans la procédure affaiblit le degré de contrainte des conditions nécessaires au prononcé du divorce, l'exigence des deux années n'étant pas impérative pour le jugement. D'autre part, l'article 1127 du C.P.C. précise que les dépens sont à la charge de l'époux à l'initiative du divorce sauf disposition contraire du juge. La règle en matière de dépens a sensiblement été modifiée, anciennement le juge n'avait pas le choix, seul l'époux demandeur avait la charge des dépens de l'instance. Il n'appartient plus systématiquement à l'époux à l'origine de la demande de supporter les dépens. Une dose supplémentaire d'objectivité a été ajoutée. La procédure de divorce pour faute n'a pas échappé à cet élan.

3°) le régime du divorce pour faute standardisé

La procédure du divorce pour faute s'est alignée pour l'essentiel sur les autres procédures. A l'instar des autres cas de divorce, le divorce pour faute est intégré au phénomène de l'objectivation de la procédure. C'est au moment de l'assignation que les griefs et le fondement juridique du divorce sont allégués. Le retardement de l'invocation du cas de divorce influe particulièrement sur le divorce pour faute. Le divorce pour faute est le divorce le plus marqué par les faits. Ainsi, faire reculer l'évocation des mobiles c'est faire perdre au divorce pour faute un peu de spécificité. Après avoir eu le monopole, le divorce pour faute est reclassé au dernier rang. Il n'a plus les faveurs du législateur. Les passerelles contribuent largement à sa marginalisation. Un tel choix doit être opéré uniquement lorsque les autres alternatives se sont avérées impossibles. Le choix du divorce conflictuel par excellence doit être la voie ultime ; lorsque la procédure de divorce n'a pas réussi à détourner l'époux d'un tel choix.

L'intégration du divorce pour faute dans le tronc commun procédural a entraîné un certain désengagement du droit pour la faute. L'appellation divorce sanction semble

¹³² Article 1126 du C.P.C.

anachronique et ne correspond plus à l'image du divorce pour faute qui scindait les deux parties en « victime » et « coupable ». La faute ne crée pas de disparité par rapport aux autres divorces (sur le plan de la procédure, de la prestation compensatoire, de l'exercice de l'autorité parentale, des avantages matrimoniaux). Le divorce sanction ne se distingue de plus en plus difficilement des autres divorces contentieux.

Le mode consensuel a été également trouvée sa place dans le traitement des conséquences du divorce que cela soit sur le plan patrimonial ou extra patrimonial notamment celles relatives aux modalités de garde des enfants. Demeurent, toutefois certaines caractéristiques comme la réconciliation des époux qui demeure une fin de non recevoir (article 244 du Code civil).

L'époux défendeur peut invoquer les fautes de son conjoint soit sur le terrain de la défense soit au titre d'une demande reconventionnelle. Le juge prononce soit le divorce aux torts exclusifs d'un conjoint soit aux torts partagés en fonction des demandes des époux et des fautes établies. A la demande des époux, le juge peut prononcer le divorce pour faute sans énoncés les torts retenus. Il se limite à constater dans les motifs du jugement qu'il existe des faits constituant une cause de divorce. La demande doit émaner des deux époux et elle doit être formulée de façon expresse et concordante dans leurs conclusions. Cette règle constitue une illustration supplémentaire de la dissimulation de tout ce qui se rapporte aux faits, à l'intime. Elle renforce l'idée, d'une conception dépassée de la mise en avant des fautes causes de divorce, une sorte de désaveu du cas de divorce pour faute. La décision prononçant le divorce pour faute doit être motivée. C'est-à-dire qu'une telle décision doit être justifiée et renforce son caractère d'exception. Les spécificités de chaque procédure n'ont plus pour fonction de durcir l'obtention du divorce, ni d'en limiter l'accès.

Au regard de ce descriptif des règles procédurales se dessine l'émergence d'un « droit au divorce ». En effet, le législateur a certes encadré la procédure par des garde-fous mais ces bornes, ces exigences ne sont plus là pour inciter les époux à renoncer au divorce. Les différentes obligations procédurales sont régies par le principe commun de pacification. La suppression des obstacles procéduraux limitant ou freinant l'accès au prononcé du divorce et le respect des exigences procédurales apparaissent comme suffisants pour conduire au divorce. Les époux n'ont qu'à suivre rigoureusement les

différents paliers établis par la procédure et l'obtention du divorce est au bout du chemin. Cependant, les époux ne sont pas seuls, ils seront guidés pendant la traversée de la désunion par deux principaux auxiliaires, l'avocat et le notaire.

CHAPITRE II : LE SUCCES DU DIVORCE RELAYE PAR L'AVOCAT ET LE NOTAIRE

Différents acteurs interviennent lors de la procédure de divorce. Ils représentent : « l'armature forte dans laquelle les volontés privées sont enserrées, et qui est tenue par des professionnels amenés, à titre divers, à protéger, conseiller, encadrer les individus concernés ».¹³³ Le juge ne peut connaître tous les éléments pertinents de la vie du couple pour trancher. Il ne peut maîtriser toutes les disciplines. L'expert intervient quand le juge où les parties vont l'y inviter¹³⁴. Dans le même ordre, le juge peut faire appel à des enquêteurs sociaux lorsqu'il n'a pas suffisamment d'éléments pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale (Article 373-2-12 alinéa 1 du Code civil). L'influence des différents intervenants a une portée limitée car ils n'ont pas le pouvoir d'apporter des solutions concrètes. Leurs rôles se cantonnent à la recherche de la réalité des situations mais *in fine* elles restent à résoudre et seul le juge tranche.

Le juge peut également afin d'essayer d'enrayer le conflit proposer une médiation familiale aux époux. Il peut le faire au titre des mesures provisoires (article 255 (1^{er} et 2^o) du Code civil.). La médiation est un processus parallèle à la voie judiciaire. Elle est destinée à rapprocher les parties afin qu'elles parviennent à un accord. La résolution du conflit appartient aux époux grâce à l'instauration d'un dialogue par le médiateur. Ce sont les parties elles mêmes qui vont chercher à établir un accord et qui décideront de le soumettre au juge. La médiation n'est pas obligatoire et elle est peu usitée.

Seuls l'avocat et le notaire, acteurs incontournables du divorce disposent d'une d'un pouvoir d'action directe dans le procès du divorce. Chacun dans leur domaine respectif bénéficie d'une grande liberté d'entreprise, amplifiée par la réforme.

¹³³ BELLIVIER (F.), « Droit de la famille Divorce », *R.T.D.C.*, juillet-septembre 2004, Chron., p.565.

¹³⁴ L'intervention de l'expert permet d'éclaircir et d'approfondir certains points du dossier. Il existe une déclinaison d'experts (médical, immobilier, comptable...); à la fin de sa mission il rend un rapport au juge.

La loi dans un souci d'efficacité et de pacification, a favorisé les arrangements amiables communément aux différents divorces. En contrepartie, la loi a parsemé la procédure d'un certain nombre d'obligations procédurales qui sont le prix à payer pour la liberté d'action des époux. Seul leur respect va conduire au divorce. L'intervention des acteurs judiciaires est donc nécessaire pour donner vie au nouvel esprit de la loi et c'est à ce titre qu'elle prend le relai dans son application. Une telle intervention est également nécessaire pour garantir l'obtention du divorce. Cette nouvelle culture procédurale impose une intervention renforcée et adaptative de l'avocat (Section 1). Le notaire joue également un rôle important dans le divorce et avec l'avocat ils sont les promoteurs d'un divorce pacifié (Section 2).

SECTION 1 : L'INTERVENTION RENFORCEE ET ADAPTATIVE DE L' AVOCAT DANS LE DIVORCE

On ne peut divorcer sans avocat. Pour le tronc commun, la représentation est obligatoire sauf pour le défendeur jusqu'à l'ordonnance de conciliation (article 251 du Code civil). Dans le cadre du divorce par consentement mutuel, l'assistance est également obligatoire mais la représentation est impossible dès lors que la présence des époux est exigée (article 250).

L'article 4 de loi du 31 décembre 1971 dispose dans son alinéa 1 : « Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions (...). ». Le principe selon lequel toute personne a le droit de se défendre¹³⁵ ou d'être défendu prend corps dans les règles d'assistance et de représentation. La défense passe donc par une double mission, la représentation et l'assistance. La représentation « emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure ».¹³⁶ Et d'autre part, l'assistance « emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de représenter sa défense sans l'obliger ».¹³⁷

¹³⁵ Ass. Plén., 30 juin 1995, *J.C.P.*, 1995, II, 22478 ; La Cour de cassation a consacré le principe constitutionnel du respect des droits de la défense.

¹³⁶ Article 411 du C.P.C.

¹³⁷ Article 412 du C.P.C.

Une procédure de divorce sans le ministère d'avocat a été proposée. Les époux auraient pu saisir le juge sans l'assistance d'un avocat. Ce projet a été évoqué selon certaines conditions, en cas d'absence d'enfant mineur ou de bien immobilier. Au regard des risques encourus par les candidats au divorce, risques découlant d'un divorce facilité, l'intervention de l'avocat est apparue comme indispensable. En effet, l'avocat assure d'une part, une protection renforcée des intérêts des époux dans le divorce gracieux et, d'autre part, une protection des intérêts et une modération des conflits dans le divorce contentieux (§2).

§1 : Protection renforcée des intérêts des époux dans le divorce gracieux

La procédure de divorce par consentement mutuel soumet la protection d'intérêts des parties à l'épreuve du temps (A) et au choix d'un avocat commun (B).

A. La protection des intérêts des parties à l'épreuve du temps

Selon le nouveau paysage procédural, il est dorénavant plus facile de divorcer. Face à l'engouement pour les accords de volonté entre époux, face aux aménagements des passerelles, face à l'accélération des procédures ; l'avocat exerce une fonction de sauvegarde des intérêts de ses clients qui sont de plus en plus livrés à eux-mêmes et il doit assurer la pacification entre les époux et il doit également garantir et préserver leurs intérêts. Il joue plus que jamais un rôle central dans la gestion des conflits. Les changements procéduraux doivent être accompagnés d'une certaine réflexion sur leur profession.

La mission de l'avocat dans la procédure de divorce par consentement mutuel est de satisfaire les époux tout en traduisant juridiquement leurs volontés communes. Sa mission commence par l'écoute puis le conseil et pour finir il matérialise en des termes juridiques les exigences des époux. Son travail relève essentiellement de la préparation et de l'assistance. En effet, le divorce par consentement mutuel n'est pas entaché de stratégies ou de rancœurs, l'avocat guide les époux dans la procédure et relate les mesures nécessaires à l'organisation de leur vie post divorce dans la convention.

Le principe de la comparution unique modifie l'intervention de l'avocat. Pendant cette audience, le juge va s'assurer de la liberté et de la sincérité du consentement. Une fois confirmé, il prononce le divorce et homologue concomitamment la convention. La suppression de la deuxième comparution et du temps de réflexion influent sur le rôle de l'avocat. Une plus lourde responsabilité repose sur lui. Il n'y a plus d'audience de la seconde chance. Tout doit être prêt le jour de l'audience et même avant le jour du dépôt de la requête. Les époux désireux de divorcer doivent s'accorder sur l'ensemble des conséquences du divorce. C'est par le biais de la convention que se matérialise l'organisation post divorce. Le conseil doit par conséquent impérativement être minutieux lors de la préparation de la convention, il doit être complet dans le règlement des conséquences du divorce et il doit satisfaire la volonté des époux tout en respectant leurs intérêts et ceux des enfants. C'est pourquoi, dans un souci de rapidité et de pacification, l'avocat ne doit pas pour autant négliger la représentation des intérêts de son ou ses clients et il doit adapter sa mission d'assistance aux conditions procédurales et assurer un juste équilibre.

Le souhait des époux qui engagent une procédure du divorce par consentement mutuel est d'aboutir au prononcé du divorce. C'est essentiellement par le biais de la convention qu'ils peuvent se voir refuser l'homologation et en définitive le divorce. Elle doit contenir un certain nombre d'éléments indispensables afin d'être homologuée. C'est à ce moment précis que repose sur l'avocat la lourde tâche de « respecter » les conditions légales nécessaires au prononcé du divorce. Il doit pour cela porter une attention accrue sur le projet de convention réglant les conséquences du divorce, afin de ne pas se voir reprocher le refus de l'homologation prolongeant ainsi la procédure de divorce. En effet, le juge peut refuser d'homologuer la convention et ajourner sa décision jusqu'à la présentation d'une nouvelle convention.

La mission de l'avocat peut être d'autant plus délicate, lorsque les époux choisissent d'un commun accord un avocat commun pour les assister dans le cadre du divorce par consentement mutuel (article 250 du Code civil). Le choix commun d'un avocat oblige parfois ce dernier à tempérer les époux par des négociations.

B. La protection des intérêts des parties et le choix d'un avocat commun

La loi a maintenu cette possibilité justifiée par l'inutilité d'imposer l'intervention de deux avocats dans une procédure présentant peu de difficulté et qui au contraire l'alourdirait. Avec la suppression d'une deuxième comparution, l'avocat unique doit redoubler de vigilance car il est le premier rempart face à l'éventualité d'une convention déséquilibrée. Sa tâche est d'autant plus difficile à accomplir, n'étant pas le conseil d'une partie mais de deux. En effet, le respect des « bornes » procédurales relatives à la convention doit être garanti par l'avocat. Le choix d'un avocat commun rend plus délicate la phase de préparation de la convention qui fera l'objet d'une habilitation du juge. Un divorce avec un seul avocat modifie la nature de son rôle. Cette confrontation à deux volontés influe sur sa mission qui peut dériver sur un rôle de médiateur. L'avocat doit informer ses clients des conséquences du choix d'un avocat commun. En effet, l'article 3 du décret du 12 juillet 2005 précise : « L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité, humanité et respecte les termes de son serment. Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie. Il fait preuve à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence. »

Le choix de l'avocat unique peut mettre à mal de tels principes. L'avocat a des devoirs envers ses clients. Il peut lui être reproché dans une telle situation un conflit d'intérêts. Le conflit d'intérêt est une notion floue. L'article 4.2 de la décision du Conseil national des barreaux à caractère normatif n°2005-003 portant adoption du règlement intérieur national de la profession d'avocat énonce à propos du conflit d'intérêt, que lorsque l'avocat exerce sa fonction de conseil, il doit au jour de sa saisine, « donner une information complète, loyale et sans réserve à ses clients » pour ne pas compromettre les intérêts d'une ou plusieurs parties et lorsqu'il exerce sa fonction de représentation et de défense, il ne faut pas que « l'assistance de plusieurs parties 'conduise' l'avocat à présenter une défense différente, notamment dans son développement, son argumentation et sa finalité, de ce qu'il aurait choisie si lui avaient été confié les intérêts d'une seule partie ». Celui-ci doit par conséquent s'assurer que le choix d'un avocat commun est fait en connaissance de cause et obtenir l'accord de ses clients avant d'apporter son concours aux deux parties. L'information des époux est

indispensable. L'avocat a donc un devoir d'information vis à vis de ses clients et il doit aussi s'assurer qu'il ne va pas défendre simultanément des intérêts divergents.

Selon certains auteurs, il semble parfois que le principe de délicatesse se confonde avec la notion de conflit d'intérêts¹³⁸. L'avocat doit faire preuve de délicatesse dans tous les actes de sa vie professionnelle et à tous les stades de la procédure dans ses rapports avec ses clients. Le conflit d'intérêt comme le principe de délicatesse est fortement imprégné de la moralité et de la droiture. Ce risque de confusion impose donc de la part de l'avocat une anticipation parfois une abstention de sa participation. Suite à l'échec de la procédure de divorce par consentement mutuel, l'avocat ne peut plus être conseil ou le défenseur de l'une des parties dans une procédure de divorce pour faute, puisque les intérêts pécuniaires des deux époux sont en opposition selon le principe de délicatesse et l'accord de l'autre époux n'empêche par le manquement au devoir de prudence qui s'impose à l'avocat¹³⁹.

Cette interdiction va s'appliquer pratiquement à toutes les procédures de divorce puisque les intérêts pécuniaires des époux sont très fréquemment en opposition. Cette précaution s'étend à un cabinet d'avocat, c'est-à-dire à tous les collaborateurs d'un même cabinet, à tous les membres (article 7 alinéa 4 du décret du 12 juillet 2005). Les sanctions sont de deux ordres : d'une part, l'avocat met en cause sa responsabilité professionnelle et d'autre part, il encourt des poursuites disciplinaires. Cependant la violation de ces règles professionnelles n'entraîne pas la nullité de la représentation.

La réussite du divorce des époux dépend de son intervention. Lorsqu'il est l'avocat commun des parties, il doit renforcer sa vigilance pour protéger l'intérêt familial dans son ensemble. Seule une étroite collaboration avec les parties permet de garantir l'efficacité de la mission de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel.

¹³⁸A *contrario* MARTIN (R.), L'avocat et la délicatesse de l'honneur, *Gazette du palais*, 30 juillet 2000, p2.

¹³⁹Cass.civ., 1^{ère}, 20 janvier 1993, *Bull. civ.*, 1993, I, n°22, p.14. En l'espèce, les époux avaient dans un premier temps choisi la procédure de divorce sur requête conjointe et ils étaient représentés par un avocat commun. Cette procédure comprenait notamment un projet établi par notaire de partage des intérêts pécuniaires. Suite à une décision de radiation, l'épouse a introduit une demande en divorce pour faute avec le même conseil. L'époux a porté plainte contre l'avocat en lui reprochant d'avoir accepté d'être le conseil des ex-époux dans la procédure de requête conjointe et d'assurer la défense des intérêts de son ex épouse dans une procédure de divorce pour faute et dans la procédure de liquidation des intérêts patrimoniaux résultant du divorce.

L'allègement facilite l'accès au divorce. La nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel a supprimé certains obstacles et concomitamment, elle a renforcé d'autres conditions nécessaires pour obtenir le divorce. La dernière entrave réside dans l'acceptation ou le refus d'homologuer la convention par le juge. Il appartient donc à l'avocat de garantir la sortie du mariage, une sortie respectueuse des différents intérêts en présence. La résolution pacifique du divorce gracieux a contaminé le divorce contentieux. L'avocat doit se plier à l'exigence légale de pacification. Dans le divorce contentieux, le conseil doit donc s'efforcer d'apaiser les conflits tout en assurant la défense des intérêts de ses clients.

§2 : Protection des intérêts et modération des conflits dans le divorce contentieux

Les avocats doivent assurer une conciliation de leur mission (A.). L'effectivité de ces missions est garantie par les règles de conduite inhérentes à leur profession (B.).

A. La conciliation des missions de l'avocat

L'avocat dans les procédures contentieuses a dû adopter un nouveau positionnement. Cette réforme doit être accompagnée d'une modification du comportement des avocats et d'une adaptation de leurs stratégies de défense et de conseil. Seule cette modification peut garantir l'effectivité des objectifs posés par la loi. Les avocats doivent œuvrer pour réaliser les attentes de la loi. « Les avocats vont devoir faire évoluer leur exercice professionnel, dans un difficile exercice entre défendre et pacifier, entre défendre un des conjoints et prendre en compte l'intérêt familial. »¹⁴⁰

Le législateur a prévu un certain nombre de mesures destinées à assurer le passage du divorce dans la paix. Il n'est plus question, pour les conseils dans les divorces contentieux, d'alimenter le combat entre les époux afin de parvenir à les satisfaire en les « vengeant ». La création d'un tronc commun procédural dans le

¹⁴⁰ WEISS-GOUT (B.), « Le nouveau divorce : nouvelles stratégies, nouveau rôle de l'avocat », *A.J.F.*, juin 2004, p.236.

divorce contentieux a eu pour conséquence d'établir des règles communes que doivent respecter les époux pour arriver au jugement du divorce. Seul le respect de ces règles inhérentes à chaque phase du procès permet de passer à l'étape suivante. Les époux, afin que le divorce ne leur soit pas refusé, doivent se soumettre aux règles procédurales qui dessinent le parcours à suivre pour aboutir à son prononcé. C'est grâce à l'encadrement de l'avocat que les conjoints vont pouvoir approcher l'issue recherchée : le divorce.

Une des règles procédurales placide qui s'impose lors de la traversée du divorce est la prohibition de motivation de la requête initiale (article 251 du Code civil). L'avocat doit être extrêmement vigilant, puisqu'une requête abusivement motivée entraînerait soit la nullité ou l'irrecevabilité et au-delà le rédacteur pourrait s'exposer à une attitude blâmable sur un plan déontologique. Le nouvel esprit de la requête est de neutraliser les conflits ; à l'avocat de corroborer par son intervention à cette finalité. Il lui appartient de respecter cette prohibition en s'abstenant d'exprimer les rancœurs et les exigences de l'époux dans la requête. Pour cela, il doit expliquer à son client que la requête constitue l'entrée dans la voie du divorce et ainsi favoriser la signature du procès verbal. Lors de l'audience de conciliation, le cas de divorce n'est toujours pas déterminé. Une telle mesure est significative de l'attitude à adopter pour les avocats, c'est-à-dire désamorcer le conflit. Néanmoins, comme il l'a été démontré précédemment¹⁴¹, l'audience de conciliation est devenue déterminante dans l'actuelle procédure. Elle joue un rôle d'impulsion pour la suite de la procédure. C'est à ce stade que le divorce et l'organisation de la vie familiale après la séparation se préparent. En effet, à l'issue de la tentative de conciliation, le juge doit prendre des mesures provisoires afin d'organiser la vie familiale. Or, ces dernières mesures provisoires deviennent fréquemment les mesures définitives.

L'enjeu lors de la prise de décision de telles mesures n'est pas négligeable. Il place l'intercesseur comme indispensable. C'est à lui en tant que professionnel du droit de s'assurer que les mesures sont respectueuses des intérêts de son client. Pendant cette phase, le conseil protège certes les intérêts de son client mais il doit en plus se préoccuper d'être en conformité avec la recherche de pacification. Il ne doit pas épouser

¹⁴¹ Cf. chapitre I, section II, §1.

la cause de son client. La tâche de l'avocat jusqu'à l'assignation est sensiblement différente de sa mission originelle qui est d'obtenir le maximum d'avantages pour son client. Il doit s'efforcer de créer une atmosphère de quiétude préservant ainsi l'intérêt familial. L'allègement et la simplification des procédures contentieuses ont eu pour conséquence de valoriser la mission de l'avocat. L'accès au divorce étant facilité et tempéré, la responsabilité qui pèse sur le praticien est renforcée.

Le divorce pour acceptation du principe de la rupture illustre parfaitement la lourde responsabilité qui repose sur le conseil. Il n'y a plus d'échange préalable de mémoires ni de double aveu. Lorsque les époux ont déclaré accepter le principe de rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233 du Code civil, l'instance ne peut être engagée sur un autre fondement. De plus, l'article 233 alinéa 2 précise que l'acceptation n'est pas susceptible de rétractation. L'avocat doit donc avoir une démarche réfléchie et prudente et s'assurer que son client est bien informé sur le choix d'un tel divorce. A ce titre, l'obligation de conseil et d'information de l'avocat se trouve exacerbée. Il faut également souligner que, le prononcé du divorce accepté n'entraîne plus les conséquences d'un divorce aux torts partagés dès lors elles sont plus incertaines et aléatoires. L'avocat doit accentuer son rôle de prévention et d'information concernant les risques éventuels d'un tel choix afin d'éviter des insatisfactions ultérieures. Son action pacificatrice impose une information renforcée du régime procédural du divorce accepté afin d'empêcher des revendications postérieures au divorce.

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal a lui aussi subi des transformations. Maintenir un époux dans les liens du mariage alors qu'il ne le désire plus est apparu incongru. C'est pourquoi les obligations qui pesaient sur l'époux demandeur ont disparu, rendant plus attractif ce divorce. L'époux demandeur n'a plus à préciser les moyens par lesquels il exécutera ses obligations à l'égard de son conjoint et des enfants. Quant à l'époux défendeur, il ne plus peut évoquer la clause de dureté, le maintien forcé dans le mariage n'est plus considéré comme une solution. La clause de dureté n'est désormais plus justifiée, au contraire, elle serait vécue comme une condamnation à rester marier. La suppression de cette clause montre clairement le sens de la loi, sens qui doit s'imposer à l'avocat dans une défense « objective » des intérêts de son client. Désormais c'est le régime de la prestation compensatoire qui s'applique,

celle-ci n'étant pas fondé sur la responsabilité mais sur des critères objectifs palliant la disparité financière résultant de la rupture. Par conséquent, même l'époux défendeur peut se voir attribuer le paiement d'une prestation compensatoire.

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal peut donc être lourd de conséquences pour l'époux défendeur. L'intervention de l'avocat semble donc primordiale dans la protection des intérêts de son client. Auparavant, tous les avantages allaient à l'époux défendeur donc l'avocat n'avait pas une réelle influence sur les effets du divorce pour rupture de la vie commune. Dorénavant, il peut d'une part essayer de sauvegarder les intérêts de son client lors de la détermination de la prestation compensatoire et d'autre part il peut mettre en œuvre l'article 266 du Code civil qui offre une réparation sous forme de dommages et intérêts des conséquences d'une particulière gravité que l'époux a subi du fait de la séparation.

Les aménagements du divorce pour altération définitive du lien conjugal ont conduit le défenseur à modifier ses stratégies. En effet, puisqu'il n'existe plus le maintien du devoir de secours et que l'issue du divorce est fatale, l'avocat peut jouer son rôle de conseil, en atténuant les tensions, en informant son client de l'inutilité de refuser le divorce. Il doit aviser son client des autres voies offertes notamment la demande reconventionnelle pour le divorce pour faute. Il peut également faire accepter le principe du divorce à l'époux défendeur en relevant les avantages d'un divorce semi consensuel et mettre en relief le désintérêt de la voie contentieuse du divorce pour altération définitive du lien conjugal. La tâche n'est pas aisée. L'essentiel de la mission du défenseur consiste à accompagner psychologiquement et faire accepter le principe du divorce à l'époux qui ne le souhaite pas et à qui on ne reproche aucun grief. Sa mission est résolument pacificatrice. Concernant la stratégie du demandeur, il n'y a pas de grand bouleversement, si ce n'est de rendre inutile la préparation d'un dossier fondé sur les fautes du conjoint.

La scission du rapport faute et compensation financière a complètement modifié l'enjeu de la procédure. L'intervention de l'avocat dans le divorce pour faute suppose un remaniement. Le divorce pour faute permettait de mettre en scène judiciairement la guerre entre les époux et le vainqueur était celui qui obtenait le divorce aux torts exclusifs de l'autre conjoint. Autrement dit celui qui bénéficiait de tous les avantages

pécuniaires représentant la « peine » de l'époux fautif. Désormais, l'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé peut bénéficier d'une prestation compensatoire (sauf l'article 270 alinéa 3 du Code civil¹⁴²) sauf lorsque l'équité le commande, le juge peut refuser l'octroi d'une prestation compensatoire en raisons des circonstances particulières de la rupture.

Le législateur a généralisé l'application du principe de la prestation compensatoire. L'époux exclusivement fautif ou le demandeur à la procédure de divorce pour altération définitive du lien conjugal peut bénéficier de la prestation compensatoire. Par conséquent chacun des époux a vocation à bénéficier d'une prestation compensatoire dès lors qu'il remplit les conditions légales nécessaires à son attribution. Le droit à une prestation compensatoire n'est pas fondé sur les torts mais sur des critères objectifs prédéterminés. L'avocat dans un divorce pour faute n'a plus à se lancer dans un combat judiciaire afin d'apporter le maximum de preuve dans le but d'obtenir les torts exclusifs.

« Dès lors les stratégies consistant à stigmatiser les fautes du conjoint, en multipliant les attestations accusatrices, afin d'assurer le bénéfice d'une prestation compensatoire ou, au contraire, d'échapper à leur versement, n'a plus lieu d'être. Il appartiendra aux avocats d'expliquer à leurs clients qu'un tel comportement serait stérile, voire contre-productif, et de refuser de se faire les porte paroles d'argumentations revanchardes, inopérantes sur le plan judiciaire, et par conséquent dilatoires »¹⁴³.

Le rôle de l'avocat dans le divorce pour faute doit s'axer davantage dans la modération. La minimisation du combat sur l'argent incite les avocats à calmer les esprits, à tempérer et contribue à la pacification du procès. Il peut, en effet, de par son information, expliquer que le divorce pour faute permet certes de reconnaître les griefs du conjoint mais que cela n'a pas automatiquement pour conséquence une compensation financière.

¹⁴² L'article 270 alinéa 3 du Code civil prévoit que le juge peut « pour des raisons d'équité au regard des circonstances particulières de la rupture refuser l'octroi d'une prestation compensatoire à l'époux contre lequel est prononcé le divorce à ses torts exclusifs. »

¹⁴³ PIWNIKA (D.), « L'avocat face au divorce : quelle déontologie ? », *A.J.F.*, oct. 2004, p.347.

La loi de 2004 a placé le divorce pour faute au dernier rang. La marginalisation du divorce pour faute va se réaliser notamment par l'intervention des avocats. En tant que conseil et informateur du droit, celui-ci peut influencer et guider le choix de son client vers un divorce teinté d'accord. Il ne doit pas entrer dans le jeu de son client qui attend du procès que justice soit faite, c'est-à-dire que le juge en prononçant le divorce désigne un coupable. Il doit mettre de la distance avec les attentes de son client.

La mission de l'avocat n'est pas entièrement bouleversée. Il demeure indispensable pour valoriser les intérêts de son client. Il peut également obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 266 du Code civil, même si les conditions de réparation se sont endurcies. En effet, des dommages et intérêts peuvent être attribués en réparation du préjudice découlant de la dissolution elle-même. Pour cela, l'avocat, avec l'aide de son client, doit apporter la preuve de la conséquence d'une particulière gravité que l'époux a subie du fait de la dissolution.

Le rôle du conseil dans le divorce pour faute vacille entre obtenir le maximum d'avantages pour son client entre autres financiers et minimiser la guerre judiciaire en le guidant vers les voies du divorce les plus appropriées. Pour ce faire, par le biais des passerelles, le défenseur peut à tout moment informer son client qu'il est toujours possible de se diriger vers un divorce par consentement mutuel ou un divorce accepté (article 247 et suivant du Code civil). L'avocat, après l'introduction de la demande en divorce, devra énoncer les différents scénarii à envisager afin d'amener l'époux vers un divorce moins conflictuel même si la demande est à l'origine fondée sur la faute.

La concrétisation des intentions pacificatrices de la loi va essentiellement dépendre de la mise en œuvre du conseil. « Il reste aux praticiens à leur donner une consistance, en s'efforçant d'admettre puis de faire admettre que le contentieux personnel n'est pas nécessairement un contentieux judiciaire. »¹⁴⁴

Parmi l'éventail des possibilités d'accords, la plus éloquente est le règlement des conséquences du divorce à l'amiable (les articles 252-3 alinéa 1 et 268 du Code civil). Ces opportunités procédurales s'accompagnent d'un durcissement de certaines

¹⁴⁴ POIVET-LECLERCQ (H.), « Pratique de la nouvelle procédure de divorce », *R. J. P. F.*, n°12, décembre 2004, p.12.

obligations procédurales. L'avocat professionnel du droit permet d'en garantir le respect. Lors de l'élaboration des conventions relatives aux conséquences du divorce, l'avocat doit assurer une garde rapprochée des époux. Sa présence est plus qu'indispensable car les conventions remplacent la résolution des conflits par le juge. En effet, l'aboutissement à une convention dans la procédure contentieuse extirpe de cette même procédure des conflits à trancher. De ce fait, l'avocat en tant que professionnel du droit, doit assurer en quelque sorte le relais. Madame Irène Théry avait par ailleurs déjà évoqué sous l'empire de la loi de 1975, le transfert opéré par la procédure « du juge vers l'avocat la part essentielle des enjeux relationnels et juridiques. Il est l'interlocuteur privilégié, qui construit l'accord, seul ou en cherchant à négocier avec son confrère ; il est l'acteur principal d'une justice de gestion des conflits. »¹⁴⁵ Elle souligne à cet égard, le pouvoir ambigu de l'avocat : « Loin de signifier moins de pouvoir, le dialogue informel autorise un pouvoir occulte plus étendu, imperceptible parce que toujours rapporté aux circonstances particulières d'une affaire particulière. »¹⁴⁶ La maîtrise de la procédure et de son issu dépendent essentiellement de l'intervention de l'avocat. Ses règles de conduite permettent de garantir l'efficacité de son intervention.

C. L'effectivité des missions garantie par les règles de conduite inhérentes à la profession

L'avocat assure le suivi de la procédure. Il accomplit les actes de la procédure au nom de son client et sous sa responsabilité et il représente ses intérêts. La profession d'avocat s'exerce selon certains principes qui sont la garantie de l'intégrité de leur profession. L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité, honneur, loyauté délicatesse... Comme le souligne Monsieur Martin, les règles de conduite de l'avocat désignent « plutôt des valeurs morales, déclenchant des règles de bonnes conduites dans une société policée. »¹⁴⁷ En matière de divorce, l'aspect relationnel et psychologique de l'avocat est exacerbé par l'intimité du conflit en cause. Comme on a pu le relever, le praticien intervenant en droit de la famille ne peut exercer

¹⁴⁵ THERY (I.), *Le démariage : justice et vie privée*, O. Jacob, Paris, 1993, p.213s.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.218.

¹⁴⁷ MARTIN (R.), « L'avocat et la délicatesse de l'honneur », *Gazette du palais*, 30 juillet 2000, p1340.

pareillement que dans les autres branches du droit. La particularité du droit de la famille pour la fonction d'avocat découle certes du fait que le droit touche le plus intime (la famille, les sentiments) mais en plus la réforme du divorce a posé des impératifs que l'avocat doit s'efforcer de réaliser.

Dans ce domaine, il est pourvu d'une mission supplémentaire, autre que celle de défendre son client. Il doit assurer l'effectivité des objectifs procéduraux. Et c'est par « le respect des valeurs essentielles de la profession, au nombre desquelles la loyauté, la confraternité, la délicatesse, la modération et la courtoisie et les devoirs de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence » qu'il est « le meilleur garant de la pacification effective du divorce et de la préservation des droits et intérêts des époux en dépit de l'accélération de la procédure. »¹⁴⁸ Les diverses transformations procédurales ont eu un impact sur la profession d'avocat. L'adaptation du praticien aux nouvelles exigences légales ne peut se réaliser sans un réajustement des principes de déontologie. La lourde tâche de l'avocat dans la procédure de divorce lui impose une certaine droiture¹⁴⁹.

L'avocat permet de réaliser un passage réussi de chaque étape de la procédure. Le passage réussi d'une étape conduit à l'étape suivante pour arriver à l'étape finale qui est le prononcé du divorce. L'avocat joue un rôle de filtre dans le processus procédural qui ouvre les portes à l'obtention du divorce. En effet, il est le seul qualifié pour garantir une traversée sans embûche. Pour réaliser cette traversée, le conseil doit tenir compte de deux considérations. D'une part, il doit assurer la défense des intérêts de son client et d'autre part, donner vie aux impératifs d'apaisement posés par la loi. C'est à juste titre que le Ministre de la justice de l'époque a appelé les avocats : « les intermédiaires de la complexité ».

Lui seul en tant que professionnel du droit a une entière connaissance du droit, de l'état des lois et des évolutions de la jurisprudence. « Il guide (l'époux) dans son approche en l'inscrivant dans la réalité juridique » et il est également le « vecteur de

¹⁴⁸PIWNIKA (D.), préc.

¹⁴⁹ Les avocats ne doivent pas entrer dans le jeu de l'hostilité de leurs clients et se conformer aux directives posées par le législateur. Ils doivent donc respecter scrupuleusement le principe du contradictoire et se communiquer les pièces en temps utile. Ils doivent également avoir une attitude loyale envers leur confrère en matière d'administration de la preuve.

l'esprit des lois dans le sens où il est l'acteur incontournable non plus seulement du combat mais de la paix. »¹⁵⁰

La loi a attribué une nouvelle fonction à l'avocat par la création de l'article 255(9°) du code civil qui prévoit que le juge peut « désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux ». C'est une nouvelle déclinaison de l'intervention de l'avocat dans le divorce. Elle est similaire à celle prévu par l'ancien article 1116 du N.C.P.C., sauf qu'il peut intervenir dès la tentative de conciliation. Il peut établir un inventaire, formuler des propositions de règlements des intérêts pécuniaires. Il va envisager la liquidation du régime matrimonial dans son intégralité et prévoir les modalités d'une éventuelle prestation compensatoire. L'avocat en tant que professionnel qualifié va prévoir avec la collaboration des époux un projet réglant tous les aspects pécuniaires qu'engendre un divorce. Il va pour cela suggérer des solutions. Ces propositions globalisent le règlement financier et sont emprunts de consensualisme. Elles facilitent le travail à vocation patrimoniale qui doit être accompli en aval de la procédure et permettent de préparer dès l'audience de conciliation la vie future des candidats au divorce. « L'objectif du rapport, au-delà de l'inventaire, est de permettre d'avoir une vision globale des différentes propositions possibles quant aux règlements pécuniaires des époux, liquidatifs et compensatoires. Le rapport devra synthétiser les positions ainsi que les propositions formulées de part et d'autre. Le professionnel qualifié formulera ses propres propositions en veillant à ce qu'elles puissent être judiciairement mises en œuvre. »¹⁵¹

Ces fonctions sont donc spécifiques et nécessitent une connaissance des techniques patrimoniales et économiques¹⁵². La complexité du rôle de l'avocat dans le divorce, conduit à une spécialisation dans son domaine avec ses propres règles de conduite. Spécialisation qui découle de la qualité des parties en cause. Il doit « rester indépendant, exercer avec conscience et humanité ; ce sont les garanties que l'avocat de

¹⁵⁰ WEISS-GOUT(B.), « Le nouveau divorce : nouvelles stratégies, nouveau rôle de l'avocat », *A.J.F.*, juin 2004, p.237.

¹⁵¹ LIENHARD (C.), « L'avocat spécialiste en droit des personnes : professionnel qualifié au titre de l'article 255, 9°, du code civil », *A.J.F.*, 2006.

¹⁵² A cet égard, l'association des avocats spécialistes en droit des personnes et le centre régional de formation professionnelle des avocats près de la Cour d'appel de Douai ont pris l'initiative d'une formation labellisée et diplômante.

la famille doit offrir pour que la procédure n'aggrave pas leur désarroi mais les restaure dans leur image d'hommes, de femmes et surtout de parents aimants et responsables. »¹⁵³

Dans ce domaine, la question d'une spécialisation de la profession avec ses propres principes est pertinente.¹⁵⁴ Ceci est significatif de l'affermissement du monopole de l'avocat mais également de l'importance des principes déontologiques de l'avocat qui sont aux yeux des justiciables la garantie d'une bonne justice. L'instauration d'un code de conduite propre à l'avocat du divorce, face à l'accélération et la simplification de la désunion, permet de tracer une ligne de conduite à suivre. Toutefois, aux Etats-Unis, malgré une spécialisation des avocats en droit de la famille, certaines dérives n'ont pu être évitées.

Dans les années soixante, le divorce s'est démocratisé. Le nombre de divorce a progressé. Cette augmentation a eu un impact sur la pratique des avocats qui s'est caractérisé notamment par une spécialisation dans ce domaine, entre autres, par la création d'une section droit de la famille au sein de l'ordre des avocats et la création d'une prestigieuse académie « academy of Matrimonial lawyers ». Le droit du divorce a également subi une réforme législative d'envergure. La faute a quasiment disparu dans le droit du divorce et une prise en charge plus importante du traitement du divorce a été attribuée à la médiation. La disparition de la faute a fait disparaître les conflits portant sur la responsabilité dans la désunion mais en corrélation se sont développés des différends concernant la liquidation et le partage des biens, les pensions alimentaires et les droits parentaux. Les conflits se sont donc déplacés et se sont devenus essentiellement pécuniaires. En effet, l'intérêt du divorce n'est plus centré sur la recherche de la responsabilité mais la rentabilité financière qui peut en découler. Les enjeux financiers ont donc augmenté les contestations alimentées par les avocats. Les enjeux financiers et la spécialisation des avocats ont entraîné une justice à deux vitesses. La spécialisation des avocats dans le divorce a pour conséquence de ne s'adresser qu'à une clientèle aisée. Les avocats généralistes travaillent avec une classe sociale plus modeste et recherchent la conciliation pour diminuer le nombre d'actes et de frais et de

¹⁵³ PIWNIKA (D.), « l'avocat face au divorce : quelle déontologie ? », *A.J.F.*, oct. 2004, p.344.

¹⁵⁴ WEISS-GOUT(B.), « Le nouveau divorce : nouvelles stratégies, nouveau rôle de l'avocat », *A.J.F.*, juin 2004, p.237. Madame Weiss-Gout propose de réfléchir à des règles déontologiques propres ou à la création d'une « charte des avocats de la famille »

temps contrairement aux spécialistes qui sont plus procéduriers. Les avocats généralistes disposent de revenus moyens et par conséquent, modulent leur temps de travail en fonction de ce que leur client peut leur payer. Alors que les avocats spécialistes ont une marge plus importante. Les divorces qu'ils ont à traiter, ont un véritable enjeu économique et les clients investissent dans la personne de l'avocat afin d'obtenir un maximum d'avantages pécuniaires. Cette spécialisation a donc créé une justice à deux vitesses : un divorce négocié réservé à une classe moyenne et la voie judiciaire pour les plus favorisés.

La loi de 2004, au contraire attend du consensualisme la pacification. Ceci ne doit par se transformer en une démission de la loi élargissant le champ d'intervention de l'avocat dans le développement des conflits. La loi de 2004 essaye d'établir la paix dans un domaine naturellement conflictuel. Cette loi, laisse à l'avocat la responsabilité de « la faire vivre, conformément à son esprit.»¹⁵⁵

Cela étant, l'avocat agit en fonction des intérêts de son client et son intervention peut être insuffisante pour rétablir la paix durablement notamment sur les aspects économiques. L'intervention du notaire en tant qu'intervenant neutre prend toute sa place dans la résolution patrimoniale du conflit qui nécessite parfois une collaboration avec l'avocat.

SECTION 2 : LE NOTAIRE ET L'AVOCAT PROMOTEURS D'UNE SORTIE PACIFIEE DU DIVORCE

Le Code civil de 1804 a instauré la liberté des conventions et organisé la propriété privée. Pour diriger les citoyens dans l'élaboration de leur transaction en toute légalité de nouveaux hommes de loi sont apparus nécessaires. « Ces hommes de loi, ces guides seront les notaires et c'est pour cette raison que le législateur a institué à côté des magistrats qui jugent, des magistrats qui rédigent et conseillent ».¹⁵⁶ C'est par la loi du

¹⁵⁵ GARE (T.), « La réforme du divorce, entre innovations et droit constant », *R. J. P. F.*, n°7-8, juillet-août 2004, p10.

¹⁵⁶ MOTEL (J.), « La déontologie notariale », *A.J.F.*, oct. 2004, p.348.

25 ventôse an XI (21 mars 1804) que le notariat a vu le jour. Le notaire permet d'assurer la sécurité des transactions lorsqu'il conseille, rédige et authentifie. Il est le rédacteur impartial et le conseil désintéressé des parties.

« Un mariage se réussit à deux, mais pour réussir un divorce, il faut être quatre : le mari, la femme, et leurs avocats. De la personnalité des avocats dépend souvent la réussite d'un accord, point d'équilibre des intérêts de chacun. Cet accord préservera l'intérêt de la cellule familiale toute entière. »¹⁵⁷ Une cinquième personne, s'impose pour réussir son divorce : le notaire. La responsabilisation des époux découlant de la pacification du déroulement du divorce par la loi, exige un encadrement des professionnels du droit. En effet, leur intervention va faciliter le prononcé du divorce. Elle va également servir le juge dans la prise de décision, que se soit en homologuant, ou en tranchant. Elle va être gage d'une bonne administration de la justice. Le notaire de par son intervention va permettre d'apporter un certain nombre de renseignements sur l'aspect patrimonial du divorce et ainsi favoriser un procès en connaissance de cause.

L'intervention neutre du notaire va permettre d'endiguer les conflits pécuniaires (§1) et ces missions parallèles doivent s'accompagner d'une collaboration entre le notaire et l'avocat (§2).

§1 : L'endiguement des conflits pécuniaires par l'intervention neutre du notaire

Dans un premier temps, pour parachever l'œuvre de pacification, il paraît opportun de se pencher sur l'anticipation du règlement des intérêts patrimoniaux grâce au notaire (A) et dans un second temps de s'interroger sur la qualité d'expert et le réel pouvoir d'initiative du notaire (B).

¹⁵⁷BEAUX-LAMOTTE (J.), « Les relations entre le juge aux affaires familiales et l'avocat », *Sociologie judiciaire du divorce*, HAUSER (J.), (Dir.), Economica, Collec. Etudes juridiques, 1999, p.31.

A. L'anticipation du règlement des intérêts patrimoniaux grâce au notaire

Avant la loi de 1975, le notaire intervenait essentiellement lors de la liquidation après le prononcé du divorce. La loi de 11 juillet 1975 a intégré le notaire dans la procédure de divorce, son domaine d'intervention s'est étendu. Avant le jugement lors du règlement des conséquences du divorce dans le cas d'un divorce sur requête conjointe, le notaire intervenait en présence de bien immobilier soumis à publicité foncière. Dans les divorces contentieux, il pouvait intervenir à la demande des époux pour constater toute convention portant liquidation et partage de la communauté (ancien article 1450 du Code civil) soit à la demande du juge en cours d'instance pour établir un projet réglant les conséquences financières des époux et dresser un projet de liquidation du régime matrimonial (ancien article 1116 du N.C.P.C.).

L'allègement procédural du divorce par consentement mutuel place la convention comme l'élément déterminant de la procédure gracieuse. En effet, la désunion judiciaire dépend de la qualité de la convention. Autrement dit, il est préférable pour des époux désireux de divorcer de mettre toutes les chances de leur côté afin d'obtenir l'homologation. Pour s'en assurer le notaire est un important allié dans l'élaboration de la convention, son domaine de prédilection étant les rapports pécuniaires. Par conséquent, il se consacre essentiellement à mettre en conformité les aspects patrimoniaux avec ce qui est exigé par la loi. Sous peine d'irrecevabilité la convention doit contenir entre autres un état liquidatif du régime matrimonial, et celui-ci doit être passé en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation comporte un bien soumis à publicité foncière (article 1091 du C.P.C.).

« Ceci implique que l'ensemble des aspects patrimoniaux aient été définitivement, intégralement et irrévocablement, sous la seule réserve suspensive de l'homologation, réglés avant le dépôt. »¹⁵⁸ Le notaire dans la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel doit dresser un projet d'état liquidatif qui sera présenté au magistrat dès le début de la requête. En effet, il doit établir un état liquidatif en peu de temps, sans entacher la qualité de celui-ci, d'autant plus que les époux

¹⁵⁸ LIENHARD (C.), « Droit patrimonial du divorce : contribution méthodologique à une clarification et à une harmonisation des rôles et des fonctions respectives des avocats et de notaires », *A.J.F.*, oct. 2005, p.353.

peuvent émettre quelques pressions n'attendant plus que ce document pour avoir une convention complète pour divorcer. Pour que la célérité de la procédure soit respectée, les avocats doivent collaborer dès le début de la procédure avec le notaire, en lui demandant de dresser un état liquidatif afin que cet état soit prêt lors de la requête. « En définitive, dans la procédure de divorce par consentement mutuel, le notaire exécute le même travail mais il le commence beaucoup plus tôt, à un moment où l'instance judiciaire n'est pas engagée. »¹⁵⁹

L'entrée de la procédure contentieuse dans le champ contractuel, souhaitée par le législateur dans un souci de pacification, érige les époux en rédacteurs. Ils vont élaborer des conventions qui sont susceptibles d'obstruer la procédure si elles ne répondent pas aux attentes du juge. L'hypothèse des voies conventionnelles dans le divorce contentieux porte essentiellement sur les intérêts patrimoniaux. Les parties, afin d'optimiser les chances de voir leur convention homologuée, peuvent, lors du processus d'élaboration, être étayées par les conseils avisés du notaire. Le notaire peut également amener les parties à élaborer elles-mêmes leur solution, dans ce cas il intervient à la demande du juge. Le notaire, à l'instar de l'avocat promeut l'apaisement et qui plus est il ne représente pas les intérêts d'une partie mais des parties. Cet apaisement est d'autant plus certain que son intervention est neutre. La spécificité de sa mission exige du notaire une totale impartialité et une indépendance (sa qualité de tiers impartial découle de sa mission d'authentification). Au même titre que le juge, le notaire dans le cadre de sa mission doit être totalement objectif, il ne doit pas laisser paraître son jugement. Il doit pour cela donner à chacun des époux les mêmes conseils et ne pas favoriser l'un ou l'autre conjoint. Notamment, dans le cas où chaque partie prend un notaire, « les deux notaires ne doivent pas se comporter comme les défenseurs de leur client respectif. Leur mission est de rechercher ensemble, de manière concertée, la solution commune dans un souci d'équité et d'équilibre ».¹⁶⁰ Le devoir de conseil du notaire est également très important. Son rôle consiste à expliquer la loi, à la faire appliquer et accepter. Et en tant qu'officier public, il peut concrétiser en la forme authentique les conventions des époux.

¹⁵⁹ VASSAUX (J.), « Les incidences de la réforme du divorce sur le rôle du notaire », *Droit et patrimoine*, 2005, n°134, p.27.

¹⁶⁰ MOTEL (J.), « La déontologie notariale », *A.J.F.*, octobre 2004, p.349.

Au cours de l'audience de conciliation le juge aux affaires familiales prend des mesures provisoires¹⁶¹. La dédramatisation ne sera atteinte que si les candidats au divorce ont convenu de résoudre préalablement leurs problèmes patrimoniaux avant le prononcé du divorce. Il appartient donc au notaire d'intervenir efficacement pour faire incliner les époux au choix du mode conventionnel de résolution des intérêts patrimoniaux. L'intervention du notaire dans le divorce s'apparente au rôle de médiateur, « il ne dit plus le droit ou, du moins, il le dit peu ; il doit chercher à élaborer ce que veulent et ce que peuvent vivre les parties. Son rôle est de comprendre les personnes qu'il a en face de lui, afin de leur faire découvrir leur propre solution. »¹⁶² Il doit d'une part écouter les époux et appréhender le contexte financier et affectif du couple et d'autre part il ne doit pas épouser la cause de la séparation du couple et proposer un bilan neutre et équilibré.

Le législateur a prévues deux occasions conduisant à une évaluation anticipée de la situation économique, avec l'idée sous jacente, d'amener à plus de consensus. Face à l'inapplicabilité de l'ancien article 1116 du N.C.P.C., le législateur a qualifié ces opportunités de mesures provisoires. Leur effectivité est renforcée par le caractère plus automatique de ces mesures.

Le juge peut « désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux »¹⁶³ et il peut « désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager ».¹⁶⁴ Le professionnel qualifié peut être l'avocat ou le plus souvent le notaire. Le notaire intervient dès le début de la procédure et il a pour mission de prévoir en amont de la procédure, un règlement des intérêts financiers des époux. Seul le notaire peut élaborer

¹⁶¹ Il faut souligner que pour exercer de manière efficace ces différentes missions, la réforme a facilité son action. Tout d'abord, l'article 255 (4°) a été modifié. Il permet au juge d'attribuer la jouissance du logement et du mobilier du ménage « en précisant son caractère gratuit ou non ». Le texte clarifié a eu pour conséquence de simplifier l'intervention du notaire liquidateur. Jusque là, il lui était difficile d'établir l'acte de liquidation et de partage lorsque l'ordonnance de non conciliation ne précisait pas le caractère onéreux ou gratuit de la jouissance du logement. Le nouvel article 255 (6°) du Code civil a également facilité la tâche du notaire, dorénavant en présence d'un litige post conjugal, le notaire sera éclairé par l'ordonnance de non conciliation. Il pourra ainsi déterminer avec certitude si le règlement d'une dette par un conjoint a été décidé à titre provisoire et sera donc être inscrit au passif de l'indivision post communautaire.

¹⁶² CLAUX (P.-J.), « Le notaire, un médiateur du divorce ? », *A.J.F.*, février 2003, p.57.

¹⁶³ Article 255 (9°) du Code civil.

¹⁶⁴ Article 255 (10°) du Code civil.

un projet de liquidation et « tout professionnel qualifié » peut dresser un inventaire estimatif ou faire des propositions quant aux modalités d'une prestation compensatoire ou d'une pension alimentaire. Il peut donc être investi d'une double mission. Il peut réaliser un bilan du patrimoine et prévoir une prestation compensatoire et une pension après le divorce. Et il peut, d'ores et déjà, à l'issue de la conciliation, élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial. Ces mesures semblent se recouper. Toutes deux permettent d'une part de connaître la situation patrimoniale des époux et d'autre part potentiellement d'aboutir à un accord.

L'insertion des différentes missions du notaire permet dès le commencement de la procédure d'établir un dialogue entre les époux et parfois de recréer un lien entre les futurs divorcés. Les parties doivent à cet égard apporter leur collaboration et fournir les informations nécessaires au notaire. Cette collaboration imposée conduit les époux à échanger sur un plan patrimonial et à prendre conscience de la situation économique de leur couple de manière objective. Lors des différentes interventions du notaire ordonnées par le juge (dresser un inventaire estimatif, faire des propositions quant aux règlements des intérêts pécuniaires des époux, élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial, et former des lots à partager), ce dernier intervient de manière totalement désintéressée dans le sens où il ne prend parti pour personne. Il établit un bilan du patrimoine neutre et à travers cette situation économique il fait des propositions. Il est donc l'acteur impartial et privilégié sur le plan pécuniaire en matière de divorce. Son rôle consiste à accorder les parties sur d'une part leur patrimoine actuel et d'autre part à s'accorder sur son organisation à venir. Sa mission est essentielle, car la concrétisation d'accords précoces conduit souvent à un accord sur les causes mêmes du divorce et évite ainsi un contentieux postérieur au démariage. En disséquant la vie économique des époux, un dialogue peut se renouer et aboutir à une séparation négociée qui ne portera pas uniquement sur la dimension économique mais sur la globalité des problèmes¹⁶⁵. Le rôle du notaire est donc primordial dans la réalisation de l'apaisement du déroulement des procédures. Il joue désormais un rôle central d'un point de vue financier ; or c'est un point qui fait souvent l'objet de discordances entre les époux.

¹⁶⁵CLAUX (P.J), « l'article 1116 du nouveau code de procédure civile et le notaire », *Divorce 20 ans après*, Revue juridique d'Ile de France, Dalloz, 1997, p.136.

A défaut d'entente de la part des époux (si les époux ne sont pas parvenus à une convention portant sur la liquidation et le partage de leur régime matrimonial), le notaire fournit au juge de nombreux éléments utiles lors de la fixation des conséquences pécuniaires du divorce. Le notaire devient un précieux auxiliaire de justice, qui en tant que professionnel du droit facilite la marche de la justice, entre autre le juge. Or le notaire n'est pas considéré comme un auxiliaire de justice. En effet, l'article 47 n'inclut pas comme auxiliaire de justice le notaire¹⁶⁶. Son mode d'intervention dans la procédure de divorce reflète la spécificité de la matière et l'impact de la matière sur les acteurs communs du procès. Le notaire fait partie du rouage de la séparation judiciaire et il facilite son issue. L'évaluation du patrimoine des conjoints réalisée par le notaire est destinée à informer le juge sur la situation pécuniaire des époux lors du prononcé du divorce. L'assistance du juge dans la détermination et la précision du patrimoine des époux, permet notamment au juge de trancher les différends qui persistent entre époux à la demande de l'un ou de l'autre (article 267 alinéa 4 du Code civil). Ainsi la séparation est favorisée par un traitement rapide des conflits qui persistent.

Dès l'ordonnance de non-conciliation, il y a une volonté prononcée de la part du législateur à travers l'intervention du notaire d'anticiper le règlement des conséquences financières du divorce et ainsi éviter les conflits. Cette volonté s'illustre également par l'obligation de joindre à la demande introductive d'instance une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux¹⁶⁷. En effet, cette tâche ne semble pas incomber uniquement au notaire. Pourtant, au regard des missions attribuées par le juge lors des mesures provisoires, son intervention en continuité avec celle de l'article 255 (10°) du Code civil semble s'imposer naturellement. Certes la proposition du règlement pécuniaire peut ne pas émaner du notaire. Cependant si un accord intervient, il appartient nécessairement au notaire de dresser l'acte dès lors qu'il comprend un bien soumis à la publicité foncière. A la demande du juge, il va établir un descriptif sommaire du patrimoine des conjoints en indiquant les intentions des parties quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision et le cas échéant, quant à la répartition des biens.

¹⁶⁶ Soc., 3 juin 1982, Bull. Civ., V., n°357.

¹⁶⁷ CASEY (J.), « Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial », *Droit de la famille*, janv. 2008, études, p.8. L'auteur dénonce la révision à la baisse de l'exigence de l'article 257-2 « au point de n'être plus appliquée que sous forme d'une proposition d'ensemble dans laquelle la liquidation du régime est totalement diluée, ou résumée à quelques lignes. »

Si le juge est suffisamment informé et qu'une partie le demande, il peut trancher directement. « Lorsque le projet de liquidation du régime matrimonial contient des informations suffisantes établi par le notaire désigné sur le fondement de l'article 255 (10°), seul le juge à la demande des époux peut statuer sur les points de désaccords » (article 267 alinéa 4). Depuis la loi de 2004 le juge aux affaires familiales est donc compétent pour connaître les difficultés liées à la liquidation des intérêts patrimoniaux à la demande de l'un ou des époux. Les points de désaccords et d'accords doivent être retranscrits afin que le juge soit précisément renseigné sur les points à trancher. Le notaire doit recenser toutes les difficultés rencontrées pour l'établissement de l'état liquidatif et relater les dires des parties. Par conséquent, il dépend de l'efficacité d'action du notaire, un règlement aisé du divorce afin d'éviter que perdure la situation transitionnelle avant le jugement notamment lorsque l'un des époux a la jouissance gratuite d'un bien. Il doit être le plus exhaustif possible pour que le juge puisse évaluer les droits de chacun et trancher les points de droit qu'ils lui ont été transmis. Cette mesure a pour avantage de faciliter le travail du juge, si le juge tranche les points de désaccords le notaire n'a plus qu'à établir un acte de partage à la suite du prononcé du divorce. Les difficultés résolues par le juge sont souvent les mêmes que celles rencontrées par le notaire liquidateur. Lorsque que le juge ne peut statuer directement sur les points de désaccords ou lorsque le règlement du régime matrimonial n'a pas eu lieu, il ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux.

Le notaire est seul envisagé pour le règlement du régime matrimonial après le divorce. Il est le spécialiste de la liquidation et du partage. Le règlement du régime matrimonial consiste à déterminer le patrimoine commun et les patrimoines propres tant en nature qu'en terme de valeur. Le bilan s'effectue suite à différentes opérations comptables qui ont pour but de chiffrer la consistance du patrimoine commun au jour de la dissolution et avec une évaluation au jour du partage. La liquidation permet ainsi d'établir la masse active et la masse passive et de calculer les droits de chacun et connaître ainsi le passif à acquitter. Une fois cet état du patrimoine réalisé, il faut déterminer et répartir « la part de chacun » ou établir une convention d'indivision. Lorsque les opérations de liquidation et de partage ne sont pas achevées dans un délai d'un an après que le jugement du divorce soit passé en force de chose jugée, le notaire intervient pour transmettre au juge un procès verbal de difficultés en reprenant les déclarations respectives des parties. Au vu du procès verbal, le tribunal peut accorder un

délai supplémentaire d'une durée maximum de six mois. A l'issue de cette période de dix huit mois, si les opérations ne sont toujours pas achevées le notaire en informe le tribunal et établit au besoin un nouveau procès verbal. Le tribunal statue alors sur les contestations et les renvoie devant le notaire afin d'établir un état liquidatif. L'article 267-1 alinéa 4 permet d'assurer une résolution définitive de toutes les conséquences du divorce dans un temps relativement maîtrisé, il permet ainsi de lutter contre l'inertie des deux époux. Cependant, si les époux ne se rendent pas devant le notaire, la règle procédurale risque de rester sans effet et ainsi, laisser perdurer une situation qui ne s'est pas achevée concomitamment avec le prononcé du divorce. Les risques de conflits demeurent après la dissolution, affaiblissant en amont l'effort procédural de concentration des effets du divorce.

Le notaire permet d'éviter un divorce en deux temps. Les questions patrimoniales sont abordées dès le début de la procédure, ce qui permet de concentrer le règlement des effets du divorce à son prononcé. Il participe à la validité des exigences législatives relatives au divorce consenti et ainsi optimise une sortie efficace et rapide des époux évitant tout contentieux postérieurement à la désunion. Le notaire a donc une influence sur la procédure de divorce et son rôle ne se limite pas à éclairer le juge. Il favorise également dans son ensemble, le traitement conventionnel du divorce sur les conséquences pécuniaires du divorce. Sur un plan qualitatif, il réunit un certain nombre d'informations sur la situation patrimoniale des époux nécessaires au juge en vue de procéder au divorce dans les meilleures conditions. Toutefois lorsque le notaire est désigné par le juge aux affaires familiales, sa mission semble s'apparenter à celle de l'expert. Cette assimilation cantonnerait le notaire, dans la trame du divorce, davantage à un rôle d'observateur que d'acteur.

B. La qualité d'expert et le réel pouvoir d'initiative du notaire

La qualification du notaire d'expert lorsqu'il intervient à la demande du juge dans la procédure de divorce est réductrice et minimise son degré d'influence dans la réalisation des objectifs posés par la loi.

Son rôle, lorsqu'il est désigné par le juge est proche de celle d'un expert (article 255,9° et 10°). En effet, il est désigné soit d'office par le juge soit à la requête des deux parties, comme pour un technicien. Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par une expertise (article 232 du C.P.C.). Le juge fixe également l'étendue de la mission confiée au technicien.¹⁶⁸ Pareillement, au cours de la procédure de divorce le juge peut désigner un notaire ou tout professionnel qualifié (notamment le notaire), dans un but précis, soit dresser un inventaire estimatif, soit faire de propositions quant aux règlements des intérêts pécuniaires des époux ou soit élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager. La mission impartie par le juge tend à solliciter du notaire la proposition d'une solution dans un domaine technique limité, c'est –à dire patrimonial, immobilier et relatif à la liquidation et le partage. L'intervention du notaire comme celle de l'expert se justifie par les difficultés rencontrées par le juge. Notamment, celles qui découlent de la complexité du règlement des conséquences financières nécessitant un état précis du patrimoine commun des époux accompagné de propositions de solution.

Dans l'exercice de sa mission, le notaire possède des pouvoirs similaires à l'expert (article 259-3 du Code civil). Le notaire peut donc invoquer les pouvoirs d'investigations conférés au juge par l'article 259-3 du Code civil. Il doit réunir un certain nombre d'éléments pour cela : «Les époux doivent se communiquer et communiquer au juge ainsi qu'aux experts 'et autres personnes désignés par lui en application des 9°et 10° de l'article 255`, tous renseignements et documents utiles pour fixer les prestations et pensions et liquider le régime matrimonial. » L'article 267 alinéa 4 prévoit de faire procéder à toutes recherches utiles « auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé »

Force est de constater que pour partie sa mission est assimilée à celle de l'expert qui consiste à rechercher des éléments qui serviront au juge pour trancher. L'association des articles 255 (10°) et 267 alinéa 4 du code civil vont dans le sens de la thèse de l'assimilation du notaire à l'expert. En effet une fois la mission d'investigation du

¹⁶⁸ Civ., 1^{ère}, 26 nov.1980, *Bull. civ.*, I, n°308.

notaire terminée, il remet au juge un procès verbal de difficulté au même titre que l'expert remet son rapport au juge¹⁶⁹.

Pour Monsieur Mury, « le notaire commis en matière de divorce n'est pas un expert au sens du code de procédure civile pour quatre raisons principales : il est commis en qualité d'officier public ; il reçoit une mission d'ordre juridique ; il tend à concilier les parties et il est rémunéré directement par celles-ci. »¹⁷⁰ Il distingue le professionnel qualifié qui relève du régime de l'expertise (article 255, 9°), et le notaire qui relève de son régime particulier d'officier public (255, 10°). Il n'intervient que pour éclairer des questions de fait (article 232 du .C.P.C.) et il ne peut porter d'appréciation juridique (article 238 du même code). Contrairement à l'expert, le notaire dispose d'un réel pouvoir d'initiative. Il n'établit pas seulement un descriptif sur un point donné, il peut élaborer des propositions que les parties peuvent décider d'adopter.

La Cour de cassation dans un arrêt du 19 juin 1973 précise qu' « en donnant mission dans le cadre de la liquidation d'une succession à des experts d'évaluer l'actif successoral et aux notaires liquidateurs de déterminer le montant de la quotité (...), une cour d'appel ne demande pas à ceux qu'elle a commis de se prononcer sur des problèmes juridiques dépassant des questions purement techniques et ne leur délègue pas son pouvoir de décision puisqu'elle a conservé celui d'apprécier la portée de leurs travaux et qu'elle a encore réservé à chaque partie le droit de faire trancher par les mêmes juges les contestations qui pourraient survenir ». Autrement dit, le notaire n'a aucun pouvoir d'initiative. Il doit seulement fournir les informations qui lui ont été demandées et ne pas s'essayer, à donner un quelconque avis juridique ou prendre une décision.

Pour autant, lors du règlement des intérêts patrimoniaux, sa tâche ne se résume pas à une accumulation d'éléments avisant le juge sur des questions techniques. Il doit conseiller les parties pour cela leur rappeler les règles de droits. Il a le pouvoir d'amener les futurs divorcés à régler conventionnellement les conséquences patrimoniales du

¹⁶⁹ A contrario, Monsieur MURY (P.), « Le 'notaire' judiciairement commis en matière de divorce est-il expert ? », *Dalloz*, mars 2005, Chron., p.329

¹⁷⁰ *Ibid.*

divorce. La mission du notaire va au delà de ce que permet celle de l'expert¹⁷¹, car, il peut porter une appréciation juridique. L'expert ne peut pas non plus concilier les parties (article 240 du C.P.C.), même s'il dénoue lors de son intervention certains conflits et amènent à un accord, sa mission s'arrête bien avant. Il ne peut formaliser la transaction. L'article 281 du C.P.C insiste sur le fait que lorsque les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet. Le notaire est un professionnel du droit, sa technicité et ses connaissances se limitent à une branche du droit, il n'est pas spécialiste dans un domaine totalement opposé au droit comme l'est l'expert en général. Sa pratique du droit est la garantie de sa crédibilité qui permet au notaire en matière de divorce de concrétiser les accords ou conventions des époux impulsés par son intervention.

Le tribunal ne sollicite pas le notaire en tant que technicien pour apprécier une question de fait qui échappe à ses aptitudes, mais avant tout en sa qualité d'officier public (celui qui a reçu de l'autorité publique le pouvoir d'authentifier certains actes et d'apposer la formule exécutoire au nom du peuple français). Ainsi, le juge n'interroge pas le notaire pour l'éclairer avant de trancher une question dont il resterait saisi. Bien au contraire, il l'investit en propre de la mission de règlement des intérêts patrimoniaux des ex-époux. «Ce n'est en effet que dans l'hypothèse où les parties n'arrivent pas à s'entendre que le tribunal est à nouveau saisi sur les points de difficulté par le procès verbal dressé par le notaire. »¹⁷² Dès lors, si le notaire n'a pas réussi à faire transiger les époux sur l'aspect patrimonial du divorce, alors, le juge intervient. Par conséquent, le notaire dispose d'un réel pouvoir d'impulsion du règlement des conflits préalable à l'intervention du juge, contrairement à l'expert.

L'expert doit rendre des comptes et c'est au juge, en fonction des diligences accomplies, du respect du délai imparti et de la qualité de son travail, qu'il appartient de fixer sa rémunération. En effet, l'expert ne peut être payé directement par les parties. Contrairement au notaire, qui peut être directement rétribué par les parties notamment si le projet du notaire recueille l'accord des parties, il se transforme en contrat auquel le

¹⁷¹ L'article 238 alinéa 3 du C.P.C : « Il ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique ».

¹⁷² MURY (P.), « Le 'notaire' judiciairement commis en matière de divorce est-il expert ? », *Dalloz*, mars 2005, Chron., p.330.

notaire confère la forme authentique. Dans un arrêt du 4 juillet 2006¹⁷³, la Cour de cassation semble confirmer cette solution. « Les dispositions de l'article 6§1 de la Convention EDH et l'exigence d'impartialité ne sont pas applicables au notaire chargé d'établir le projet liquidatif de la communauté et celui-ci n'a pas l'obligation de communiquer à l'avance le projet d'état liquidatif par lui établi. »

Même si la Cour ne tranche par directement la question, elle semble davantage l'associer à un auxiliaire de justice ou un officier ministériel qu'à un expert puisqu'il n'a pas à respecter les exigences de l'article 6§1. En effet, le notaire désigné dans le cadre de l'article 255, 10° du code civil si il a la qualité d'expert, il ne peut avoir de contact direct avec l'une ou l'autre partie au nom du principe du contradictoire. Il devrait donc refuser sa mission lorsqu'il a été le notaire de l'un des époux. Or, dans la procédure de divorce, rien n'impose au notaire de décliner son intervention relative à l'article 255, 10°, lorsqu'il est déjà intervenu dans la procédure de divorce. Ce qui n'exclut pas qu'il puisse décliner la mission proposée par le juge s'il est le notaire de l'un des époux « à moins qu'il n'y ait entre eux un accord ou à communiquer à l'avance le projet liquidatif, même s'il n'en pas l'obligation »¹⁷⁴. L'intervention du notaire n'est pas réductible à celle de l'expert. Il dispose d'un réel pouvoir d'initiative et joue un rôle actif et non seulement descriptif dans la procédure de divorce.

L'introduction du pouvoir des volontés sur le divorce ne s'est donc pas faite sans contrepartie. Seule l'association des différents praticiens du droit permet d'amener les époux au prononcé du divorce.

¹⁷³ Cass., 1^{ère} civ., 4 juillet 2006, *Droit de la famille*, oct. 2006, pp.27-28, note LARRIBAU-TERNEYRE (V.).

¹⁷⁴ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), 4 juillet 2006, *Droit de la famille*, oct. 2006, pp.27-28.

§2 : La garantie d'une sortie efficace du mariage par la synergie des acteurs du divorce

Le terme synergie a été repris par plusieurs auteurs ; il caractérise la mise en commun de plusieurs actions dans la réalisation d'un but unique. La collaboration permet de garantir la sécurité des parties (A) et elle paraît nécessaire à la prévention du conflit (B).

A. Une collaboration nécessaire pour accéder au divorce.

Jusqu'à présent l'acteur principal du divorce était l'avocat en tant que défenseur, le notaire quant à lui n'intervenait qu'au cours de la liquidation après le prononcé du divorce. La procédure a laissé aux époux une grande liberté contractuelle, qui a eu pour influence d'une part de renforcer la présence de l'avocat et d'autre part de rendre nécessaire l'intervention du notaire dans la procédure. « Cette nouvelle philosophie de la procédure a conduit à un redéploiement des tâches processuelles et à l'instauration d'une véritable équipe divorçante, sur le modèle des équipes médicales : il faut établir un diagnostic de la situation matérielle et immatérielle des époux, trouver les remèdes adaptés à leurs exigences, et proposer au juge de parfaire le traitement par le prononcé de la rupture »¹⁷⁵.

La loi de 2004 renforce la finalité de la loi de 1975. Elle a donné une place importante au notaire. Cette redistribution des rôles impose un réajustement positionnel de chaque acteur. « Notaire et avocat deviennent dans le divorce des compagnons de route tout au long de la procédure. »¹⁷⁶ Une collaboration est par conséquent indispensable afin de parvenir au règlement rapide et pacifique et surtout le plus adapté aux intérêts des époux.

¹⁷⁵ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), LEMOULAND (J.-J.), *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, Litec, Paris, 2005, p.27 ; les auteurs parlent d'« un partenariat réinventé avec le juge du divorce ».

¹⁷⁶ BRETON (M.-E.), CLAUX (P.-J.), « Notaire - avocat : une synergie nécessaire », *A.J.F.*, janv. 2005, p.17.

Les différents protagonistes du divorce doivent adopter d'autres habitudes et ne pas se cloisonner dans leur champ professionnel respectif. Leur rôle est sensiblement différent. L'intervention du notaire se fera uniquement dans l'intérêt du couple contrairement à la mission de l'avocat qui, malgré la contrainte de pacification et de consensualisme, doit également conseiller son client et défendre ses intérêts. Il assure la défense de son client, par conséquent, il va réfuter les arguments en sa défaveur et développe ceux qui lui sont avantageux. Mais la singularité de la procédure de divorce impose à chacun, dans leurs domaines respectifs, de se préoccuper de l'intérêt général de la famille.

L'avocat est le spécialiste de la gestion des conflits. Son expérience et sa déontologie sont indispensables pour guider les époux dans la traversée du divorce. Le conseil peut juguler le conflit et amener les époux à le dépasser par l'instauration du dialogue. C'est d'ailleurs à ce titre qu'il relaie la finalité pacifiste de la loi. Le notaire quant à lui, est spécialiste des problèmes patrimoniaux et de la rédaction des actes, il concrétise l'accord des parties par son authentification.

La capacité des époux à s'entendre sur les conséquences matérielles et humaines de leur désunion dépend des modes d'actions de chaque praticien. Seule leur association dans l'exercice de leur mission va contribuer à impulser le consensualisme. Une relation toute particulière entre le notaire et l'avocat doit s'installer. « Ils ne doivent pas agir en opposition ou en parallèle, mais en une relation étroite dans l'intérêt bien compris du justiciable. Si le notaire est intégré à la procédure, il n'enlève rien au rôle de l'avocat, qui est essentiel. Cette relation avocat/notaire doit s'établir non seulement lorsqu'il y a recherche d'accord entre les époux, mais encore lorsqu'il y a opposition entre eux. »¹⁷⁷ Car dans tous les cas, seule leur association garantit la sortie du mariage en apportant une réponse aux obligations procédurales. Ils agissent dans l'intérêt des mêmes clients par conséquent il serait contre productif que chacun demeure dans son domaine respectif.

¹⁷⁷ BRETON (M-E.), CLAUD (P.-J.), « Notaire - avocat : une synergie nécessaire », *A.J.F.*, janvier 2005, p.15.

Lorsque les époux ont choisi le divorce par consentement mutuel, la loi de 2004 ayant fait le choix d'une comparution unique devant le juge aux affaires familiales afin d'homologuer la convention et de prononcer le divorce a nécessairement modifié l'enjeu de ce divorce. Auparavant, lors de la première rencontre entre le juge et les époux, un projet de liquidation du régime matrimonial était présenté et ce projet avait le temps de mûrir jusqu'à l'homologation de la convention définitive. Aujourd'hui, le risque de refus d'homologation de la convention dans la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel apparaît comme un véritable couperet. Il fait peser sur l'avocat une lourde responsabilité par rapport à ses clients. Par conséquent pour éviter un tel refus cause de retard et de coût supplémentaire, l'avocat et le notaire doivent agir ensemble, en présence d'un bien immobilier soumis à publicité foncière ou selon la volonté de l'avocat et des époux. En effet, seul leur encadrement va assurer aux époux l'homologation et donc le prononcé du divorce.

Le recours au notaire est facteur de sécurité lors de l'élaboration de la convention. Le contact établi entre avocat et notaire peut servir à éclairer l'avocat sur la situation patrimoniale des époux et à régler, nanti de ces précieux renseignements les conséquences du divorce lors de l'élaboration de la convention. Quant au notaire, cette étroite collaboration lui permet d'établir un état liquidatif selon le règlement patrimonial envisagé et prévoir un équilibre entre la prestation compensatoire et la liquidation. Leur association est donc la meilleure garantie pour aboutir au divorce.

Les conventions en cours d'instance pour la liquidation totale ou partielle impliquent la même collaboration pour optimiser leur validité. La loi permet aux époux au cours de la procédure de soumettre à l'homologation du juge les conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce (article 268 du Code civil). Les époux peuvent pendant l'instance de divorce passer toute convention pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial (article 265-2 du Code civil). Même si la loi de 2004 a supprimé l'exigence d'un acte notarié pour de telles conventions, la présence du notaire n'en demeure pas moins requise. En effet, ces conventions sont confrontées à l'homologation du juge et de ce fait, nécessite une rédaction conforme au droit. Sur ce dernier point, l'article 265-2 n'exige pas explicitement l'homologation. Cependant, l'enjeu des conventions est important et elles ne devraient pas échapper au contrôle du

juge. L'homologation des conventions implique une rédaction complète, précise et respectueuse des intérêts des époux et des enfants.

Le concours de l'avocat et du notaire est primordial afin d'anticiper les exigences du juge. L'alliance de l'expérience de l'avocat sur les formes de la prestation compensatoire et celle du notaire sur la liquidation est préférable pour ne pas se voir refuser l'homologation des conventions. Il leur appartient de rendre effectif ces deux procédés en informant les époux du bénéfice à traiter les problèmes patrimoniaux dès le début de la procédure. Ils incitent ainsi à la recherche d'accord, accord qui est dans l'intérêt de leur client. Dès le début de la procédure, lors de l'introduction d'instance, la loi impose une proposition de règlements des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux dans le cadre des divorces contentieux. L'article 1115 du C.P.C précise que le projet doit contenir un descriptif sommaire du patrimoine des époux et les intentions du demandeur quant à la liquidation ou l'indivision et le partage des biens. Cette nouvelle obligation n'implique pas nécessairement l'intervention du notaire. Cependant, dès lors que des aspects patrimoniaux sont à traiter l'avocat et les époux peuvent faire appel au notaire, notamment dans les affaires les plus complexes.

L'exigence posée à l'article 257-2 (même si elle ne constitue pas une prétention) influence la procédure. Elle permet dès le début à l'époux défendeur de connaître les intentions du demandeur sur l'aspect financier du couple, permettant ainsi un échange qui peut découler soit sur un accord soit sur une discussion. Le consensualisme a les faveurs de la loi et cette mesure est porteuse d'accord des volontés. « C'est un travail délicat qui pèse sur les professionnels qui conseillent l'époux car nous sommes en présence d'un acte unilatéral qui, s'il ne peut être opposé au conjoint, peut être invoqué par ce dernier. Autrement dit, le fait pour l'une des parties de reconnaître l'existence d'une récompense amène à considérer qu'elle admet définitivement le principe même si le montant pourrait ultérieurement en être discuté. »¹⁷⁸

Il semble difficile d'appréhender correctement les mécanismes du divorce sans le concours de ces deux professionnels du droit. La coordination de leur corde de métiers est la garantie d'une bonne expression des finalités de la loi. Les objectifs de

¹⁷⁸ *Ibid.*

pacification, de concentration, de simplification et de neutralité du divorce doivent se réaliser en toute sécurité pour les époux et il leur appartient d'instrumentaliser la loi conformément aux intérêts des époux. L'apaisement des conflits découle en partie de la cohésion d'action de l'avocat et du notaire en amont du jugement du divorce et en aval.

B. Une collaboration nécessaire pour prévenir les conflits

Au-delà du prononcé du divorce, leur coopération peut avoir également son importance. Une fois le divorce prononcé, la présence de l'avocat n'a plus lieu d'être. Il reste au notaire liquidateur lorsque des difficultés persistent à établir un procès verbal recensant les points de désaccords et d'accords. Cependant l'articulation de la désignation du notaire sur le fondement de l'article 255(10°) et le fait que le juge puisse trancher les points de désaccords suite au projet établi par le notaire sur le fondement de ce même article modifie la stratégie du divorce. En effet, la concertation notaire et avocat peut avoir un intérêt, car d'une part l'avocat peut par son intervention garantir le recensement des points de désaccords de son client et les motifs de ce désaccord et d'autre part il peut également de par son expérience indiquer au notaire lors de la rédaction du projet de liquidation les attentes du juge.

Le rapport du notaire doit être de qualité car c'est grâce à ce document que le juge va avoir connaissance de l'ampleur des différends pour trancher et réduire les risques d'une prolongation des relations patrimoniales entre ex-époux. « La liquidation du régime matrimonial n'est pas qu'une relation comptable et financière ; elle peut bloquer, pour des raisons psychologiques et personnelles. Elle doit être évoquée et appréciée dès le début de la procédure comme le 'tissu fondamental' de la résolution du conflit patrimonial. C'est dire la nécessité et l'intérêt qu'il y a pour l'avocat et le notaire de se rencontrer le plus rapidement possible. Avocat et notaire ne doivent jamais se sentir en opposition ; ils doivent au contraire collaborer chacun dans leur 'spécialité' pour permettre aux époux en état de crise de parvenir à une situation équitable et responsable ».¹⁷⁹

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.85

Ils sont les artisans de l'accord et à ce titre et ils doivent établir une relation qui jusque là n'était pas nécessaire. Une synergie doit s'instaurer. Synergie, se définit comme « une mise en commun de plusieurs actions concourant à un effet unique avec une économie de moyens »¹⁸⁰. L'effet unique serait la pacification du divorce et l'économie de moyens serait d'éviter la multiplication des conflits, autrement dit des procès.

Même si leur rôle est sensiblement différent, en effet, l'intervention du notaire se fait uniquement dans l'intérêt du couple ; contrairement à la mission de l'avocat qui même si il doit se contraindre à la recherche du consensualisme, doit également conseiller son client et défendre ses intérêts. Cela ne doit pas faire obstruction à leur collaboration. Il faut que soit « mise en œuvre une collaboration effective et réelle afin d'élaborer un code de bonne pratique. »¹⁸¹

Pour appréhender au mieux le divorce, « le législateur a mis en place un réseau de professionnels : au centre du dispositif, le juge, homme-orchestre, relayé par d'autres compétences. Cette professionnalisation du divorce conduit à une certaine normalisation du mécanisme presque au sens de normes agréées ».¹⁸² A force d'allègement, d'assouplissement et de raccourcissement et de pacification, la procédure s'est débarrassée d'un certain nombre de freins (procéduraux). C'est ainsi que le procès du divorce est devenu une sorte de rouage bien rodé qui conduit presque inévitablement au divorce. Si les époux s'appliquent à suivre rigoureusement les règles alors ils obtiendront leur habilitation pour sortir du mariage. L'ouverture au divorce tant sur le plan de son accessibilité que sur le plan de son obtention exige un maniement habile de cette grande liberté laissée par la loi. La libéralisation du divorce a eu pour conséquence de concentrer entre les mains des professionnels la réussite du divorce. L'obtention du divorce est certes favorisée par la suppression des obstacles procéduraux, mais également, par l'objectivation des voies judiciaires.

¹⁸⁰ V° Synergie, Le Petit Larousse, 2008.

¹⁸¹ LIENHARD (C.), « Droit patrimonial du divorce : contribution méthodologique à une clarification et à une harmonisation des rôles et des fonctions respectives des avocats et des notaires », *A.J.F.*, oct. 2005, p.356.

¹⁸² BELLIVIER (F.), « Droit de la famille Divorce », *R.T.D.C.*, juillet-septembre 2004, *Chron.*, p.566.

TITRE II : UNE OBJECTIVATION DU DROIT DU DIVORCE

L'aspiration collective au bonheur individuel a amené une métamorphose de la culture procédurale. Comme il vient d'être démontré la procédure de divorce dans notre droit interne s'est largement libérée des contraintes. La tendance à la facilitation du divorce est commune au pays européen. En effet, aucun droit du divorce ne connaît de durcissement sur ce point. L'objectivation du divorce est inhérente à la libéralisation du divorce. En effet, elle contribue par l'extraction des conflits, pendant le parcours judiciaire, à optimiser les chances de voir prononcer le divorce.

L'instauration d'un divorce objectif c'est-à-dire reposant uniquement sur l'échec conjugal occupe de plus en plus de terrain. La procédure de divorce étant étroitement liée au fond s'est inspirée de ce phénomène d'objectivation. La procédure a dû chasser tout ce qui relève du subjectif pour limiter les tensions. « On assiste (...) à un phénomène de réduction de la tension, du conflit judiciaire, à une bientraitance judiciaire du divorce »¹⁸³. La procédure de divorce s'est engagée dans une voie pacificatrice qui justifie quelques adaptations des règles procédurales classiques.

Le phénomène d'objectivation ne s'arrête pas là. L'objectivisme¹⁸⁴ a été consacré lors du règlement des conséquences du divorce. En effet, la loi de 2004 a supprimé l'interrelation entre la cause et les effets du divorce. Si la pluralité des cas demeure, il n'y a plus qu'une manière d'appréhender la fin du divorce, dans la paix. Il n'y a plus ou peu d'enjeu pour ne pas dire de suspens au moment de la détermination des conséquences du divorce qu'elles soient décidées d'un commun accord ou prévues par le juge car il ne prend pas en considération les torts. Ainsi, le divorce est délesté d'une source de conflit et de ce fait, le passage et l'obtention du divorce sont facilités. L'accès au divorce est donc favorisé par la procédure tendant à l'objectivation du divorce (Chapitre I) et sa continuité dans la cause et les effets du divorce (Chapitre II).

¹⁸³ FRICERO (N.), « La simplification des procédures », in, *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), LEMOULAND (J.-J.), Litec, Paris, 2005, p.27.

¹⁸⁴ V°, Objectivisme, Le petit Larousse, 2008. « Absence systématique de parti pris, par la mise à l'écart de données subjectives. » Ici, on peut donc parler pour la mise à l'écart de données subjectives, les torts dans le divorce qui sont écartés lors de la détermination des effets du divorce.

CHAPITRE I : LA PROCEDURE TENDANT A L'OBJECTIVATION

Le phénomène d'objectivation du divorce est un phénomène européen. Le constat de l'échec conjugal comme cause de divorce s'érige progressivement comme l'unique cause de divorce. Il paraît donc opportun de déterminer l'ampleur de l'objectivation du divorce dans les législations européennes. L'objectivation passe par le fond mais également par la procédure. En effet, les règles procédurales ont une grande influence pour garantir l'effectivité d'un divorce objectif. La définition étymologique du terme « *procedere* » signifie avancer, renvoie à l'idée de processus, d'ensemble de règles déterminant le déroulement du procès, de la demande jusqu' au jugement. Pour saisir le juge, lui présenter leurs prétentions et faire valoir leur argumentation, les parties doivent procéder selon certaines formes et le juge doit rendre justice selon certaines règles. Ce sont ces manières de procéder qui font l'objet de la procédure.

La spécificité de la procédure de divorce découle des caractères propres de la matière juridique en cause qui déteignent inévitablement sur les normes procédurales. L'objet de la procédure de divorce réside dans l'atténuation des conflits et requiert par conséquent une adaptation des règles procédurales traditionnelles. L'objectivation du divorce a pour conséquence d'abstraire de la procédure française toute subjectivité (Section 1) et ce phénomène s'est généralisé à l'ensemble des Etats européens (Section 2).

SECTION 1 : L'ABSTRACTION DE LA SUBJECTIVITE DANS LA PROCEDURE DE DIVORCE EN FRANCE

La procédure civile se définit comme la « forme suivant laquelle on doit intenter les demandes en justice civile, y défendre, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les faire exécuter. Le droit du procès n'est autre que le droit de la procédure, et étudier le procès revient à étudier les modalités de son déroulement, « autrement dit les techniques procédurales »¹⁸⁵. Le premier chapitre du titre premier du code de procédure civile est consacré aux principes directeurs du procès. Ces différents principes sont communs aux différentes procédures civiles et sont les garants d'une d'une justice équilibrée. Certains de ces principes se recoupent avec le droit commun des procédures (civile, pénale, administrative) dessiné sous l'amplitude de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des différentes sources internationales. Ce droit commun du procès est appelé « droit processuel », il constitue un véritable bloc de droits fondamentaux procéduraux¹⁸⁶.

Pour autant, la procédure de divorce apparaît comme une procédure singulière, avec ses propres règles. En effet, pour concrétiser l'impératif de pacification, la procédure de divorce a dû opérer certains aménagements des règles procédurales traditionnelles de la procédure civile ou encore du droit processuel. La procédure de divorce n'est pas uniquement destinée à la fonction originelle de la procédure, c'est-à-dire trancher un litige. La procédure de divorce doit également limiter le conflit. Pour réaliser l'objectif de pacification, les règles procédurales s'appliquent à extirper pendant le déroulement du divorce tout ce qui relève du domaine du subjectif (facteur de contentieux). Cette extraction est garantie par l'exclusivité de l'office du juge aux affaires familiales (§1) et grâce à des mesures procédurales propres au divorce limitatives de dissension (§2).

¹⁸⁵ DOUCHY-LOUDOT (M.), *Procédure civile*, Paris, Gualino, 3^{ème} Ed., 2008, p.16

¹⁸⁶ *Ibid.*, p.43 l'auteur précise qu'il faut parler d'« une modélisation du procès » opéré par le « contrôle du respect des droits fondamentaux de la procédure par les législations nationales passant par l'amplitude donnée à la notion de procès équitable (...) »

§1 : L'objectivité assurée par l'exclusivité de l'office du juge aux affaires familiales

L'unicité du juge aux affaires familiales est indispensable pour tempérer la procédure (A.). Mais le cumul des fonctions défie le principe d'impartialité (B.), d'autant que son office est réalisé à huis clos (C.).

A. Une procédure tempérée par l'unicité du juge aux affaires familiales

Cette exclusion du conflit se concrétise par un confinement du procès avec pour unique interlocuteur un juge : le juge du divorce. L'intimité du procès influe sur les conditions du déroulement du procès du divorce. En effet, la proximité permet d'assurer un contexte favorable à l'apaisement. Le professeur Carbonnier précise que la procédure civile est « comme une procédure d'apaisement entre gens civils ».¹⁸⁷ Cette affirmation prend tout son sens dans le procès du divorce. La procédure de divorce est régie de manière à évincer tout ce qui relève du domaine du personnel, pour laisser place au consensus, à l'intérêt collectif entendu des deux époux.

Le principe de la collégialité provient de l'époque révolutionnaire. L'arbitraire ne pouvait être combattu que par l'œuvre de plusieurs juges, permettant de garantir une bonne justice. La collégialité suscite des débats entre les membres de la juridiction, un échange de points de vue et d'opinions, évitant une décision prise par un juge isolé soumis uniquement à ses certitudes et son jugement. La collégialité est une garantie des droits de la défense, elle diminue le risque de partialité du juge, corrige les préjugés et permet une décision plus réfléchie et plus aboutie. Le principe de collégialité est un principe inhérent à la procédure civile. Cependant, la collégialité n'est garantie par aucun texte, ni par le Conseil constitutionnel, ni par le Conseil d'Etat. En effet, le 23 juillet 1975¹⁸⁸ le Conseil constitutionnel a considéré que la collégialité n'était pas un principe d'organisation juridictionnelle ayant valeur constitutionnelle. Il confirma sa

¹⁸⁷ CARBONNIER (J.), « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », *Documentation française*, 1998, p.17.

¹⁸⁸ DC, 23 fév. 1975, *RJC*, I, 32 ; *JCP*, 1975, II, 18200, note FRANCK (C.) ; *AJDA*, 1976, 44, note RIVERO (J.) ; *D.*, 1997, 629, note HAMON (L.), LEVASSEUR (G.) ; *RDPubl.*, 1975, 1313, note FAVOREU (L.), PHILIP (L.).

position dans une décision du 2 février 1995¹⁸⁹ dès lors que l'institution du juge unique dépend du législateur et non des juges eux-mêmes afin de respecter le principe d'égalité entre les citoyens.

Ce principe est remis en cause par la généralisation de l'intervention du juge unique. Les raisons de la généralisation du juge unique sont pour partie utilitaires. Elles répondent à l'augmentation de la masse contentieuse, mais elles découlent également d'un nouveau mode de justice, une justice de proximité. « Il (le justiciable) souhaite connaître son juge pour lui exposer ses misères et ses soucis. Or, la recherche de *dialogue direct*, qui est un signe des temps et sur lequel il y aurait beaucoup à dire, ne se conçoit guère dans un cadre collégial, abstrait et impersonnel, qui, par sa solennité, fait obstacle à une véritable confrontation. »¹⁹⁰ En effet, le juge unique correspond à une attente nouvelle des justiciables, une justice plus personnalisée, plus accessible.

La matière du divorce apparaît donc comme un terrain propice au juge unique. Le domaine du divorce appartient à l'intime, au vécu. La collégialité peut être facteur d'intimidation, d'absence de confiance. En effet, le procès du divorce n'est pas un procès traditionnel. Il ne s'agit pas de déterminer le coupable, mais au contraire d'amener les parties à s'entendre. En effet, le cheminement procédural du divorce est bâti selon une volonté qui est d'éliminer le conflit pour laisser toute la place au consensus. La procédure de divorce ne rend plus justice, elle favorise une justice négociée.

L'intégration du juge unique dans le procès a été accompagnée d'une modification de la mission du juge. La proximité entre le justiciable et le juge a bouleversé le déroulement de la justice. « De nos jours, la tâche du juge ne consiste pas seulement à dire le droit de façon solennelle pour trancher un litige avec autorité de chose jugée. De plus en plus fréquemment, son autorité est sollicitée pour exercer une activité tutélaire (...). Toutes ces missions, qui font du juge un administrateur dont les interventions supposent une certaine continuité, beaucoup plus qu'un révélateur du droit dont l'oracle se fixe en un instant, ne peuvent guère être remplies par une juridiction

¹⁸⁹ DC, 2 fév. 1995, *RJC*, I, 634 ; *RFD const.*, 1995-22, 405, obs. RENOUX (Th.) ; *D.*, 1999, somm. com., 130, obs. RENOUX (Th.).

¹⁹⁰ PERROT (R.), « le juge unique en droit français », *R.I.D.C.*, 1977, p.668.

collégiale. Son rôle ne consiste plus à intervenir uniquement à un moment donné qui est le procès et la prise de décision finale. Au contraire, il est présent à toutes les étapes de la procédure, il guide les époux dans le sens où il montre le chemin, son intervention n'est plus péremptoire. » Comme a pu l'écrire M. le Doyen Jean Vincent, le juge moderne n'est plus seulement le 'juge de l'éphémère' ; dans bien des cas, il devient aussi le 'juge de la durée' ». ¹⁹¹

Cette considération renvoie au modèle du juge « Hermès » : le juge réseau. Il occupe l'entre deux des choses, son pôle comprend une multitude de points en interrelation entraînant une diversification des rôles. « Hermès est le médiateur universel, le grand communicateur. Il ne connaît d'autre loi que la circulation des discours, dont il arbitre les jeux toujours recommencés. ¹⁹² L'unicité du juge (Hermès), permet d'être plus adaptatif, plus comparatif et moins déductif ou inductif ¹⁹³. Il n'intervient plus pour trancher un conflit mais comme le guide virtuel des époux dans le traitement du divorce. C'est le maître du jeu, selon la célèbre formule l'homme orchestre. Certes, le divorce est construit davantage par les époux mais sous la houlette du juge.

A l'instar du juge Hermès, le juge du divorce s'adapte aux nécessités de pondération inhérentes à la matière. Il va façonner le divorce grâce au dialogue et favoriser la réalisation du divorce dans l'intérêt commun des époux en extirpant de la procédure les intérêts purement privés. Le juge joue donc un rôle prépondérant dans le déroulement de la procédure. L'objectivation du divorce est réalisée grâce à une considération supérieure de l'intérêt commun du couple ou de l'intérêt de la famille, dépassant la référence exclusive à l'intérêt individuel. Ainsi l'unicité du juge permet de garantir un meilleur suivi de l'affaire et par conséquent d'aboutir à une justice plus efficace, et davantage consensuelle.

¹⁹¹ *Ibid.*, p.664.

¹⁹² OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *In Force du Droit*, P.BOURETZ (dir.), pp.241-272. Monsieur Ost décrit les trois figures du juge, le premier modèle est le juge Jupiter. Le modèle de la pyramide. Il s'exprime par l'impératif et privilégie l'interdit, le droit jupitérien est marqué par le sacré et la transcendance. Le second est le modèle herculéen, en forme d'entonnoir, il repose sur la jurisprudence, seule la décision fait autorité et non la loi.

¹⁹³ *Ibid.*, ce serait le juge « Jupiter » qui représente le modèle de la pyramide ou du code.

L'article L.213-3 du COJ prévoit que « dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats sont délégués dans les fonctions du juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales connaît : 1° Du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, sous réserve des compétences attribuées au tribunal de grande instance ; 2° Des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage et de l'obligation d'entretien, à l'exercice de l'autorité parentale (...) »

L'intégration du juge unique en matière de divorce est révélatrice d'un bouleversement idéologique. En effet, dans un premier temps, la loi du 10 juillet 1970¹⁹⁴ avait exclu de la compétence du juge unique tout ce qui touchait l'état des personnes. La décision de rompre le lien conjugal ne pouvait appartenir à une seule personne, l'importance d'une telle décision devait faire l'objet de considération de plusieurs magistrats. Il fallait respecter un formalisme plus lourd lorsque la question du mariage était remise en cause. La décision d'anéantir le mariage ne devait être prise qu'exceptionnellement. Dans un second temps, la loi du 11 juillet 1975 a intégré le juge unique seulement dans le cas d'un divorce par consentement mutuel. Le divorce d'accord, en l'absence de conflit ne nécessitait plus la collégialité. La loi du 8 janvier 1993 généralise l'unicité du juge dans le droit de la famille, notamment dans le divorce. Elle a cependant, maintenu la possibilité pour le juge aux affaires familiales de renvoyer devant la formation collégiale, l'affaire en l'état. Ce renvoi est de droit selon la demande d'une partie (article 228 Code civil). Cette généralisation est le signe d'une certaine « banalisation du divorce ». Le divorce est désormais considéré comme un évènement courant de la vie.

L'instauration d'un interlocuteur unique renforce l'idée que le divorce est une affaire privée qui concerne principalement les époux, évitant ainsi la comédie judiciaire autrefois pratiquée ou encore l'étalement des affaires comme si le divorce était un drame social. Le divorce est un évènement neutre et va dans le sens d'un hypothétique droit au divorce. Toutefois, l'omniprésence du juge du divorce peut de prime abord susciter quelques doutes sur son impartialité.

¹⁹⁴ Loi n°70-614 modifiant l'ordonnance relative à l'organisation judiciaire.

B. Une procédure tempérée par le cumul des fonctions déifiant l'impartialité

L'impartialité du juge dans le Code de procédure civile, découle des dispositions relatives, à l'abstention, la récusation et au renvoi.¹⁹⁵ La Convention européenne des droits de l'homme prévoit dans son article 6§1, le principe d'impartialité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a renforcé cette obligation. En effet dans une décision, la Cour a affirmé qu' « une interprétation restrictive de l'article 6§1, notamment quand au respect du principe fondamental de l'impartialité des tribunaux, ne serait pas conforme à l'objet ni au but de cette disposition si l'on songe à la place primordiale que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique. »¹⁹⁶ Elle est également prévue à l'article 14§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Conseil constitutionnel dans une décision du 20 février 2003¹⁹⁷ reconnaît une valeur constitutionnelle au principe d'impartialité sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

La Cour européenne a adopté deux conceptions de l'impartialité : l'impartialité objective et l'impartialité subjective. L'arrêt Piersack C. Belgique du 1 octobre 1982 énonce que « si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé... elle peut s'apprécier de divers manières. On peut distinguer...entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ». ¹⁹⁸ Cependant cette division qui était essentiellement fondée sur l'apparence, a entraîné une difficulté d'application notamment quant aux éléments de preuves à rapporter. Avec l'arrêt Morel contre France, la Cour va préférer des critères moins abstraits. « Le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte c'est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès (...). Et la réponse à ces questions varie suivant les circonstances de chaque cause (...). La connaissance approfondie du dossier

¹⁹⁵ Titre Xème du livre Ier, L'abstention, la récusation et le renvoi, articles 339s du C.P.C.

¹⁹⁶ CEDH, 1^{er} mars 1990, *J.D.I.*, 1991, p.773.

¹⁹⁷ Déc. 2003-466 DC, 20 février 2003, Juges de proximité ; *LPA*, 13 mars 2003, p.7, note SCHOETTL(J.E.).

¹⁹⁸ CEDH, 1^{er} octobre 1982, Piersack c. Belgique , série A, n°53, §30.

par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. »¹⁹⁹

La Cour européenne a modifié sa terminologie. Elle emploie la notion d'impartialité personnelle c'est-à-dire que le juge ne doit pas tenir compte de ses convictions personnelles. Ainsi que, la notion d'impartialité fonctionnelle, qui est liée à l'exercice des fonctions du juge, c'est-à-dire n'importe quel juge placé dans la même situation susciterait des doutes sur son impartialité. La Cour de cassation s'est alignée sur la jurisprudence de la Cour européenne. La question de la partialité se pose lorsque les fonctions du juge l'ont amené à connaître l'affaire au fond en une autre qualité. L'exigence d'impartialité doit s'apprécier objectivement et doit être cassé pour violation de l'article 6 l'arrêt rendu pas la cour d'appel composée notamment de deux magistrats qui à l'occasion d'un autre procès auquel un plaideur n'avait pas été partie et n'avait pas été entendu, avaient déjà porté une appréciation sur les faits de l'affaire²⁰⁰. Autrement dit, l'impartialité est caractérisée, lorsque le juge a déjà porté une appréciation sur les faits de l'affaire qu'il a à juger ou lorsque le magistrat a déjà connu les parties ou lorsqu'il a déjà jugé l'affaire en première instance. En effet, dans un arrêt de principe du 6 novembre 1998²⁰¹, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que le juge des référés qui avait statué sur une demande de provision sur une obligation non sérieusement contestable ne pouvait, ensuite, statuer sur le fond au nom du principe d'impartialité. En revanche, dans une décision de la même date la Cour n'a pas retenu une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement lorsque le même magistrat statue sur le fond dans une affaire dans laquelle il a préalablement pris des mesures conservatoires.

Cette différence d'interprétation se justifie par la particularité du référé provision. Il est dominé par l'urgence et suppose une vérification approfondie assimilable à un jugement au fond. En effet, le juge a tranché un point de fond, celui de caractère non sérieusement contestable de l'obligation en cause. Il a donc préjugé de la

¹⁹⁹ CEDH *Morel c. France*, 6 juin 2000, *Bull. Inf.* ; *RTDC*, 2000, 934, obs. MARGUENAUD(Ch.) ; *D.*, 2001, Chron., GOYET (Ch.), p.328, obs. FRICERO, NIBOYET ; *JCP*, 2001, I, 291, n°24, obs. SUDRE ; *JDI*, 2001, 183, obs. SIBOUT (I.) ; *RD Publ.*, 2001-3, 669, obs. SOLER (S.).

²⁰⁰ Civ. 1^{ère}, 18 mai 1989 ; *Bull. civ. I*, n°198.

²⁰¹ FRISON-ROCHE (M.-A.), Cass., L'impartialité du juge, *Dalloz*, 1999, Chron., pp.53-57 ; *D.* 1999, p1, Concl., BURGELIN ; *JCP*, 1998, II, 10198, Rapp. SARGOS ; *RTDC*, 1999, p183, obs. NORMAND (J.), p193, PERROT (R.).

qualité de celle-ci, en ordonnant la provision. Mme Frison-Roche, précise que jusqu'à cet arrêt, la Cour de cassation s'en tenait à une appréciation institutionnelle de l'impartialité, c'est-à-dire des fonctions assumées par le magistrat de poursuite, d'instruction et de jugement. Elle précise que « c'était négliger qu'il peut arriver que le juge soit contraint de prendre position sur le fond du litige même pour n'édicter qu'une mesure provisoire, même pour opérer un simple acte d'instruction. »²⁰²

Le cas du juge du divorce conduit à s'interroger sur le respect du principe d'impartialité lorsqu'il multiplie les interventions. En effet, le juge aux affaires familiales est le juge conciliateur (article 1071 C.P.C.), le juge de la mise en état et le juge des référés (article 1073) et il décide des mesures provisoires avant de statuer au fond (articles 254 et 257 du Code civil). Le doute peut notamment s'installer lorsque le juge exerce successivement la fonction de juge conciliateur et de juge du divorce.

Certes, la mission de conciliation est une mission générale du juge (article 21 C.P.C.). Néanmoins, le juge aux affaires familiales est investi d'une mission particulière de conciliation. Ceci est mis en évidence, par le rappel de sa mission dans l'article 1071 du C.P.C. situé au Chapitre V « la procédure familiale », du Livre IIIème « dispositions particulières à certaines matières ». Cette reprise révèle le caractère obligatoire et primordial de l'intervention du juge lors de la phase de conciliation. Lors de la tentative, le juge amène les époux à s'entendre sur la prise de décision des mesures provisoires ou en cas de désaccord, il détermine lui-même ces mesures. Puis, il reviendra lors du jugement pour déterminer les mesures définitives.

L'audience de conciliation s'apparente en quelque sorte à l'audience définitive puisqu' on y retrouve les mêmes éléments à déterminer. Au titre de mesures provisoires, il statue sur les modalités de résidence, il attribue à l'un des époux la jouissance du logement, il fixe la pension alimentaire... (Article 255 du Code civil). L'article 256 confirme ces propos car les mesures provisoires concernant les enfants sont réglées par les dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale du Chapitre Ier du titre IX. Lorsque le juge statue sur les conséquences définitives du divorce, il statue sur les mêmes questions, notamment en matière d'exercice de l'autorité parentale, l'article 286

²⁰² *Ibid.*, p.56.

renvoie aux mêmes dispositions que celles énoncées pour les mesures provisoires. Il prévoit les modalités d'attribution du logement (article 285-1).

Dès lors, il semble impossible de nier qu'il n'a pas déjà « porté une appréciation des faits sur l'affaire qu'il a à juger », et le souci de ne pas désavouer les conséquences de ses propres mesures fait planer un doute sur son impartialité. Le simple cumul de fonctions ne constitue pas, en soi, un facteur suffisant de partialité, sauf « lorsque l'écart entre la question à trancher dans la première procédure et le problème à résoudre dans la seconde est infime »²⁰³. Ce qui semble être le cas pour le juge du divorce. Un préjugement est à craindre, car si les mesures provisoires sont prévues pour un temps déterminé, ne vont-elles pas se transformer en mesures permanentes lors du jugement ? L'impartialité du juge est remise en question par la double appréciation des mêmes faits, des mêmes parties et des mêmes litiges.

Cet état de fait est encore plus prégnant, lorsque le juge prend des mesures d'urgence. Il peut, pour, la garantie des droits d'un époux, ordonner toutes mesures conservatoires (article 257 du Code civil). Dans ce dernier cas, il intervient dans une situation d'urgence, il peut prendre des décisions graves telles que l'éviction du conjoint du domicile conjugal. Une telle décision nécessite une appréciation précise de la situation conjugale et constitue une appréciation déjà acquise lors de la phase de jugement. Le lien entre la décision d'une telle mesure (d'urgence) et l'appréhension de la cause de divorce se crée inévitablement. L'évocation des éléments nécessaires pour déterminer la mesure provisoire est privée de pertinence lorsqu'ils sont de nouveau évoqués devant le juge lors du procès. Toutefois, selon la décision précédemment évoquée (du 6 novembre 1998), la Cour de Cassation ne reconnaît pas d'atteinte au principe d'impartialité.

Néanmoins comme le soulève le Professeur Guinchard²⁰⁴, il y a bien un risque d'identité de questions traitées par le même juge unique et l'identité de question est déterminante pour apprécier la partialité. Il évoque le risque de non-conventionalité du droit français pour cause de partialité, à moins de justifier le cumul de fonction comme

²⁰³ ZEROUKI (D.), « Impartialité et exercice successif des fonctions, le cas du juge du divorce », *Droit de la famille*, nov. 2002, Chron. 26., p10.

²⁰⁴ GUINCHARD (S.), LAGARDE (X.), (...), *Droit processuel Droit commun du procès et droit comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, 2007, p.746.

dans la jurisprudence *Nortier c. Pays-bas*²⁰⁵ par l'intérêt des enfants et des époux. La notion standard de l'intérêt de l'enfant et du couple justifierait le cumul des fonctions du juge aux affaires familiales. En d'autres termes, c'est la nature intime de l'affaire qui justifie d'apporter un tempérament au principe d'impartialité (car l'intérêt de l'enfant ne peut pas tout résoudre notamment tous les couples souhaitant divorcés ne sont pas tous parents). Le divorce est alors un procès intime s'avoisinant à une justice privée. Ou serait-ce une preuve que le divorce est un droit acquis, et que la procédure n'intervient que pour formaliser la demande, n'exigeant pas dès lors un strict respect des règles processuelles ?

C. Un office réalisé à huis clos

La publicité des débats signifie que le public doit être admis à l'audience pendant les débats et que le jugement doit être prononcé en audience publique. L'article 22 du C.P.C. dispose que « les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige qu'ils aient lieu en chambre du conseil. » Le Conseil d'Etat a reconnu que « la publicité des débats est un principe général du droit, (...), il n'appartient dès lors qu'au législateur d'en déterminer, d'en étendre ou d'en restreindre les limites ».²⁰⁶

L'article 6§1 de la Convention européenne prévoit également le principe de publicité des débats : « ...Le jugement doit être entendu publiquement, mais l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties l'exigent et dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans ses circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. » La publicité des débats a pour effet d'instaurer une confiance du justiciable en la justice. Une justice secrète suscite toujours des doutes. « Le danger d'arbitraire apparaît avec une netteté singulière là où un pouvoir

²⁰⁵ CEDH, 24 août 1993, *Nortier c/ Pays-Bas*, série A, n°267 ; *D.*, 1995, somm. com., 105, obs. RENUCCI (J.F).

²⁰⁶ CE, 4 oct. 1974, *Dame David*, Rec, p.470, Concl. Gentot.

d'appréciation s'exerce en secret ».²⁰⁷ La transparence des débats semble répondre aux suspicions. Un débat ouvert au public ne peut avoir de déviance.

A cet égard, La Cour européenne des droits de l'homme énonce : « La publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6§1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et les tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6§1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention »²⁰⁸. Le principe de publicité est donc gage d'une justice exercée dans une société démocratique, pour autant le droit français y oppose un certain nombre d'exceptions. La loi du 5 juillet 1972 instituant le juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile²⁰⁹ dans son article 11-1 énonce deux limites. La première légale : « les débats sont publics. Ils ont toutefois lieu en chambre du conseil dans la matière gracieuse ainsi que dans celles relatives à l'état et à la capacité des personnes qui sont déterminés par décret. » La seconde limite est judiciaire, le juge peut décider « que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordre de nature à troubler la sérénité de la justice. »

Dans un premier temps, le principe de publicité notamment dans le droit de la famille a été considéré comme un progrès dans le règlement des conflits familiaux, qui était jusque là, sous la tutelle de l'autorité arbitraire des pères de famille et ne permettait aucune autre influence que celle du père. La loi du 16 et 24 août 1790 avait instauré un tribunal de famille comme lieu de parole, ouvert au public. Cependant, le tribunal de famille a eu un succès limité en raison de son organisation mais également de son ouverture au public. L'auteur parle d' « une mise au secret régénératrice qu'il s'agirait d'opérer pour qu'au sein de chacune des cellules familiales disparaissent les vices qui les déréglaient et que puisse s'épanouir une nouvelle famille, une famille restructurée, revigorée qui soit le creuset de la révolution et le ciment de la société

²⁰⁷ CEDH arrêt Valenzuela contreras c. Espagne, 30 juillet 1998.

²⁰⁸ CEDH arrêt Helmers c. Suisse, 29 octobre 1991.

²⁰⁹ Loi n°72-626, loi du 5 juillet 1992, instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile.

nouvelle.»²¹⁰ Le principe de publicité qui était au départ une innovation dans la procédure familiale, au fil du temps s'est transformé en lacune.

Aux termes de la loi du 2 avril 1886, la demande en divorce et en séparation de corps était soumise à la publicité des débats, le tribunal avait la faculté de prononcer le huis clos. La loi du 2 avril 1941 a consacré une règle plus protectrice du respect de la vie privée et a prévu la règle de non-publicité des débats sur la cause du divorce. La loi du 11 juillet 1975 a étendu cette règle aux conséquences du divorce et aux mesures provisoires. Le principe général de publicité dans la procédure civile ne trouve pas à s'appliquer dans le domaine du divorce. La procédure de divorce est une procédure à part qui exige une certaine discrétion. Les détails de la vie privée des époux qui ressortent inévitablement lors des débats n'appartiennent qu'aux époux et ne concernent pas le public. Le procès du divorce est le procès des époux. La publicité des débats en matière de divorce n'a que peu d'intérêts. Elle peut même avoir l'inconvénient de divulguer des éléments importants de la vie privée.

La non publicité des débats est, notamment nécessaire au bon déroulement de la procédure de divorce, facteur d'apaisement. L'ouverture au public a un impact sur le déroulement du procès. Les sujets ayant une grande maîtrise de leur droit en matière de divorce, le règlement de leur divorce à l'abri de tout regard est essentiel au bon fonctionnement du procès. En effet, leur liberté d'action est davantage garantie s'ils ne sont pas soumis au regard extérieur du public. La procédure de divorce ne concerne que le juge, les époux et les avocats. L'évocation des motifs du divorce, des éléments de la vie intime, les faits, représentent la part de subjectivité inhérente au divorce et ne nécessite pas de regard de la société.

Seul le dispositif est lu publiquement (article 1074 du C.P.C.). Depuis le décret du 20 août 2004 modifiant la procédure civile, il est même possible d'aviser les parties « à l'issue du débat, que le jugement sera prononcé par sa mise à disposition au greffe de la juridiction ».²¹¹ La Cour de cassation dans un arrêt du 25 avril 2006 confirme que le principe de publicité est respecté même lorsque les débats ont eu lieu en chambre du

²¹⁰FORTUNET (F.), « Le tribunal de famille : secrets de famille, famille au secret », *In Secret et justice le secret entre éthique et technique ?*, Lille, L'espace juridique, 1998, pp.181-182.

²¹¹ Article 450 alinéa 2 du C.P.C.

conseil par un simple dépôt au greffe permettant à chacun d'avoir accès à la décision, à l'instar d'une lecture en audience publique. Non seulement l'audience se déroule en chambre du conseil mais même la solution n'est plus nécessairement lue en audience publique. Cette exception signifie que le divorce est l'affaire des époux et partant de ce postulat ; le procès du divorce n'est pas un procès comme les autres et s'accommode difficilement avec la publicité. Ce confinement opéré par la procédure de divorce favorise une résolution davantage neutre du divorce grâce à une maîtrise entière du juge du procès et mise en œuvre à la discrétion du public. Les règles procédurales spécifiques au divorce œuvrent dans le sens de la neutralité.

§2 : Les mesures procédurales propres au divorce limitatives de dissension

Différentes mesures illustrent cette minimisation dans le procès de l'évocation des conflits, notamment à travers la pondération du principe de la liberté de la preuve par la matière du divorce (A.), et grâce à l'exigence de la requête initiale silencieuse entraînant la question du respect du principe de contradiction (B.).

A. La pondération du principe de la liberté de la preuve par la matière du divorce

La preuve est au cœur du droit, c'est par le biais de la preuve que se construit la vérité judiciaire. La revendication d'un droit à lui seul est insuffisante, il faut que le plaideur établisse des faits confortant le droit revendiqué. Elle repose sur des données objectives et c'est par le biais de cet instrument que naît une certitude. Le principe de la liberté de la preuve signifie que sont admis tous les différents procédés établissant une preuve.

L'établissement de la cause de divorce et le règlement des conséquences du divorce reposent entièrement sur la justification des éléments de faits. La preuve dans la procédure de divorce a pour lieu de prédilection le divorce pour faute. L'alinéa 1 de l'article 259 du Code civil énonce :

« Les faits invoqués en tant que cause de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l’aveu. »

C’est donc le principe de la liberté de la preuve qui est retenu dans la procédure de divorce. Tous les modes de preuve peuvent être invoqués par les époux. La liberté de la preuve en matière de divorce n’est qu’un alignement sur le droit commun de la preuve des faits juridiques, principe déjà proclamé en matière commerciale ou encore en droit pénal. Pour autant, même si l’on retrouve tous les modes de preuve communs aux différentes procédures, ceux-ci subissent un certain nombre de tempéraments découlant directement de la matière du divorce.

Les différents modes sont, le constat²¹² (article 259-2) qui peut être invoqué sauf s’il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l’intimité de la vie privée. L’aveu est également possible depuis la loi du 11 juillet 1975, il doit être non équivoque, en effet, avouer c’est admettre contre soi-même des fautes. Le serment à la condition qu’il soit décisif, les déclarations orales, les attestations font partie de l’arsenal probatoire. La loi de 2004 a étendu le principe de la liberté de la preuve en remaniant l’article 259-1 qui désormais vise « un élément de preuve » alors qu’auparavant seules les lettres échangées entre conjoint et un tiers étaient concernées. Cet élargissement correspond à une prise en compte de l’évolution des moyens de communications, communications téléphoniques, messages électroniques...

Cependant, le principe de la liberté de la preuve en matière de divorce comporte certaines limites. La première, est une limite commune à tous les modes de preuve, elle repose sur l’exigence de loyauté, et combat l’idée de « preuve à tout prix ». En effet, l’obtention d’une preuve de manière frauduleuse ou avec violence est sanctionnée par une mise à l’écart des débats. La charge de la preuve incombe à l’époux qui invoque ce procédé blâmable.

Elle comporte également des interdictions qui consistent à ne pas utiliser certains renseignements. Notamment, tout ce qui a été dit ou écrit lors de la conciliation ne peut ensuite être invoqué pour ou contre un époux ou un tiers dans la suite de la procédure

²¹² Cf., Partie II, Titre I, Chap. II, Section 2. Voir les développements sur le constat.

(article 252-4 du Code civil). Ce principe permet de protéger la raison d'être de la tentative de conciliation. Pouvoir réutiliser ce qui a été évoqué lors de l'audience de conciliation, notamment lorsque celle-ci n'a pas abouti, ruinerait les chances de voir prospérer la voie de la conciliation. La liberté de la preuve est certes proclamée dans le divorce mais elle ne doit pas s'élever au dessus du dessein de la procédure qui est d'apaiser le conflit.

L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce (article 373-2-12). L'objet de l'enquête sociale n'est pas de déterminer la cause du divorce mais d'apprécier la situation familiale afin de prévoir les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Il ne s'agit donc pas de détourner l'enquête sociale à des fins différentes que celles originales. La Cour de cassation veille scrupuleusement au respect de cette interdiction. Il en est ainsi même si l'enquête sociale a eu lieu dans le cadre d'une procédure antérieure, relative à l'autorité parentale²¹³. A cet égard, le Professeur Hauser dénonce l'application extensive de cette prohibition. « C'est toute enquête sociale, dans toute procédure, même sans divorce ou antérieure au divorce actuel, qui doit être exclue. C'est peut-être aller trop loin et, comme pour les témoignages de parents (...), tarir pratiquement, dans les divorces contentieux, les moyens de preuve lesquels sont, par nécessité, souvent intrafamiliaux. Si l'on veut tuer les divorce contentieux qu'on le dise mais la restriction subreptice des moyens de preuve reste discutable »²¹⁴. La manifestation de la vérité dans le divorce est très largement admise, cependant ces dernières interdictions constituent un rempart à l'étalement de la vie intime. La procédure de divorce s'inscrivant dans la neutralité, les éléments factuels relevant de la vie privée, doivent dès lors, jouer un rôle limité dans le déroulement de la procédure²¹⁵, et ce en fonction de leur origine.

Les descendants ne peuvent pas non plus être entendus sur les griefs invoqués par les époux (article 259 alinéa 2 du Code civil et article 205 alinéas 2 du C.P.C.). La règle de l'exclusion du témoignage des descendants en matière de divorce est très large. Elle concerne les enfants communs issus du mariage, les enfants nés d'un premier lit ou les enfants hors mariage. Cette prohibition concerne aussi bien les enfants mineurs que

²¹³ Cass., 2^{ème} Civ., 5 juin 2003, *R.T.D.C.*, 2003, p.687s., Obs. J.Hauser.

²¹⁴ *Ibid.*, p.688.

²¹⁵ La preuve dans le divorce pour faute connaît le même sort, Cf. Partie II, Titre I, Chap. II, section II.

les majeurs et également le conjoint ou le concubin de l'un des descendants. Elle couvre toutes les formes de témoignage, écrit, oral, lettres missives, attestations, ou audition. La remise par un descendant d'une lettre d'un parent relative aux torts du divorce équivaut aux témoignages prohibés. La prohibition s'applique également aux déclarations recueillies en dehors de l'instance en divorce, notamment lors d'une procédure pénale.

L'extension de l'interdiction aux enfants majeurs ou au compagnon ou compagne du descendant peut apparaître abusive, dès lors qu'elle ne peut se justifier par l'intérêt de l'enfant. Le régime de la preuve est une illustration supplétive du rejet de toute personnalisation de la situation d'échec conjugal. La preuve des éléments touchant la vie personnelle des intéressés est largement touchée par la minimisation du conflit. Ces différentes touches d'objectivité dans des lieux qui naturellement ne s'y prêtent pas (dans la preuve de faits) sont révélatrices d'une procédure qui se veut impartial.

Si le descendant ne peut être partie au divorce et exposer son opinion sur les griefs évoqués lors de la procédure, il peut toutefois intervenir lors du règlement des conséquences du divorce notamment sur son sort. En effet, lorsque le juge statue sur les modalités de l'autorité parentale, il prend en compte les sentiments exprimés par l'enfant mineur. L'article 373-2-11, 2° du Code civil offre à l'enfant dans la procédure de divorce, un temps de parole, où il peut exprimer ses problèmes, son sentiment sur la situation, ses craintes. Cependant, il n'a pas la qualité de partie, à cet égard, le Professeur Cornu nous rappelle que « jamais un descendant ne peut être entendu, ni comme témoin, ni à titre de simples renseignements, sur les griefs invoqués par les époux (...). L'audition de l'enfant ne fait de lui ni un partenaire, ni un adversaire, ni un témoin, ni *a fortiori* l'arbitre ou le juge de ses parents. Il y va de son équilibre personnel et de l'avenir de ses relations avec chacun de ses parents. »²¹⁶

La loi du 8 janvier 1993 suite à l'exécution de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant avait prévu dans l'article 388-1 que

²¹⁶CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, p.187 et p.593.

« dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet. Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. (...) L'audition du mineur ne lui confère par la qualité de partie à la procédure. » Le mineur n'a toujours pas la qualité de partie mais il dispose désormais « d'un droit à la parole ».

Jusqu' à très récemment, l'intervention de l'enfant était donc limitée. Il appartenait au juge de décider, s'il y avait lieu d'entendre l'enfant même si la demande venait de l'enfant lui-même. De plus, l'enfant ne pouvait s'opposer à la décision du juge aux affaires familiales, ce dernier n'avait qu'à motiver sa décision. Selon le postulat de l'intérêt de l'enfant, le juge était le seul à apprécier souverainement si l'enfant était capable de discernement et s'il était opportun de l'entendre. L'audition de l'enfant était sous l'entière tutelle du juge.

Or, la Convention internationale des droits de l'enfant prévoit le droit à la parole de l'enfant. L'article 3-1 dispose que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Quant à l'article 12-2 il prévoit que soit donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. De surcroît, par deux arrêts du 18 mai 2005 et 14 juin 2005²¹⁷, la Cour de cassation a déclaré d'applicabilité directe la Convention de New York, notamment les deux articles précédemment retranscrits. Dans le premier arrêt, l'enfant, dont la résidence a été fixée chez sa mère aux Etats-Unis, avait demandé, par lettre transmise par la Cour d'appel, à être entendue dans la procédure engagée par son père pour voir modifier sa résidence. Dans le second, une femme française avait regagné la France avec son enfant et laissé son époux aux Etats-Unis, et avait décidé de ne plus revenir. Une décision récente du 22 novembre 2005²¹⁸ de la première chambre civile a

²¹⁷ Cass., 1^{ère} Civ., 18 mai 2005 ; Cass., 1^{ère}, 14 juin 2005, *J.C.P.*, II 10115, pp.1573-1579.

²¹⁸ Cass., 1^{ère} Civ., 22 novembre 2005, *Bull. civ.* I, n°434.

permis par l'intermédiaire d'un avocat de recueillir la parole de l'enfant en se fondant sur les articles 3-1 et 12-2 de la Convention internationale des droits de l'enfant. La loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance a approuvé l'incorporation de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants internationale des droits de l'enfant qui reprend les droits reconnus par la Convention internationale des droits de l'enfant dans le *corpus* des règles applicables aux mineurs. Par conséquent les dispositions du traité relatives à l'audition du mineur en justice suppriment le pouvoir du juge de refuser d'entendre le mineur qui le désire. La modification de l'article 388-1²¹⁹ consacre un véritable droit de l'enfant d'être entendu.

L'enfant dispose d'un droit de parole. Il n'a certes pas la qualité de partie dans le divorce mais il peut s'imposer dans la procédure. Le juge ne peut plus empêcher l'enfant d'exprimer ses sentiments concernant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Cette mesure œuvre dans le sens d'une libéralisation du divorce. Les époux ainsi que l'enfant (dans sa mesure), disposent d'un droit de parole qui a indiscutablement pour corollaire d'empiéter sur le champ d'intervention du juge notamment sur son « appréciation souveraine ». Le divorce est une affaire privée qui ne concerne que les intéressés : les époux et les enfants. La neutralité de la procédure prend effet dès la requête initiale, qui impose une requête silencieuse sur les raisons du divorce.

B. Le silence de la requête initiale et le principe de contradiction

Le Conseil constitutionnel reconnaît valeur constitutionnelle au principe des droits de la défense dont le principe du contradictoire est le corollaire. Le principe de contradiction est également reconnu par le Conseil d'Etat comme principe général du droit. La Cour européenne a consacré le principe de contradiction à travers sa jurisprudence sur le visa de l'article 6§1. Elle a dans un premier temps fait référence à l'égalité des armes, afin que les parties ne soient pas placées dans une situation désavantageuse. Dans l'arrêt Ruiz Mateos c. Espagne du 23 juin 1993, la Cour

²¹⁹ L'article 388-1 alinéa 2 : « Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande ». Alors que l'ancien article 388-1 permettait au juge par une décision spécialement motivée d'écarter son audition alors même que le mineur en avait fait la demande.

européenne reconnaît le principe du contradictoire. Le principe d'égalité des armes « représente un élément de la notion plus large de procès équitable qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance (...). Il implique la faculté pour chaque partie de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre ainsi que de les discuter »²²⁰

Dans le code de procédure civile la contradiction se situe au chapitre premier « les principes directeurs du procès » à la section VI « La contradiction ». La contradiction impose dans un premier temps que chaque partie puisse s'exprimer et dans un second temps, un échange réciproque d'information. L'article 14 dispose que « nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ». Quant à l'article 15 du C.P.C., il précise la contenance du principe. « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent, et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ».

Tous les éléments du débat doivent être soumis à discussion afin que les parties puissent combattre les éléments de prétention de la partie adverse. Il est donc exclu qu'une affaire puisse être régulièrement jugée, si une partie n'a pas été en mesure de prendre connaissance dans un délai suffisant des différents documents et données sur lesquels le juge va s'appuyer pour statuer. Monsieur Schrameck définit le principe du contradictoire : « Contredire suppose une opposition ou en tout cas une différence de perceptions, d'argumentations et par suite souvent d'intérêts, un dialogue permettant de s'opposer à la vision d'autrui, en manifestant la sienne en vue de la faire prévaloir. »²²¹

La loi du 26 mai 2004, en imposant, la prohibition de mentionner les motifs et le fondement juridique du divorce est confrontée au respect du principe de contradiction. En effet, la requête initiale ne doit indiquer ni le fondement juridique de la demande en divorce ni les faits à l'origine de celle-ci (article 1106 du C.P.C.). La loi, dans la procédure de divorce interdit l'évocation et donc la discussion des motifs de la demande

²²⁰ CEDH, 23 juin 1993, Ruiz Mateos c. Espagne, série A, n°262, §63.

²²¹ SCHRAMECK (O.), « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, pp.629-639.

en divorce par les parties. Cette interdiction est strictement limitée à la requête initiale préalable à l'audience de conciliation et donc à l'instance contentieuse proprement dite. Or, comme il l'a été dit à plusieurs reprises la conciliation est une phase déterminante du divorce, les enjeux y sont importants. Notamment, elle permet de déterminer les mesures provisoires qui peuvent devenir définitives.

La demande ne peut contenir de référence aux motifs du divorce. Le défendeur qui n'est pas à l'origine de la demande se trouve face à une situation non désirée et qui plus est, il est, dans l'ignorance des dispositions prises par son conjoint. Le défendeur est dans l'ignorance des prétentions de son adversaire et ne peut se défendre. Ce silence donne l'illusion d'un droit au divorce car, la procédure est abordée comme si il n'y avait pas de conflit. L'avocat qui représente le défendeur est donc en quelques sortes dans l'impossibilité d'assurer sa défense lors de l'audience de conciliation. En effet, il a pour unique référence une requête muette sur le fondement juridique et les motifs du divorce. Certains auteurs ne considèrent pas, pour autant, qu'il y ait une atteinte au principe du contradictoire « car le juge, lui-même, n'est pas informé des motifs de la demande »²²². De plus, l'issue de la phase amorcée par la requête n'est pas le prononcé du divorce, mais, de la part du juge, la prise de mesures provisoires. Si atteinte au contradictoire il y a, elle n'est que temporaire puisque l'assignation ultérieure devra, quant à elle, informer le défendeur des griefs.»²²³

Si l'on retient la violation du principe du contradictoire lors de l'enclenchement de la procédure de divorce, elle est justifiée par « le concept » du règlement du divorce qui consiste à réduire à néant le conflit bien avant le procès du divorce. Monsieur Miniato en conclut qu'« il paraît finalement plus judicieux de privilégier la conciliation entre époux, plutôt que de faire une application mécanique du contradictoire, dont le résultat ne serait pas la protection des parties, mais leur

²²² Voir dans le même sens CEDH, 7 juin 2001, Kress c. France ; à propos de la non communication aux parties, préalablement à l'audience devant le Conseil d'Etat, des conclusions de commissaire du gouvernement. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas retenu la violation du principe de contradiction de l'article 6§1 de la Convention. Il n'y avait pas à proprement parler de rupture d'égalité entre le juge et les parties lorsque les conclusions n'ont été communiquées ni aux parties, ni au rapporteur, ni aux juges de la formation de jugement, et que toutes les parties découvrent le sens et le contenu au jour de l'audience.

²²³ MINIATO (L.), « 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 » *Droit de la famille*, décembre 2004, Etudes, p.16.

affrontement douloureux dans une procédure incapable d'apaiser leur conflit. »²²⁴ Autrement dit, si violation il y a, elle est justifiée pour répondre à l'apaisement de la procédure de divorce. La pacification s'érige comme le principe directeur de la procédure de divorce. Par conséquent, afin d'en garantir l'effectivité, il faut minimiser l'évocation des faits qui sont source de conflit et ce même si, cela implique un aménagement des principes traditionnels qui dirigent le procès. Le silence de la requête contribue à cette chasse de tout ce qui touche à l'intimité, au personnel, au subjectif. L'objectivation du droit du divorce ne se limite pas au cas français, c'est l'ensemble des législations européennes qui sont concernées.

SECTION 2 : LA GENERALISATION DU DIVORCE OBJECTIF DANS LES ETATS EUROPEENS

La libéralisation du divorce n'est pas un phénomène unique en France. Dès la fin des années 60, de nombreux Etats ont modifié leur législation dans le sens d'une libéralisation de l'accès au divorce (la loi anglaise 22 octobre 1969 et 1973, l'Italie 6 mars 1987, la loi allemande du 20 février 1986, la Grèce avec la loi 19 février 1983...) ²²⁵. Communément au divorce français, les règles de procédure, les règles de fond sont également intimement liées. Ainsi pour appréhender l'orientation des différentes législations, ces différentes règles seront étudiées.

Cette libéralisation a pour dénominateur commun l'élévation au premier rang du divorce faillite accompagné d'un recul du divorce sanction. Le divorce en Europe oscille entre le constat objectif d'un échec et la sanction d'une faute conjugale. « La notion d'échec du mariage (...) autorise la dénonciation du lien conjugal. Le divorce devient alors un mode de solution des conflits conjugaux, une thérapeutique à la faillite du mariage, à la disparition de la communauté affective des époux ». ²²⁶ La tendance convergente à la facilitation de l'accès au divorce s'est généralisée.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Selon, « Etudes de législation comparée », www.senat.fr; 14 mars 2007 ; « La déjudiciarisation du divorce », www.senat.fr, 14 avr. 2008 ; « L'accès au divorce : droit comparé », GRANET-LAMBRECHTS (F.), *AJF*, 2003.p.22s.

²²⁶ UNG (B.), « Le divorce remède ou la place faite au divorce objectif dans le nouveau droit du divorce en France et en République fédérale d'Allemagne », *J.C.P.*, 1979, I 2940.

Cependant, comme le soulève le Professeur Meulders-Klein²²⁷ tout dépend du degré d'autonomie dont disposent les époux pour rompre leurs engagements. Le « droit au divorce » découle du concept de l'échec du mariage qui peut être demandé unilatéralement ou conjointement. Cette faveur accordée au divorce faillite doit être nuancée, l'existence d'un cas unique de divorce dans les législations ne coïncide pas toujours avec un divorce objectif et *a contrario* l'existence de différents cas de divorce ne fait pas toujours obstacle à l'objectivité.

Dans un premier temps, vont être étudiés les droits du divorce fondés sur un divorce faillite ne garantissant pas l'efficacité du divorce objectif (§1) et dans un second temps, les législations reposant sur une pluralité de cas de divorce intégrant toutes le cas d'un divorce objectif (§2).

§1 : L'efficacité du divorce objectif non garanti par l'unicité du cas de divorce faillite

La vitrine du cas unique du divorce faillite n'est pas toujours en corrélation avec un divorce objectif. L'Angleterre prévoit par exemple un divorce objectif alors que la faillite est fondée sur des éléments factuels (A.), quant au cas allemand, il est fondé sur les présomptions de la cessation de la vie commune (B.). Le divorce néerlandais est un divorce objectif reposant uniquement sur l'échec conjugal (C.). La Suède consacre un divorce objectif par excellence, un divorce sans cause (D.)

A. L'apparence d'un divorce objectif anglais : une faillite fondée sur des éléments factuels

La législation relative au divorce prévoit une cause unique de divorce, la faillite irrémédiable du mariage. Cependant le caractère irrémédiable de la rupture ne peut être prouvé que par l'un des cinq faits suivants : l'un des époux a commis l'adultère et

²²⁷ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », *R.I.D.C.*, 1989, p.9.

l'autre trouve la vie commune intolérable, lorsque en fonction du comportement du défendeur on ne peut raisonnablement attendre du demandeur qu'il vive encore avec lui, en cas de cessation de la vie commune de la part du défendeur pendant deux années continues, lorsque il y a une cessation de vie commune pendant deux ans continus précédant immédiatement la demande et que le défendeur consent à la demande, et lorsque les époux vivent séparément depuis cinq ans même si le défendeur s'y oppose.

Autrement dit à travers une cause unique et objective fondée sur la faillite du mariage, la preuve de l'échec du mariage repose sur des faits. Le comportement fautif joue un rôle dans la preuve du divorce neutralisant l'objectivité de la cause. Le divorce anglais a pour façade un divorce faillite mais derrière on retrouve les différents cas de divorces communément admis dans les exemples européens tels que le divorce fondé sur la faute ou le divorce pour cessation de vie commune ou encore le divorce par consentement mutuel.

Des principes ont été posés par la loi du 22 octobre 1969 relative à la réforme du divorce et codifié par le *Matrimonial Causes Act* de 1973 dans la section1. Aucune demande de divorce ne peut être présentée dans l'année qui suit le mariage. Les tribunaux saisis d'une demande de divorce doivent, au moment du jugement, prendre en considération plusieurs principes posés par le titre premier du *Family Law Act* de 1996 parmi lesquels figure la protection du mariage lorsque celui-ci peut être sauvé. Les tribunaux doivent également, lors du constat du divorce, réduire les effets préjudiciables du divorce sur le conjoint et les enfants. La *Family Law Act* avait introduit la notion de divorce sans cause fautive dans son titre deux qui n'a jamais été appliqué faute de décret d'application.

Concernant l'ensemble des conséquences du divorce le juge intervient uniquement lorsque les époux n'ont pas réussi à s'accorder. Le montant de la pension versée aux enfants celle-ci est par contre fixée par une agence administrative spécialisée *Child Support Agency*. Elle fixe le montant en fonction d'un barème. Les obligations financières des parents envers leurs enfants échappent aux arrangements privés²²⁸. C'est ainsi que l'un des aspects du règlement du divorce a été soustrait aux époux. La

²²⁸ « La déjudiciarisation du divorce », www.senat.fr, 14 avr. 2008.

considération de l'enfant notamment par la fixation de la pension alimentaire déroge au principe de consensualisme et exige une protection particulière qui ne relève pas de la seule compétence des parents. Pour la pension alimentaire, toujours lorsque les époux n'ont pas réussi à s'accorder le tribunal fixe le montant et la durée en fonction d'un ensemble de critères tels que : les revenus, les besoins, le niveau de vie antérieure, l'âge, la contribution à la famille et la conduite des époux.

Les époux disposent d'une grande liberté dans le règlement des conséquences du divorce. A défaut de consensus, le tribunal règle le divorce et ce, en fonction du comportement des époux. La conduite des époux joue donc un rôle dans la détermination des conséquences financières du divorce. La loi anglaise ne se détache pas de l'idée de responsabilité, de faute et malgré une vitrine neutre, la part du subjectif trouve encore sa place dans le droit substantiel.

B. Le cas allemand fondé sur les présomptions de la cessation de la vie commune

L'Allemagne s'est engagée dans la voie d'un divorce objectif en adoptant l'échec du mariage comme seule condition nécessaire au divorce dans une loi du 14 juin 1976, elle-même modifiée par une loi du 20 février 1986. Celui qui désire divorcer doit apporter la preuve de l'échec. Il s'entend d'une part, par la cessation de la communauté de vie et d'autre part, par l'impossibilité de reprendre une vie commune.

Le § 1565 B.G.B. (Code civil Allemand) dispose : « Le mariage peut être dissous par divorce lorsqu'il a échoué. Le mariage a échoué lorsque la communauté de vie des époux n'existe plus et qu'il ne peut être entendu que les époux la rétablissent. Si les époux sont séparés depuis moins d'un an, le divorce ne peut être prononcé que si le maintien du mariage présenterait pour le demandeur, pour des motifs fondés sur la personne de l'autre époux, une dureté qui ne peut lui être imposée ». Ici aussi, l'objectivité annoncée est à nuancer. Dans le dernier cas l'échec conjugal ne repose pas sur le simple constat de la faillite mais en fonction du comportement de l'autre époux. C'est la situation de dureté créée par l'autre époux qui va constituer l'échec. Un lien

existe alors entre le comportement d'un époux et le prononcé du divorce. Le concept de divorce objectif n'est donc pas respecté car il implique un constat indépendamment de tous motifs.

La cessation de communauté de vie conjugale est la condition générale du divorce. Elle ne se limite pas à la cessation de la cohabitation, elle englobe l'ensemble des rapports conjugaux notamment les liens affectifs, tout ce qui unit les époux. Ainsi le maintien de la vie commune pour des raisons accessoires au mariage telles que financières ou pratiques peuvent entraîner le divorce alors que la vie commune n'a pas matériellement cessé. Le § 1567 du B.G.B. précise : « Les époux vivent séparés lorsqu'il n'existe entre eux aucune communauté d'habitation et qu'un époux ne veut manifestement pas établir celle-ci du fait qu'il rejette la communauté de vie conjugale. La communauté d'habitation n'existe plus non plus lorsque les époux vivent séparés au sein du même logement. Une reprise de la vie commune de courte durée destinée à permettre une réconciliation des époux n'interrompt ni ne suspend les délais mentionnés au § 1566. »

Cette clause générale est complétée par deux présomptions irréfragables d'échec du mariage facilitant ainsi les constatations de l'échec conjugal. Le § 1566 du B.G.B. prévoit: « Le mariage est présumé avoir échoué de manière irréfragable lorsque, les époux vivant séparés depuis un an, le divorce est demandé par les deux époux ou accepté par l'autre époux lorsqu'il est demandé par un seul des époux. L'échec du mariage est présumé de manière irréfragable, dès lors que la durée de la séparation de fait atteint trois ans. »

En effet, lorsque il y a une séparation de fait depuis au moins un an et que les époux sont d'accords pour divorcer, le prononcé du divorce s'impose. Le juge est face à une présomption irréfragable d'échec conjugal. Le pouvoir d'appréciation du juge sur la réalité de la cessation de la communauté de vie apparaît limité. Il en va de même lorsque la séparation de fait a duré trois ans même si la demande est unilatérale, l'autre époux ne peut s'opposer au divorce et le juge ne peut refuser de le prononcer. Par l'instauration de l'unique cause de divorce fondée sur l'échec de l'union et la création des présomptions irréfragables de l'échec conjugal, la législation allemande est allée au-delà de la facilitation de l'accès au divorce. Elle cantonne en quelque sorte, le juge à

prononcer le divorce face à des présomptions irréfragables. La présomption irréfragable peut s'assimiler à une cause péremptoire ou encore directe de divorce. L'intervention du juge est alors reléguée à un simple réceptacle du constat de l'échec nécessaire au prononcé du divorce. La facilitation de ce divorce favorise grandement son obtention.

Toutefois, le prononcé systématique du divorce trouve sa limite lorsque l'un des époux refuse le divorce et que leur séparation dure depuis plus d'une année mais n'a pas encore atteint trois ans. Dans ce cas l'époux doit apporter la preuve de l'échec du mariage et le juge doit apprécier la réalité de cet échec. Dans ce cas, deux conditions doivent être remplies, une séparation matérielle : l'absence de vie dans un lieu commun et un élément psychologique : le refus de toute vie conjugale par au moins l'un d'eux. De plus, lorsque les époux sont séparés depuis moins d'un an, le divorce ne peut être prononcé que si le maintien du mariage présenterait pour le demandeur pour des raisons inhérentes à la personnalité du conjoint, une dureté ne pouvant lui être imposée. La jurisprudence exige des fautes graves de l'époux défendeur pour permettre un divorce sans délai (violence, adultère répété..). Ce système de divorce uniciste n'exclut pas la prise en compte du comportement fautif d'un des époux. La cause est objective mais le fondement de la cause est intimement lié aux comportements de l'époux. Autrement dit, avant un an de séparation le législateur allemand opère un retour au divorce sanction. Une cessation de vie commune inférieure à un an relève du domaine de la faute alors que celle supérieure à un an, la simple faillite du couple est suffisante pour exiger le divorce.

Cependant, l'automatisme de l'obtention du divorce après 3 ans est relative. En effet, le législateur allemand ne s'est pas totalement dégagé de l'idée de responsabilité. Le § 1568 du B.G.B. prévoit une clause d'exceptionnelle dureté et empêche le prononcé du divorce « bien que le mariage ait échoué (...) tant que le maintien du mariage est pour des raisons particulières, exceptionnellement nécessaire dans l'intérêt des enfants mineurs issus de l'union, ou (...) tant que le divorce constituerait pour l'époux qui s'y oppose, en raison de circonstances exceptionnelles, une dureté tellement grave que le maintien du mariage, même en tenant compte des intérêts de l'époux demandeur au divorce, s'impose exceptionnellement ». La clause d'exceptionnelle dureté est un tempérament au caractère automatique du divorce reposant sur la cessation de la vie commune. Cette clause injecte une part de subjectivité et maintient ainsi la notion de

responsabilité. De ce fait, elle constitue un obstacle au prononcé du divorce. L'acquisition systématique du divorce perd de sa vigueur dès lors que le juge peut s'opposer au divorce.

La législation allemande a prévu une seule forme de procédure introduite par requête même lorsque le divorce est demandé par les deux. Dans ce dernier cas la demande introductive d'instance doit contenir un certain nombre d'éléments supplémentaires (la communication du consentement de l'autre époux, ainsi que des propositions concordantes sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le règlement d'entretien.). Dans la lignée du divorce objectif des arrangements doivent être pris par les intéressés au divorce. On peut donc remarquer le lien entre le divorce objectif et la possibilité de s'accorder et le retrait du juge. Ce dernier joue un rôle limité car face à une cause objective de divorce il se cantonne à prononcer le divorce. Le retrait du juge se retrouve également au moment du règlement des conséquences car se sont les époux qui les déterminent ensemble.

La partie qui veut s'opposer au divorce peut interjeter appel contre le jugement de divorce dans un délai d'un mois après la notification de celui-ci auprès de la chambre de droit de la famille de la Cour d'appel. Par conséquent, l'époux dispose d'un recours contre le prononcé du divorce. Une révision du jugement d'appel peut être demandée auprès de la Cour suprême. Les parties peuvent également, dans un délai d'un mois dès la notification du jugement intenter un recours contre les effets du divorce auprès de la Cour d'appel.

Pour ce qui est des effets patrimoniaux entre époux, la notion de responsabilité est totalement écartée. Il existe un droit d'entretien seulement lorsque l'époux après le divorce n'arrive pas à subvenir à ses besoins. Le critère est le maintien des conditions de vie du mariage, c'est à dire que l'époux ne peut survivre avec ses revenus et ses biens. La pension ne répond pas à l'idée de payer le prix de la liberté. Elle n'est pas la contrepartie de l'acceptation du divorce. Cette pension peut être uniquement accordée pour l'entretien d'un enfant commun, en raison de l'âge avancé d'un des conjoints qui n'a jamais travaillé, la maladie, jusqu'à l'obtention d'un travail, lors d'une reprise de formation professionnelle.

La loi allemande prévoit également une clause d'équité positive c'est-à-dire un droit d'entretien maintenant le niveau de vie durant le mariage aussi longtemps que l'époux ne pourra subvenir à ses besoins pour d'autres raisons que celles précédemment énumérées et prévues par la loi. Cependant, la loi 20 février 1986, contrairement au législateur français a prévu un certain nombre de cas restrictifs. Cette loi s'inscrit dans la doctrine du « clean break », elle réduit le droit d'aliment en fonction de « l'équité du cas isolé ». Le juge, en fonction de circonstances peut restreindre ce droit. La loi a accru ses pouvoirs afin de réduire dans le temps le lien de dépendance économique entre les anciens époux après le divorce. En effet, un certain nombre de situations limitent ce droit, notamment lorsque le mariage a été de courte durée, le créancier s'est rendu coupable d'un crime ou délit ou encore lorsque il n'a pas rempli ses obligations d'entretien envers sa famille ... Ce droit s'éteint en cas du remariage de créancier. Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation mais dans un but exclusivement limitatif. Il s'agit d'éviter tout prolongement de lien entre les ex époux et favoriser une rupture complète des effets du divorce.

C. Le divorce objectif néerlandais reposant uniquement sur l'échec conjugal

Depuis 1971 la loi ne prévoit qu'une cause de divorce « le divorce pour désunion durable du couple » (article 1-151 et 1-154 du Code civil néerlandais). L'impossibilité définitive pour les époux de vivre ensemble conduit au divorce. Les raisons de cette demande, les circonstances ou le comportement de l'autre n'intéressent pas la procédure. Qui plus est, le divorce n'est pas conditionné par une séparation de fait ou par une durée minimum du mariage. Il représente le divorce constat par excellence.

Le tribunal peut être saisi par l'un des époux ou par requête conjointe. Lorsque la demande est unilatérale, l'époux demandeur invoque l'impossibilité de poursuivre la cohabitation, qui est devenue irrémédiablement insupportable. L'époux défendeur ne dispose d'aucun moyen de droit pour contester valablement le divorce. Le droit de contredit ayant été supprimé, le conjoint défendeur ne peut plus s'opposer au divorce demandé par l'époux qui est exclusivement responsable de ce dernier. Il a pour seule défense la possibilité d'invoquer la perte ou la diminution d'avantages financiers. Dans une telle hypothèse le divorce ne peut être prononcé sans que des arrangements

équitables soient trouvés pour les deux époux. Le divorce est accordé sans autre examen si l'époux défendeur reconnaît l'impossibilité définitive pour le couple de poursuivre la vie commune ou s'il ne comparaît pas.

La requête n'a pas à être motivée en cas de demande conjointe. Cependant les époux doivent prévoir un projet portant sur un certain nombre d'effets accessoires. Ces réformes « (...) témoignent d'un souci de simplifier encore le processus de constat d'échec du mariage, désormais inéluctable, et d'en accentuer la privatisation »²²⁹. L'exemple néerlandais est révélateur de la concordance entre la cause objective et la privatisation du règlement du divorce. Si la cause ne nécessite pas d'appréciation pour aboutir au divorce alors les époux doivent être autonomes pour prévoir le divorce. La privatisation du droit comprend donc une décharge du juge sur l'appréciation de la cause et sur la détermination des conséquences du divorce. En effet, l'absence de lien entre la cause et les conséquences découle directement de la cause objective de divorce. La faillite annihile toute idée de sanction de la part du juge. Si ce dernier n'a plus à apprécier les conséquences en fonction des fautes alors les époux sont tout à fait aptes pour organiser leur divorce. En l'absence de contestation, la procédure de divorce est extrêmement simplifiée. La procédure est écrite, la comparution des parties n'est pas nécessaire et ils n'ont pas d'obligation de représentation par avocat. Les règles de fond et de forme du divorce néerlandais favorisent largement l'accès et la sortie du divorce reconnaissant implicitement un droit au divorce.

La neutralité de la procédure est également maintenue pour les conséquences pécuniaires entre époux. La loi néerlandaise prévoit également un droit de pension. La pension attribuée dans le divorce néerlandais est restrictive. Elle correspond « au simple nécessaire » pour vivre. Alors que la majorité des pensions prévues par les législations européennes compensent la disparité financière créée par le divorce en fonction du niveau de vie pendant le mariage. La loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994 a également limité la durée de la pension alimentaire à douze années. Elle prévoit des causes restreignant le droit à la pension alimentaire, notamment lorsque le mariage a duré moins de cinq ans et que le couple n'a pas d'enfant, la durée de la pension

²²⁹ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », *R.I.D.C.*, 1989, p.34.

alimentaire ne peut excéder celle du mariage. Le remariage, ou une cohabitation, un partenariat peuvent mettre fin au paiement de la pension. La pension doit donc être limitativement attribuée, dans son montant, dans sa durée et selon la situation. L'exemple néerlandais s'affilie également à la doctrine du « clean break » coupant ou diminuant les relations financières entre époux après le divorce. Le régime de la pension alimentaire néerlandaise tend vers plus d'objectivité. Il est détaché de l'idée d'indemnisation de l'époux non responsable du divorce. Il reste à l'époux bénéficiaire de la pension, selon les circonstances, la possibilité de demander au juge une prolongation du délai.

Les relations avec les enfants depuis une loi du 1^{er} janvier 1999 bénéficient de cette objectivité. Les parents qui se séparent continuent d'exercer conjointement l'autorité parentale, à moins que l'un d'eux ne demande au juge l'attribution exclusive de l'autorité parentale. La loi du 1^{er} janvier 1998 a reconnu au compagnon de vie d'un parent l'opportunité d'exercer l'autorité parentale au même titre que le parent. En effet, il est possible lorsque l'un des parents dispose de l'autorité parentale exclusive et sous certaines conditions de demander au tribunal d'instance le partage de l'autorité avec son nouveau concubin, partenaire ou conjoint. Les modalités d'attribution de l'autorité parentale sont très souples et adaptatives aux diverses situations. Le droit néerlandais est extrêmement libéral et le champ d'appréciation du juge est très réduit, seul l'échec compte. Le droit suédois dépasse le libéralisme néerlandais.

D. Le divorce suédois : un divorce sans cause

La loi suédoise se pose comme la plus libérale. La cause de divorce repose uniquement sur l'intention de divorcer qu'elle soit unilatérale ou commune aux époux. En effet, le législateur est allé au-delà du divorce constat, il n'impose pas aux conjoints d'apporter la preuve de l'échec du mariage. Dès lors, il n'existe pas véritablement de cause de divorce, un époux peut lorsqu'il désire divorcer, saisir le tribunal et demander le prononcé du divorce. Le tribunal est tenu de prononcer le divorce sans examen au fond et sans avoir à connaître les motifs du divorce. Aucune preuve, aucun contrôle du caractère définitif de l'échec n'est requis. La loi suédoise consacre ainsi un droit unilatéral de demander le divorce sans autre considération. Toutefois, une période de

réflexion de six mois est imposée dans le cadre du divorce par consentement mutuel lorsque les deux époux le demandent ou lorsque l'un d'eux vit avec un enfant de moins de seize ans sur lequel il exerce l'autorité parentale. Elle est également imposée lorsque l'autre époux ne désire pas divorcer, sauf si ils vivent séparément depuis deux ans.

En matière de pension entre époux, la loi suédoise illustre parfaitement la doctrine de « clean break ». Le principe est que « chacun est responsable de son propre entretien » (chapitre 6 section 7 alinéa 1 du Code du mariage). Autrement dit, le divorce n'entraîne pas de dépendance économique, chaque époux doit subvenir à ses besoins. Une fois le divorce prononcé, il ne subsiste aucun effet du mariage. Néanmoins si l'un des époux a besoin d'une pension pendant une période transitoire, l'autre époux doit lui verser une pension en fonction des besoins et de la capacité du débiteur. Si le mariage a été de longue durée et que l'un des époux a des difficultés à subvenir à ses besoins, il a droit à une pension pour une durée supérieure que celle prévue pour la période transitoire. L'époux a trois ans pour revendiquer le versement de la pension. La pension est attribuée dans le but de laisser au conjoint le temps de se créer sa propre indépendance financière. Le droit à une pension alimentaire n'est donc pas fondé sur l'idée de compensation.

Les époux peuvent prendre toutes décisions et s'accorder sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Cet accord conclu doit être approuvé par le comité des affaires sociales qui acceptera ou refusera l'accord en fonction de l'intérêt de l'enfant. En l'absence d'accord, l'exercice de l'autorité parentale demeure conjointe sauf lorsque l'autorité conjointe est incompatible avec l'intérêt de l'enfant. L'objectivation et la privatisation du divorce ont pour limite l'enfant. Face aux mesures relatives à l'enfant, l'intervention du juge retrouve un regain d'intérêt. Les modalités le concernant même dans le cadre d'un divorce objectif par excellence s'établissent sous le contrôle d'une autorité administrative ou du juge. Le tribunal, dans ce cas, peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des parents. Lorsque l'autorité parentale est commune, le tribunal peut décider le lieu de résidence et les modalités de garde, notamment prévoir la garde alternée.

L'autorité compétente en matière de divorce est une autorité judiciaire. Dans la plupart des cas de divorce, le juge statue seul. Le tribunal au complet intervient en cas

de désaccords sur le droit de garde des enfants et prononce, alors, un jugement partiel de divorce. Lorsque les époux s'accordent sur le principe du divorce et ses effets, la procédure est extrêmement simplifiée. En effet, une audience principale n'est pas nécessaire, la procédure se déroule par écrit sans comparution des époux. La Suède a maintenu la procédure judiciaire, toutefois la procédure relève plus d'un simple enregistrement administratif²³⁰ dès lors qu'époux ne désire plus rester dans les liens du mariage et que l'opposition de l'autre est inutile alors le champ d'intervention du juge est très limité voir inexistant. En effet, en Suède, le divorce est devenu un droit inconditionnel. L'assimilation du juge à un réceptacle administratif amène à remettre en question l'utilité de son intervention, à l'instar du divorce par consentement mutuel en France, lorsque les époux se sont accordés tant sur le principe que les conséquences. Comme le divorce suédois, la présence d'enfant justifie peut être la seule frontière à ne pas franchir et explique la présence du juge pour les questions de cet ordre.

A l'instar de l'exemple français, de nombreuses législations prévoient différents cas de divorce dont un divorce objectif mais leur attachement au divorce sanction est encore important.

§2 : L'inévitable divorce objectif dans les législations pluralistes

Le cas de l'Italie est topique. L'encadrement procédural agit comme un frein au prononcé du divorce en Italie (A.). L'Espagne prévoit dans les cas de divorce une double condition qui est un véritable frein à l'accès au divorce (B.). Le divorce belge, quant à lui est encore dominé par le divorce sanction (C.) et pour la Grèce la responsabilité de la faillite implique un partage (D.).

²³⁰ La procédure administrative existe au Danemark. Pour cela, il faut que les époux soient d'accord sur le principe du divorce, sur un certain nombre d'effets accessoires et sur le choix d'une telle procédure. En Norvège, elle est même la voie normale. Toutefois, ces procédures semblent plus encadrées. En effet, des garde-fous sont prévus comme une médiation obligatoire, la comparution en personne, une vérification des accords notamment en fonction de l'intérêt de l'enfant. L'exemple suédois illustre parfaitement, l'influence du fond sur la forme. Malgré le maintien d'une procédure judiciaire, cette dernière appartient plus à la voie administrative.

A. L'encadrement procédural comme frein au prononcé du divorce en Italie

Le divorce en Italie n'a été admis que très tardivement du fait de la forte influence du Saint siège par une loi du 1^{er} décembre 1970 modifiée par les lois du 19 mai 1975 et du 6 mars 1987. Le divorce reste fortement imprégné du principe d'indissolubilité du mariage. A cet égard le terme le plus usité est « la dissolution du mariage » et non le divorce. Il existe quatre cas de divorce qui entraînent automatiquement son prononcé : en cas de condamnation de l'autre conjoint pour certains délits, en cas d'annulation du mariage à l'étranger de l'un des conjoint ou lorsque il s'est remarié à l'étranger, en cas de non consommation du mariage et pour finir en cas de changement de sexe. Ces cas sont des divorces sanctions qui reposent sur le comportement fautif et déterminé de l'autre conjoint.

Le divorce peut également être demandé par les époux (unilatéralement ou conjointement) après une séparation de trois années sans interruption. La condition de séparation nécessaire pour obtenir le divorce est remplie lorsque le juge a homologué la séparation décidée conjointement par les époux ou par une décision judiciaire lorsqu'elle découle de la volonté d'une seule partie. Dans cette dernière situation, il faut que des faits rendent intolérable la vie commune ou portent préjudice aux enfants.

Le divorce faillite italien, fondé sur une cessation de la vie commune, nécessite une preuve judiciaire préalable de la séparation avant toute demande. Le régime de ce divorce qui repose sur le postulat de l'objectivité est soumis à des conditions strictes. La déclaration de la séparation est posée comme un passage préalable, obligatoire et encadré. De ce fait, elle incite les époux à se réconcilier. La volonté du législateur est explicite, il veut limiter l'accès au divorce fondé sur le constat de l'échec du mariage, voire détourner les époux de la voie du divorce. Moins de la moitié des séparations aboutissent au divorce, « la séparation en vient à jouer le même rôle en Italie que le divorce dans les autres pays ». ²³¹ La procédure de divorce permet de favoriser une perte des obtentions de divorce et laisse ainsi durer le lien du mariage par le jeu des séparations.

²³¹ « Etudes de législation comparée », www.senat.fr; 14 mars 2007. Le taux de divorce est un des plus faibles en Europe (0,6 % pour mille habitants), tandis que plus de 40% des séparations prononcées n'aboutissent pas au divorce.

La procédure italienne s'inscrit dans un dessein : limiter le prononcé du divorce. En effet, le système du divorce italien favorise la réconciliation. Une simple déclaration expresse ou le comportement non équivoque d'un des époux, éteint automatiquement la procédure de séparation. La procédure de divorce prévoit également une séance de conciliation devant le juge et le souhait d'abandonner la procédure par l'un des époux suffit à mettre fin au divorce. La procédure italienne d'une part, impose des conditions restrictives et d'autre part, facilite non l'accès au divorce mais la renonciation au divorce.

Dans tous les cas, la demande du divorce n'est valable que si les conjoints présentent leurs motifs et s'ils ont pris des dispositions à l'égard des enfants. Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire mais fortement conseillé par les juges. Cependant, la présence du défendeur est obligatoire si les conjoints ne sont pas d'accord sur les conditions de leur séparation ou de leur divorce. La décision de dissolution du mariage ou de cessation des effets civils du mariage est prononcée par le tribunal. Ce dernier dispose d'un large pouvoir décisionnaire. Il décide du versement d'une indemnité compensatrice au conjoint disposant des plus faibles ressources jusqu'au moment de son remariage. Il décide également des modalités d'exercice de l'autorité parentale et de la contribution à l'entretien des enfants.

Le taux de divorce est l'un des plus faibles des pays européens. La procédure italienne, contrairement à l'exemple français, s'érige comme un obstacle à l'obtention du divorce. L'accès au divorce en Espagne est également obstrué par les conditions nécessaires au prononcé du divorce faillite.

B. La double condition des cas de divorce limitant l'accès au divorce espagnol

La loi du 7 juillet 1981 a supprimé l'indissolubilité du mariage et a introduit le divorce. A l'instar de l'Italie le divorce espagnol établit un lien étroit entre la séparation judiciaire et les causes de divorce. La cessation de la vie commune est une condition préalable à tous les cas de divorce espagnol. Le système du divorce faillite exige un

délai de séparation plus ou moins long selon la volonté commune des époux de se séparer.

Le premier cas de divorce repose sur la séparation par consentement mutuel. Il se trouve à mi chemin entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour cessation de la vie commune. Les époux doivent avoir cessé leur vie commune pendant un an à compter du dépôt de la demande de séparation. Il nécessite, malgré une volonté commune de divorcer, une séparation de fait d'au moins un an. Par conséquent, la liberté de divorcer conjointement est conditionnée par une cessation de vie commune préalable à la demande, qui alourdit considérablement la procédure de divorce. De plus, la demande de séparation ne peut se faire dans la première année qui suit la conclusion du mariage et elle n'est valable que si une convention réglant les effets du divorce a été déposée. Les accords doivent être approuvés par le juge sauf s'il estime que la convention est dommageable pour les enfants ou l'un des conjoints. Dans ce cas, les conjoints pourront soumettre au juge une nouvelle proposition.

Le deuxième cas de divorce est à l'initiative d'un seul des époux, lorsqu'il y a une cessation de vie commune d'au moins un an et que la demande est fondée sur différents faits commis par l'époux qui n'est pas à l'origine de la demande. Ces faits sont la violation des devoirs matrimoniaux, toute violation grave et répétée des devoirs envers les enfants, l'alcoolisme, la toxicomanie... La loi espagnole exige dans le cas d'un divorce sanction, un comportement culpeux et une séparation de vie commune d'au moins un an. Autrement dit, la faute n'entraîne pas directement le prononcé du divorce.

Le troisième cas, nécessite une séparation de deux ans et un consentement conjoint des époux à la cessation de la vie commune ou du moins l'absence d'opposition.

Le quatrième est une demande unilatérale en cas de rupture de la vie commune pendant cinq ans, dans ce cas le divorce est prononcé automatiquement. La loi espagnole prévoit un divorce objectif fondé uniquement sur la séparation. Néanmoins la séparation doit être de longue durée au même titre que l'ancien divorce pour rupture de la vie commune dans le droit français. Ce délai constitue un véritable frein à la

liberté de demander unilatéralement le divorce. Pour finir, la seule cause de divorce conduisant directement au prononcé du divorce est en cas de condamnation pénale pour atteinte à la vie du conjoint, des ascendants et descendants. Cette cause de divorce a un caractère péremptoire et la condamnation doit être une sentence ferme.

En principe, les effets du divorce (patrimoniaux et ceux relatifs aux enfants) sont susceptibles d'être conclus dans une convention par les conjoints. Le juge doit homologuer la convention. A défaut d'accord entre les époux, le juge doit prévoir les effets du divorce, c'est-à-dire la pension alimentaire et la prestation compensatoire. La prestation compensatoire doit être impérativement demandée par un époux. Elle tend uniquement à compenser le déséquilibre financier créé par le divorce.

Les époux peuvent également déterminer les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Le juge intervient subsidiairement lorsque les parents n'arrivent pas à se mettre d'accord ou lorsque le juge ne donne pas son approbation. L'exercice conjoint de l'autorité parentale est la règle, seules des raisons justifiées utiles pour l'enfant peuvent priver l'un des parents de son exercice de l'autorité parentale.

La compétence d'attribution revient au tribunal de première instance ou de famille. Le divorce avec l'accord des deux parties relève de l'application de la procédure abrégée de juridiction « volontaire ». Les époux doivent fournir une convention relative aux effets du divorce accompagnée de la demande en divorce rédigée par un acte séparé. La procédure étant écrite, le juge opère une simple vérification des différents documents notamment et si l'intérêt de l'enfant est suffisamment pris en compte.

Lorsque la demande émane d'une seule partie, c'est alors la procédure abrégée de la juridiction contentieuse. Quand un des conjoints est incapable ou absent ou leurs enfants mineurs, le juge entend le ministère public. Les procédures requièrent le ministère d'avocat. Le droit du divorce espagnol est complexe. Il a certes adhéré au divorce faillite mais a instauré des conditions contraignantes qui rendent la voie du divorce difficilement accessible. Ces conditions alourdissent la procédure par le nombre d'éléments à rapporter et à prouver pour obtenir le divorce. Dès lors, si les règles

procédurales ne freinent pas l'accès au divorce, les règles de fond en limitent fortement l'issue. Le droit belge est calqué sur l'ancien droit français.

C. Le droit belge dominé par le divorce sanction

Le Code civil de 1804 admettait déjà le divorce. La loi du 1 juillet 1974 prévoit trois cas de divorce. La loi du 30 juin 1994 a modifié le régime du divorce. Le premier cas est le divorce pour cause déterminée, il repose sur la faute de l'un des conjoints. Le divorce peut être demandé pour cause d'adultère (article 229 du Code civil). Pour cela l'adultère doit avoir un caractère offensant. Les époux peuvent réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves (article 231 du Code civil). L'injure grave est la cause générale de divorce, tandis que les excès, les sévices sont des causes spéciales. Le caractère offensant de l'attitude du conjoint doit toujours être démontré de sorte que le concept d'injure grave recouvre toutes les causes y compris l'adultère.

Le deuxième cas est le divorce par consentement mutuel. Ce type de divorce impose aux époux de régler préalablement leur vie pendant la durée de la procédure. La demande est introduite par voie de requête. Les époux devront se présenter en personne à deux comparutions obligatoires, séparées d'un intervalle de trois mois. Le divorce par consentement mutuel dans le droit actuel belge est similaire à celui du droit français sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975.

Le dernier est le divorce pour cause de séparation de fait de plus de deux ans depuis la loi du 16 avril 2000 (avant cinq ans étaient exigés). Le tribunal se contente de constater la séparation sans apprécier les circonstances. Le divorce objectif est intégré dans le droit belge. Il repose sur le simple postulat d'une séparation de fait. Par conséquent, dès lors que la condition de cessation de vie pendant deux années est remplie, le divorce est automatiquement prononcé par le juge, c'est la consécration du « droit au divorce », tout au moins le droit de demander le divorce unilatéralement.

Cependant, les conséquences financières entre époux ne sont pas neutres. La question de la responsabilité du demandeur demeure. En effet, seul l'époux innocent a

droit éventuellement à une pension. L'époux innocent est celui qui n'a pas eu de comportement fautif provoquant l'échec du mariage. La pension alimentaire doit permettre d'assurer à l'époux innocent son existence dans les conditions équivalentes à celles du mariage. L'époux innocent a droit au même standard de vie après le divorce. Cependant, le montant de la pension ne peut excéder le tiers des revenus.

L'époux qui forme une demande en divorce pour cessation de la vie commune est présumé coupable au même titre que dans un divorce pour cause déterminée. Autrement dit, le divorce objectif produit des effets subjectifs. La pension alimentaire dans ce cas repose sur la présomption de faute à charge du défendeur. Par ce raisonnement le système traditionnel de faute est réactivé. La loi avait également prévu que la pension pouvait excéder le tiers des revenus du demandeur. La loi sanctionnait ainsi le divorce pour cessation de la vie commune plus sévèrement que le divorce pour faute. Cependant, la cour d'arbitrage a condamné cette disposition, et la pension ne peut plus dépasser le tiers du revenu.

Le droit du divorce belge est similaire au système du divorce français sous l'empire de la loi de 1975. Les obstacles sont maintenus et limitent l'accès au divorce, avec une place accrue de la faute et de la responsabilité de l'époux à l'origine de la demande. Le droit tient compte des comportements des parties au niveau de la cause du divorce mais également au niveau des conséquences, la part de subjectivité domine le divorce belge.

D. Le partage de la responsabilité de la faillite dans le droit grec

La loi du 18 février 1983 a modifié le code civil grec. Le droit grec repose sur plusieurs causes de divorce, toutefois ces différents cas de divorce se fondent tous sur la notion de rupture objective du lien conjugal.

Chacun des époux peut demander le divorce quand les rapports entre eux ont été irrémédiablement rompus et que le maintien du lien conjugal est insupportable pour le demandeur. Il existe des présomptions de rupture irrémédiable comme la bigamie, l'adultère... Néanmoins la loi grecque ne tient pas compte de l'imputabilité de la faute,

peu importe à qui incombe la faute. Seules les circonstances intéressent le tribunal, afin qu'il puisse déterminer si les faits peuvent conduire à la rupture et si cette rupture est irrémédiable. Les faits partagés entre les époux ne font qu'appuyer la preuve de la rupture irrémédiable du lien conjugal et n'ont pas de conséquences à l'égard des époux pour la suite de la procédure. Néanmoins, le législateur a exclu le divorce, lorsque les faits sont exclusivement imputables au demandeur. La preuve à rapporter est donc subjective et soumise à l'appréciation du juge. La faillite du mariage n'est plus neutre lorsque les raisons de cette faillite découlent du comportement d'un seul époux.

Les époux peuvent également demander le divorce en cas de séparation de fait depuis plus de quatre ans. La rupture est présumée de façon irréfragable, le divorce peut être demandé même si les motifs de la rupture concernent le demandeur. La preuve dans ce cas est purement objective. Le droit de demander et d'obtenir le divorce existe lorsque il y a une longue séparation et ce même si l'époux demandeur en est responsable.

Les époux peuvent quand ils sont d'accord, demander par requête conjointe le divorce, selon la procédure gracieuse. Toutefois, le mariage doit avoir duré au moins un an, les époux doivent déclarer personnellement au tribunal qu'ils désirent divorcer au moyen d'une procuration spéciale. Ils devront comparaître à deux audiences séparées par un intervalle de six mois. Il faut une convention écrite par les époux réglant la garde des enfants (mineurs) et les rapports personnels pour que le divorce soit prononcé. La convention devra être confirmée par le tribunal. A défaut de confirmation le tribunal règlera lui-même ces questions selon la procédure contentieuse (la compétence d'attribution revient au tribunal de première instance).

La pension alimentaire entre époux est attribuée quand le divorce crée des disparités financières. Ainsi, son octroi dépend uniquement de l'absence de ressource de l'ex-conjoint et de l'aisance de l'autre. Elle peut être aménagée à la convenance des époux. Par contre le bénéficiaire responsable du divorce peut perdre son droit à pension. La notion de faute refait surface et entraîne des conséquences sur le droit à une pension alimentaire qui ne peut être exigé que par le conjoint innocent. La loi grecque prévoit également une prestation pécuniaire pour tort moral. La faute est la base de cette prestation et elle a pour fonction d'indemniser l'époux « victime » d'un divorce. Le

droit du divorce grec, qui a pour postulat la notion de rupture objective du lien conjugal est fortement imprégné de la faute au rang des conséquences.

Toutefois, la procédure de divorce grec repose sur le principe d'autonomie procédurale. Les parties disposent d'une grande liberté de décision notamment sur l'évocation des faits ou l'abandon des voies de recours. Ils peuvent également demander la révocation de la décision du divorce. C'est une particularité du droit grec, elle va à l'encontre de la direction prise par les législations européennes qui est de faciliter l'issue du divorce en s'efforçant d'éviter tout contentieux post divorce.

Les différentes législations européennes, ont toutes intégré, soit par la prévision d'un cas unique de divorce soit parmi d'autres cas de divorce, le concept de divorce fondé sur l'échec conjugal. L'inclusion d'un divorce faillite ne répond pas toujours aux caractéristiques d'un divorce objectif. En effet, de nombreuses législations derrière la façade d'un divorce faillite ne font que reprendre le concept du divorce pour faute (par exemple l'Angleterre). Or le divorce objectif exige de ne pas tenir compte d'autres considérations que le constat de l'échec. C'est ainsi que le paradoxe apparaît. Certaines législations prévoient une pluralité de cas de divorce et intègrent un divorce faillite davantage objectif (Allemagne) que celles fondées sur un cas unique. Le concept de divorce objectif s'est certes généralisé mais toutes les législations ne sont pas allées jusqu'au bout de l'objectivation. En effet, un divorce objectif est un divorce fondé sur le constat de l'échec conjugal, ne nécessitant pas d'appréciation du juge, auquel le défendeur ne peut s'opposer et sans conséquences lors du règlement des effets. La limite au divorce objectif communément admise par les législations mêmes les plus libérales (exemple Suède), se trouve dans les mesures relatives à l'enfant. .

La loi française de 2004 comparativement aux autres droits a parfait l'objectivation du divorce : par l'extraction de la procédure de tout élément susceptible d'engendrer des tensions et par une exacerbation de la neutralité à travers la cause et les effets du divorce.

CHAPITRE II : LA CONSECRATION DE L'OBJECTIVATION DANS LA CAUSE ET LES EFFETS DU DIVORCE EN FRANCE

Le divorce objectif signifie que la rupture judiciaire doit se détacher du statut de l'institution matrimoniale comme clé de voûte de l'édifice juridique et symbolique de la parenté et de la famille. Selon le postulat d'indissolubilité, le droit du divorce a longtemps été lié à des concepts tels que la faute et la responsabilité. Seule une objectivation complète permettrait d'effacer tout empêchement à la demande et à l'obtention du divorce. Une fois les obstacles supprimés, le droit de ne plus rester dans les liens du mariage prendrait tout son essor. La loi de 2004 a indiscutablement rompu ce lien.

Le législateur de 2004 a dû procéder d'une part, à l'objectivation des causes du divorce (section1) et, d'autre part, il a consacré l'absence de relation entre la cause et les effets du divorce (section 2).

SECTION 1 : L'OBJECTIVATION DES CAUSES DE DIVORCE

Pour qu'un divorce soit neutre, les conditions justifiant la demande de divorce doivent reposer sur des éléments qui laissent peu ou aucune marge d'appréciation au juge. L'essentiel réside alors dans le simple constat de l'échec conjugal. Le divorce pour cause objective contribue à la dédramatisation du divorce et par conséquent, à une plus large admission. C'est à travers la détermination de la notion de cause objective de divorce (§1) que le divorce faillite s'impose comme l'archétype du divorce objectif (§2).

§1 : La détermination de la notion de cause à travers les différents cas de divorce

Dans un premier temps, la notion de cause objective de divorce va être déterminée (A) et, dans un second temps, sera appréciée la cause dans les différents cas de divorce (B).

A. La notion de cause objective de divorce

Avant la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, la cause générale du divorce résidait dans la violation des obligations et des devoirs du mariage. Seul existait de 1884 à 1975, le divorce sanction. La dissolution du mariage était destinée à réprimer les fautes conjugales commises par un époux contre son conjoint. Avec l'instauration d'un modèle pluraliste succédant au modèle unitaire, la loi du 11 juillet 1975 a remplacé la « cause de divorce » par « cas de divorce ». Pour autant, la notion de cause n'a pas disparu.

La notion de cause de divorce renvoie aux raisons qui ont conduit à une telle demande. La cause de divorce est empreinte de subjectivité. Pour obtenir le divorce, il faut rapporter la preuve d'éléments matérialisant la rupture. Cette notion implique

naturellement un comportement fautif, même si elle ne se réduit pas uniquement à la faute. La cause peut être également objective et reposer sur la cessation de vie commune sans autres motivations. Alors que, le cas de divorce est un terme plus neutre, plus générique, qui représente une catégorisation juridique.

Depuis 1975, chaque cas de divorce comprend différentes causes. La cause va être l'instrument essentiel de la différenciation des cas de divorce. On a pu assimiler la cause de divorce, aux conditions posées par un ordre juridique pour qu'il soit mis fin à un mariage, du vivant des époux²³². La cause est constituée de faits ou d'évènements qui concrétisent et traduisent la mésentente des époux. Pour le Professeur Carbonnier²³³ la notion de cause de divorce découle de trois courants: le divorce-résolution, le divorce-peine, le divorce-faillite.

Dans le divorce-résolution, la cause réside dans tous « manquements génériques aux obligations conjugales, l'action en divorce est toujours, en réalité, une action en résolution pour inexécution fautive d'obligations contractuelles. »

Quant au divorce-peine, l'action en divorce est très proche du procès pénal. Les causes de divorce ne correspondent pas forcément à des infractions pénales. Mais le parallèle peut se faire entre les règles de conduite à respecter dans une société et celles dans la cellule familiale. En effet, « à l'intérieur de cette société élémentaire que constitue chaque ménage, il y a une discipline, un ordre, une paix, qu'il est défendu aux époux de troubler. La cause de divorce, ce n'est point quelque chose de négatif, comme le serait l'inexécution d'une obligation : c'est quelque chose d'essentiellement positif, matériel : c'est le trouble apporté à la paix des ménage, la voie de fait commis contre l'ordre conjugal ». ²³⁴ Ce dernier divorce était à l'origine, le seul admis dans le paysage familial. Le comportement fautif devait être sanctionné. Il était un mal nécessaire.

Pour autant, dès le début du XXème siècle, la cause objective du divorce était déjà évoquée. Le Professeur Carbonnier suggérait d'ailleurs, de remplacer les différents courants de divorce (le divorce-résolution et le divorce-peine) par le divorce-faillite. Il

²³² JACQUET (J.-M.), « Le rôle de la cause dans le nouveau droit français du divorce », *R.T.D.C.*, 1984, pp.616-644.

²³³ CARBONNIER (J.), « La notion de cause de divorce », *R.T.D.C.*, 1937, pp.281-313.

²³⁴ *Ibid.*, p.282.

expliquait cette substitution, car d'une part le divorce résolution tendait à disparaître avec l'hypothèse du mariage - contrat et d'autre part, le divorce n'était ni une souffrance ni une bénédiction. Le divorce devait être envisagé comme la liquidation indifférente d'une entreprise qui a manqué son but, qui est une faillite. Si le mariage est une institution, ne faut-il pas prévoir la faillite de cette institution ?

L'hypothèse d'intégrer un divorce fondé sur une cause objective dans le droit du divorce n'est donc pas une nouveauté. Le droit du divorce a longtemps résisté à l'attraction d'un divorce objectif, c'est-à-dire fondé sur le simple constat d'échec de l'union conjugale. Pour autant, l'attraction semblait plus forte. Dans son analyse de l'arrêt Ferrari du 14 mars 1928, le Professeur Carbonnier retient la formule « la cause d'une action en divorce réside moins dans les faits matériels allégués par le demandeur que dans l'atteinte profonde et permanente que ces faits ont portée au lien matrimonial en rendant la vie commune intolérable, atteinte qui ne peut être effacée que par la réconciliation ».²³⁵ La demanderesse avait invoqué comme fondement de sa demande en divorce, des faits constitutifs d'injures graves. La Cour de cassation déplaçait le débat sur la cause par la part d'objectivité intrinsèque à la formule. La cause du divorce n'était plus placée dans des faits matériels et isolés mais dans l'état général et permanent des relations conjugales. On prenait donc en compte dans l'appréciation de la faute, l'état général de la situation conjugale. Cette nouvelle considération permettait d'opérer un éloignement de la cause fondée sur le comportement fautif d'un époux pour se concentrer sur l'ensemble des rapports conjugaux. La prise en compte de la situation générale du couple représente la conception objective de la cause.

Dès lors, même si une attitude n'était pas suffisamment outrageuse, dès lors qu'elle avait un impact irrémédiable sur l'union, le prononcé du divorce n'était pas refusé. Ainsi par cette analyse, les rejets des demandes en divorce à venir ne pouvaient être justifiés que si la vie commune entre les époux était encore possible le jour du jugement. Les juges étaient donc autorisés par la loi, à prononcer le « mariage forcé »²³⁶. Comme le souligne Monsieur Laurent « le remède ne se trouve pas entre les mains du juge, ne se trouve même pas entre les mains du législateur. »²³⁷ Un mariage

²³⁵ *Ibid.*, p.291.

²³⁶ LAURENT (J.-C.), « Quelques réflexions sur les causes de divorce », *Dalloz*, 1949, Chron., p.64.

²³⁷ *Ibid.*, p.64.

qui a échoué, ne peut ressusciter grâce à l'intervention du juge ou du législateur. Il ne reste au droit qu'à admettre et reconnaître simplement l'échec. L'idée, qu'un époux dont la demande en divorce a été rejetée ne consentira pas à reprendre la vie commune avec son conjoint, s'inscrit pas à pas dans l'esprit des juges. La réconciliation d'un époux ayant plaidé un divorce semblait de moins en moins réaliste. Cette prise en compte de l'état de l'ensemble des rapports conjugaux par la Cour de Cassation dans l'arrêt Ferrari a précédé à ce qu'allait être la cause objective de divorce. La reconnaissance d'une situation globale d'échec sans obligatoirement chercher quel est le fait qui est à l'origine de la rupture représente une amorce. En effet, dans le cas d'un divorce pour faute, la Cour a retenu une part d'objectivité dans l'échec conjugal. Pour autant, affirmer que la cause du divorce était exclusivement objective serait erronée. Des faits matériels devaient accompagner l'atteinte à la vie commune pour la rendre intolérable.

Le droit suisse dans son article 142, a été un des pionniers à intégrer la « *clausula generalis* », la cause déterminée et générale : « Chacun des époux peut demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable. »

Cependant cette cause reposait certes sur une cause objective mais comportait également une part subjective. Il y avait un enchevêtrement entre l'atteinte au lien conjugal devant se manifester objectivement et le fait que la vie commune était devenue subjectivement intolérable aux époux.

Avec la loi du 11 juillet 1975, le divorce s'inscrit dans un courant de libéralisation. L'impossibilité de continuer à vivre ensemble et l'inutilité d'imposer cette union caractérisent la libéralisation. En effet, face à une situation désespérée, la déclaration de la faillite par le biais du divorce s'est posée comme une évidence. La cause objective du divorce a été assimilée au divorce remède ou divorce faillite. Le principe de divorce remède est l'admission du divorce en cas de faillite constatée du mariage quelles qu'en soient les origines. La rupture judiciaire du lien conjugal n'est plus alors considérée comme la sanction d'un manquement aux obligations du mariage, mais comme un remède à la désunion du couple. Pour, le Professeur Carbonnier, la notion de cause objective « est celle qui paraît accorder le maximum à la liberté

individuelle, puisqu'elle recouvre un état de rupture qui peut n'être qu'unilatéralement éprouvé. Il faut convenir honnêtement qu'accorder ainsi le maximum à la liberté individuelle peut être, dans le domaine propre du divorce, non pas la marque d'un individualisme outrancier, mais la constatation d'une réalité : savoir, que le mariage, communauté affective, n'est plus qu'une coquille vide dès qu'il n'est plus vécu en commun. »²³⁸

La notion d'échec du mariage, par son caractère neutre, autorise la dénonciation du lien conjugal. « Le divorce devient alors un mode de solution de conflits conjugaux, une thérapeutique à la faillite du mariage, à la disparition de la communauté affective des époux. »²³⁹ La cause objective du divorce ne tient compte que du constat de la fin de l'union et aucun jugement n'a à être porté sur les circonstances de cette rupture.

B. La cause dans les différents cas de divorce

Monsieur Jacquet subdivise la cause de divorce : lorsqu'elle n'est pas prédéterminée par la loi (divorce sur demande conjointe et divorce demandé par l'un et accepté par l'autre) et lorsqu'elle est prédéterminée par la loi (divorce pour faute et divorce pour rupture de la vie commune). A travers cette subdivision, il est opportun de mettre en évidence le déclin de la faute et la montée de l'objectivisme avec la loi de 2004 sur le divorce. Les deux premiers divorces reposent sur le postulat de l'objectivité.

Concernant le divorce par consentement mutuel, la loi n'est pas intéressée par les faits qui ont conduit à la décision du divorce. Chacun (des époux) ayant sa propre vision des événements qui ont conduit à l'échec du mariage. La cause dans le divorce par consentement mutuel n'a donc pas à être connue. Ainsi, le juge n'a pas de droit de regard sur les motifs du divorce. La cause du divorce par consentement mutuel n'est autre que la simple volonté concordante des époux de divorcer. L'objectivité du divorce par consentement mutuel ne fait aucun doute, contrairement au divorce sur demande acceptée qui sous l'empire de la loi de 1975 suscitait quelques questions. En effet, le

²³⁸ CARBONNIER (J.), « La question du divorce mémoire à consulter », *Dalloz*, 1975, Chron., p.117.

²³⁹ JUNG (B.), « Le divorce remède ou la place faite au divorce objectif dans le nouveau droit du divorce en France et en République fédérale d'Allemagne », *J.C.P.*, 1979, I 2940.

divorce sur demande acceptée nécessitait un support présentant objectivement les causes de faillite du mariage. Selon Monsieur Jacquet, la cause résidait dans le double aveu, c'est-à-dire des faits à avouer. Même si le juge n'a pas à exercer de contrôle sur la gravité des faits, l'aveu n'en était pas moins, une confession et une admission des faits. Cette cause de divorce n'était donc pas purement objective. Avec la réforme de 2004, tous les éléments qui pouvaient rappeler les faits à l'origine de la faillite du couple (les mémoires et le double aveu) ont été supprimés. Seul compte, désormais, le fait objectif de l'acceptation du principe du divorce. La loi de 2004 a confirmé que le divorce accepté est un divorce objectif.

Dans la cause prédéterminée par la loi, il y a le divorce pour faute et le divorce pour altération définition conjugale. La loi de 2004 a très largement affaibli l'aspect subjectif de ces différents divorces.

Le divorce pour rupture de la vie commune était fondé sur une communauté de vie qui n'existait plus entre époux et qui ne pouvait se reconstituer. Ce qui est exigé dans un divorce pour cause objective, ce n'est pas que le demandeur démontre au juge que le lien du mariage ne peut être maintenu mais que le mariage n'est plus vécu comme tel. La cause n'est autre que le constat de l'inexistence du mariage. Le mariage n'est plus, il n'y a plus de vie commune au sens matériel et affectif et cela indifféremment des comportements de l'un ou de l'autre époux. La conception du divorce faillite est une conception objective ; la faillite étant indifférente aux situations fortuites ou aux fautes. Ainsi, le consentement du défendeur au principe du divorce est sans influence.

Le divorce pour rupture de la vie commune n'était pourtant pas mis au rang des divorces objectifs. Ce divorce était juridiquement objectif mais il retombait sous la coupelle de la subjectivité quant à ses effets. Pour qu'un divorce soit objectif, il est nécessaire qu'il repose sur une cause objective mais pas uniquement. Il doit également, être neutre quant à ses effets. Selon le Professeur Calais-Auloy, « un divorce objectif est simplement un divorce dans lequel on ne tient pas compte de la faute pour établir les conséquences du divorce. »²⁴⁰ Or, les conséquences du divorce pour rupture de la vie

²⁴⁰ CALAIS-AULOY (M.-T.), « Suggestions pour une réforme du divorce », *R.T.D.C.*, 1980, p.683.

commune étaient lourdes et reposaient uniquement sur le demandeur, tenu comme responsable de l'échec du mariage. La loi de 2004 a rendu le divorce pour altération définitive du lien conjugal moralement neutre.

Dans le droit actuel, cohabitent trois divorces objectifs, le divorce par consentement mutuel, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce accepté (le défendeur se ralliant à la cause objective).

Le divorce pour faute demeure donc le dernier survivant des divorces fondés sur les faits. Il prend appui sur les actes, les comportements des époux et ces derniers sont soumis à l'appréciation du juge. Le cas du divorce pour faute comprend différentes causes dont certaines sont énumérées par la loi et correspondent à la violation des obligations et devoir du mariage. Les causes du divorce pour faute ne sont pas limitatives. Il faut d'une part des faits matériels et d'autre part que ces faits rendent intolérable le maintien de la vie commune. La notion de vie commune intolérable constitue un état de fait qui affecte d'une manière permanente, l'ensemble des relations entre époux. Elle représente la part d'objectivité de la cause du divorce pour faute. La conception classique de la faute n'a pas de valeur autonome. C'est-à-dire tel fait n'entraîne pas nécessairement une sanction par le divorce. La faute ne vaut que si elle traduit une situation de faits générale et durable. En d'autres termes, la vie commune intolérable est la cause profonde et essentielle. Elle joue un rôle décisif dans l'appréciation de la cause de divorce. Il en découle que l'impossibilité de poursuivre le mariage prévaut sur les faits qui ont entraîné cette intolérance. En conclusion, la cause objective de divorce est inhérente à tous les cas de divorce, même dans le divorce pour faute.²⁴¹ Même si le divorce pour faute est maintenu, l'aménagement procédural le relègue à la dernière place, limitant ainsi son accès. D'une part, la procédure favorise, par le biais des passerelles largement les autres voies, le divorce pour faute n'étant à utiliser que si les autres n'ont pas convaincu. D'autre part, le divorce pour faute présente peu d'intérêt puisqu' « il n'y a plus aucune conséquence patrimoniale négative

²⁴¹ CARBONNIER (J.), préc., n° 161. L'institution du divorce sans faute fonctionnait couramment déjà sous l'empire de la loi de 1975. Par le truchement du divorce prononcé aux tors partagés, les tribunaux commençaient par constater objectivement que la vie commune était devenue intolérable sans se préoccuper de savoir à qui incombait la responsabilité. Ils déclaraient les deux époux responsables, et ce partage de responsabilité dans les conséquences du divorce annulait en quelque sorte la faute et consacrait le caractère objectif du divorce pour faute.

attachée au prononcé d'un divorce aux torts exclusif (...) »²⁴². L'intérêt du divorce pour faute a perdu de sa consonance par la dissociation du lien entre la cause et les effets. Au même titre que le divorce pour altération définitive du lien conjugal, l'absence d'incidence de la cause sur les conséquences du divorce implique indiscutablement une objectivation du divorce pour faute. La cause objective est donc une notion diffuse.

La loi de 2004 a remodelé le divorce pour altération définitive du lien conjugal, et a consacré le divorce objectif par excellence. La rupture du lien matrimonial repose alors sur le constat d'un échec du mariage attesté par une cause objective de séparation durable d'un époux. Un époux peut décider unilatéralement de mettre fin au mariage lorsque il estime que son mariage n'a plus raison d'être.

§2 : L'archétype divorce objectif : le divorce-faillite

Le cas divorce pour rupture de la vie commune a constitué un divorce objectif inachevé (A.), l'accent va être davantage mis sur le divorce pour altération définitive du lien conjugal en tant que divorce objectif par excellence (B.)

A. Le divorce pour rupture de la vie commune : un divorce objectif inachevé

Le concept du divorce faillite est très ancien. La loi du 20 septembre 1792 admettait trois cas de divorce, le divorce par consentement mutuel, le divorce pour causes déterminées et pour incompatibilité d'humeur ou de caractère. En effet, l'un des époux pouvait faire prononcer le divorce sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère. Ce dernier cas n'est autre que l'ancêtre du divorce remède pour rupture de la vie commune, qui fut introduit par la loi du 11 juillet 1975. Très tôt, le divorce s'est érigé comme la solution à la mésentente conjugale. Le mariage se vit à deux et si l'un des époux ne trouve plus dans le mariage ce qu'il espère, alors il ne reste plus qu'à constater l'échec. L'anachronisme d'enfermer un époux dans un mariage dont il ne veut plus s'est fait de plus en plus prégnant. Il n'était plus concevable d'imposer le lien

²⁴² TISSERAND-MARTIN (A.), « Les incidences de la réforme du 26 mai 2004 sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », *in le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir*, acte de colloque à l'université R.Schuman de Strasbourg par l'association H.Capitant des amis de la culture juridique française, D., 2006, p.24.

conjugal lorsque l'un des époux souhaitait mettre fin au mariage sans disposer ni de l'accord de l'autre, ni d'un grief à son encontre. Le mariage repose sur une communauté de vie librement consentie et non subie.

Le divorce pour rupture de la vie commune a été une innovation marquante de la réforme de 1975. D'une part, il était exclusivement fondé sur le constat de la désunion. La cessation de la vie commune devait avoir duré dans le temps et cet état consolidé par le temps avait rendu la situation irrémédiable. D'autre part, l'accord de l'autre époux n'était pas exigé. L'intégration d'un divorce objectif reposant sur la seule volonté d'un époux ne s'est pas faite sans débat. La plus grande critique opposé au divorce pour rupture de la vie commune est son assimilation à la répudiation. Le divorce remède autoriserait l'abandon d'un époux qui n'a rien à se reprocher et ce indépendamment de sa volonté. D'une manière générale, le problème de la répudiation a été réglé par le fait que la femme au même titre que l'homme peut mettre fin au mariage. En effet, le divorce pour altération définitive du lien conjugal ne peut être assimilé à la répudiation car les deux époux (l'homme ou la femme) peuvent user de cette voie. Elle n'est pas réservée à l'homme comme l'est généralement la répudiation algérienne ou marocaine où la simple volonté unilatérale et discrétionnaire du mari suffit pour obtenir le divorce.

Le législateur a réglementé cette liberté qu'il ne pouvait empêcher. Sur le plan juridique, la loi en a fait un divorce « à charge ». Le concept du divorce a toujours reposé sur la faute. Il fallait donc pallier cette liberté par le biais de la responsabilité. En effet, il paraissait difficile d'admettre que l'un des époux impose le divorce à l'autre même à l'issue d'une très longue séparation sans contrepartie.

L'ancien article 239 du Code civil énonçait que l'époux qui demandait le divorce pour rupture de la vie commune en supportait toutes les charges. Dans sa demande il devait préciser les moyens par lesquels il allait exécuter « ses obligations à l'égard de son conjoint et de ses enfants. » A défaut de ces précisions, la demande était irrecevable. Le divorce pour rupture de la vie commune était donc soumis à des règles procédurales contraignantes. Le demandeur perdait un certain nombre d'avantages (déchéance automatique des donations et avantages matrimoniaux). Il n'avait pas droit à la prestation compensatoire. Il devait également supporter les dépenses de l'instance de

divorce²⁴³. La femme défenderesse au divorce pouvait conserver le nom du mari. Enfin l'époux demandeur devait assumer son devoir de secours à l'égard de son ex-conjoint sous la forme d'une pension alimentaire. Le maintien du devoir de secours après le prononcé du divorce n'était autre que le maintien des obligations du mariage créant ainsi une relation matrimoniale indissoluble.

Celui qui recouvrait la liberté devait donc en payer le prix. Pour Mme Calais-Auloy²⁴⁴, le divorce pour rupture de la vie commune est un divorce unilatéral et volontaire. La véritable cause reposait donc dans la volonté de celui qui demandait le divorce et non dans la séparation. La demande unilatérale justifiait une attribution systématique des charges du divorce. Lorsque le conjoint optait pour un divorce remède, la loi le considérait comme l'auteur d'une trahison. Nonobstant les lourdes conséquences du divorce pour rupture de la vie commune, l'époux qui se risquait à prendre la voie de ce régime devait prouver une cessation de communauté de vie tant matérielle qu'affective ayant duré six ans. Pour autant, le prononcé du divorce pour rupture de la vie commune n'était pas assuré. En effet, le système du divorce remède prévoyait deux moyens de protection en faveur du défendeur.

Le premier moyen consistait donc à faire supporter toutes les charges et les conséquences du divorce sur l'auteur de la demande. Il permettait de créer un équilibre des intérêts des époux. Le second moyen de défense était la clause d'exceptionnelle dureté. Elle était prévue à l'article 240 ancien du Code civil. Si l'autre époux établissait que le divorce avait, « soit pour lui, compte tenu de son âge et de la durée de son mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté », alors le juge rejetait la demande. Il pouvait « même la rejeter d'office dans les cas prévus à l'article 238. »

Les deux moyens de défense corrigeaient l'iniquité du divorce objectif à l'égard du plus faible. « La clause de dureté demeure (...) l'instrument majeur destiné à adoucir les rigueurs éventuelles du divorce objectif imposé et à calmer les inquiétudes

²⁴³ Cass., 2^{ème}, 13 juillet 2000, Bull., Civ., II, n°122.

²⁴⁴ CALAIS-AULOY (M.-T.), « Suggestions pour une réforme du divorce », *R.T.D.C.*, 1980, p.683..

des opposants à ce nouveau type de divorce ». ²⁴⁵ La clause de dureté renforçait la philosophie du divorce pour rupture de la vie commune qui consistait à considérer l'époux défendeur comme innocent. En effet, l'époux défendeur était indiscutablement innocent puisque le conjoint demandeur n'avait pas réussi pendant six ans à apporter la preuve quelconque d'une faute. La clause permettait de faire obstacle, dans certains cas extrêmes, au divorce pour rupture de la vie commune. Ainsi, elle était destinée à enlever tout caractère automatique au prononcé de celui-ci. Elle retirait au divorce pour rupture de la vie commune de divorce sa qualité de divorce objectif. Seule la cause de divorce était objective. En effet, en refusant le divorce par l'emploi de la clause, le juge sanctionnait l'époux demandeur. D'une part, la clause anéantissait la cause objective du divorce qui ne devait exiger aucune appréciation et d'autre part, elle anéantissait le caractère volontaire et unilatéral de la demande. Cette clause permettait au juge une analyse subjective des effets de la rupture de la vie commune pour retenir les conséquences d'une exceptionnelle dureté à l'égard du demandeur. Le comportement du demandeur est alors analysé en termes de faute et les conséquences de la désunion en termes de responsabilité. La clause de dureté constituait « donc un paradoxe au sein de cette forme de divorce » ²⁴⁶.

Néanmoins, la clause de dureté ne devait viser que les conséquences du divorce et non celles de la séparation. Elle était tournée vers l'avenir et non vers le passé. Par conséquent, les juges ne devaient porter aucune appréciation morale sur l'attitude respective des époux. En pratique, le juge était tenté d'apprécier les circonstances du divorce et non seulement les conséquences, et le maintien du divorce apparaissait comme une véritable sanction. L'admission ou le rejet de la clause dépendait essentiellement d'une appréciation morale des juges. En lui attribuant le pouvoir de juger en équité, elle permettait aux magistrats d'exprimer leur hostilité de principe à l'égard de ce type de divorce et ouvrir la voie à l'arbitraire.

L'époux pouvait se prévaloir des duretés morales ou encore matérielles. Les raisons matérielles justifiant le rejet du divorce ont été vivement critiquées. Maintenir une union pour des raisons économiques ne semblait pas être très valorisant d'une part

²⁴⁵ GUILLOD (O.), « La clause de dureté dans quelques législations européennes sur le divorce », *R.I.D.C.*, 1983, pp.787-815.

²⁴⁶ *Ibid.*

pour l'époux qui l'invoquait et d'autre part pour l'image du mariage. Concernant, les causes morales, telles que la santé, la religion, il paraissait difficile de penser que l'époux retenu de force dans les liens du mariage puisse apporter un quelconque réconfort à l'époux à l'origine de cet enfermement.

Concernant le régime de l'altération des facultés mentales (article 238 ancien), il ne pouvait imposer l'héroïsme du conjoint. L'argument de la maladie mentale n'était pas plus convaincant, car d'une part imposer la communauté de vie n'entraînait pas nécessairement une entraide de l'époux sain et d'autre part la séparation ne s'opposait pas à un soutien et à une aide du conjoint demandeur même si cela peut paraître utopique.

D'une manière générale, les raisons invoquées sont battues en brèche par la séparation prolongée des époux. L'exceptionnelle dureté ne peut apparaître tant sur le plan matériel que moral alors que les époux vivent déjà séparément depuis six ans. La clause de dureté est l'antinomie du divorce objectif. Maintenir une personne contre son gré dans un mariage qui n'est plus une réalité est inconcevable ; c'est reconnaître l'illusion du mariage. « Le mariage, toute institution soit-il, ne saurait être une prison à vie et l'on doit avoir droit à l'erreur. »²⁴⁷ Au contraire, cela peut attiser la haine. La clause de dureté ne protégeait pas l'époux défendeur car elle créait des faux semblants et surtout de faux espoirs. Récompenser l'époux « victime » d'une demande de divorce en refusant le divorce, est fondé sur la vengeance et le droit ne doit pas permettre cela. La clause de dureté était également néfaste pour les enfants. La survie artificielle du ménage qui incontestablement affecte les relations entre parents allait se faire à leurs dépens. Le refus du divorce provoquait une détérioration des relations entre les enfants et le parent demandeur. Le droit du divorce ne permet pas aux descendants de témoigner dans la procédure de divorce afin de les protéger²⁴⁸. Par contre, enfermer les enfants dans une situation conflictuelle serait préférable à celle de parents divorcés. La loi de 1975 est apparue comme une loi moderne; pourtant en prévoyant une clause d'exceptionnelle dureté elle redonne vie au mariage de raison, forçant l'époux à rester

²⁴⁷ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), «Dossier spécial réforme du divorce », *Droit de la famille*, fév. 2005, p.8.

²⁴⁸ Article 259 alinéa 2 du Code civil.

dans les liens du mariage. La loi de 2004 va opérer un toilettage et ériger au rang de divorce objectif, le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

B. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal : le divorce objectif par excellence

L'équilibre que le législateur de 1975 avait tenté de réaliser était de plus en plus contesté. Les contraintes de la procédure et l'importance des engagements que devait prendre le demandeur privait d'effet la possibilité de demander unilatéralement le divorce.

Le divorce pour rupture de la vie commune était conçu de manière à dissuader le demandeur, et atténuer les conséquences du divorce pour le défendeur. Ce dispositif de défense du divorce pour rupture de la vie commune a neutralisé le fondement même du divorce objectif. Pour Jean Hauser « le divorce pour rupture de la vie commune chargeait tellement le demandeur, qu'il n'a jamais rempli son rôle de cause objective (...). Divorce à charge, à risque, défendeur tout puissant, effets dérogatoires etc. ont contribué à le réduire à un divorce ultime, un peu scélérat, qu'on n'utilisait que par défaut. »²⁴⁹

Pour jouer pleinement son rôle de divorce objectif, il devait subir un important remodelage. Pour cela il a fallu lui ôter ce caractère exceptionnel et discriminatoire. Des modifications s'avéraient donc indispensables pour créer un divorce objectif dans sa cause et ses effets. Ces modifications ont consisté à réduire le délai de séparation, à supprimer le devoir de secours qui faisait perdurer financièrement l'union. Le demandeur ne supporte plus toutes les charges, le régime de la prestation compensatoire s'est généralisé et la clause de dureté a disparu. La loi actuelle a aboli les déchéances automatiques et les obligations particulières. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal succède au divorce pour rupture de la vie commune. La disparition de la clause de dureté implique, qu'obtenir le divorce est un droit, car ni le conjoint ni le juge

²⁴⁹ HAUSER (J.), « Le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la réalité », *Droit de la famille*, 2005, études, p.7.

ne peuvent s'y opposer. Il n'est plus donc question d'équilibre, ni d'arbitrage entre des intérêts et des volontés contraires, ni de liberté de l'un dans le respect de l'autre. La loi de 2004 a consacré la thèse du divorce faillite qui est à l'initiative d'un seul époux à la suite d'une séparation de deux ans.

Le divorce est de droit lorsque l'époux apporte la preuve d'une séparation de fait de deux ans ayant altérée le lien conjugal. La cessation de la vie commune est la condition centrale du divorce pour altération définitive du lien conjugal. Les raisons à l'origine de la séparation n'interfèrent pas dans la détermination des conditions. La séparation de fait est constituée de deux éléments. Le premier élément est matériel, il signifie l'absence de vie commune. Le second, l'élément moral découle de l'élément matériel dans le sens où la séparation doit être intentionnelle. La séparation doit avoir duré deux années consécutives (sans interruption ou sans réconciliation) avant l'assignation en divorce. Une brève reprise de la vie commune n'influera pas sur la durée de la séparation. Par conséquent, la cessation de communauté de vie pendant deux ans fait présumer de façon irréfragable l'altération définitive du lien conjugal. Le délai de deux ans est préfix, à l'expiration du délai on est frappé de forclusion. L'interruption ne peut résulter que d'une véritable réconciliation. Si les époux se séparent à nouveau, le délai repart *ab initio*. L'allègement des conditions de la cessation de vie commune a modifié la philosophie du divorce remède.

Sous l'empire de l'ancienne loi, pour qu'il y ait rupture de la vie commune, cela supposait la réunion de deux éléments : un élément matériel (une séparation de fait) et un élément intentionnel (la volonté de mettre fin à la vie commune). Seul ce dernier élément donnait à la séparation la couleur d'une rupture. Il fallait donc une séparation affective et matérielle. La nouvelle rédaction du texte allège la condition de séparation. Pour le Professeur Fulchiron, « la cause de divorce se définit par une cascade d'éléments qui, peu à peu, s'objectivent (...). Si l'on part du fait pour aller vers le droit, le nouveau divorce pour altération définitive du lien conjugal procède par une série de présomptions remontantes : la séparation fait présumer la cessation de la communauté de vie, la cessation de la communauté de vie fait présumer l'altération définitive du lien conjugal. Seul importe donc le fait matériel d'une vie séparée pendant deux ans. Plus n'est besoin d'apprécier l'état d'esprit passé et présent des intéressés, leurs intentions initiales (...) ou leurs regrets (...). Plus n'est besoin de rechercher si

toute communauté d'esprit, si toute affection conjugale, ont disparu pendant le délai légal (lettres, visites, rencontres relations affectives ou plus). »²⁵⁰

La lettre du nouveau divorce objectif a profondément bouleversée les conditions de séparation. L'élément matériel prévaut sur l'élément moral allant jusqu'à le rendre accessoire. En effet, grâce au faisceau de présomptions, la réalité de la séparation découle uniquement de la cessation de la vie commune. La cessation de la vie commune, fait présumer la volonté de divorcer ce qui prouve désormais l'altération définitive du lien conjugal. Dès lors, même la condition du constat de la rupture a été touchée par l'objectivation, faisant reculer l'impact de l'intention dans la séparation.

La facilitation de la preuve de la cessation de la vie commune se répercute sur l'intervention du juge. Le juge peut difficilement refuser le divorce sauf à démontrer une absence réelle de séparation. Là encore son rôle est limité car selon l'article 1126 du C.P.C. : « Le juge ne peut relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai de deux ans prévus à l'article 238 du C.C. » Il incombe à l'époux défendeur pour s'opposer au prononcé du divorce de prouver qu'il n'y a pas de séparation de fait depuis deux ans. Le juge dès lors n'a pas à éprouver la situation conjugale, il se contente de constater l'effectivité de la séparation. Le juge ne doit pas pousser plus avant les investigations sur la vie commune au risque de retomber dans l'univers de la faute. La mission du juge se limite à la vérification du délai déjà écoulé dont il prendra acte par voie de constatation. Si le délai n'a pas encore commencé à courir, il fixera le terme initial par la seule intervention de l'ordonnance de non-conciliation. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal met un terme à la recherche perpétuelle du fautif, du coupable dans le droit du divorce. Il représente le divorce objectif par excellence reposant uniquement sur une cessation de la vie commune et découlant d'une seule volonté.

«Le divorce pour altération définitive du lien conjugal restitue au mariage le contenu concret qui doit être le sien. Quant à la protection de celui qui avait cru, et se trouve déçu, elle n'est pas dans le maintien d'un lien abstrait et absurde, dans le souvenir légalement organisé d'un mariage qui fut mais qui n'est plus. »²⁵¹ Le divorce

²⁵⁰ FULCHIRON (H.), « Les métamorphoses des cas de divorce », *Defrénois*, 2004, n°17, p.1112.

²⁵¹ *Ibid.*

peut par conséquent être demandé et obtenu par la seule volonté d'un époux, et ce sans s'inquiéter des retombées qui étaient autrefois indissociables du divorce pour rupture de la vie commune.

La procédure n'a plus pour mission de déterminer les torts mais de régler le divorce et d'organiser la vie future des ex-époux. Le divorce présente donc une unité qui peut transcender la cause et les cas eux-mêmes. Le rapprochement des procédures par le tronc commun procédural et l'uniformisation des effets du divorce ont relégué la cause de divorce au second plan. Ainsi quelle que soit la cause du divorce, la même question se pose toujours : la question du règlement pécuniaire et parental. Par conséquent, la cause ou le cas de divorce ne jouent plus un rôle déterminant dans la procédure. La procédure est essentiellement concentrée sur le règlement du divorce.

SECTION 2 : L'ABSENCE DE RELATION ENTRE LA CAUSE ET CERTAINS EFFETS DU DIVORCE

L'objectivation du divorce pour avoir un effet complet doit s'accompagner d'une neutralité des conséquences. En effet, « de manière générale, qu'il soit prononcé aux torts partagés ou décidé d'un commun accord, que l'érosion du mariage ait ou non pour seule cause la patine du temps, le divorce est imputable aux époux eux-mêmes : le fiasco de l'union est leur fait. »²⁵²

Le mouvement amorcé en 1975 n'a cessé de se développer au fil des réformes, jusqu'à dissocier le prononcé du divorce et le règlement de ses conséquences personnelles et patrimoniales. En effet, l'objectivation du divorce trouve notamment sa continuité, d'une part, grâce à la dissociation de la cause et de l'attribution de la prestation compensatoire (§1) et, d'autre part, par la dissociation de la cause et de l'attribution de l'autorité parentale (§2).

²⁵² GIRAULT (C.), HOUTCIEFF (D.) « D'une réforme à l'autre : les contradictions du règlement des conséquences pécuniaires du divorce », *L.P.A.*, 10 mai 2002, n°94, p.7.

§1 : La dissociation de la cause et de l'attribution de la prestation compensatoire

L'objectivation du divorce ne pouvait prendre du sens sans une évolution des conséquences pécuniaires du divorce (A), il s'est accentué par la généralisation du système de la prestation compensatoire à tous les cas de divorce (B). En effet, la prestation compensatoire permet un règlement abolitif du divorce (C) et un règlement financier fondé sur des éléments objectifs (D).

A. L'évolution du système des conséquences pécuniaires du divorce

Avant 1975, le législateur avait trois buts : contenir le divorce, sanctionner le coupable et protéger le conjoint innocent. Sanctionner le coupable prenait tout son sens lors du règlement des conséquences du divorce. En effet, à divers titres, le juge pouvait pénaliser l'époux fautif ou encore l'époux à l'origine de la demande du divorce. L'époux exclusivement fautif ou le demandeur était frappé d'une déchéance automatique des donations consentis entre époux pendant le mariage. L'époux fautif était également condamné à payer une pension alimentaire au conjoint « victime ». L'époux bénéficiaire d'une pension alimentaire était récompensé de ne pas avoir causé le divorce et l'époux qui versait la pension payait le prix de sa responsabilité dans la rupture. Le conjoint innocent avait droit à une pension qui se substituait à l'obligation de secours. Seul l'époux innocent pouvait donc bénéficier d'une pension alimentaire. Lorsque les torts étaient partagés, les époux ne pouvaient bénéficier d'une pension alors même que l'un d'eux pouvait se trouver, suite au divorce, dans une situation financière désastreuse. La loi était par ce fait, génératrice de conflit. Il appartenait aux époux d'attribuer voir d'inventer des faits coupables exclusifs à l'autre époux. Cette pension avait une double nature, essentiellement indemnitaire dans son fondement c'est à dire bâtie sur la faute et alimentaire dans son objet car elle dépendait des ressources du débiteur et des besoins du créancier.

Avec la loi du 11 juillet 1975, la pension alimentaire est maintenue uniquement dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune. Parallèlement, la prestation compensatoire fait son entrée dans le règlement des conséquences du divorce. L'ancien

article 270 du Code civil énonçait : « Sauf lorsqu'il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212 du code civil ; mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions respectives. » La prestation compensatoire s'est substituée à la pension alimentaire, à deux différences près. D'une part, elle est accordée sans distinction entre l'époux coupable et l'époux innocent sauf lorsque l'équité le commande et que l'époux demandeur de la prestation a été condamné aux torts exclusifs (article 270 alinéa 3). D'autre part, le paiement de cette indemnisation est forfaitaire et il (le paiement) est versé si possible en une fois sous forme de capital. L'apparition de la prestation compensatoire est le signe indiscutable du déclin du divorce subjectif reposant uniquement sur le postulat de la faute et de la sanction. La prestation compensatoire permet aux anciens époux de régler en une seule fois une des conséquences pécuniaires de la rupture. En effet, l'objectif majeur de la prestation compensatoire est de concentrer le règlement des effets du divorce lors du prononcé. Le prononcé du divorce met définitivement fin aux relations des époux et limite le contentieux post divorce qui serait susceptible de nuire à la considération objective du divorce.

La prestation compensatoire est une réponse aux difficultés créées par la pension alimentaire. En effet, cette dernière maintenait les relations entre les époux par un paiement mensuel et créait un contentieux post divorce à propos des modalités du versement. Le versement unique de la prestation compensatoire anéantit en théorie toute relation postérieure au prononcé du divorce, limitant ainsi les conflits entre époux. Le régime de la prestation compensatoire élimine un contentieux supplémentaire relatif au règlement des intérêts patrimoniaux du divorce en conformité avec le caractère objectif du divorce. L'attribution d'un capital doit permettre de libérer définitivement le débiteur tout en donnant au créancier les moyens matériels de reconstruire sa vie. La prestation compensatoire doit atténuer la chute du niveau de vie découlant du divorce et maintenir les conditions matérielles que les époux avaient avant le divorce. Le divorce permet, ainsi, à chacun des époux de retrouver son indépendance et sa liberté.

Cependant, en pratique pour des raisons économiques et fiscales, bien que le capital fût le principe, la prestation compensatoire était le plus souvent accordée sous forme de rente. La rigueur du régime de la prestation compensatoire, que l'on soit sur le

terrain des modalités de paiement ou sur celui de la révision a entraîné l'effet inverse de celui escompté. La prestation compensatoire était essentiellement attribuée sous forme de rente laissant subsister le paiement mensuel et les conflits, liés à l'écoulement du temps, ne purent être évités. Le principe de la prestation compensatoire en capital a cédé à l'exception de la rente et n'a donc pas réglé les difficultés engendrées par la pension alimentaire. La loi du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce a poursuivi un triple objectif afin de remédier aux difficultés. Elle a réaffirmé le caractère forfaitaire de la prestation compensatoire, confirmé et assoupli les modalités de versement sous forme de capital et enfin, elle a atténué les conditions de révision. La loi du 30 juin 2000 fut dictée par le souci de mettre un terme aux situations intolérables. Mais elle n'est pas parvenue à supprimer toutes les hypothèses de conflits. Le législateur du 26 mai 2004 a apporté quelques retouches. Il a généralisé le régime de la prestation compensatoire à tous les cas de divorce faisant disparaître tout lien entre le droit à la prestation et les torts dans le divorce (seule une clause d'iniquité dans le divorce pour faute est prévue²⁵³). Il a également assoupli les modalités de paiement afin de mieux répondre à la réalité de la situation économique des conjoints. Il en a fait « le pivot des règlements pécuniaires de l'après divorce »²⁵⁴. La prestation compensatoire est une contribution financière de l'époux le plus favorisé pécuniairement, reposant uniquement sur les conséquences de la séparation et non sur la cause de la séparation.

La loi de 2004 a neutralisé les conséquences du divorce et a détaché la cause de l'effet. « Dans le but de restaurer la vérité des procédures, mais également de les pacifier, le législateur a entendu mettre fin aux conséquences patrimoniales négatives que subissait l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce était prononcé. De même, prenant acte de la banalisation du divorce, le législateur a souhaité expurger de notre droit toute disposition qui accrédiaterait l'idée d'une condamnation morale de l'époux voulant divorcer malgré l'opposition de son conjoint »²⁵⁵. En témoigne, la réécriture des règles fixant le sort des donations entre époux et des avantages matrimoniaux.

²⁵³ On a donc renversé le procédé. On part du principe de neutralité et donc on ne tient pas compte des torts et après on regarde si l'application du principe n'est pas inéquitable. Ainsi, le juge ne statue plus en équité mais corrige l'iniquité créée par l'application de la règle.

²⁵⁴ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), LEMOULAND (J.-J.), *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, Litec, Paris, 2005, p60..

²⁵⁵ TISSERAND-MARTIN (A.), « Les incidences de la réforme du 26 mai 2004 sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », in *le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir*, acte de colloque à l'université R. Schuman de Strasbourg par l'association H.Capitant des amis de la culture juridique française, D., 2006, p.24

Auparavant, l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce avait été prononcé dans le divorce pour faute, ou l'époux demandeur dans le divorce pour rupture de la vie commune, était frappé de déchéance automatique des donations et avantages matrimoniaux. Contrairement à l'époux « innocent » qui lui, les conservait. Une telle sanction était associée à une peine privée. En revanche, les conjoints décidaient eux-mêmes de maintenir ou de révoquer les donations et avantages matrimoniaux qu'ils s'étaient adressés, lorsque le divorce était prononcé dans les autres cas. L'article 265 du Code civil modifie le sort des donations par l'absence d'incidence du divorce sur les donations de biens présents entre époux, et sur les avantages matrimoniaux ayant pris effet au cours du mariage²⁵⁶. Concernant les avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la date de la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des deux époux, ils sont révoqués de plein droit²⁵⁷. La résonance des torts exclusifs sur les donations prévus par l'ancien article 267 du Code civil n'existe plus. Cette mesure est dans la ligne directrice du régime du divorce : la déconnection des conséquences du divorce et de la cause. Le concept de divorce objectif implique que l'on ne doit pas sanctionner la simple volonté de demander le divorce et de ne pas faire porter tout le poids de cette demande lors du règlement des conséquences. La particularité des conséquences liées au divorce pour faute ou divorce pour rupture de la vie commune, s'efface pour se fondre dans ce que l'on peut appeler le « droit commun des conséquences du divorce »

Cependant, cela ne veut pas dire que toutes les sanctions ont disparu et que l'impunité règne sur la procédure. A cet égard, l'article 266 du Code civil demeure à la disponibilité des époux. L'époux peut demander la condamnation de l'autre époux à des dommages et intérêts « en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il est défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal », (..) soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. » Cette condamnation est liée aux circonstances de la rupture et non à la cause de divorce. Le prononcé du divorce au

²⁵⁶ TISSERAND-MARTIN (A.), préc. Les donations « seront donc régies par le principe d'irrévocabilité spécial des donations, et leur révocation ne pourra intervenir qu'en vertu des tempéraments habituellement associés à ce principe, c'est-à-dire soit aux termes d'accord révocatoire, soit en vertu d'une cause légale de révocation comme l'ingratitude du donataire ou l'inexécution des charges. »

²⁵⁷ *Ibid.* Madame la Professeure TISSERAND-MARTIN soulève la perplexité de la distinction entre les avantages matrimoniaux qui prennent effets au cours du mariage qui sont irrévocables et ceux qui prennent effet à la date de dissolution du régime matrimonial car tous les avantages matrimoniaux ne prennent véritablement effet qu'à la dissolution et l'autre catégorie semble vide de tout contenu.

profit de l'un des époux et l'octroi d'une prestation compensatoire n'ont pas le même objet que la demande d'indemnisation destinée à réparer un préjudice²⁵⁸.

La généralisation de la prestation compensatoire contribue aussi indiscutablement au déclin du divorce « subjectif ».

B. L'octroi d'une prestation compensatoire généralisé aux cas de divorce

La première retouche dans ce sens est la suppression du régime particulier du divorce pour rupture de la vie commune. Le maintien du devoir de secours, dans le divorce pour rupture de la vie commune est apparu comme injustifié. Le versement d'une prestation compensatoire paraît ici parfaitement approprié. En ce sens, la disparition de la solidarité post-matrimoniale au profit d'une indemnisation forfaitaire permet au conjoint délaissé d'acquérir une véritable indépendance, l'aidant ainsi à se remettre de son passé. La pérennisation de l'entraide conjugale après le divorce pour rupture de la vie commune semblait excessive et anachronique. La pension alimentaire faisait perdurer une union dissoute. Or le divorce ne met-il pas fin au moment de son prononcé aux devoirs du mariage ?

Maintenir le devoir de secours par le biais de la pension alimentaire semble totalement contradictoire avec l'intérêt du divorce qui est de rompre les liens du mariage et par conséquent de faire cesser ses effets. La prestation compensatoire permet de s'affranchir du devoir de secours au même titre que du devoir de fidélité ou de la communauté de vie ... L'article 270 alinéa 1^{er} du Code civil énonce clairement : « le divorce met fin au devoir de secours entre époux ». Ce mode d'attribution financière ne vise donc pas à rétablir ou à perpétuer une situation passée comme auparavant, mais à éviter que l'un des conjoints soit plus atteint par la séparation, du fait d'une position moins favorable financièrement contingente au mariage. La prestation compensatoire atténue les conséquences immédiates du divorce sur le conjoint financièrement défavorisé. Elle se fonde uniquement sur une compensation du niveau de vie,

²⁵⁸ Civ., 2^{ème}, 12 juin 1996, *Bull., Civ., II*, n°149.

indifféremment de toutes considérations de responsabilité. Jusque là, l'époux demandeur dans un divorce pour rupture de la vie commune était automatiquement déclaré comme le responsable. La loi du 26 mai 2004 ne s'attarde plus sur ces considérations, son souci de la justice n'est plus de sanctionner mais de garantir une sortie équitable du mariage.

La loi du 11 juillet 1975 avait apporté une exception à l'attribution d'une prestation compensatoire. « L'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé n'a droit à aucune prestation compensatoire. »²⁵⁹ Il eût été choquant que l'innocent eût à entretenir le coupable. Par conséquent, le refus d'attribuer une prestation compensatoire à l'époux exclusivement fautif n'était autre qu'une peine supplémentaire relative à sa culpabilité. Cependant, cette privation était antinomique avec l'esprit de la prestation. Selon Jean Carbonnier, la prestation compensatoire assure « un rééquilibrage entre deux situations patrimoniales dont la disparité avait été jusqu'alors masquée par la communauté de vie »²⁶⁰. Dès lors, le fait que l'un des époux ait eu un comportement fautif ne doit jouer aucun rôle dans l'attribution d'une prestation compensatoire. Les torts exclusifs ne privent plus désormais le conjoint fautif du bénéfice d'une éventuelle prestation. « Cette nouvelle disposition se veut pacificatrice et s'inscrit dans la logique de dédramatisation du divorce. Elle aboutit à détacher les effets patrimoniaux de la notion de faute et évite aux divorçants de la rechercher ou de la combattre systématiquement pour obtenir ou échapper à la sanction financière, dans un climat conflictuel lourd de conséquences pour le couple et les enfants. »²⁶¹

En effet, seul le détachement de la cause et des effets du divorce garanti par la généralisation de la prestation à tous les cas de divorce accompagne le mouvement d'une objectivation du divorce. La faute n'a plus d'impact dans les conséquences financières du divorce. L'époux qui bénéficiait jusqu'au moment du divorce du soutien économique de son conjoint peut prétendre au versement d'une prestation compensatoire alors même qu'il aurait une part de responsabilité dans l'échec du mariage. La prestation compensatoire intervient indépendamment de la cause du

²⁵⁹ Ancien article 280-1 du Code civil

²⁶⁰ CARBONNIER (J.), « La question du divorce mémoire à consulter », *Dalloz*, 1975, Chron., p.120.

²⁶¹ DELECRAZ (Y.), « Le projet de réforme du divorce », *Defrénois*, 2004, n°9, p.648.

divorce. Elle s'apprécie en fonction de la vie financière commune aux époux, de leurs choix, de leurs besoins, de leurs ressources et de leur avenir.

Néanmoins, cette libération ne doit pas avoir pour effet de décharger les époux de toute responsabilité l'un envers l'autre. « Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit 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 »²⁶². En principe le droit à une prestation compensatoire est ouvert dès lors qu'il y a disparité, quels que soient les cas de divorce et quels que soient les torts. La mise en jeu de l'article 270 est liée à des éléments objectifs prévus à l'article 271. La subjectivité ne trouve plus à s'exprimer que dans le divorce pour faute mais la faute est insuffisante elle doit en plus s'accompagner de « circonstances particulières de la rupture ». L'article 270 alinéa 3 apporte un tempérament au principe de la généralisation de la prestation compensatoire. Toutefois, il ne faut pas nier l'avancée d'une telle disposition. L'opportunité du juge, de refuser une prestation compensatoire au conjoint exclusivement fautif n'est plus systématique. Au contraire, elle doit demeurer exceptionnelle. Ouvrir le droit à une prestation même à l'époux exclusivement fautif affaiblit considérablement la répercussion de la cause de divorce sur son règlement.

La prestation compensatoire n'a pas échappé à l'opportunité d'une résolution conventionnelle. Les conventions relatives à la prestation compensatoire ne sont pas nouvelles. Elles existaient déjà dans le divorce sur requête conjointe. Ce qui est plus récent, c'est la généralisation de la prestation compensatoire conventionnelle. Avec l'article 268 du Code civil, les prestations compensatoires conventionnelles ont fait leur entrée dans les divorces contentieux. « Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce. » Ces conventions peuvent comprendre le règlement de la prestation compensatoire selon l'article 279-1.

²⁶² Article 270 alinéa 3 du Code civil.

Cette disposition conduit à deux remarques : d'une part à démontrer l'alignement de la procédure gracieuse du divorce sur la procédure contentieuse et d'autre part au transfert de compétence en faveur des époux. Une telle faculté était réservée au cas particulier du divorce par consentement mutuel. L'absence de conflit entre les époux désireux de divorcer n'est plus suffisante pour réserver le traitement conventionnel au divorce consenti. Dans tous les cas de divorce les époux sont en mesure de s'accorder lors du règlement des conséquences. En effet, il n'appartient pas exclusivement au juge de fixer la prestation compensatoire au même titre que les autres conséquences du divorce. Le pouvoir des volontés des époux accordés dans le divorce par consentement mutuel permettant de créer leurs propres règles a été étendu aux contentieux. Depuis 2004, les époux peuvent également dans le cadre d'une procédure contentieuse, lors du règlement des conséquences de leur divorce, déterminer le régime de la prestation compensatoire. Ils peuvent fixer le montant, la forme de la prestation soit un capital, une rente ou une prestation mixte ainsi que la cessation du paiement en fonction d'événement déterminé et que la rente soit attribuée pour une durée déterminée (article 278 du Code civil)²⁶³. La convention peut être modifiée par le biais d'une nouvelle convention soumise à homologation. Les conjoints peuvent également prévoir une clause de révision qui permet au juge de réviser la prestation compensatoire en cas de changement dans leurs ressources (alinéa 3 de l'article 279).

Les candidats au divorce disposent d'une grande liberté dans la prévision de leur prestation compensatoire, alors que l'octroi d'une prestation compensatoire est une mesure d'ordre public²⁶⁴. Pour autant, elle est régie par les époux et ceux-ci peuvent même y renoncer. En effet, l'article 1076-1 du N.C.P.C *a contrario* permet aux conjoints de renoncer à une prestation compensatoire, en s'abstenant de la demander, à condition que le juge ait invité les parties à s'expliquer. La liberté d'action des époux est considérable dans un domaine qui jusque là était strictement réservé à l'office du juge. La maîtrise des conséquences du divorce appartiennent en premier lieu aux époux et à défaut d'entente au juge. Malgré son contrôle, les époux sont libres de prévoir le règlement de leur divorce. Dès lors qu'ils sont libres d'agir, automatiquement leurs

²⁶³ Article 279-1 du Code civil : « Lorsqu'en application de l'article 268, les époux soumettent à l'homologation du juge une convention relative à la prestation compensatoire, les dispositions des articles 278 et 279 sont applicables. »

²⁶⁴ Cass., civ 2^{ème}, 28 nov. 2006, « Un droit à une allocation suffisante après le divorce », note A. DEVERS, D., 2007, p.280. Le refus de la loi marocaine d'attribuer une allocation suite au divorce est contraire à l'ordre public alimentaire, la prestation compensatoire étant une exigence d'ordre public.

droits s'accroissent vers un droit, « le droit de régler son divorce ». Ce dernier pose les premières pierres pour l'édification d'un « droit au divorce ».

C. La prestation compensatoire un règlement par essence définitif des effets du divorce

L'article 270 réaffirme la volonté du législateur de concentrer les effets du divorce par une prestation compensatoire sous forme de capital. L'efficacité de la prestation compensatoire passe principalement par un versement forfaitaire et unique. A cet égard, la loi a tout mis en œuvre pour faciliter ce mode de paiement. L'article 274 prévoit différentes constitutions du capital, par le versement d'une somme d'argent ou par l'attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit. L'accord sera exigé en cas d'attribution de la propriété de biens dont le débiteur est devenu propriétaire par succession ou donation. Lorsque le débiteur ne peut verser une telle somme en une fois, le juge peut prévoir d'autres modalités de paiement dans la limite de huit années sous forme de versements périodiques. Lors de l'apparition de la prestation compensatoire, les caractères définitif et forfaitaire de la prestation compensatoire représentaient les deux éléments indispensables au bon fonctionnement de ce mode de règlement. Le Professeur Sériaux précise : « (...) Cette invariabilité repose sur l'idée maîtresse en vertu de laquelle, le divorce une fois prononcé, il ne saurait être question de perpétuer, autour du niveau commun de vie, des effets propres au mariage »²⁶⁵.

Afin de préserver les particularités de la prestation compensatoire, elle ne pouvait être révisée même en cas de changement imprévu dans les ressources et les besoins des parties sauf, si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité. L'interprétation restrictive de la notion de « conséquences d'une exceptionnelle gravité » ouvrant droit à la révision du montant ou de la rente fut critiquée. Les conditions de révision n'étant pas réunies, l'absence de révision pouvait avoir des conséquences intolérables. La loi du 30 juin 2000 a pallié ce problème. Le montant de la prestation compensatoire sous forme de capital est certes

²⁶⁵ SERIAUX (A.), « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *R.T.D.C.*, 1997, n°169, p.64.

intangible, cependant les modalités de paiement peuvent être révisées à la demande du débiteur en cas de changement notable. Dans ce cas, le juge peut à titre exceptionnel et par une décision spéciale et motivée, autoriser le versement du capital sur une durée totale supérieure à huit ans (ancien article 275-1 du Code civil). La loi de 2004 confirme cette possibilité de révision avec une nuance. La révision est désormais possible lorsqu'il y a un changement « important » non « notable » dans la situation du débiteur. Cette correction permet d'aligner le régime de révision de la prestation compensatoire sous forme de capital sur celui de la rente.

Quant à la prestation compensatoire sous forme de rente, elle est soumise à des conditions strictes reléguant cette dernière à une place subsidiaire. « A titre exceptionnel, le juge peut par une décision spécialement motivée, en raison de l'âge de ou l'état de santé du créancier ne lui permettant pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme d'une rente viagère. »²⁶⁶

En définitif, la rente ne peut être obtenue que si elle est plus juste pour le créancier. Les situations justifiant une rente sont extrêmement restreintes, affirmant ainsi la suprématie de la prestation compensatoire sous forme de capital. Dans le champ de la rente, une partie de capital a même été injectée (276 alinéa 2 du Code civil). En effet, lorsque les circonstances l'imposent la rente peut être minorée par une fraction de capital. Malgré la situation financière de l'époux débiteur ne permettant pas une prestation sous forme de rente, tout ce qui peut être réglé lors du prononcé du divorce est exploité. Le législateur de 2004 a également éradiqué les rentes temporaires qui sont sujettes à discussion et par conséquent, vecteur de conflit post divorce. Soit la prestation compensatoire se règle en une fois ou plusieurs fois dans une limite de huit ans, soit elle est versée tant que le créancier vit.

Le mode de révision est similaire à celui du capital. La rente peut être supprimée, suspendue ou modifiée sans que le montant soit supérieur à celui fixé par le juge initialement. Toutefois, en matière de rente, le législateur a prévu tout un arsenal permettant aux parties, à tout moment, de substituer, tout ou partie de la rente, en capital. L'évitement du contentieux est confirmé par la facilité de passage de la rente au

²⁶⁶ Article 276 alinéa 1 du Code civil.

capital. En effet, lorsque c'est le débiteur qui le souhaite, sa demande n'est soumise à aucune condition (article 276-4 alinéa 1). La substitution est de droit. Le débiteur peut exiger une telle substitution sans que le juge ne s'y oppose. Quant au créancier, il peut également réclamer la substitution « s'il établit qu'une modification de la situation du débiteur permet cette substitution »²⁶⁷ et que sa situation le permet notamment lors de la liquidation du régime matrimonial. Cette condition est justifiée par la décision antérieure qui avait jugé nécessaire de prévoir une prestation compensatoire sous forme de rente. En effet, le capital est largement favorisé mais il ne doit pas mettre en péril la situation financière du débiteur. A cet égard, si le juge refuse de substituer un capital à tout ou partie de la rente, il doit justifier cette décision. La motivation exigée en cas de refus de substitution est révélatrice d'une utilisation modérée de cette possibilité par le juge. Le contraste est flagrant entre les conditions exigées pour accorder une prestation sous forme de rente et l'absence de condition pour la transformer en capital. Les obligations légales ou l'absence d'obligation sont au service du dessein explicite de la loi : éluder tout rapport, sous entendu conflit potentiel entre les époux.

L'accessibilité au capital est également désormais l'unique voie lors du décès du débiteur. L'article 280 du Code civil énonce qu'« à la mort de l'époux débiteur, le paiement de la prestation compensatoire, quelle que soit sa forme, est prélevé sur la succession (...). Lorsqu'elle a été fixée sous forme de rente, il lui est substitué un capital immédiatement exigible. » Le paiement de la prestation compensatoire, quelle que soit sa forme, est prélevé sur la succession et le paiement sera supporté par tous les héritiers. Ils n'y sont donc plus tenus personnellement. La rente est automatiquement transformée en capital immédiatement exigible. Tout est fait pour liquider, au décès, un passé matrimonial qui perdurait. Si le maintien des relations entre époux est évité après le divorce, celui entre les héritiers du débiteur et le créancier est également à bannir, source lui aussi de tension. Néanmoins, il existe une exception au principe de transformation automatique en capital. Les héritiers ont la possibilité de maintenir la forme et les modalités de règlement de la prestation compensatoire et dans ce cas ils s'obligent personnellement. Cette exception est marquée par un certain formalisme. Les héritiers doivent faire constater leur accord par un acte notarié pour le maintien de la prestation compensatoire initiale (Article 280-1 du Code civil). Dès lors que les

²⁶⁷ Article 276-4 alinéa 2 du Code civil.

personnes concernées ne suivent pas la voie tracée par la loi ; ils doivent se soumettre à une certaine prise de conscience qui s'éprouve par des conditions de forme. En définitive, le parcours du divorce est élaboré de manière à détourner les époux de tout ce qui est susceptible d'engendrer des tensions.

La fiscalité de la prestation compensatoire a suivi ce courant. Après des cours inégaux suivant la forme et l'origine des fonds, la loi fiscale favorise par le biais de la réduction d'impôt non seulement le paiement d'une prestation compensatoire sous la forme de capital et par le même procédé, elle incite au paiement rapide après que le jugement soit passé en force de chose jugée. Une réduction est également consentie en cas de substitution d'un capital à la rente, à tout ou partie de la rente. Les avantages fiscaux pour inciter au paiement en capital ainsi que l'encadrement du règlement financier du divorce dans un temps réduit après son prononcé œuvrent dans le sens de la pacification en évinçant tous litiges succédant au divorce. La neutralisation du régime de la prestation compensatoire se retrouve également dans les critères nécessaires à sa détermination.

D. L'octroi d'une prestation compensatoire fondé sur des éléments objectifs

Pour déterminer l'étendue de la prestation compensatoire, le juge doit tenir compte de la situation actuelle des deux époux et prévoir ce qui se passera dans un futur prévisible. L'article 271 énonce les différents critères dont doit tenir compte le juge. Au regard de ces différents critères posés par l'article 271 du Code civil, un critère doit retenir notre attention. Il faut pour évaluer la prestation compensatoire tenir compte des « conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ». Ce critère est révélateur d'une indépendance encore plus marquée de la prestation compensatoire avec le reste du procès. La prise en compte des arbitrages conjugaux lors de la fixation de la prestation compensatoire est une modification symbolique importante. En effet, l'idée de justice ne trouve plus appui dans l'attribution de la prestation compensatoire en fonction des comportements de chacun mais des projets communs nés pendant le mariage.

« Ce qui doit être compensé, en fin de compte, c'est davantage le fait, pour un époux, d'avoir sacrifié, ou tout au moins ralenti sa carrière, d'avoir renoncé à ses propres ambitions professionnelles, pour rester au foyer auprès de ses enfants, alors que son conjoint se consacrait à son travail et continuait à évoluer sur le plan social, ou encore le fait d'avoir collaboré sans la moindre rémunération à l'activité professionnelle de son conjoint, afin de lui permettre d'acquérir un statut social, dont il ne profitera plus. »²⁶⁸

Les décisions communes des époux retiennent dans la détermination de la prestation compensatoire. La prestation doit opérer « comme un recombement, un rééquilibrage objectif non pas entre deux patrimoines, mais entre deux programmes patrimoniaux d'existence »²⁶⁹. La considération de l'organisation de la vie antérieure à la demande de divorce est impérative pour garantir une certaine justice alors que l'imputation des torts n'est plus déterminante. La prestation compensatoire doit compenser une disparité fondée sur un constat objectif d'un déséquilibre actuel et/ou futur. L'attribution de la prestation compensatoire ne tourne plus au tour du moment de la demande en divorce et des circonstances de la demande mais du temps qui la précède et de celui qui va lui succéder. L'intervention du juge lors de la détermination de la disparité est dispensée de toutes considérations subjectives liées au divorce. Il doit au contraire s'astreindre à tenir compte uniquement du couple avant le procès et après le procès. Il doit jauger le vécu des époux et déceler l'influence des choix de vie en commun sur la disparité constatée. Il ne doit pas, cependant, garantir une parité financière qui aboutirait à maintenir une certaine dépendance économique entre les conjoints. Le but est de restreindre autant qu'il est possible les relations entre les ex conjoints. Madame Théry évoque à ce propos : « La prestation ne saurait viser à conserver un statut social comme un droit acquis par le mariage, mais fondamentalement à rétablir un équilibre rompu du fait des choix pris en commun par les époux durant leur vie commune ».²⁷⁰ La prestation compensatoire ne doit pas se transformer en sanction et par conséquent elle ne doit pas être la prolongation du devoir de secours.

²⁶⁸ DAVID (S.), « Prestation compensatoire », *A.J.F.*, mars 2007, p.109.

²⁶⁹ CARBONNIER (J.), *Les personnes*, PUF, Paris, 21^{ème} Ed., p.592.

²⁷⁰ THERY (I.), *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui*, O. Jacob, Paris, 1998 p.131.

Le regard rétrospectif sur l'activité des époux durant le mariage est indispensable pour attribuer une prestation compensatoire juste et équitable. La difficulté pour les candidats au divorce réside parfois plus dans le fait que les années de vies communes sont balayées que dans la cause de rupture. L'influence des choix de vie faits en commun dans la détermination de la prestation compensatoire est mesurée respectueusement du vécu des époux. La prestation compensatoire est uniquement fondée sur des éléments objectifs et l'aspect subjectif relatif à l'attribution de la prestation est annihilé.

L'évolution du régime des conséquences patrimoniales, notamment l'indemnisation pécuniaire est révélatrice de la considération objective de la cause dans le divorce. Ce qui a indiscutablement changé c'est donc l'objet de l'indemnisation. En effet, sa raison d'être ne réside plus dans le prix de la liberté. Désormais la prestation compensatoire par souci d'équité s'appuie uniquement sur des critères relatifs à la vie maritale pour organiser la vie séparée et se détache de la question morale relative à la rupture.

L'attribution de l'autorité parentale repose elle aussi sur des critères totalement neutres.

§2 : La dissociation de la cause et de l'attribution de l'autorité parentale

La scission s'est réalisée dans un premier temps grâce à l'affirmation du principe de l'exercice conjoint (A.), puis dans un second temps par la primauté donnée au consensus parental (B.) et notamment par l'admission de la résidence alternée (C.).

A. L'affirmation du principe de l'exercice conjoint

Jusqu'en 1970, l'enfant reste soumis à la puissance paternelle dissociée de l'attribution de la garde à l'époux innocent. En prononçant le divorce ou la séparation de corps, la garde et l'éducation étaient attribuées à l'un des époux, le plus souvent la

mère tout en conservant au père l'exercice de la puissance paternelle. En effet, le divorce ou la séparation de corps laissaient subsister cette fonction dont l'attribution ne se trouvait pas modifiée. Par conséquent, la puissance paternelle et la garde étaient disjointes. Ce principe reposait sur l'idée du chef de famille et, dès lors qu'il y avait dissolution, le couple parental disparaissait concomitamment à la cessation de vie commune. Seul le parent auprès duquel l'enfant vivait bénéficiait de l'exercice de l'autorité parentale. Néanmoins, était conféré au juge le pouvoir d'octroyer aux parents non mariés l'exercice de l'autorité parentale conjointe sans même exiger du couple qu'il remplisse la condition de cohabitation. L'exercice en commun n'était qu'une exception, qui supposait une procédure judiciaire. La modification essentielle a consisté dans un premier temps à remplacer la puissance paternelle par l'autorité parentale. L'idée de puissance s'effaça au profit du terme d'« autorité » à partir de 1975.

En 1975, est posé le principe fondamental selon lequel le divorce est sans effet sur la filiation : « le divorce laisse subsister les droits et devoirs des pères et mères à l'égard de leurs enfants... » (ancien article 286 du Code civil). La loi du 11 juillet 1975 parle d'autorité parentale. La prérogative n'appartenant plus exclusivement au père, elle était exercée de concert par les deux parents. La loi de 1975 fait de l'intérêt de l'enfant le critère applicable dans tous les cas de divorce à la répartition des droits et devoirs de chacun²⁷¹. Le juge devait statuer dans tous les cas de divorce selon l'intérêt de l'enfant et attribuer la garde à l'un ou l'autre parent. Il devait opérer une répartition entraînant automatiquement démantèlement de l'autorité parentale en droit de garde, droit de surveillance et droit de visite et d'hébergement.

L'attribution de la garde de l'enfant étant exclusivement attribuée en fonction de l'intérêt de l'enfant, elle entraîna par conséquent un détachement en théorie de l'attribution des torts des époux dans le divorce. En effet, aucun parent qu'il soit irréprochable ou non dans sa vie conjugale ne peut se prévaloir de droits sur ses enfants. Or, la nécessité de soustraire les enfants à l'influence pernicieuse de l'époux coupable faisait de la garde l'apanage de l'époux innocent. L'intérêt de l'enfant était certes le critère déterminant pour l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale mais il était encore étroitement lié aux torts. Le sort des enfants était très imprégné des tumultes de

²⁷¹ Ancien article 287 : « L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt des parents. »

la vie sentimentale de leurs parents. Les causes de la rupture rejaillissaient sur leur condition de parent post divorce. La vie future de l'enfant dépendait donc des fautes de ses parents dans leur vie conjugale. L'époux « innocent » avait mérité d'avoir la garde des enfants alors que l'époux fautif devait être puni. Les fautes alléguées par un époux pour justifier une demande en divorce pouvaient entrer en ligne de compte dans le choix des titulaires de l'autorité parentale. Cela signifiait que l'intérêt de l'enfant se conjugait avec l'innocence du parent. « Une telle perspective, où l'intérêt de l'enfant et l'intérêt de l'époux innocent se confondaient en une seule entité, ' l'intérêt familial ', indiquait que le divorce était perçu comme le moyen de maintenir la famille, par expulsion du coupable bouc émissaire. Dans cette perspective, qui faisait de la rupture légale une sorte de veuvage social, ce qu'on appelle le divorce-sanction était aussi bien un divorce préservation de l'entité familiale, sous l'autorité du parent qui n'avait pas failli à ses devoirs. »²⁷²

Le lien entre la responsabilité de l'époux dans le divorce et le sort de l'enfant n'était autre que la répercussion du principe d'indissolubilité du mariage dans l'organisation du divorce. En effet, le divorce étant seulement « toléré », celui qui était responsable du divorce du fait de sa demande ou de ses fautes ne méritait pas d'avoir la garde de son enfant. Le destin de l'enfant était subordonné à l'attitude des parents en tant que conjoint. La relation des torts et l'exercice de l'autorité parentale fut de moins en moins bien accueillie et ressenties comme inadaptée. Ce dernier ne pouvait servir de récompense, c'était nier la personne de l'enfant pour le considérer comme un objet ou un trophée. La conséquence de l'exclusivité de l'autorité parentale au parent gardien et les effets néfastes de la dévalorisation du parent non gardien ont conduit à briser tout lien entre le sort de l'enfant et les responsabilités des époux dans la cause de divorce. L'idée qu'on ne peut juger avec les mêmes critères l'attitude de deux personnes en tant qu'époux et en tant que parents s'imposa dans les esprits.

La réforme du divorce en 1975 a fait de l'intérêt de l'enfant le critère exclusif d'attribution de la garde des enfants mineurs. Peu à peu l'intérêt de l'enfant et ce, quelle que soit la procédure de divorce, s'est détaché de la notion d'attribution des torts. L'intérêt de l'enfant dans la désunion a été reconsidéré en fonction d'un conflit qui le

²⁷² THERY (I.), *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui*, 1998, O. Jacob, Paris, p.140 et 141.

dépassait et d'une rupture qu'il n'avait pas voulue. L'unique préoccupation résidait dans la protection de l'enfant et ce indifféremment des attitudes de ses parents. Comme le souligne Madame Théry, « c'est à la fois la fin du droit du modèle et de la conception profondément anticontractuelle du mariage qu'il (le législateur) a imposée depuis près de deux siècles, la fin de la punition sociale et l'affirmation qu'y compris en cas de divorce, seul le bien de l'enfant donne sens à l'autorité parentale. »²⁷³

La loi du 11 juillet 1975 ne reconnaissait pas une situation totalement égale aux parents et maintenait le principe de l'alternative parentale en cas de rupture. Le démantèlement des droits (visite, hébergement, surveillance) contribuait à favoriser un des parents celui qui en avait la garde au détriment de l'autre.

La loi du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale a instauré la possibilité pour le juge de décider du maintien de l'exercice de l'autorité parentale conjointe. Il pouvait opter pour une autorité parentale conjointe ou unilatérale. L'intervention du juge était donc nécessaire pour que les parents conservent l'exercice de l'autorité parentale. La loi de 1987 intégra dans l'organisation des modalités d'exercice de l'autorité parentale, la possibilité de l'exercer conjointement. La référence à la faute ne fondait plus le système d'attribution exclusive de l'autorité parentale. La dissociation entre les conséquences parentales et le rôle de l'époux dans le divorce a pris tout son sens. Toutefois, la décision d'un exercice commun ou individuel de l'autorité parentale appartenait au juge.

C'est avec la loi du 8 janvier 1993 que le maintien de l'exercice de l'autorité parentale en commun est posé comme principe dans le cadre du divorce. L'exercice en commun permet de garantir une égalité juridique entre le père et la mère. La loi pose directement le principe, c'est-à-dire que l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale aux deux parents résulte directement de la loi et non plus d'une décision du juge. Le juge ne peut intervenir pour déroger au principe qu'à la condition que soit établi un « intérêt contraire » de l'enfant. Le rôle du juge devient donc subsidiaire. En effet, il ne décide plus selon l'intérêt de l'enfant, mais uniquement si l'autorité parentale conjointe est contraire à l'intérêt de l'enfant. La loi de 1993 en posant le principe de l'exercice

²⁷³ *Ibid*, p.139.

commun contribue à l'objectivation du divorce. Elle aligne sur le même plan, l'issue des différents cas de divorce.

La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale confirme le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et consacre le concept de coparentalité. Le couple parental survit au couple conjugal. L'article 372 du Code civil énonce que « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale » ; il n'est plus fait référence à la condition du mariage. La loi du 4 mars 2002 instaure un droit commun de l'exercice de l'autorité parentale, identique aux différentes situations conjugales que les parents soient mariés ou séparés. Les règles de l'autorité parentale en cas de séparation figurent, d'ailleurs au titre neuvième de l'autorité parentale au chapitre Ier. L'exercice en commun de l'autorité parentale est généralisé à toutes les situations. Le parent innocent n'a plus l'exclusivité du rôle parental. La cause du divorce et même le divorce n'ont plus d'incidence sur le rôle de parent. L'article 373-2 du Code civil ne peut être plus explicite : « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent (...) ».

La loi de 2002 permet de mettre sur un pied d'égalité les droits et devoirs de chacun des parents et ainsi d'assurer une continuité de la vie parentale avant et après le divorce. Le divorce est de ce fait neutralisé, car il ne crée plus d'effet sur l'organisation de la vie parentale et le rôle du juge s'en trouve diminué. La loi de 2002 a également favorisé la recherche d'un consensus parental dans le règlement du divorce empiétant sur le pouvoir décisionnaire du juge aux affaires familiales.

B. La primeur donnée au consensus parental

La conséquence essentielle de la loi du 4 mars 2002, réformant l'autorité parentale dans la procédure de divorce, est l'affirmation du principe d'autonomie d'en l'organisation de la vie des enfants par les parents divorçant. Rappelons que le divorce ne change rien aux droits et devoirs des parents, pas plus qu'aux règles de l'autorité parentale. Sous l'empire de la loi de 1993, il était uniquement possible dans le divorce sur requête conjointe aux époux d'organiser leur séparation en ce qui concerne les

enfants. L'ancien article 287 alinéa 3 permettait tout au plus aux parents candidats au divorce de présenter leurs observations sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Les parents n'avaient pas, dans la majorité des cas, la maîtrise du sort des enfants; le juge bénéficiait de la quasi-totalité de la compétence en la matière.

La loi de 2002 va prendre le contre-pied et a institué les parents responsables de l'organisation de leur vie future en occultant le type de divorce. La création d'un droit commun de l'exercice de l'autorité parentale et la dissociation entre les torts et le règlement des questions relatives à l'autorité parentale extrait pour partie du champ d'intervention du juge aux affaires familiales le sort des enfants.

Le règlement conventionnel de l'autorité parentale peut désormais intervenir dans toutes les procédures contentieuses. Une telle opportunité permet de rompre avec le régime antérieur, c'est-à-dire, un régime où les modes de règlement des questions parentales étaient liés aux cas de divorce. Les époux peuvent s'accorder en matière d'autorité parentale selon l'article 373-2-7 du Code civil : « 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 juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement ».

La loi de 2002 a renforcé le processus d'accord en matière d'exercice d'autorité parentale. Elle a fait de la « convention homologuée (...) un mode général d'organisation des relations entre l'enfant et ses parents séparés, indépendamment de toute procédure tendant à dissoudre le mariage ou à régler les conséquences de la séparation de couple proprement dit. »²⁷⁴ La loi de 2004 confirme le mode conventionnel de règlement du divorce et prévoit son application à toutes les conséquences du divorce. Les époux peuvent pendant l'instance soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce (article 268 du Code civil). Le mode conventionnel d'organisation des

²⁷⁴ FULCHIRON (H.), « l'autorité parentale renouvelée », *Defrénois*, 2002, art. 37580, p.971.

conséquences du divorce se pose comme un moyen efficace de sortir pacifiquement du mariage.

L'intervention du juge s'articule essentiellement autour de l'intérêt de l'enfant et selon le consentement parental mais plus directement sur l'attribution ou encore sur les modalités d'exercice. Le juge aux affaires familiales se contente d'homologuer les accords sur l'exercice de l'autorité et la contribution à l'entretien de l'enfant. Dans tous les cas, le principe d'exercice en commun n'est pas remis en cause, le juge n'a plus à statuer sur la question, sauf si l'intérêt de l'enfant le commande. Les accords des époux sont présumés être dans l'intérêt de l'enfant et le juge n'intervient que dans le cas contraire. Les articles 373-2 et 373-2-1 prévoient l'attribution d'un droit de visite et d'hébergement que dans le cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale. En d'autres termes, le juge peut déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale après le divorce s'il décide d'un exercice unilatéral et si l'intérêt de l'enfant le commande. Il peut également refuser d'homologuer la convention réglant le sort des enfants mais dans cette dernière situation il ne peut prévoir les modalités. Les époux disposent d'une compétence quasi exclusive en la matière. Le juge aux affaires familiales peut néanmoins s'efforcer de concilier les époux et proposer une mesure de médiation et avec leur accord désigner un médiateur familial pour y procéder. Sa proposition peut prendre, la forme d'une injonction, mais il ne peut se substituer aux parents lorsque ces derniers ont choisi la voie de l'accord (article 373-2-10). Il ne lui appartient pas de choisir, à la place des parents, comment s'exercera l'autorité parentale ou encore celui chez lequel les enfants auront leur résidence habituelle. L'association des articles 373-2-7 et 373-2-10 consacre la primauté donnée aux accords parentaux.

Il paraît opportun de favoriser les accords relatifs au sort des enfants, car les parents sont les plus à même pour décider ce qui convient le mieux à leurs enfants. La contractualisation du droit de la famille est un moyen de responsabiliser les parents dans leur rôle et de faire prévaloir la sauvegarde de l'intérêt de leur enfant sur leur propre intérêt et ainsi prendre du recul par rapport aux raisons qui ont conduit à la rupture. Le rôle des accords parentaux supplante le pouvoir décisionnaire du juge renforçant le concept de déconnexion des conséquences de la cause de divorce. Cette dissociation est également renforcée par le mode de résidence alternée.

C. L'admission de la résidence alternée

L'affirmation du principe d'exercice en commun de l'autorité parentale en cas de séparation a élargi les modalités concrétisant cet exercice notamment par la « garde alternée ». S'agissant des modalités d'exercice de l'autorité parentale, la question centrale était celle de la détermination du lieu de résidence de l'enfant. Pendant longtemps, une partie de la doctrine ainsi que des spécialistes ont considéré la garde alternée comme contraire à l'intérêt de l'enfant. Le partage de la résidence entraînait l'instrumentalisation de l'enfant et l'assimilation à un objet à la merci des parents. Ce mode d'expression de la coparentalité fut longtemps considéré comme égoïste et allant à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. En effet, il ressortait de la garde alternée une instabilité contraire à l'équilibre de l'enfant. Pour être stable, l'enfant devait avoir une résidence unique. Dans deux arrêts du 21 mars 1983²⁷⁵ la Cour de cassation déclara licite la garde conjointe et condamna la garde alternée.

Néanmoins, ce mode de garde s'est peu à peu introduit par le biais des conventions dans le divorce sur requête conjointe. Exceptionnellement, certaines conventions définitives prévoyaient la résidence de l'enfant chez la mère pendant telle période et chez le père pendant telle autre période. Le juge laissait aux parents le soin de s'entendre sur les modalités pratiques du sort des enfants. La recherche d'une plus grande égalité et d'une plus grande responsabilité entre les père et mère avaient conduit les tribunaux à imaginer de nouvelles formes de garde. « Avant la loi du 4 mars 2002, les tribunaux ne semblaient pas exclure d'emblée la résidence alternée. Ils l'organisaient « sous le déguisement d'un droit de visite et d'hébergement élargi. (...) qui conduisait à une répartition presque égalitaire des temps de présence de l'enfant auprès de chacun des parents. »²⁷⁶

Par conséquent, même si l'exigence de la résidence habituelle était respectée, elle était assortie d'un droit d'hébergement et de visite si large qu'on pouvait l'assimiler à une résidence alternée. Affirmer le principe d'autorité parentale conjointe d'un côté et d'un autre prévoir son démantèlement entre résidence habituelle et droit de visite et d'hébergement semblaient en totale contradiction. D'autant que la multiplication des

²⁷⁵ Cass., Civ. 2^e, 21 mars 1983, *Bull. civ.*, II, n°86, p.58.

²⁷⁶ ESCHYLLE (J.-F.), GANZER (A.), *jurisclasseur droit de la famille*, fasc 280-2, p.15s.

séparations a conduit à s'interroger sur le rôle des parents séparés dans l'éducation et dans la prise en charge de l'enfant, tout particulièrement sur la place du père, tant il est vrai que, dans la plupart des cas de séparation, il revenait à la mère d'assumer la charge de l'enfant.

La loi du 4 mars 2002 a renforcé l'idée que l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents divorcés va de soi. La rupture du lien conjugal ne doit pas entraîner celle du lien parental. La coparentalité n'existe que si la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. La forme de la résidence alternée a été reconnue comme un moyen de préserver l'exercice en commun de l'autorité parentale. L'article 373-2-9 alinéa 1 du Code civil prévoit « en application des deux articles précédents » que « la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. » La loi de 2002 a ainsi consacré, la résidence alternée, ouvrant aux parents et aux juges de nouvelles perspectives de nature à rendre effective la continuité des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. L'intérêt de l'enfant selon le principe légal de coparentalité ne s'oppose plus à la résidence alternée. Comme l'affirme Monsieur le Professeur Lemouland : « (...) la résidence alternée pourrait vite devenir un symbole, celui de l'exercice effectif d'une autorité parentale conjointe ».²⁷⁷ Toutefois, la mise en ouvre de ce mode d'exercice requiert la poursuite d'un minimum de collaboration entre les parents et ce indifféremment qu'ils soient mariés ou divorcés.

La résidence alternée est désormais conforme à l'intérêt de l'enfant, lorsqu'elle permet à celui-ci un équilibre de vie entre ses deux parents en fonction des disponibilités de chacun. La consécration de la résidence alternée donne de la résonance à la déconnexion des effets de la cause du divorce. Néanmoins, la solution de la résidence alternée ne constitue pas en elle-même une panacée susceptible de résoudre l'ensemble des problèmes soulevés par la séparation du couple parental. Elle suppose la réunion d'un certain nombre d'éléments, notamment la proximité des résidences permettant à l'enfant de bénéficier d'une scolarité et d'un réseau social unique. Elle nécessite également l'existence d'un consentement minimum entre les parents et le maintien d'une communication réelle entre eux. Elle requiert une réelle disponibilité des

²⁷⁷ LEMOULAND (J.-J.), « La résidence alternée, dix huit mois plus tard », *R.J.P.F.*, 2003, n° 9, p.6.

père et mère. Elle ne doit pas devenir un facteur de trop grande complication pour l'enfant au quotidien. L'intérêt de l'alternance est évident pour autant il ne faut pas occulter les contraintes, c'est pour cela que la loi la prévoit comme une possibilité. Généralement, elle est refusée lorsque le juge aux affaires familiales pressent un désaccord des parents et des difficultés de mise en œuvre entraînant un risque d'insécurité ou d'instabilité pour l'enfant.

Toutefois, même en cas de désaccord des parents le système de la résidence alternée n'est pas verrouillé. En effet, selon l'article 373-2-9 alinéa 2 le juge peut ordonner une résidence en alternance à titre provisoire en cas de désaccord des époux ou lorsque la demande émane d'un seul parent. La résidence alternée comme moyen de mise en œuvre de la coparentalité est affirmée même en cas de résistance d'un parent. La continuité du maintien des liens de l'enfant avec les parents outrepassé toute idée de conflit ou de séparation. A l'issue de cette mesure, tirant les enseignements de cette « résidence alternée à l'essai », le juge statuera définitivement sur la résidence double ou unique de l'enfant. Le maintien des relations similaires à celles précédant le divorce est souhaitable pour l'enfant. L'exercice en commune et la résidence alternée sont donc les résultantes d'une négation dans la mesure du possible des effets du divorce sur la vie de l'enfant. En effet, c'est uniquement lorsque l'un des parents revendique l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, qu'il appartient de démontrer qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il en soit ainsi. La charge de la preuve pour obtenir l'exercice unilatéral de l'autorité parentale repose sur celui qui le réclame. L'absence d'incidence du divorce laisse présumer que l'intérêt de l'enfant réside dans la situation préexistante et n'a pas à être remise en question. Ce sont uniquement les modalités matérielles qui sont décidées pendant le procès du divorce. C'est-à-dire que l'exercice commun est organisé selon la volonté des parents ou selon un mode le plus égalitaire possible.

La déconnexion accentue l'objectivation de la cause de divorce. Elle conforte l'idée d'un divorce neutre dans sa cause et dans ses effets, car non seulement la cause de la rupture n'est pas prise en compte, mais d'une manière générale c'est la rupture qui n'entre pas en ligne de compte lors de la détermination du sort des enfants.

***L'objectivation du droit du divorce repose essentiellement sur la cause de divorce et a influencé l'ensemble du droit au divorce. Non seulement l'échec conjugal devient la cause majeure des différents divorces, mais l'ensemble architectural s'est construit en fonction de cette considération. En effet, la procédure de divorce est une procédure limitative de tension. L'évocation des dissensions est contenue par le juge et par des règles légales qui rythment le procès du divorce. Les techniques procédurales du divorce sont donc singulières, propres à la matière et permettent de répondre à l'objectif de neutralité. L'objectivation est une dérive de la libération car elle accentue la capacité des époux à maîtriser leur rupture selon une réalité implacable d'échec ou de faillite de l'union. L'objectivation n'est d'ailleurs pas un phénomène réservé au droit au français et s'étend à quelques nuances près à l'ensemble des Etats européens. En effet, les différentes législations prévoient soit comme l'unique divorce soit parmi d'autres cas de divorces, le divorce objectif qui est devenu indispensable dans une politique familiale moderne.

L'efficience d'un divorce objectif se réalise seulement s'il n'y a pas de répercussion au moment du prononcé du divorce, notamment lors de la détermination des conséquences. A cet égard la loi de 2004 coupe définitivement avec le concept de divorce sanction pour consacrer un principe de neutralité en matière de conséquences patrimoniales, personnelles ou parentales. Le procès du divorce ne sanctionne plus réellement.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Le droit du divorce a connu de multiples renversements selon les époques et les idéologies. Aujourd'hui le droit du divorce n'est plus un instrument purement politique, dans le sens où il est rattrapé par sa normalité. Le divorce est un évènement qui n'est certes pas anodin mais courant. Les voies judiciaires ont donc été aménagées avec une plus grande lisibilité et accessibilité. La procédure dans le divorce a donc définitivement pris un tournant et est à contre courant de sa conception première. Elle a toujours joué un rôle singulier et a longtemps été une arme efficace pour limiter les désunions. Les règles procédurales étaient nombreuses, complexes et contraignantes. Désormais les règles procédurales sont réduites à leur plus simple élément. Elles ne s'érigent plus comme des entraves, elles sont marquées par une simplicité qui facilite ce parcours de vie. La simplification procédurale a permis de conduire les époux plus aisément au divorce. Pour maîtriser cette liberté procédurale, deux alliés sont nécessaires pour traverser le divorce : l'avocat et le notaire.

Les voies judiciaires ont également été aménagées avec une plus grande neutralité. Les normes qui régissent les voies judiciaires ont été créées selon un impératif de pacification et ont permis de canaliser les tensions inhérentes au procès. Les règles procédurales sont vectrices de paix et assurent un passage neutre du divorce. Elles garantissent une prorogation de l'objectivité de la cause et accentuent une sortie du divorce sans embûches. Cette sortie sans embûches est amplifiée par l'instauration d'un droit commun des effets du divorce qui repose sur la compensation de la disparité inhérente à la rupture prévue entre autres par le régime de la prestation compensatoire. Ce droit commun des effets du divorce instaure une absence de sanction substantielle en termes de conséquences de divorce. Il n'y a plus de conséquences particulières attachées au type de divorce, au même titre que la cause objective fondée sur le constat de l'échec conjugal envahit les autres causes de divorce. A coup d'objectivité et de simplicité, le procès du divorce s'érige en un procès singulier qui favorise le prononcé du divorce.

La facilitation d'accès et d'obtention du divorce découlant d'une procédure simplifiée et une objectivation dans son ensemble contribuent à la présomption d'existence d'un droit au divorce. Mais ces différents éléments sont insuffisants pour

affirmer l'existence d'un tel droit. Toutefois, il faut ajouter que les barrières institutionnelles semblent céder devant la normalisation du démariage. En effet, le mariage est une institution d'ordre public mais qui laisse une grande place aux accords de volontés et dont la violation des devoirs est de moins en moins sanctionnée. Ces différents éléments laissent penser que peut être un droit au divorce peut voir le jour.

PARTIE II /VERS LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT AU DIVORCE

Les aspirations individuelles dans le domaine familial ont entraîné une mutation du droit. « L'évolution des rapports en ce domaine entre l'autonomie de la volonté et l'ordre public conduit à les inscrire désormais dans une réalité juridique, jusque là réservée aux relations économiques, puisque les relations familiales étaient la terre de l'ordre public absolu ».²⁷⁸ Le déclin de l'ordre public s'explique par la contractualisation du divorce et par un affaiblissement de la faute dans le divorce. La loi de 2004 sur ce point, a érigé le mode conventionnel en mode quasiment exclusif de traitement du divorce et destitue le mariage de son caractère institutionnel. Avec la généralisation de l'accord par le législateur de 2004, l'accord devient le modèle phare du règlement des conflits.

En effet, « la contractualisation n'est qu'un aspect d'un mouvement plus vaste d'individualisation : la pénétration de l'autonomie de la volonté dans un domaine qui jusque-là lui échappait largement repose sur l'affirmation des droits et des libertés de l'individu ».²⁷⁹ L'émancipation de l'individu va également entraîner dans son sillage un abaissement des obligations propres au mariage, obligations pour la majorité d'ordre public. Les violations des obligations relatives au mariage ne sont plus frappées d'une sanction systématique. L'évolution qui en découle est « la désinstitutionalisation du mariage face à la montée des droits de l'individu ».²⁸⁰ La combinaison d'une libéralisation du divorce et de l'empiètement croissant de l'autonomie des volontés sur les règles légales conjugales amène à s'interroger sur l'émergence d'un droit au divorce.

Même si la loi de 2004 a amplifié la réalité du questionnement sur l'existence d'un droit au divorce notamment par l'instauration du divorce pour altération définitive du lien conjugal ; il faut se prémunir de toute conclusion hâtive sur l'existence d'un

²⁷⁸ HAUSER (J.), « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel », *Répertoire Defrénois*, 2004, art. 38115.

²⁷⁹ FULCHIRON (H.), « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXIème siècle », in *Le monde du droit*, J.FOYER, Economica, 2008, p.398.

²⁸⁰ *Ibid.*

droit subjectif au divorce et s'attarder sur les caractéristiques mêmes de la notion de droit subjectif. La conclusion favorable de l'existence du concept de droit au divorce amène à pousser plus loin l'analyse et à envisager l'éventualité d'une reconnaissance d'un droit fondamental au divorce.

Le déclin de l'ordre public conjugal (TITRE I) propose un terrain avantageux et propice à l'émergence d'un droit au divorce (TITRE II).

TITRE I : LE DECLIN DE L'ORDRE PUBLIC CONJUGAL

Le mariage repose sur l'union et pour cette union est prévu un statut juridique « opposable à tous et spécialement au législateur et sa standardisation minimum est inévitable pour passer du fait au droit, de la rencontre au contrat »²⁸¹. La standardisation minimale place le mariage au rang le plus élevé de la juridicité. Les obligations légales du mariage constituent le noyau dur et pour l'essentiel, elles relèvent de l'ordre public²⁸². L'ordre public conjugal impose donc, lors de la dissolution, la voie judiciaire, qui devrait rendre inopérantes les volontés des époux. En effet, « si le mariage est une institution d'ordre public, l'autonomie de la volonté ne devrait-elle pas être impuissante contre lui (le mariage) »²⁸³.

L'ordre public est enclin à susciter des doutes quant à sa justification. « La raison d'être de l'ordre public est-elle de protéger la liberté individuelle ou les besoins de l'Etat ? »²⁸⁴. En effet, cette notion nécessite une recherche perpétuelle de légitimité dans l'empiètement de l'intérêt général sur l'intérêt privé et subit peu à peu « l'emportement des intérêts privés sur l'exigence qui se voulait supérieure de l'intérêt général »²⁸⁵.

Indiscutablement, le droit de la famille connaît un bouleversement opéré par l'émergence de plus en plus prégnante des volontés individuelles. Elle a eu pour conséquence lors du démariage, le renforcement de la parole des époux et la diminution de certaines contraintes conjugales en concordance avec la réalité. Cette insertion, dans le droit, de l'autonomie, lors de la séparation des conjoints, n'est pas nouvelle et ne relève pas uniquement d'une dérive de la société moderne²⁸⁶. Cette recrudescence de la

²⁸¹ HAUSER (J.), « Une République Familiale », in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp.139-150.

²⁸² HAUSER (J.), LEMOULAND (J.-J.), *Répertoire civil*, 1993, v° ordre public et bonnes mœurs. « Le mariage n'est pas d'ordre public, puisque le code civil admet d'autres formes d'unions (concubinage et pacte civil de solidarité). Mais le droit au mariage a certainement un caractère d'ordre public. »

²⁸³ CARBONNIER (J.), « La question du divorce mémoire à consulter », *Dalloz*, 1975, Chron., pp.115-122.

²⁸⁴ MALAURIE (P.), *Les contrats contraires à l'ordre public. L'ordre public et le contrat*, Thèse, Reims, Matot-Braine, 1953, p.13.

²⁸⁵ *Ibid.*, p.17.

²⁸⁶ SAVATIER (R.), « Les conventions de séparation amiable », *R.T.D.C.*, 1931, p.535. A la fin du XXème siècle, de nombreux époux désireux de « soustraire leurs dissensions conjugales à la publicité de l'audience, et qui, constatant leur incompatibilité d'humeur », convenaient de « se séparer sans bruit ni procès. » Ces conventions permettaient de substituer au statut régissant leur vie commune, un statut

volonté s'oppose aux effets de l'ordre public qui « sont multiples et différenciés. L'effet le plus classique est la nullité d'un contrat qui le heurte directement. C'est là un effet que l'on peut qualifier de juridique. Mais il peut produire également un effet judiciaire, par la privation du droit à l'action contre celui qui a commis la violation de l'ordre public. »²⁸⁷

On assiste donc à un recul du juge face aux débordements croissants des volontés dans la proclamation de leur droit (la déjudiciarisation) et à un déclin de la force des exigences légales découlant de leur caractère fluctuant (la déjuridicisation). L'ascension du mode conventionnel du règlement des conflits (Chap.I) explique en partie un certain déclin de l'ordre public ; mais cela tient aussi de la nature fluctuante de l'ordre public allant de la modulation à la dilution (Chap. II).

différent leur permettant de vivre autrement. Sous le postulat de la convenance que les époux n'allaient pas jusqu'au divorce mais souhaitaient vivre comme tel.

²⁸⁷ MALAURIE (P.), préc., p.16.

CHAPITRE I : L'ASCENSION DU MODE CONVENTIONNEL DANS LE REGLEMENT DES CONFLITS CONJUGAUX

L'accord s'est imposé comme le seul moyen efficace de régler le divorce. Il permet une maîtrise du divorce par la mise en commun des volontés des époux. Les législations successives relatives au divorce ont compris l'intérêt du mode conventionnel dans le traitement du divorce. Deux idées se confrontent alors : la volonté de sauvegarder l'aspect institutionnel du mariage par un divorce sous l'emprise du juge et de réaliser un divorce dans les meilleures conditions. Il fallait donc placer les époux sous l'*imperium* du juge. Le divorce était un « mal nécessaire ». Il fut « donc strictement encadré, dans ses causes, dans ses procédures et dans ses effets. Gardien de l'état des personnes, le juge judiciaire était aussi gardien de l'intérêt collectif. »²⁸⁸

L'idée que le contrat semblait la réponse la plus adaptée au règlement des conflits familiaux n'est pas nouvelle. « Les pactes de famille interviennent dans un domaine où le droit doit faire bon ménage avec le sentiment, où l'affectivité et la sensibilité, c'est-à-dire l'irrationnel, dirigent la conduite humaine autant, et sans doute beaucoup plus, que le respect aveugle et réticent d'une règle de droit froide et abstraite. Il s'agit donc d'adapter cette règle de droit à la réalité infiniment complexe et variée à laquelle son application est destinée. Individualiser le statut juridique d'une relation familiale, afin de parvenir à un règlement satisfaisant d'une situation par hypothèse unique, telle apparaît bien la raison d'être des pactes de famille en matière extrapatrimoniale »²⁸⁹.

La promotion de l'accord atténue l'opposition entre la procédure contentieuse et la procédure gracieuse. La procédure gracieuse s'inscrit comme le modèle à suivre pour la procédure contentieuse. Ainsi le glissement du contentieux vers le gracieux a entraîné une réévaluation de la nature conventionnelle du divorce par consentement mutuel. Le pouvoir de la volonté a de plus en plus d'emprise dans la procédure de divorce et empiète considérablement sur le champ d'intervention du juge du divorce. On assiste à

²⁸⁸ FULCHIRON (H.), « Un juge pour le divorce », in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 185.

²⁸⁹ CHAPELLE (A.), « Les pactes de famille », *R.T.D.C.*, 1984, p.415.

une généralisation des accords dans les procédures de divorce (Section 1). Toutefois, Les conventions sont placées sous contrôle judiciaire (Section 2).

SECTION 1 : LA GENERALISATION DES ACCORDS DANS LES PROCEDURES DE DIVORCE

A l'instar du divorce par consentement mutuel, le mode conventionnel du règlement du divorce apparaît le plus adapté. La réforme de 2004 a impulsé la volonté des époux au rang décisionnaire dans le divorce contentieux, alors que les accords ne sont pas les procédés naturels d'une procédure contentieuse. L'accord tend à s'imposer dans toutes les procédures (gracieuse et contentieuse). La convention est devenue le mode traditionnel du règlement du divorce. La convention se définit comme « un accord de volontés destiné à produire un effet de droit quelconque (...), désigne en général l'acte juridique dans son ensemble (...) ou parfois, dans la pratique, l'écrit dressé pour constater l'accord »²⁹⁰.

Le droit et le juge perdent du terrain face à la propagation des accords dans la procédure contentieuse (§1) et face à l'accentuation de l'accord dans l'unique divorce gracieux (§2).

§1 : La propagation des accords dans la procédure contentieuse

La propagation s'explique par les mesures incitatives au règlement conventionnel du divorce contentieux (A.) et par la prévision d'un arsenal conventionnel mis à la disposition des époux (B.).

²⁹⁰ V°: convention, Vocabulaire juridique PUF, 2007, association Capitant, CORNU (G.).

A. Les mesures incitatives au règlement conventionnel

Certaines portes ont été ouvertes par la loi de 1975, mais la loi de 2004 a fait des conventions le mode usuel de traitement des conflits dans le divorce contentieux. Instauration des accords ponctuels dans le règlement du divorce non consenti représente une avancée importante. La place attribuée aux volontés s'explique par le fait que le législateur souhaite une appropriation de la rupture juridique par les époux en dépit d'une procédure contentieuse de divorce.

Le divorce est un domaine emprunt de subjectivisme, dont la dimension fortement émotionnelle pousse à rechercher des moyens efficaces pour l'appréhender. Par conséquent, un traitement individuel des conflits semble plus adapté. Cette individualisation des conflits passe par la libération même du règlement des conflits, autrement dit par l'accord. Monsieur le Professeur Chesné évoque le conflit entre le fait et le droit. « Les principes juridiques peuvent-ils prétendre résoudre la question du divorce ? En réalité, les mœurs plus que les lois dominent ce problème. »²⁹¹ Le procès ne parvient pas toujours à la paix sociale, ne vaut-il pas mieux une justice négociée plutôt qu'imposée ? Les arrangements favorisent la pacification et l'efficacité des procédures.

Les pourparlers qui précèdent les accords et ces derniers, contribuent à apaiser et à prévenir les conflits. La subsistance de ces espaces de dialogues rend possible l'introduction d'une touche d'amiable²⁹². D'une part, les époux qui ont plus ou moins décidé du règlement de leur divorce, vont mieux vivre et mieux accepter le divorce et parfois éviter un contentieux post divorce. D'autre part, les époux se concentrent sur la prévision des modalités du divorce et se détournent pour un temps des rancœurs engendrées par la désunion. Les avantages des accords transactionnels permettent de donner une solution sur mesure « ajustée » aux besoins des intérêts particuliers. Ils présentent également l'intérêt majeur de prévenir tout risque de contentieux ultérieur et

²⁹¹ CHESNE (G.), Le divorce par consentement mutuel », *Dalloz*, 1963, Chron., p105.

²⁹² JOURDAIN (M.), « Les règlements amiables des intérêts patrimoniaux des époux dans les ruptures contentieuses », in *Mélanges offerts à A. Lebayon*, Regards croisés sur les droits de la famille et du patrimoine, L'harmattan, 2005, p.132.

pour finir, ils présentent l'avantage de favoriser un règlement d'ensemble des questions matérielles provoquées par la rupture.²⁹³

A la lecture des différents articles du Code civil consacrés au divorce, on ne peut que constater le rôle primordial donné à la volonté des candidats au divorce. A tous les stades de la procédure contentieuse, les époux peuvent s'accorder. La loi de 2004 affranchit les époux de certaines contraintes légales au profit du consensualisme. Les époux divorçant déterminent leurs règles au lieu et place de la loi.

La primauté donnée aux accords se retrouve dès la phase de conciliation. L'article 252 du Code civil préconise au juge de chercher à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences. La nouvelle lecture de cet article sur la conciliation opère un véritable bouleversement. En effet, la tentative de conciliation (étape obligatoire pour tous les divorces contentieux) n'a plus pour seul objectif, d'amener les époux à réfléchir sur la persistance de leur décision et ses conséquences. La conciliation supposait une réflexion ultime afin de décourager les époux à divorcer. Désormais cette étape a pour fonction, certes d'accorder les époux, mais non plus sur la renonciation au divorce mais sur l'acceptation du divorce et sur l'organisation du divorce. La mission subsidiaire de l'ancien article 252-2 est non seulement devenue, la première mission de la conciliation mais le législateur de 2004 l'a étendue. Il n'a pas limité l'audience de conciliation au règlement des conséquences du divorce. Il doit également amener les époux à s'entendre sur le principe du divorce (article 252 du Code civil.). Le juge joue un rôle d'instigateur du divorce. Au mieux, les époux arrivent à s'accorder sur le principe même du divorce; au pire, ils arrivent à transiger sur les conséquences.

Le législateur semble ainsi plus près de la réalité, en prévoyant ce temps de parole non à la réflexion sur la prise de décision concernant le divorce mais sur les modalités de sa réalisation. Il octroie une large marge de manœuvre aux époux véritables décideurs dans l'organisation de leur divorce. Les termes employés par la loi sont plus directifs, le juge « n'essaye plus » de les amener à régler, il cherche à les

²⁹³ *Ibid.*

concilier. La recherche de consensus est érigée en véritable principe directeur de la procédure contentieuse de divorce.

Lors de la demande introductive d'instance, la loi favorise également la prévention du conflit par des mesures qui peuvent se concrétiser en accord. L'article 257-2 du code civil prévoit sous peine d'irrecevabilité une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux. Ainsi, dès l'introduction d'instance, les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté imposent aux époux une réflexion sur leur vie patrimoniale future. Cette mesure offre une opportunité supplémentaire aux conjoints de résoudre amiablement les intérêts patrimoniaux. Le ton est donné dès le commencement du processus, les époux ont la responsabilité d'essayer de s'accorder au minimum sur les conséquences patrimoniales du divorce.

Ces mesures peuvent donc donner l'impulsion à un arrangement entre époux. Ces arrangements ont d'autant plus d'importance qu'il y a une sorte de sacralisation de la parole des époux. Le juge ne décide plus totalement seul, il doit tenir compte des prétentions émises communément par les époux. A titre d'exemple, au stade des mesures provisoires, le juge « doit tenir compte des accords éventuels » des époux (article 254 du Code Civil). Le vocabulaire utilisé est très explicite. Le juge aux affaires familiales est tenu par le « concours des époux » dans la détermination des mesures provisoires. Le juge aux affaires familiales est donc lié par les voies accordées des conjoints. Cette emprise du couple sur le pouvoir décisionnaire du juge est encore plus flagrante lorsqu'il y a une convention.

B. L'arsenal conventionnel mis à la disposition des époux

Sous l'empire de la loi de 1975, l'accord des époux ne pouvait porter que sur des éléments partiels de leurs intérêts patrimoniaux. « Les conjoints 'jouissaient' d'une réelle autonomie quant au fond, sauf sur un point pourtant essentiel, s'agissant des incidences patrimoniales du divorce : la prestation compensatoire. »²⁹⁴

²⁹⁴ JOURDAIN (M.), « Les règlements amiables des intérêts patrimoniaux des époux dans les ruptures contentieuses », in *Mélanges offerts à A. Lebayon*, Regards croisés sur les droits de la famille et du patrimoine, L'harmattan, 2005, p.147.

C'est une des raisons de l'inapplication de l'article 1450 du Code civil. Il était difficile de procéder à la liquidation et au partage sans tenir compte des autres conséquences pécuniaires, les divers intérêts patrimoniaux étant intimement liés. L'article 268 du Code civil a pallié cette carence. Il prévoit pour les époux pendant l'instance de « soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce ». Le divorce contentieux peut être réglé entièrement par le moyen de la convention. Les conséquences patrimoniales, les modalités concernant l'exercice de l'autorité parentale (déjà avec la loi du 4 mars 2002) et la liquidation et le partage peuvent faire l'objet d'une convention dans une procédure contentieuse. Monsieur le Doyen Beignier soulève le lien étroit entre les articles 230 et 268 du Code civil. « Le domaine d'excellence de la liberté contractuelle des époux se trouve en matière patrimoniale »²⁹⁵, mais pas seulement. Le mode conventionnel a été étendu à l'ensemble des conséquences du divorce. Il y a une globalisation du traitement conventionnel du divorce contentieux.

Les époux en cas de volonté commune peuvent comme dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel prévoir les modalités de la prestation compensatoire. « La loi nouvelle offre aux époux une possibilité élargie de prévoir eux-mêmes la prestation compensatoire, ses formes, ses modalités etc. (...) par le moyen des clauses de l'article 268 du Code civil. L'avantage est, dans ce dernier cas, d'ouvrir aux époux, nonobstant leur décision de divorcer au contentieux, la possibilité de s'affranchir des contraintes de la prestation compensatoire judiciairement prononcées et donc d'étendre considérablement le champ transactionnel, même dans le divorce contentieux ».²⁹⁶ Le Professeur Hauser confirme que les volontés individuelles ont les faveurs de la loi et que la prévision conventionnelle est encouragée par « le fossé important qui existe entre la prestation convenue, où l'ordre public de direction est réduit au minimum et la prestation judiciaire, où les contraintes sont nombreuses et ne laissent au juge qu'une aire de choix très limitée. La liberté en la matière est la rançon de la prévisibilité ».²⁹⁷ En atteste, la possibilité de renoncer à la prestation compensatoire par le biais de la

²⁹⁵ BEIGNIER (B.), « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Droit de la famille*, 2008, Etude, p. 9.

²⁹⁶ HAUSER (J.), « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel », *Répertoire Defrénois*, 2004, art. 38115.

²⁹⁷ *Ibid.*

convention ou la prévision de rentes temporaires ou des prestations mixtes sans remplir les conditions de l'article 276, hypothèse évoquée par le Professeur Hauser.²⁹⁸

Sur le modèle de l'article 268 du Code civil, derechef les époux peuvent convenir d'une révocation des donations ou avantages patrimoniaux. En effet, la règle posée à l'article 265 énonce que le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux et les donations de biens présents. Le principe d'irrévocabilité découle de l'insécurité générée par la volonté unilatérale d'un époux de révoquer ou non les libéralités (donation de biens présents, les apports à la communauté, réversion d'usufruit...). Selon l'esprit de la loi, rien n'interdit lorsque les époux sont d'accord de convenir d'une révocation. Cette volonté commune contraire au principe d'irrévocabilité est présumée possible et trouverait sa place dans le règlement global des effets patrimoniaux du divorce. L'aspect général de l'article 268 - « tout ou partie des conséquences du divorce » - laisse à penser que dès lors que les époux s'accordent, les époux sont libres de décider. La mise en commun des volontés permettrait de dépasser les règles d'ordre public. Monsieur le Professeur Hauser, en fonction de l'esprit du texte qui « pousse à la prévisibilité d'un éventuel divorce dans ses conséquences pécuniaires et patrimoniales », prévoit deux moments possibles pour introduire des clauses contraires au principe d'irrévocabilité, dans « l'acte constitutif de la donation ou de l'avantage »²⁹⁹, et par convention au moment du divorce selon le modèle de l'article 268 du Code civil.

Il faut rappeler que ces conventions font l'objet d'une homologation par le juge (l'alinéa 2 de l'article 268). Néanmoins, cette homologation n'entache pas le pouvoir des époux dans l'organisation de leur vie future. Les choix rédigés dans la convention vont régir l'avenir des époux. Le juge aux affaires familiales n'intervient pas dans le processus d'élaboration. Les dispositions établies par les époux figent en quelque sorte l'intervention du juge. Cette appropriation du règlement pécuniaire de l'après divorce

²⁹⁸ *Ibid.*, Jean Hauser affirme que désormais rien n'empêche de renoncer par voie de convention homologuée de l'article 268 à une prestation compensatoire, sous la seule réserve générale du contrôle du juge en équité. Cette renonciation se heurtait avant 2005 à l'impossibilité de lier le juge avec les accords de ce type dans le divorce contentieux, puisqu'il était seul à décider. Il en va de même pour les formes et modalités de la prestation compensatoire, les parties pourraient prévoir ce qui est interdit au juge par le biais de l'ingénierie contractuelle.

²⁹⁹ *Ibid.*

est très novateur et repousse les limites de l'intervention du droit. Même dans un divorce contentieux, les époux peuvent décider. Ils créent leurs règles de droit.

Les candidats au divorce peuvent également s'accorder sur la conservation de l'usage du nom du conjoint (article 264) et sur le report de la date des effets du jugement du divorce (article 262-1). Sur ce dernier point l'article 262-1 du Code civil ne prévoit pas explicitement une telle possibilité. Cependant, certains auteurs estiment que le report dans le passé de la date des effets du divorce en ce qui concerne leurs biens peut résulter d'un accord de volontés, d'une convention conclue par les deux conjoints, dès lors que l'article 265-2 permet aux époux de passer une convention de liquidation et de partages anticipés. « (...) En effet les époux sont libres et maîtres de leurs droits. Une liquidation amiable de la communauté est toujours possible et les règles de liquidation du régime matrimonial qui ne sont pas, en principe, d'ordre public, n'ont qu'un caractère supplétif de la volonté des parties. Cette opinion, (...) nous paraît s'imposer d'autant plus que la loi nouvelle a manifestement entendu donner une pleine efficacité aux accords de volontés des époux. »³⁰⁰

Certes, ce ne sont que des hypothèses, mais la philosophie du divorce est aux accords. Ainsi, si les époux arrivent à s'unir pour régler leur divorce, les restrictions normalement imposées par le droit cèdent au profit du consensus. On ne peut juxtaposer une prévision consensuelle et un règlement par le juge sur la même ligne, si ce n'est rendre une de ces voies vaines.

En cours d'instance, l'article 265-2 permet aux époux pendant l'instance en divorce de passer toute convention de liquidation et de partage de leur régime matrimonial. L'article 1450 ancien du Code civil permettait déjà aux époux de passer des conventions réglant par avance la liquidation et le partage de la communauté. Le principe d'immutabilité régissant le droit des régimes matrimoniaux a longtemps interdit toute manifestation de volonté des époux en instance de séparation, relativement

³⁰⁰ MASSIP (J.), *Le nouveau droit du divorce*, Defrénois, 2005, p.128 ; ainsi que FRICERO (N.), », in *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), LEMOULAND (J.-J.), (dir.), Litec, Paris, 2005, p.28. Les deux auteurs évoquent la possibilité de s'accorder sur le report de la date des effets du jugement.

au règlement de leurs intérêts patrimoniaux. Ils disposaient d'une réelle autonomie³⁰¹ grâce aux accords ponctuels, gagnant ainsi, du terrain sur l'immutabilité du régime matrimonial³⁰². Cependant, la forme notariée était exigée et une telle possibilité était réservée aux époux communs en biens. La loi du 26 mai 2004 a généralisé le mode conventionnel de liquidation et de partage qui a vocation à s'appliquer à tous les régimes matrimoniaux : communs en biens, séparés de biens ou de participation aux acquêts. L'exigence de la forme notariée ne trouve à s'appliquer qu'aux biens soumis à publicité foncière.

Même si leur convention ne peut prendre vie uniquement qu'après le prononcé du divorce ; le juge ne dispose que d'un faible pouvoir de contrôle sur le contenu de la convention. En effet, le juge aux affaires familiales est obligé de prendre acte de la convention de liquidation et de partage. Le juge est donc mis à l'écart dès que les époux s'entendent sur la liquidation de leur régime matrimonial et le partage. Une matière qui appartenait jusque là à l'ordre public, de ce fait indisponible, leur est complètement réservée. L'alinéa 2 de l'article 1451 permet à l'un des époux de demander que le jugement du divorce modifie la convention si les conséquences fixées par le jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage. Les conventions peuvent être modifiées uniquement à la demande d'un des époux. Qui plus est, le juge doit se cantonner à rétablir l'équilibre rompu par le jugement. Il doit préserver l'accord originel et ne doit pas le dénaturer. De surcroît, la voie conventionnelle offerte aux candidats au divorce rend subsidiaire l'intervention du juge, qui ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux « qu'à défaut d'un règlement conventionnel » (article 267 du Code Civil).

Les opportunités de résolution amiable ne s'arrêtent pas aux conséquences patrimoniales. A la demande des époux, dans le divorce pour faute, le juge peut se limiter à constater les faits constituant la cause de divorce sans énoncer les torts et griefs de chacun (article 245 -1).

³⁰¹ MASSIP (J.), *Le nouveau droit du divorce*, Defrénois, 2005, p.143, reprend les propos de Messieurs Flour et Champenois pour expliquer cette grande liberté : « cela s'explique par le fait que l'on a voulu permettre aux conjoints de faire pendant l'instance en divorce ce qu'ils pouvaient faire autrefois après son prononcé. Or après la dissolution du mariage les époux sont maîtres de leurs droits. »

³⁰² Civ., 1^{ère}, 21 janvier 1992, par une interprétation *a fortiori* a autorisé les époux à modifier le statut d'un seul bien déterminé, *J.C.P.*, 1992, I, 3614, n°4, obs. WIEDERKEHR.

Le système de passerelle favorise très largement une résolution consensuelle ou au moins semi consensuelle du divorce. A tout moment de la procédure que ce soit dans le cadre de la phase de conciliation ou après l'introduction de l'instance ou même en appel, les époux peuvent utiliser les passerelles. « Les époux peuvent, à tout moment de la procédure, demander au juge de constater leur accord pour pouvoir prononcer leur divorce par consentement mutuel (...) »³⁰³. Quant à l'article 247-1 du Code Civil, il prévoit une passerelle du divorce pour faute ou divorce pour altération définitive du lien conjugal vers le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage. Certes, ce n'est pas un divorce gracieux cependant, les époux sont d'accord sur le principe du divorce. S'ils sont d'accord sur le principe, il y a fort à espérer qu'ils s'accorderont sur certains éléments des conséquences du divorce. L'association des voix des époux trouve écho à tous les stades de la procédure contentieuse.

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 l'éducation de l'enfant (alinéa 1^{er} de l'article 373-2-7 du Code civil). La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a impulsé le mode conventionnel comme mode traditionnel du règlement des conflits. Jusqu'à la loi de 2002, les parents pouvaient uniquement présenter leurs observations (ancien article 287 alinéa 3) et le juge devait tenir compte des accords passés (ancien article 290, 1^o du Code civil). Les dispositions prises pour l'enfant relevaient du monopole du juge. En effet, ce monopole était justifié par le fait que les époux étant dans une procédure conflictuelle étaient incapables de régler le sort des enfants. Le juge aux affaires familiales était le gardien suprême de l'intérêt de l'enfant. La loi du 4 mars 2002 a renversé la présomption et le consensus parental est préféré à l'intervention du juge sous la réserve de l'intérêt supérieur de l'enfant. Et même, lorsque les conjoints n'arrivent pas à s'accorder, le juge doit prendre en considération : « la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure »³⁰⁴.

Ces différentes conventions sont impropres à créer des effets de droit sans l'homologation du juge. En effet, le législateur a aligné le régime des conventions du

³⁰³ Article 247 du Code Civil.

³⁰⁴ Article 373-2-11, 1^o, du Code civil.

divorce contentieux sur celui du divorce gracieux. Toutefois, le juge homologateur s'assure que, d'une manière générale, la convention respecte les intérêts des époux et des enfants. Son contrôle constitue pour l'essentiel à la sauvegarde des intérêts. Il n'opère pas, comme dans le cas du divorce par consentement mutuel, à la vérification de la réalité du consentement. L'utilisation de la voie conventionnelle dans le divorce contentieux crée en quelque sorte une présomption irréfragable de consentement dès lors que l'on est sur un terrain originellement conflictuel. Le juge aux affaires familiales dans la procédure contentieuse n'intervient plus obligatoirement dans les décisions et les choix du règlement du divorce.

« Des îlots 'gracieux' apparaissent ainsi dans une procédure contentieuse, pour soustraire à l'*imperium* du juge tout ce qui peut être convenu par les époux. ».³⁰⁵ Cette matière qui autrefois était hermétiquement fermée à ce mode de régulation des rapports sociaux, lui a été totalement ouverte. L'indisponibilité de l'état, sous l'ancienne législation, frappait d'inefficacité toute manifestation de volonté des époux tendant à accepter le principe du divorce ou à en aménager les effets.

Cette promotion de l'accord a entraîné un véritable transfert du pouvoir décisionnel aux époux. Ce qui amène à appréhender le concept du divorce de manière plus contractuelle qu'institutionnelle. Les parties, ont donc la quasi maîtrise de la résolution de leur divorce, l'accord régnant à tous les stades de la procédure. « La préférence conventionnelle est si forte que la décision judiciaire est supplétive d'accord »³⁰⁶. L'intervention du juge est par conséquent cernée par les accords des époux et il semble difficile de s'en détacher. Messieurs les Professeurs Hauser et Delmas Saint -Hilaire relèvent à cet égard que « cette entrée accélérée de la technique contractuelle dans le divorce conduit à relativiser considérablement la distinction qui avait été voulue presque solennelle en 1975, entre le divorce par consentement mutuel (ex requête conjointe), et les divorces contentieux. »³⁰⁷ L'ordre négocié a trouvé droit de cité dans la procédure contentieuse. Ce glissement du contentieux vers le gracieux a un

³⁰⁵ DELMAS SAINT- HILAIRE (P.), La prestation compensatoire et les autres conséquences patrimoniales du divorce », in *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, LARRIBAUTERNEYRE (V.), LEMOULAND (J.-J.), (dir.), Litec, Paris, 2005, p.67.

³⁰⁶ AZAVANT (M.), *L'ordre public et l'état des personnes*, Thèse, Pau, 2002, p.231.

³⁰⁷ DELMAS SAINT-HILAIRE (P.), HAUSER (J.), « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *Défrénois*, 2005, p358.

impact sur la procédure gracieuse, qui entraîne peu à peu un recul de plus en plus marqué du contrôle judiciaire.

§2 : L'accentuation de l'accord dans l'unique divorce gracieux

L'accentuation prend corps à travers une approche contractuelle du divorce par consentement mutuel (A.) et par la valorisation des volontés consentantes au divorce (B.).

A. L'approche contractuelle du divorce par consentement mutuel

L'apogée de la valorisation de l'accord des volontés privées dans le divorce par consentement mutuel serait d'affirmer que l'on peut divorcer grâce à un contrat. Pour autant, cette association a longtemps été combattue au nom du postulat de l'ordre public et de l'indissolubilité du mariage. Les effets du mariage étant d'ordre public, on ne peut y déroger, « par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »³⁰⁸.

Le divorce par consentement mutuel a fait l'objet de nombreuses critiques à l'aube de la réforme de 1975, notamment celle de conduire à la ruine de la famille, mais également de conduire à un accord inéquitable, arraché de force ou concédé par la lassitude³⁰⁹. Il est un divorce facile puisqu'il n'exige « que le seul consentement des époux. Aussi paraît-il susceptible de faire perdre au mariage sa gravité, sa stabilité, et de multiplier des unions fantaisistes. »³¹⁰ L'admission du divorce consensuel dans notre droit réduisait à néant le principe d'indissolubilité du mariage. La loi de 11 juillet 1975 a donc réalisé une innovation fondamentale en reconnaissant les divorces d'accords. Toutefois, elle a introduit le divorce sur demande conjointe « non pas comme le fruit d'un contrat, mais comme l'association d'un élément conventionnel et d'un élément judiciaire, dont chaque élément est indispensable et indivisible : l'accord des époux et le

³⁰⁸ Article 6 du Code civil.

³⁰⁹ NORMAND (J.), « Droit judiciaire de la famille et contrat », in *La contractualisation de la famille*, (dir.) FENOUILLET (D.), et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, 2001, p.219.

³¹⁰ CHESNE (G.), Le divorce par consentement mutuel », *Dalloz*, 1963, Chron., p95.

règlement global des effets, d'une part, et l'homologation du juge de l'autre (...). »³¹¹
Préciser le caractère non exclusivement contractuel du divorce laissait penser que divorcer n'était pas devenu plus facile, n'entachant pas ainsi la valeur du mariage.

Or, permettre aux époux de divorcer par consentement mutuel et régler leur divorce par une convention malgré l'intervention du juge, appelle à l'associer à la forme avoisinante du contrat. En effet, la présence du juge dans le divorce par consentement mutuel ne suffit pas à balayer l'hypothèse d'un « divorce contrat ». La mise en commun de la volonté de chaque époux dans la prise de décision de divorcer, a une valeur symbolique et hypothétiquement une valeur juridique. Ce divorce est fondé sur une volonté commune qui prend corps dans une convention. Le mot « convention » vient du latin *conventio* dérivé de *convenire* qui signifie venir ensemble, d'être d'accord. La convention est un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit. Le contrat quant à lui, vient du latin *contractus* dérivé de *contrahere* qui signifie : rassembler, réunir.

Pour les Professeurs Malaurie et Aynes : « Le contrat constitue une convention puisqu'il y a accord de volontés, mais il est une convention qui fait naître des obligations (article 1101 du Code civil). Tout contrat est une convention ; l'inverse n'est pas vrai, toute convention n'est pas contrat : le contrat est partie d'un ensemble plus général, la convention. »³¹² En d'autres termes, la convention du divorce par consentement mutuel ne signifie pas nécessairement « contrat de divorce », car une convention contrairement au contrat ne fait pas naître des obligations même si elle produit des effets juridiques. L'aval du juge empêche cette qualification, car lui seul peut lui donner force obligatoire.

Toutefois, le divorce fondé sur une volonté commune constitue indiscutablement une privatisation, une autonomisation du traitement du divorce. Le législateur lui a attribué la première place dans le classement des divorces. Il est l'unique divorce bénéficiant d'une procédure gracieuse. Le divorce sur demande acceptée devenu divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage a intégré la procédure des divorces contentieux. Cette distance met en évidence l'inclinaison du législateur pour le

³¹¹ MEULDERS –KLEIN (M.-T.), « Le démariage consensuel », *R.T.D.C.*, 1995, p570.

³¹² AYNES (L.), MALAURIE (P.), *Les obligations*, Defrénois, 3^{ème} éd., Paris, 2007, p.224.

divorce négocié. Le consentement des époux est complet, il concerne le principe et les conséquences du divorce, matérialisé par une convention qui doit être homologuée par le juge. C'est grâce à la communion de deux volontés individuelles que le divorce par consentement mutuel peut voir le jour.

L'article 230 du Code civil opère une certaine élévation au rang de contrat le divorce par consentement mutuel. En effet, le consentement mutuel est suffisant pour conduire au divorce, le divorce n'étant pas causé. Contrairement à l'ancien article 230 du Code civil qui présumait une cause mais permettait aux époux de la garder sous silence. « Lorsque les époux demandent ensemble le divorce, ils n'ont pas à en faire connaître la cause ». A cet égard, Monsieur Massip affirmait que la cause efficiente du divorce n'était pas « la volonté des époux », mais une cause que la loi autorisait « à garder secrète ».³¹³ On ne pouvait qualifier le divorce par consentement mutuel de contrat en l'absence de volonté commune, condition fondamentale de ce dernier. Ainsi, toute assimilation était anéantie et surtout elle aurait eu pour effet de nier le caractère institutionnel du mariage et au contraire mettre en avant son caractère contractuel. Le mariage étant une institution d'ordre public, non un simple contrat, dès lors la simple volonté de se séparer ne pouvait être une cause de divorce. Le divorce même consenti devait reposer sur une cause définie, une raison valable. Le souhait commun aux deux époux de divorcer était inconcevable. Nécessairement, la cause réelle résidait dans un fait, un motif précis que les époux souhaitaient caché sous l'apparence d'un consentement mutuel au divorce. Cette cause secrète était le témoin de l'obstination à réfuter l'hypothèse d'une désunion souhaitée sans autre raison particulière, que le temps, le désamour...

Monsieur Bianco-Brun sous l'empire de la loi de 1975, affirmait que le consentement mutuel était une simple condition de recevabilité et non une condition de réalisation du contrat car le divorce sur requête conjointe ne constituait pas « une cause péremptoire de divorce », mais restait « soumis à l'appréciation du juge »³¹⁴. Or dans l'actuel divorce par consentement mutuel, la cause est constituée par l'association des volontés individuelles des époux et s'impose donc, comme une condition de réalisation de la convention. En effet, le contrat nécessite quatre conditions essentielles pour sa

³¹³ MASSIP (J.), *La réforme du divorce*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 2ème Ed., 1986, p.14.

³¹⁴ BIANCO-BRUN (Y.), *Le consentement dans le divorce*, Thèse, Bordeaux I, 1988, p.227.

validité (article 1108 du Code civil), dont le consentement de la partie qui s'oblige. Ainsi, la forme d'un contrat est « l'expression extérieure de la volonté »³¹⁵ et il « est formé par le seul consentement, sans qu'aucune formalité ne soit imposée »³¹⁶ A l'instar du contrat, le divorce par consentement mutuel ne requiert pas de formalité si ce n'est l'expression de la volonté commune de divorcer. La convention de divorce naît bien du consentement mutuel, condition de formation du contrat. Cette affirmation permet un rapprochement certain entre la convention du divorce par consentement mutuel et le contrat, d'autant que l'accord tend de plus en plus à s'affirmer.

B. La valorisation des volontés consentantes au divorce

La procédure du divorce par consentement mutuel comporte deux phases : une étape extrajudiciaire densifiée par l'élaboration des accords et une étape unique judiciaire de validation. L'unique audience a conduit à une plus grande considération de la volonté des époux. Elle se concrétise par une véritable préparation en amont de l'étape judiciaire. La convention de divorce concrétise l'accord de rupture. Elle peut se décliner dans sa structuration sous la forme d'une part d'une convention parentale et d'autre part d'une convention de rupture organisant les aspects économiques de la fin de l'union. L'échange du consentement s'opère une fois et vaut pour toute la procédure au même titre que lors de la formation d'un contrat. La rencontre unique des volontés pour former le contrat faisait défaut sous l'ancienne loi. La persistance et le renouvellement du consentement dans le divorce sur requête conjointe étaient contraires aux conditions de formation du contrat. A cet égard, Jean Carbonnier ripostait : « Le divorce par consentement mutuel est un contrat qui se forme par degré. L'accord doit persévérer jusqu'à la phase ultime de la procédure. »³¹⁷

Les différents entretiens prévus sous la loi de 11 juillet 1975, permettaient au juge d'exercer une influence sur la convention. La première comparution imposait aux époux un projet de convention portant sur la garde, le droit de visite, les modalités d'entretien des enfants, la prestation compensatoire, la liquidation du régime

³¹⁵ AYNES (L.), MALAURIE (P.), *Les obligations*, Defrénois, 3^{ème} éd., Paris, 2007, p.250.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ CARBONNIER (J.), Cité par BIANCO-BRUN (Y.), *Le consentement dans le divorce*, Thèse, Bordeaux I, 1988, p.229.

matrimonial. Lors de ce premier entretien, le juge aux affaires familiales devait approuver ou ne pas approuver la convention temporaire et il examinait la demande avec chacun d'eux.³¹⁸ La loi de 1975 donnait l'illusion aux époux de régir leur divorce alors qu'ils ne disposaient que d'une liberté d'action limitée et largement encadrée par le juge. Cet encadrement laissait planer une « présomption d'incapacité » des époux à régler seuls leur divorce. L'allègement procédural était donc inévitable, la parole des époux consentant ne devait pas être illusoire mais effective.

Les futurs divorcés sont engagés davantage dans l'élaboration de leur convention. La responsabilisation dévolue aux époux divorçants ne peut s'opérer sans un transfert de compétence. La réalisation de la phase préparatoire extrajudiciaire dépend uniquement de la volonté des époux, le juge intervient *in fine*. La valorisation des volontés accordées empiète sur la tutelle du juge et corrélativement étend la force créatrice des époux. Le transfert du pouvoir décisionnel vers les époux³¹⁹ affaiblit l'utilité de l'intervention du juge du moins sur un pan de la procédure (l'élaboration des conventions). Certes le juge aux affaires familiales vérifie « si les intérêts en présence ont été équitablement préservés, et que les époux ont manifesté un consentement éclairé, mais la définition des modalités de la rupture appartient aux époux, aidés par les professionnels. »³²⁰ Le procédé conventionnel érige les époux comme de véritables contractants même si la convention réalisée par leur soin est insuffisante à produire des effets sans l'intervention du juge aux affaires familiales.

Le juge peut refuser d'homologuer la convention, en cas d'absence de consentement et s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. Le rôle du juge est donc indispensable pour obtenir le divorce, néanmoins il est absent lors de son élaboration. La négociation appartient aux candidats au divorce. Ils doivent débattre ensemble et aboutir à une solution mutuellement consentie. Le caractère gracieux de la procédure interdit au juge de fixer la moindre mesure, à ce titre qu'il est ici juge de l'homologation et non juge de désaccords. Il peut, toutefois, supprimer ou modifier les clauses lui paraissant contraires à l'intérêt des enfants et des époux uniquement avec leur autorisation.

³¹⁸ Anciens articles 230 et 231 du Code Civil.

³¹⁹ FRICERO (N.), in *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), LEMOULAND (J.-J.), (dir.), Litec, Paris, 2005, p28.

³²⁰ *Ibid.*

En cas de refus d'homologation, les époux disposent de six mois pour présenter une nouvelle convention (article 1100 du N.C.P.C.). L'ordonnance d'ajournement précise les conditions ou garanties auxquelles sera subordonnée l'homologation de la nouvelle convention. Cette précision représente l'ultime moyen pour le juge d'interférer dans l'organisation du divorce des époux consentants. Il peut refuser d'homologuer les mesures provisoires prévues par les époux lorsqu'elles ne sont pas conformes à l'intérêt du ou des enfants mais à la condition de motiver sa décision (article 250-2 aliéna 1). Si le juge refuse d'homologuer les mesures provisoires, il ne peut se substituer aux époux et ne peut prévoir à leur place ces mesures³²¹. Dans ce cas, il appartient aux époux de s'organiser en dehors de la justice, l'intervention du juge faisant défaut, alors même que les mesures provisoires prises par les époux seraient en contradiction avec l'intérêt des enfants³²². D'un côté, le juge n'homologue pas les mesures provisoires non conformes à l'intérêt de l'enfant ; mais d'un autre côté, il ne pallie pas cette violation puisqu'il laisse un vide juridique. Ce n'est qu'une illustration supplémentaire de son impuissance grandissante à dire le droit.

Lors du refus d'homologation de la convention du divorce par consentement mutuel, il ne peut davantage s'ingérer dans le règlement du divorce. Le juge aux affaires familiales homologue gracieusement, il ne décide pas. Il ne se substitue pas aux époux, la compétence décisionnelle étant exclusive à ces derniers.

« La volonté des époux brave même la portée de la décision du J.A.F : la convention homologuée peut être modifiée par une nouvelle convention entre les époux, elle-même soumise à l'homologation (article 279 alinéa 2) : l'autorité très relative de la chose homologuée cède devant une nouvelle expression de la volonté des parties (la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice, mais elle n'a pas l'autorité de la chose jugée qui interdirait toute remise en cause ...)».³²³ La valeur de la volonté des époux dépasse la portée de la décision du juge. La barrière de l'homologation peut être combattue par une autre convention homologuée. Chacun est cantonné dans son domaine et le juge ne dispose plus de moyens pour empiéter sur le

³²¹ Les articles 1100 du .C.P.C et 250-2 du code Civil.

³²² Il faut rappeler que les intérêts des époux ne sont pas pris en considération pour les mesures provisoires. Le contrôle du juge ne s'effectue qu'en fonction de l'intérêt de l'enfant, limitant, encore une fois son champ d'intervention.

³²³ FRICERO (N.), in *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), LEMOULAND (J.-J.), (dir.), Litec, Paris, 2005, p28.

champ de compétence des conjoints. « Le juge aux affaires matrimoniales³²⁴ ne peut se substituer aux époux pour modifier les stipulations contractuelles, il ne peut suggérer les modifications qu'il estime nécessaires sous la menace d'un refus d'homologation. Son pouvoir s'arrête là : paralyser l'effet de la convention de divorce voulu par les parties ; il ne peut s'immiscer dans la sphère réservée aux époux : les causes de leur divorce. »³²⁵

Les volontés individuelles sont créatrices de droit dans le règlement des rapports conjugaux. Jusque là, l'ordre public familial fondé sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes s'opposait à laisser les époux transiger³²⁶. Le juge aux affaires familiales n'a plus le monopole dans le règlement du divorce. Le divorce consensuel est l'apanage des époux et non plus du juge. « D'impérative la loi est devenue dispositive »³²⁷. Les clauses relatives aux enfants dans la convention de divorce sont révélatrices d'une abdication du droit. M. Bianco Brun³²⁸ évoque le fait que les enfants ne sont pas institutionnellement intéressés au divorce, ils ne l'organisent pas. Ils disposent d'un droit de parole affirmé par la Convention internationale des droits de l'enfant (article 388-1 du Code civil). On aurait pu en déduire que la sanction de leurs intérêts devait se traduire par une modification autoritaire par le juge des dispositions prises à leur sujet par les époux. Or, il n'en est rien. Dès lors qu'on permet aux époux d'organiser l'ensemble des conséquences du divorce, le juge ne peut intervenir sur un point donné sans risquer d'être arbitraire. Les modalités relatives aux enfants n'ont pas échappé à la force juridique des choix des époux. Le juge aux affaires familiales ne peut en disposer autrement, librement. Même pour les mesures relatives aux enfants, le juge aux affaires familiales est tenu par l'engagement des époux. Indiscutablement la partie conventionnelle de la procédure de divorce par consentement mutuel prend le pas sur la partie judiciaire.

Toutefois, affirmer un déclin de l'ordre public au profit des volontés des époux est à nuancer. Ce transfert de compétence est subordonné notamment à la nature du rôle du juge dans la procédure gracieuse. En effet, le contrat de divorce ne peut produire des effets de droit qu'après son homologation par le juge. Pour la Professeur Dekeuwer-

³²⁴ Le juge aux affaires familiales depuis 1993.

³²⁵ REVEL (J.), « Les conventions entre époux désunis », *J.C.P.*, 1982, I 3055.

³²⁶ CHAPELLE (A.), « Les pactes de famille », *R.T.D.C.*, 1984, p.412.

³²⁷ PREVEL (J.), préc.

³²⁸ BIANCO-BRUN (Y.), *Le consentement dans le divorce*, Thèse, Bordeaux I, 1988, p.229.

Défossez³²⁹ le divorce par consentement mutuel n'entre donc pas dans la catégorie contrat car ce n'est pas le divorce lui-même qui fait l'objet de la convention, mais seulement ses effets. Le caractère judiciaire du divorce absorbe largement la nature conventionnelle du règlement de ses effets³³⁰.

Néanmoins, l'accord porte tant sur le principe que sur les conséquences du divorce. L'élément prédominant ne réside-t-il pas plus dans l'accord des parties que dans le contrôle judiciaire ?³³¹ Les époux s'accordent pour divorcer et pour organiser le divorce. La convention ne concerne pas uniquement les effets du divorce, elle a une portée générale. La subordination d'homologation par le juge de la convention pour qu'elles produisent des effets fait obstacle à la qualification de contrat. Mais l'intensification du rôle des volontés met à mal la raison d'être du juge et, l'inanité du juge dans la procédure du divorce par consentement mutuel interpelle. C'est à travers la procédure gracieuse que le rôle du juge peut ou ne peut pas trouver sa justification.

SECTION 2 : LES CONVENTIONS SOUS CONTROLE JUDICIAIRE

L'existence d'un « droit au divorce » à travers le divorce d'accord ne peut s'affirmer sans que soit évoqué la notion de procédure gracieuse. C'est grâce aux caractéristiques de la procédure gracieuse que la thèse d'un « droit au divorce » par consentement mutuel va être soit confortée soit battue en brèche. La procédure gracieuse impose un contrôle judiciaire et c'est ce même contrôle qui influe sur la nature de la convention.

La tutelle du juge rend inefficace la volonté des époux à produire des effets de droit. En atteste l'inexistence d'un droit conventionnel au divorce par la substance gracieuse

³²⁹ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Divorce et contrat » in *La contractualisation de la famille*, FENOULLET (D.), (Dir.), VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, Collec. Etudes juridiques, 2001, 327p.

³³⁰ Civ. 2^e, 6 mai 1987, *Bull. Civ.*, II, n°103, *D.* 1987, 358, note GROSLIERE (J.-Cl.); *Defrénois*, 1987, p.106, note MASSIP (J.) ; *R.T.D.C.*, 1989, p.50, obs., RUBELLIN-DEVICHI (J.).

³³¹ AZAVANT (M.), *L'ordre public et l'état des personnes*, Thèse, Pau, 2002, p.231.

(§1). La liberté de divorcer ne saurait voir le jour sans une déjudiciarisation du divorce consenti (§2).

§1 : L'inexistence d'un droit conventionnel au divorce confirmée par la substance gracieuse

La spécificité de la procédure gracieuse découle notamment de l'implication du juge homologateur (A.), d'une absence apparente de litige (B.). Les particularités inhérentes au gracieux influent sur le régime de la décision d'homologation entre contractuel et juridictionnel (C.) Toutefois la légitimité du recours au juge dans la procédure gracieuse peut faire l'objet d'une remise en cause (D.).

A. L'implication du juge homologateur

La procédure gracieuse a été créée postérieurement à la procédure contentieuse. En effet, l'intervention originelle du juge était principalement contentieuse. Le passage de l'Etat gendarme à l'Etat providence a eu pour conséquence de multiplier les occasions pour le juge d'intervenir dans les rapports privés. La juridiction dite gracieuse ou volontaire s'est peu à peu affirmée, jusqu'à la consécration de son autonomie par l'article 25 C.P.C. : « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ».

La juridiction gracieuse et tout particulièrement l'homologation, est l'héritière de la juridiction volontaire du droit romain. Le développement de la juridiction gracieuse découle notamment de l'importance prise par la technique d'homologation judiciaire des actes juridiques. En effet, c'est grâce à cette technique que le législateur moderne a pu mettre sous tutelle du juge des intérêts privés qu'il n'entendait pas laisser à la libre disposition des justiciables. La procédure faisait intervenir deux pseudo plaideurs, l'un formulait une prétention, l'autre gardait le silence sans le contredire. Elle se caractérisait par le fait que le magistrat intervenait *inter volentes*, il donnait acte aux parties de leur accord *sine causae cognitione* et enfin sa décision relevait de son

imperium et non de sa *jurisdictio*³³². Dès lors le rôle du juge n'était pas de dire le droit « mais de donner force à l'accord des parties »³³³. La décision gracieuse était donc rendue lorsqu'il n'y avait pas de contestation. Le juge statuait sans connaissance de cause et par conséquent, agissait en dehors de son activité juridictionnelle. Désormais c'est le notaire qui est compétent pour l'essentiel de la matière de la juridiction volontaire, notamment le rôle d'authentification des actes privés. La raison originelle de la création de la procédure gracieuse n'est-elle pas le dénouement à notre questionnement sur la légitimité du rôle du juge dans le divorce par consentement mutuel ?

Les caractéristiques essentielles de la procédure gracieuse découlant de l'article 25 du C.P.C. sont l'absence de litige et la nécessité légale de recourir au juge. S'il est toujours vrai, que le juge gracieux intervient en l'absence de litige, il ne décide plus sans connaissance de cause.

La nécessité légale de recourir au juge s'exprime par l'homologation. L'homologation est définie par Monsieur Amiel Cosme comme: « Une approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité, et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice. L'homologation ne se conçoit ainsi que de la juxtaposition de deux éléments : un acte de volonté privé (*élément contractuel*) auquel s'adjoint une intervention du juge (*élément judiciaire*).»³³⁴

Monsieur Balensi³³⁵ évoque les différentes missions envisageables pour le juge dans la procédure gracieuse. Le juge de l'homologation peut avoir tantôt une fonction réceptive où il joue un rôle purement passif équivalent à un officier public enregistrant les déclarations. Tantôt une mission d'opportunité, où il dispose d'un large pouvoir d'appréciation. La question qu'il convient de se poser est : quelle fonction exerce le

³³² BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *R.T.D.C.*, 1978, pp44-45.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ AMIEL-COSME (L.), « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices*, janvier-mars 1997, n°5, p.135.

³³⁵ BALENSI (I.), préc., p58.

juge aux affaires familiales lors de l'homologation du divorce par consentement mutuel ?

Le juge n'est éclairé en principe que par le dossier présenté par les requérants, toutefois, il dispose de pouvoirs étendus. Il possède à cet égard des pouvoirs considérables d'initiative dans la conduite de la procédure. Selon les articles 26, 27, 28 et suivants du C.P.C, le juge procède d'office à toutes les investigations, il peut se prononcer sans débat, il règne de manière dérogatoire en souverain sur la matière gracieuse. Qui plus est, en matière familiale on assiste à un véritable monopole du droit. En effet, la volonté des époux doit être conforme à certaines valeurs dont la loi fait dépendre la légitimité de l'opération. L'homologation doit assurer une confrontation des prétentions des requérants aux exigences légales et le juge ne peut homologuer que si les conditions prévues par la loi sont réunies. Ainsi, le juge doit se plier à une appréciation de nature juridictionnelle. Le juge de l'homologation a pour mission de dire le droit, c'est-à-dire exercer un véritable contrôle d'opportunité. En atteste, les recours ouverts contre les décisions d'homologation. Elles sont susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Si le juge n'avait pas l'obligation d'appliquer la loi, il ne pourrait lui être reproché de la violer et par conséquent, le pourvoi en cassation serait inconcevable contre une décision d'homologation.

Le juge aux affaires familiales vérifie la conformité de la convention aux normes qui s'imposent. Cependant, il le fait en fonction d'un dossier réalisé par les époux eux-mêmes et de ce fait par des normes autoproclamées. Il ne peut dès lors que se cantonner à un regard superficiel. Il ne dispose que d'éléments volontairement donnés par les époux. Le contrôle de légalité dans le divorce par consentement mutuel s'apparente à une vérification en diagonale de la notion standard des intérêts. Le juge du divorce dans la procédure gracieuse relève plus du bon père de famille que de sa *jurisdictio*. Il recherche davantage à préserver un certain équilibre des intérêts en présence qu'à appliquer strictement la loi. Qui plus est, affirmer qu'il dit le droit peut paraître véhément. Il ne dit pas explicitement et directement le droit puisqu'il ne peut s'ingérer dans la réalisation des conventions même lors du premier refus d'homologation. L'ordonnance précise les conditions et garanties auxquelles sera subordonnée l'homologation de la nouvelle convention (article 1100 alinéa 3 du N.C.P.C.), mais il ne peut la rectifier. Ce sont donc les époux, qui disposent de la compétence de dire le droit

car c'est à eux que revient la mission d'écrire leurs normes³³⁶. Leur convention pourra être modifiée uniquement par une nouvelle convention réalisée par leur soin et homologuée par le juge.³³⁷ Selon Monsieur le Professeur Beignier la limite de son pouvoir se trouve dans à l'alinéa 2 de l'article 231 : « Il n'a pas le pouvoir de réformer cette convention. Au fond, son seul pouvoir est de l'approuver ou de la désapprouver »³³⁸. Il ajoute que dans la pratique des palais, en s'appuyant sur un arrêt de la deuxième chambre civile du 14 février 1990³³⁹, que les juges peuvent utiliser des motifs pré imprimés.

L'entière disposition aux époux du droit du divorce dépend de l'intensité de l'intervention du juge. Seul un contrôle effectif et réel dans la procédure gracieuse du juge en tant que garant de l'ordre public permettrait de mettre à néant l'hypothèse d'un « droit au divorce ». Si son intervention se réduit à une simple authentification, dans ce cas, il existe bien une liberté de divorcer. Si le juge ne fait qu'entériner l'accord, son passage est transformé en une simple formalité. Ainsi, l'homologation ne ferait pas perdre sa nature contractuelle aux conventions du divorce par consentement mutuel. Mais elle est obligatoire, même si l'intervention du juge ne représente qu'« une chambre d'enregistrement », la convention des époux est impropre à produire des effets sans son aval.

Une décision de la première chambre civile du 14 janvier 1997, a considéré que « l'homologation judiciaire laisse subsister le caractère contractuel du changement de régime matrimonial des époux... »³⁴⁰ Elle reconnaît ainsi la validité et l'indépendance du contrat vis-à-vis du jugement d'homologation. Cette décision n'est pas directement transposable en matière de divorce sur requête conjointe, puisque le changement de régime matrimonial n'opère pas comme la convention définitive liée au prononcé du divorce sur requête conjointe, un changement d'état. Toutefois, « le critère de l'état des

³³⁶ A contrario, LE NINIVIN (D.), « Matière et procédure gracieuse », Procédure Civile, 1994, Fasc. 116. « Ce que l'on demande au juge gracieux, c'est bien de dire le droit, en accordant ou en refusant la mesure sollicitée selon qu'elle représente ou non une harmonie avec l'ordonnancement juridique ».

³³⁷ Article 279 alinéa 2 du Code civil.

³³⁸ BEIGNIER (B.), « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Droit de la famille*, 2008, Etude, p.10.

³³⁹ Cass., 2^e civ., 14 février 1990, n°88-12.648: *JurisData*, n°1990-700243 ; *JCP* 1990, IV, p.140 ; *Bull. Civ.*, 1990, II, n°31.

³⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 14/01/1997, *Bull. civ.* I, n°20; *J.C.P.*, 1997, II, 22912, note PAILLET (E.); *J.C.P.*, 1997, I 4047, n°12, Obs. WIEDERKEHR; *D.*, 1997, p.273, rapp. SAVATIER ; *R.T.D.C.*, 1997, p.985, Obs. VAREILLE ; *Def.* 1997, p.420, Obs. CHAMPENOIS.

personnes resurgit en tant que limite à l'avancée du contrat ordinaire mais pour combien de temps ? »³⁴¹

L'implication de juge n'est pas concluante pour affirmer un quelconque droit. L'absence de litige qui est une autre caractéristique de la procédure gracieuse ne confère pas plus de pouvoir aux époux

B. L'absence apparente de litige

Le litige s'impose comme critère de démarcation entre acte gracieux et contentieux. La juridiction gracieuse doit correspondre à des hypothèses sans litige, c'est le cas du divorce par consentement mutuel. En effet, aucun point de désaccord, aucune prétention antagoniste n'est soumise au juge. « Le litige s'entend donc, d'un différend juridique, d'un désaccord de volontés relativement à un objet. Schématiquement, ce phénomène se décompose en deux prétentions opposées, la prétention première par laquelle un sujet de droit revendique un droit subjectif, et la seconde la résistance à cette prétention. »³⁴². Le critère de l'absence de litige peut céder devant l'argument de la préexistence du litige dans le gracieux. L'absence de litige n'est pas permanente, il peut surgir à tout moment de la procédure. C'est donc le critère de défaut d'adversaire qui découle directement de celui de l'absence du litige, qui est parfois retenu. « On sera dans le domaine du contentieux chaque fois que le procès opposera deux ou plusieurs parties, on sera dans le domaine gracieux lorsqu'il n'y aura pas d'adversaire dans la procédure même ».³⁴³

L'absence de litige condamne l'hypothèse d'un droit au divorce *stricto sensu*. Dès lors qu'il n'y a pas de litige dans la procédure gracieuse, l'une des deux parties ne peut revendiquer un droit. La procédure gracieuse suppose un consensus de la part des parties. Il n'y a pas de revendication unilatérale d'un droit, la procédure gracieuse étant engagée par voie de requête. Elle suppose un accord entre les requérants sur la mesure sollicitée et excluent par conséquent un litige entre eux. Quant à un droit conventionnel

³⁴¹ IZARN BALBO (N.), *Convention entre époux et divorce contribution à la définition d'un ordre public de séparation*, Thèse, Toulon, 2000, p.75.

³⁴² PIERRE-MAURICE (S.), *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Paris, Dalloz, 2003, p.18.

³⁴³ *Ibid.*, p.19

de divorce, celui-ci n'est pas plus probant. L'idée de préexistence du litige inhérente à la procédure gracieuse s'oppose à l'idée d'un droit conventionnel. Dès qu'un litige survient la procédure sort du domaine gracieux pour devenir contentieuse. Ainsi la procédure gracieuse n'est jamais que provisoire et peut basculer dès qu'une partie ou un tiers élève une contestation contre la mesure sollicitée. La scission entre juridiction gracieuse et contentieuse dépend seulement de « l'élévation d'un litige »³⁴⁴. Le Professeur Cornu affirme : « Le champ que la loi libère, c'est d'abord à des volontés accordées, non en général à des initiatives individuelles qu'elle l'ouvre, et presque toujours, sous couvert de la juridiction gracieuse, moyennant un contrôle du juge ».³⁴⁵ Ainsi, l'absence de litige ne confère pas de droit, mais une procédure judiciaire simplifiée. Les parties intéressées n'ont simplement pas d'objections à formuler. « L'absence de litige ou de partie adverse est la conséquence plutôt que la cause du caractère gracieux ».³⁴⁶ L'absence de litige ou d'adversaire ne dispense pas du contrôle du juge.

La volonté commune des époux pour divorcer nécessaire pour enclencher une procédure gracieuse permet une procédure adaptée à une situation dénuée de conflit. Elle ne confère pas d'effet juridique et doit avoir pour support une décision de justice.

C. La décision d'homologation entre contractuel et juridictionnel

La question sur le caractère juridictionnel des décisions gracieuses est très controversée. L'homologation s'entend de « l'approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité, et souvent un contrôle d'opportunité, conférant à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice »³⁴⁷. Le contrôle effectué par le juge dans la procédure gracieuse s'apparente au jugement et par conséquent la décision d'homologation a autorité de chose jugée. Mais cette affirmation peut être combattue par la particularité de l'acte d'homologation et les conséquences de cette particularité. En effet, « ce qui fait

³⁴⁴ BERGEL (J.-L.), « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *Dalloz*, 1983, Chron., p.167.

³⁴⁵ CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, p.15.

³⁴⁶ WIEDERKEHR (G.), « L'évolution de la justice gracieuse », in *Mélanges offerts à P. DRAI*, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, p.491.

³⁴⁷ V° : Homologation, CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Puf, 2007.

l'originalité des décisions du juge de l'homologation parmi les décisions gracieuses, c'est essentiellement qu'elles se greffent sur des actes juridiques préexistants, qui pourraient très bien se suffire à eux-mêmes si le législateur n'en avait pas décidé autrement. (...). Le caractère hybride, mi-conventionnel, mi-judiciaire de l'acte homologué apparaît bien comme l'essence de l'homologation judiciaire. »³⁴⁸
C'est cette particularité qui rend confus la nature de ses effets juridiques.

La doctrine classique ne reconnaît pas l'autorité de chose jugée aux décisions gracieuses. La décision gracieuse n'est pas le résultat d'un acte juridictionnel qui tranche un litige. Elle fait le lien entre la contestation et l'autorité de chose jugée, en se fondant notamment sur l'article 480 C.P.C. qui prévoit : « Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. Le principal s'entend de l'objet du litige tel que déterminé par l'article 4 ».

Quant à l'article 952 C.P.C., il permet au juge de première instance sur déclaration d'appel contre une décision gracieuse de « modifier ou rétracter sa décision ». Ainsi, la décision d'homologation est insusceptible de faire l'objet d'un recours de droit commun. Un arrêt du 6 avril 1994³⁴⁹ conforte cette thèse. La Cour de cassation affirme que les décisions émanant de la juridiction gracieuse ne sont pas revêtues de l'autorité de chose jugée et sont susceptibles d'être rapportées ou modifiées si les circonstances dans lesquelles elles ont été prononcées viennent à changer. La décision gracieuse ne dessaisit pas le juge.

En contradiction avec la doctrine classique, la doctrine moderne reconnaît que l'acte homologué est un acte juridictionnel. L'homologation procède d'une confrontation de la convention avec les règles de droits qui s'imposent. Dès lors c'est un acte juridictionnel qui a autorité de chose jugée. « Pourquoi devrait-on réserver un sort différent aux contestations de fait opérées par le juge et aux conséquences qu'il en a tirées selon qu'il existe ou non un litige ? Si le rôle que tient le juge dans l'une et l'autre

³⁴⁸ BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *R.T.D.C.*, 1978, p.46.

³⁴⁹ Civ, 1^{er}, 6 avril 1994, *bull. civ.*, I, n°141 ; *Justices*, juillet - décembre 1995, n°5, p.283, note G.WIEDERKEHR

situation est fondamentalement le même, les décisions doivent pour l'essentiel produire les mêmes effets ».³⁵⁰

Elle justifie la nature juridictionnelle de la décision d'homologation notamment par l'article 279 alinéa 1 Code civil : « La convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice ». Certes, la force exécutoire ne doit pas être confondue avec l'autorité de la chose jugée, toutefois la convention homologuée est associée à une décision de justice. Cette thèse est corroborée par des arrêts rendus par la Cour de cassation, qui entrave le principe selon lequel le juge après son homologation resterait saisi. Notamment dans une décision du 6 mai 1987³⁵¹, la deuxième chambre civile a énoncé que les époux lors d'un divorce sur requête conjointe ne peuvent contester ultérieurement la convention homologuée en raison du caractère indissociable du prononcé du divorce et l'homologation de la convention. Ainsi le prononcé du divorce et l'homologation de la convention purgent cette dernière de tous ses vices. C'est donc, la vérification juridictionnelle du juge qui transforme la convention en décision de justice. Seul le jugement de divorce donne une valeur à la convention, qui serait impropre par elle –même à produire des effets. Ainsi, le jugement absorbe la convention et met sous le coup de la décision juridictionnelle l'ensemble (convention et divorce). Le principe d'indivisibilité entre la convention et le divorce a donc entraîné « toute une série de conséquences profondément déroatoires au droit des contrats : (...) impossibilité de remettre en cause la convention pour quelque motif que ce soit »³⁵².

L'homologation conférant à la convention les mêmes caractéristiques qu'une décision de justice démontre bien la limite, la frontière infranchissable des époux. L'homologation cantonne la convention des époux à un projet de contrat. Certes ils peuvent disposer du droit pour créer leur propre convention mais celle-ci n'aura d'effet que si elle est soumise au contrôle du juge. La nature juridictionnelle de la décision d'homologation empêche d'affirmer l'existence d'un droit conventionnel au divorce. La convention de divorce par consentement mutuel n'est pas entièrement de nature

³⁵⁰ HERON (J.), repris par AMIEL-COSME (L.), « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices*, janvier-mars 1997, n°5, p150.

³⁵¹ Civ. 2^e, 6 mai 1987, *Bull. Civ.*, II, n°103, *D.* 1987, 358, note GROSLIERE (J.-Cl.); *Defrénois*, 1987, p.106, note MASSIP (J.) ; *R.T.D.C.*, 1989, p.50, obs., RUBELLIN-DEVICHI (J.).

³⁵² DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.), (Dir.), VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, Collec. Etudes juridiques, 2001, p.72.

contractuelle comme la qualifie la doctrine classique. La décision de se délier n'est donc pas à l'entière disposition des époux.

De surcroît, le jugement d'homologation est régi par les voies de recours ordinaires prévus par le législateur contre les jugements (contentieux). « La stipulation litigieuse, faisant corps avec le jugement qui homologuait la convention définitive, ne peut être attaquée que par les voies de recours prévues à l'encontre des décisions de justice »³⁵³. L'article 543 du C.P.C. dispose que « la voie d'appel est ouverte en toute matière, même gracieuse (...) ». La voie d'appel en matière gracieuse est, toutefois, soumise à des règles spéciales (article 950 et suivant du C.P.C.). Le pourvoi en cassation est également admis même en l'absence d'adversaire (article 610 du C.P.C.). Une révision est possible afin d'éviter que l'absence de révision pour l'un des conjoints ait des conséquences d'une exceptionnelle gravité, encore faut-il qu'ils l'aient prévue dans leur contrat.³⁵⁴ Concernant la rétractation de la convention homologuée, l'article 460 C.P.C. pose le principe d'irrecevabilité de l'action en nullité de droit commun contre un jugement. L'indivisibilité du prononcé du divorce et de l'homologation de la convention entraîne l'irrecevabilité de toutes actions relatives aux vices de consentement³⁵⁵ notamment pour lésion.³⁵⁶

C'est encore l'étendue du contrôle opéré par le juge qui va déterminer la nature de la convention homologuée. Il paraît difficile d'affirmer que le juge de l'homologation tranche une contestation dans la procédure gracieuse, alors que la procédure gracieuse trouve sa source dans le consentement et l'absence de conflit. Enoncer que contrôler signifie trancher est une hérésie. Contrôler c'est « soumettre à un contrôle, à une vérification », alors que trancher c'est « résoudre en prenant une décision rapide ». Il ne peut y avoir de prise de décision sur quelque chose déjà convenue. Dès lors, l'autorité de chose jugée des décisions du juge de l'homologation couvre « seulement ce qui fait l'objet de la vérification juridictionnelle »³⁵⁷. Seule une vérification effective et utile du juge peut justifier la nature juridictionnelle du jugement

³⁵³ Civ. 2^e, 19 février 1986, Bull. civ., II, n°22.

³⁵⁴ Article 279 alinéa 2 et 3.

³⁵⁵ Civ. 2^e, 13 novembre 1991, Bull. civ., II, n°303 ; *Defrénois*, 1992, p.721., obs. MASSIP (J.).

³⁵⁶ Civ. 2^e, 6 mai 1987, Bull. Civ., II, n°103; *D.* 1987, p.358, note GROSLIERE; *Gaz. Pal.*, 1988, note MASSIP (J.).

³⁵⁷ AMIEL-COSME (L.), « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices*, janvier-mars 1997, n°5, p146.

d'homologation. Le jugement d'homologation ne se mesure donc pas « par l'étendue de ce qui a été jugé mais plutôt par l'étendue de ce qui a été tranché ».³⁵⁸ La Cour de cassation dans un arrêt du 8 juillet 1981 confirme cette position : « une décision ne comporte l'autorité de chose jugée que sur les points qu'elle a tranchés ».

La réalité de la vérification juridictionnelle est difficile à concevoir, lorsque le seul résultat de l'homologation du juge consiste à valider la convention sans autres précisions. Qui plus est, cette recrudescence pour l'accord qui est également présent dans le divorce contentieux suscite un questionnement sur l'utilité du juge dans le divorce gracieux. Si l'on reprend les propos de Monsieur Balensi, les actes établis par les époux « pourraient très bien se suffire à eux-mêmes si le législateur n'en avait pas décidé autrement. (...) ». Ils sont révélateurs d'une friabilité de la justification de l'intervention du juge.

S'il se contente d'enregistrer une convention, il s'agit d'une décision non juridictionnelle, alors que s'il procède à des vérifications, elle a un caractère juridictionnel, au moins en ce qui concerne les points qui auront fait l'objet du contrôle. « Or si l'on constate après analyse que le contrôle opéré par le juge sur ces conventions est inexistant, incomplet ou totalement inefficace peut-on toujours dire qu'il s'agit d'une décision juridictionnelle ? Une réponse négative s'impose. »³⁵⁹ L'obligation de recourir au juge mise à part les justifications d'ordre symbolique, s'apparente de plus en plus à une simple fonction administrative. Ce qu'une autre autorité est, dans cette hypothèse, tout à fait, à même de faire.

D. La mise en cause de la légitimité du recours au juge

L'obligation de saisir le juge (afin qu'il puisse contrôler les consentements et la convention), constitue un palliatif de l'ordre public. Car si la loi a libéralisé le divorce en permettant aux candidats au divorce d'écrire leur divorce, cela ne se fait pas sans l'édition du juge. L'immixtion du juge aux affaires familiales dans la procédure de

³⁵⁸ BERGEL (J.-L.), préc., p.167.

³⁵⁹ IZARN BALBO (N.), *Convention entre époux et divorce contribution à la définition d'un ordre public de séparation*, Thèse, Toulon, 2000, p.79

divorce par consentement mutuel représente l'aspect symbolique du mariage. Il agit comme un garde-fou à la fameuse dérive des statistiques élevées du divorce. Mais l'obligation légale de recourir au juge a perdu du sens. Comment justifier qu'un divorce peut être demandé et obtenu unilatéralement sans autre condition qu'une cessation de vie commune de deux années et imposer un passage devant le juge lorsque les époux sont consentants tant sur le principe que sur les conséquences du divorce. Le législateur a admis un divorce sur demande unilatérale, qui exige une certaine orchestration du juge quant aux effets du divorce, eu égard à l'époux non demandeur. Il en va de même pour le divorce pour faute où il doit trancher un conflit opposant les époux et déterminer les torts respectifs. Quant au divorce accepté, il doit régler les conséquences du divorce, car les parties n'arrivent pas à s'entendre. Mais la nature de l'intervention du juge aux affaires familiales dans le divorce consensuel est plus floue, si l'on tient compte du fait que les époux ont accepté de divorcer et ont réglé leur divorce. L'obligation légale de recourir à la justice dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel est encline donc à susciter une perpétuelle remise en question.

« Le recours à la justice a pour fondement théorique la nécessité de soumettre les intérêts privés à la tutelle du droit et pour fondement pratique l'inefficacité d'un droit ou d'une situation juridique. (...)La réalisation des droits se voit dotée d'une nature différente(...).On oppose ainsi la matière gracieuse où se dresse un obstacle de droit, posé par la loi elle-même, à la juridiction contentieuse, où l'efficacité des droits est paralysée par un obstacle de fait, la résistance génératrice de la contestation. »³⁶⁰ Le passage devant le juge lors du divorce par consentement mutuel découle d'une décision « arbitraire » du législateur. Alors qu'en matière contentieuse, le recours au juge étatique n'est qu'un des modes de règlement du litige parmi d'autres, il est en matière gracieuse, la seule voie possible. L'exclusivité du recours au juge étatique accentue le sentiment d'une obligation inique.

« Le juge est d'abord là pour trancher des litiges. S'il ne saurait être question de le réduire à ce seul rôle, il n'empêche qu'il n'est besoin de juge qu'à propos de litige. »³⁶¹ Monsieur le Professeur Wiederkehr ajoute l'inutilité du contrôle préventif

³⁶⁰ BERGEL (J.-L.), « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *Dalloz*, 1983, Chron., p122.

³⁶¹ WIEDERKEHR (G.), « L'évolution de la justice gracieuse », *in Mélanges offerts à P. DRAI*, Le juge entre deux millénaires, *Dalloz*, p.490.

sur certaines situations notamment lors de l'homologation sous prétexte qu'elles pourraient donner lieu un jour à un litige. Si le rôle du juge aux affaires familiales dans le divorce consensuel équivaut à une simple vérification de la préservation des consentements et des intérêts des époux et des enfants, pourquoi ne pas donner aux mots des époux une authenticité naturelle comme le préconise l'article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Le juge apparaît plus comme un obstacle au règlement consensuel du divorce que comme le garant de l'ordre public. Les professeurs Cornu et Foyer considèrent également que la matière gracieuse est « une restriction au consensualisme, une règle d'incapacité, une limite à un pouvoir », d'autres auteurs parlent « d'impuissance de la volonté ».³⁶² La volonté unilatérale ou conventionnelle a donc « été rendue impuissante à produire, par ses propres vertus, l'effet juridique que son auteur en attendait. »³⁶³ Les époux ont la jouissance et l'exercice de leurs droits mais la loi a rendu inefficace leur volonté, pourtant théoriquement porteuse d'effets juridiques. On assiste en quelque sorte à une violation de l'autonomie de la volonté. Permettre un divorce consenti fondé sur une convention déterminée par les époux et la priver d'effet ne va pas longtemps résister aux volontés de plus en plus participatives.

L'acte de volonté privée prend alors la forme d'une convention consacrant une modification d'un contrat préalable, le mariage, et s'analysant en un *mutuus dissensus*. Le divorce par consentement mutuel procède de la volonté des deux époux exprimant une conciliation d'intérêts contradictoires. L'accord des époux pour divorcer constituant une convention parfaite quant aux conditions générales de validité des actes juridiques susceptibles de produire des effets de droit voulus par les parties. L'intervention du juge n'est pas dès lors techniquement indispensable. On peut légitimement se demander l'« utilité »³⁶⁴ du juge et l'utilité de la consécration judiciaire de l'acte. Qui plus est, dans le cadre du divorce par consentement mutuel, l'intervention du juge touche la

³⁶² PIERRE-MAURICE (S.), *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Paris, Dalloz, 2003, p163.

³⁶³ *Ibid.*, Le doyen Normand. *A contrario*, Monsieur le Professeur Pierre-Maurice considère qu'on ne peut pas parler d'incapacité car l'intervention du juge s'ajoute à celle de l'auteur de l'acte juridique.

³⁶⁴ HAUSER (J.), « Le juge homologateur en droit de la famille », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, (dir.) ANCEL (P.), RIVIER (M-C), Economica, 2001, pp.114-126. Le Professeur Hauser « s'interroge donc sur le rôle de l'homologation en tant que vérificatrice et certificatrice de l'intégrité du consentement, on peut parler de crise de l'homologation. Partout où elle est censée remplir ce rôle elle y est contestée voir promise à la disparition.... »

sphère la plus intime des individus. On peut donc trouver inopportun de devoir recourir au juge en l'absence de litige, alors même que toutes les parties sont d'accord.

L'ordre public conjugal qui est le rempart absolu à la libéralisation entière du divorce, est représenté dans le divorce par consentement mutuel par l'homologation du juge. Or, l'argument de l'ordre public va finir par céder sous le poids des barrières de plus en plus auto-imposées. Ce sont les parties qui créent leurs propres contraintes et non plus la loi en matière de divorce. En effet, selon Monsieur le professeur De Béchillon le contrat ou la convention devient « un acte juridique comme les autres, une technique d'élaboration du droit. De la sorte, il édicte une proposition normative : telle chose doit ou ne doit pas être, tel événement ne doit pas survenir. Ainsi le contrat engendre une règle juridique intimement comparable à celle qui résulte directement de la loi... »³⁶⁵. Indiscutablement les candidats au divorce créent leurs propres obligations, leurs propres règles impératives, leurs propres normes à travers les conventions³⁶⁶, même si celles-ci doivent être soumises au contrôle du juge. Ce droit conventionnel au divorce aurait pu produire pleinement ses effets si le juge n'intervenait pas durant la procédure. L'hypothèse d'un divorce sans juge a été soulevée à plusieurs reprises.

§2 : La déjudiciarisation du divorce conventionnel

La procédure du divorce sans juge est confrontée d'une part à l'admission de son concept (A.) et d'autre part, à sa faisabilité (B.)

³⁶⁵ DE BECHILLON (D.), « Le contrat comme norme dans le droit public », *R.F.D.A.*, 1992, 1, p24. Monsieur le Professeur De Béchillon explique à propos des contrats en droit administratif que si toute proposition génératrice d'une obligation porte une norme, rien ne fait obstacle à ce que le contrat, support d'une telle obligation, soit compris comme normatif. Le contrat est la loi des parties et l'effet relatif du contrat n'affecte pas sa normativité.

³⁶⁶ Même si les conventions ou les contrats *su* définis ne relèvent pas de la matière administrative.

A. L'admission du concept de divorce sans contrôle judiciaire

La déjudiciarisation du divorce suscite toujours les mêmes points de discordances quant à son acceptation qui sont : l'aptitude des époux au divorce consenti (1°), le rôle de la justice dans le divorce convenu (2°), les craintes de la désinstitutionalisation du mariage (3°) et les raisons utilitaires (4°) sous le regard des exemples européens (5°).

1°) L'aptitude des époux au divorce consenti

La conjoncture actuelle du divorce par consentement mutuel qui a indéniablement réduit le domaine d'intervention du juge amène à s'interroger sur la pertinence du maintien de son intervention. Son maintien met en cause l'aptitude des époux à maîtriser les arcanes du droit conventionnel du divorce. Les époux disposent de toute latitude pour choisir la voie du mariage et la perd pour divorcer. Or, la solennité de l'échange des consentements lors de la formation de l'union conjugale se manifeste selon des formalités différentes, tout autant, au moment de sa dissolution. Le divorce par consentement mutuel serait l'expression de ce que les époux peuvent défaire d'un commun accord ce qu'ils ont fait. Pour le mariage, le consentement des époux ne fait pas l'objet d'une vérification du juge, alors pourquoi l'imposer pour divorcer. L'argument de la symétrie des formes qui est invoqué sous entend la promotion de la volonté individuelle dans le statut familial et corrélativement le retrait de l'immixtion du juge. Les futurs divorcés devraient pouvoir rompre librement leur union en époux responsables. « La rupture conjugale est vécue comme un évènement qui au fond ne regarde personne, sinon l'homme et la femme qui la vivent. La mutation symbolique qu'est le démariage implique aussi bien la privatisation du divorce que celle de la fondation du couple ». ³⁶⁷ S'il existe un droit au mariage, pourquoi rejeter le droit au divorce ?

Le cas du divorce accepté est une illustration topique de la considération très relative du principe de consensualisme dans la résolution du divorce. Alors que les époux acceptent communément le principe du divorce, c'est une procédure contentieuse

³⁶⁷ THERY (I.), *Le démariage : justice et vie privée*, O. Jacob, Paris, 1993, p203.

qui est prévue. La loi impose en quelque sorte, un « contentieux artificiel »³⁶⁸. Ce phénomène est transposable au divorce par consentement mutuel qui découle du contrat mais auquel la loi impose artificiellement une procédure judiciaire. L'illogisme des concepts peut de prime abord laissé perplexe quant à la préservation du contrôle judiciaire.

2°) Le rôle de la justice dans le divorce convenu

Le divorce pour ceux qui le vivent est un évènement marquant à lui seul. A cela, la loi ajoute un passage devant la justice. Or, généralement, c'est par le biais du divorce que les candidats au divorce ont leur premier et unique contact avec la justice. Ainsi ce passage obligatoire devant le juge marque davantage la gravité du divorce, ce qui oblige la justice à donner du sens à cette immixtion du droit dans un évènement aussi intime. A cet égard, Mme Irène Théry démontre, grâce à des témoignages que la recherche du sens dans la procédure judiciaire du divorce par consentement mutuel fait souvent défaut. « Ca a duré deux trois minutes, alors toutes ces démarches, ce temps perdu....tout ça pour qu'on vous dise...c'est bon ? Vous êtes d'accord ? Qu'est-ce que vous voulez rajouter de plus ! Vous n'avez pas le temps de discuter... ». « C'est vraiment une formalité à remplir, administrative, on entre et on ressort tout de suite et ça nous a coûté tant, ça rapporte rien au point de vue je dirais humain qu'on recherche... »³⁶⁹.

La fonction du juge semble être mise à mal. Celui-ci ne peut que procéder à un examen sommaire. En effet, il paraît difficile de s'immiscer dans les affaires où les époux ont une entière maîtrise. Il rend dès lors une décision de pure forme. Seule subsiste l'impression d'une justice expéditive et déshumanisée. Mme Irène Théry va jusqu'à parler de « parodie de justice »³⁷⁰. Elle l'explique par le fait que dans la pratique, l'immense majorité des divorces par consentement mutuel est moins contrôlée que purement et simplement enregistrée. S'il n'y a pas de désaccord visible, on s'en tient là. Le maintien du juge dans la procédure doit se justifier par une réelle fonction

³⁶⁸ BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *R.T.D.C.*, 1978, p.56.

³⁶⁹ THERY (I.), *préc.*, p.222 et 224.

³⁷⁰ *Ibid.* p.225.

de sacralisation à la fois du divorce et du mariage. Le rituel judiciaire ne doit pas être qu'une coquille vide. « Ce qui crée leur stupeur, c'est la contradiction entre l'obligation du divorce judiciaire et son traitement purement administratif. Pourquoi un juge s'il ne juge pas, s'il ne soumet pas le pacte privé aux principes du droit »³⁷¹.

En effet, l'immixtion de la justice dans le droit de la famille est souvent considérée comme une ingérence abusive. « Elle ne fait que retranscrire en catégories juridiques, dénaturantes, où les individus ne se reconnaissent plus, une histoire qui les implique dans toutes les dimensions de leur être. Il ne s'agit en matière familiale ni de sanctionner, ni de dire le droit, aux normes terriblement imprécises et subjectives (...) ».³⁷² La propension croissante au respect de la liberté individuelle est de nature à affaiblir le contrôle social et confine la justice « dans un rôle passif » qui remplit « un travail d'enregistrement et de certification façon guichet »³⁷³.

Toutefois, même si le contrôle du juge est parfois sommaire, la crainte révérencielle peut-être influe sur la procédure... C'est peut être le symbole du juge qui permet aux époux et aux avocats de rester dans le cadre légal et ainsi maintenir un certain ordre. « Que le contrôle judiciaire soit très souvent formel ne peut être nié. Il est cependant des cas où il est bien réel. Surtout il représente une garantie symbolique. Statue du commandeur, le juge restât-il silencieux, impose le respect : respect du droit, respect de l'équité. Chacun hésite à affronter un refus, chacun, en quelque sorte, s'autolimité »³⁷⁴. Ceci étant, la passivité du juge suffit à justifier son effacement lorsque les époux se sont arrangés. L'intervention du juge doit avoir du sens et généraliser son contrôle pour seulement quelques cas hypothétiques n'en a pas (du sens). La privatisation « poussé jusqu'à son terme, (...) exige une disparition du juge »³⁷⁵ afin d'achever la voie prise par le législateur qui est de laisser les époux régler seuls les modalités de leur divorce.

³⁷¹ *Ibid.* p.227.

³⁷² GANANCIA (D.), « Pour un divorce du XXI^e siècle », *Gazette du Palais*, 19 avril 1997, p662s.

³⁷³ AZAVANT (M.), *L'ordre public et l'état des personnes*, Thèse, Pau, 2002, p.236.

³⁷⁴ FULCHIRON (H.), « Vers un divorce sans juge ? », *Dalloz*, 2008, p.370.

³⁷⁵ AZAVANT (M.), préc.

3°) Les craintes de la désinstitutionalisation du mariage

Supprimer le juge permettrait de garantir l'égalité entre le mariage et les autres formes d'union. « Il est évident qu'en touchant au divorce, on touche, une nouvelle fois, au mariage »³⁷⁶. Le retrait du juge conduirait à l'effacement des spécificités de la dissolution du mariage par consentement mutuel pour tomber sous le coup du régime du pacs³⁷⁷. Ce dernier permet une dissolution contractuelle ou unilatérale. Néanmoins, la sortie du mariage ne doit-elle pas se démarquer ? En, effet, le maintien d'une dissolution judiciaire permet de conserver un mariage « fort »³⁷⁸. Le choix volontaire du mariage et donc d'une structure juridique de protection fait du divorce judiciaire une composante du mariage. « Enlever au juge la charge de prononcer le divorce »³⁷⁹ supprimerait les garanties qu'offre le mariage, de stabilité, de protection. A cela, on peut opposer que favoriser le dialogue entre époux permet d'aboutir à un divorce pacifié et cela peut tout autant valoriser le mariage. La recherche de confirmation du sérieux et de la gravité du mariage ne doit pas dépendre de la représentation du juge dans le divorce par consentement mutuel. L'étape du divorce correspond à l'échec du mariage, dès lors, le lien entre l'institution du mariage et le rôle du juge dans le divorce est vain.

4°) Les raisons utilitaires pour la justice et les justiciables

L'éventualité d'un divorce déjudiciarisé a été soulevée dans le courant de l'année 1988. Depuis quelques années, on discute en France de la création d'un divorce sans juge qui serait la réponse au constat de certaines pratiques (tribunaux surchargés, audiences bâclées...), le coût du divorce judiciaire pour la société. Le ministre du Budget³⁸⁰ écrit dans son rapport : « Pour les usagers, c'est une procédure plus simple, plus rapide et moins traumatisante. Pour la justice, c'est plus de temps à consacrer aux

³⁷⁶ *Ibid.* p.365.

³⁷⁷ Dans, le même sens, LAMARCHE (M.), « Autant en emporte le divorce ! », *Droit de la famille*, janv. 2008, alerte 1, p1s. « Il ne faut en effet pas oublier que ce qui fait la spécificité du divorce français et donc par la même du mariage, par rapport aux autres formes d'union, c'est son caractère judiciaire. Or, ce caractère dépasse le seul aspect symbolique qui voudrait être détruit au nom du soi disant libéralisme qui n'est pas forcément toujours de bon aloi en matière familiale ».

³⁷⁸ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille*. Economica, Collec. Etudes juridiques, 2001, p.76. A contrario, la question du mariage ne doit pas se poser en fonction de sa force mais en fonction de la réalité de son vécu.

³⁷⁹ FULCHIRON (H.), « Vers un divorce sans juge ? », *Dalloz*, 2008, pp.365-374.

³⁸⁰ Ministre actuel Monsieur E.WOERTH.

affaires les plus complexes »³⁸¹. Le divorce sans juge permettrait un traitement simple et économique. Monsieur le Professeur Fulchiron énonce les inconvénients d'une déjudiciarisation et affirme que « le gain de temps n'a rien d'évident »³⁸². En effet, au regard de la réforme de 2004, si les époux sont bien préparés en amont, la suppression du contrôle judiciaire ne garantit pas un gain de temps « sauf au législateur à assouplir les règles relatives à la liquidation préalable du régime matrimonial et renoncer à un objectif essentiel de la loi de 2004. »³⁸³

L'économie découlant du divorce sans juge n'est pas plus probante. Les raisons d'économie des époux ne doivent pas représenter le mobile du recours à ce type de divorce³⁸⁴. Il ne faut pas tomber dans l'hypothèse d'un divorce au rabais, dévalorisant ainsi le mariage. Toutefois, les raisons économiques ne sont pas à répudier. En effet, imposer un recours au juge et un coût, ne donnent pas davantage « de prestige » au mariage. Au contraire, contraindre les époux à payer leur divorce suscite plus un sentiment d'injustice. La déjudiciarisation ferait disparaître les frais de justice et honoraires d'avocat. Toutefois, « il n'est pas certain que le notaire soit moins coûteux »³⁸⁵. Pour la collectivité, l'économie semble incontestable sur le coût de la mobilisation du corps judiciaire et sur l'ensemble des postes du budget de la justice.

5°) L'aperçu des exemples européens de déjudiciarisation

La déjudiciarisation³⁸⁶ du divorce existe déjà dans les pays voisins. L'accord des époux permet l'accès à des procédures allégées avec un contrôle plus ou moins formel. C'est dans les pays scandinaves, que la déjudiciarisation est la plus poussée. En Norvège, les divorces non contentieux sont traités par une autorité administrative. Si les époux ne contestent pas les motifs du divorce, le gouverneur du comté prononce le divorce. L'affaire n'est examinée par un tribunal que dans les cas où l'un des époux émet une contestation durant le délai imposé. Au Danemark, le divorce est du ressort de

³⁸¹ Rapport du ministre du Budget et des comptes publics de M.E.WOERTH.

³⁸² FULCHIRON (H.), préc., p.368.

³⁸³ *Ibid.*, p.369.

³⁸⁴ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille*, Paris, La documentation Française, 1999, p.119.

³⁸⁵ FULCHIRON (H.), préc., p.369.

³⁸⁶ Site, www.senat.fr. « La déjudiciarisation du divorce ».

l'administration lorsque les conditions sont réunies c'est-à-dire : les parties doivent accepter le principe d'une procédure administrative de divorce et elles doivent être d'accord sur les conséquences importantes du divorce. Le divorce sera obtenu par décret administratif. L'administration peut refuser de prononcer le divorce par décret si l'arrangement des époux est contraire à l'intérêt de l'enfant. Dans ce cas, le divorce se fait devant le juge.

En Belgique ou en Angleterre³⁸⁷, le contrôle devient de plus en plus formel. En effet, la procédure spéciale de 1973 prévue au Royaume-Uni permet de présenter une requête sous la forme d'une simple déclaration sous serment. Le contrôle du juge est pratiquement inexistant. La procédure est sommaire, il n'y a pas de comparution personnelle et d'examen de l'affaire au fond ni de délai de réflexion. L'examen des questions accessoires se fait après le prononcé du divorce. Pour la fixation de la pension alimentaire pour les enfants, depuis 1993, c'est une agence administrative spécialisée, la « child support agency » qui est chargée de la fixer. La procédure en Belgique est également formelle puisque le Procureur du Roi donne au juge un simple avis sur le respect des conditions légales de forme et d'admissibilité de la requête. Il exerce donc un simple contrôle de légalité lorsque les époux ont déposé une requête en divorce par consentement mutuel. Le contrôle judiciaire est réapparu depuis 1994 alors qu'il n'avait aucun droit de regard sur les arrangements des époux. En effet, le juge dispose d'un contrôle judiciaire d'opportunité lorsque les intérêts des enfants mineurs ne sont pas suffisamment protégés par les accords des époux.

Un contrôle plus ou moins important est toujours exercé que ce soit par une autorité administrative ou par une autorité judiciaire. En effet, parfois l'intervention du juge s'apparentera plus à un bureau d'enregistrement alors qu'une autorité administrative exercera un réel contrôle. Généralement ces procédures quasiment déjudiciarisées sont ponctuées par un retour du juge pour régler le sort des enfants.

Les personnes adultes et responsables devraient pouvoir régler elles-mêmes leur divorce, « sans qu'un tiers vienne dicter leur choix »³⁸⁸. Différents projets de réforme

³⁸⁷ En Angleterre, cette procédure a été simplifiée et étendue à tous les divorces non contentieux même en présence d'enfant depuis 1976.

³⁸⁸ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), Préc., p.119.

ont été soulevés concernant un cinquième divorce sans contrôle judiciaire, notamment par « déclaration commune »³⁸⁹. Si l'acceptation du principe de divorce sans juge ne fait plus d'écueil³⁹⁰, la question de la faisabilité demeure.

B. La faisabilité du divorce sans juge

Au-delà de l'aspect représentatif du juge en tant que garant de l'ordre public, sur un plan pratique, il convient d'établir concrètement les circonstances et les modalités du divorce sans contrôle judiciaire.

Madame Irène Théry dans son rapport, proposait de créer un divorce non judiciaire (devant l'officier d'état civil ou devant le greffier du TGI). Le divorce « sur déclaration commune » aurait été ajouté aux procédures existantes. Il aurait été applicable à toutes les situations : en présence d'enfants mineurs, de patrimoine ou lorsque la séparation dure depuis peu de temps). La question du droit à la prestation compensatoire demeurait selon Mme Théry le seul véritable obstacle à l'option du divorce sur déclaration commune et elle proposait de le réserver aux époux qui n'envisageaient pas une telle prestation. Hormis ce dernier point, tous les époux « qui n'ont aucun conflit, ni sur le principe du divorce, ni sur ses effets, qui se sont organisés par eux mêmes et qui ne ressentent pas le besoin de faire homologuer par le juge une convention réglant les conséquences de leur séparation »³⁹¹ auraient pu bénéficier de cette voie. Le projet de divorce sans contrôle judiciaire n'excluait pas certains garde-fous. Les époux consentants tant sur le principe que les conséquences et ayant organisé leur divorce auraient dû respecter certaines règles. Un délai de six mois était prévu entre l'envoi de la demande signée par les époux et le divorce afin « de ménager le temps de réflexion, et de permettre, si des problèmes surgissaient, des consultations. »³⁹² Ainsi, en cas de survenance de difficulté, la voie judiciaire pouvait être préférée. Enfin, il aurait fallu suivre un certain formalisme, composé : d'une « double déclaration des époux, information par l'autorité constatant l'accord des conséquences de l'acte

³⁸⁹ THERY (I.), *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui*, O. Jacob, Paris, 1998, 413p.

³⁹⁰ Les raisons de principe ne semblent pas être partagées par la population française qui d'après un sondage IFOP du 20 novembre 1997 : les français seraient favorables à 70% au divorce devant le maire.

³⁹¹ THERY (I.), préc., p.122.

³⁹² *Ibid.*

(dissolution de régime matrimonial), information sur les droits, lecture des articles du Code civil concernant les droits et devoirs d'autorité parentale»³⁹³ si les divorcés avaient eu des enfants mineurs.

La commission Dekeuwer-Défossez est intervenue une année après et avait également envisagé une telle hypothèse. La création du divorce sans contrôle judiciaire aurait été limitée aux hypothèses des couples mariés sans enfant ou sans patrimoine ou séparés depuis longtemps. Dans ces cas précis, les intérêts à sauvegarder par le juge sont largement réduits. Il n'y a rien à régler ou « plus rien à régler ». ³⁹⁴ Par contre, lorsqu' il y a des enfants, le recours au juge aux affaires familiales semble nécessaire. Il est seul, à garantir « la conformité des arrangements parentaux à l'intérêt de l'enfant » ³⁹⁵ et l'absence du juge dans ce cas précis serait associée à un renoncement de la société à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'hypothèse d'un divorce sans juge pour les époux ne disposant pas de patrimoine n'appelle pas à plus de simplicité. « L'acuité des difficultés patrimoniales n'est pas forcément dépendante de la taille du patrimoine. » ³⁹⁶ L'attribution de la prestation compensatoire était également exclue de ce type de divorce et pour pouvoir y renoncer en connaissance de cause il aurait fallu que la liquidation et le partage du régime soient réalisés avant le divorce. Ce type de divorce serait facteur de fraude à l'égard de l'autre époux ou des créanciers.

Dans la dernière hypothèse, les problèmes ont été résolus par la force des choses, dès lors que la séparation est ancienne. Toutefois, cette dernière n'était pas sans inconvénient notamment celui de déterminer et surtout de vérifier « la durée de la séparation de fait ». Ce qui conduirait à déterminer l'autorité compétente pour constater la séparation et à prévoir un texte réglementaire précisant les éléments de preuves exigées ³⁹⁷.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ *Ibid.*, p.120.

³⁹⁵ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille*, Paris, La documentation Française, 1999, p.122.

³⁹⁶ *Ibid.*, p.122. La commission propose une intervention quasi impérative (aussi bien pour les petits que des patrimoines plus importants) d'un professionnel du droit pour déterminer le degré de complexité du partage.

³⁹⁷ *Ibid.* p.124

La commission Dekeuwer-Défossez avait mis en évidence les inconvénients d'un divorce sans contrôle judiciaire. Mais, « il est vrai qu'à l'époque le pacs n'avait pas encore vu le jour, que le divorce n'avait pas été réformé et que le mariage restait le fondement de la filiation légitime. Le contexte est aujourd'hui radicalement différent »³⁹⁸. Pour autant, la question de la faisabilité demeure. En atteste, l'évocation par Monsieur Casey « des insuffisances de l'actuelle procédure » qui « montrent à l'envi les difficultés qu'une vaste déjudiciarisation pourrait entraîner »³⁹⁹. Il cite comme exemple, la déjudiciarisation du changement du régime matrimonial qui s'est traduite par une infinité de difficultés, notamment « par une insaisissable nécessité de liquider ou non, sans parler de l'intérêt de la famille, qui paraît bien avoir sombré lors du transfert du juge vers le notaire »⁴⁰⁰.

En effet, des problèmes demeurent et ce indépendamment de la forme de la déjudiciarisation, celui de la consultation juridique. La consultation d'un avocat doit être fortement conseillée, pour ne pas dire impérative. Une simple prise de contact, pour que les époux connaissent l'éventail de choix qui se proposent à eux, pour répondre aux questions d'ordre pratique relative aux conséquences du divorce. C'est au cabinet que les époux décident du cas de divorce. Ainsi, le choix d'un divorce sans juge serait au même titre que les autres choix de divorce le résultat d'une consultation juridique. Néanmoins, retirer le divorce du champ judiciaire n'est pas sans conséquences. En effet, le recours au juge permet l'attribution de l'aide juridictionnelle, « ce qui ne paraît pas se concevoir s'il revient dans l'avenir au notaire la compétence en matière de divorce par consentement mutuel »⁴⁰¹. Ainsi, pour les époux les plus démunis, la voie contentieuse serait inévitable.

Il faudrait également déterminer l'autorité compétente devant laquelle serait prononcée la séparation. Plusieurs hypothèses sont envisageables : l'officier d'état civil. Ainsi, serait respectée la symétrie entre le régime du mariage et celui du divorce, tous

³⁹⁸ FULCHIRON (H.), « Vers un divorce sans juge ? », *Dalloz*, 2008, p.365.

³⁹⁹ CASEY (J.), « Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial », *Droit de la famille*, janv. 2008, études, p.7. Il met en exergue la révision à la baisse de l'exigence de l'article 257-2, l'inapplicabilité de l'article 255, 10° (découlant de l'incertitude du statut du notaire, le cadre procédural de l'intervention du notaire est très sommaire, enfin que les juges aux affaires familiales sont réticents à nommer un notaire car ils ne tiennent pas spécialement à trancher les désaccords persistants.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ LAMARCHE (M.), « Autant en emporte le divorce ! », *Droit de la famille*, janv. 2008, alerte 1, p1s.

deux auraient un caractère administratif. Toutefois, l'attribution de cette compétence au maire a fait l'objet de nombreuses critiques.

Dans la période révolutionnaire, un décret du 4-9 floréal an II permettait à l'officier d'état civil de prononcer le divorce au vu d'un simple acte de notoriété délivré par le conseil général de la commune ou sur attestation de six citoyens déclarant que les époux vivaient séparés depuis six mois. Ce type de divorce n'a duré qu'un an, il a été abrogé par un décret. L'article 13 de la loi du 16-24 août 1790, selon le principe de séparation des pouvoirs devenu le principe de la séparation des autorités administratives indique : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer les administrateurs devant eux en raison de leur fonction. » Donc que ce soient les autorités administratives ou judiciaires, elles ne doivent ni les unes ni les autres s'immiscer dans les activités de l'autre. Ce principe sera confirmé par la suite par le Conseil d'Etat⁴⁰², et le Conseil constitutionnel⁴⁰³. Il y a différentes matières réservées par nature à l'autorité judiciaire comme la liberté individuelle, la propriété immobilière, le domaine relatif à l'état des personnes et la question du divorce. Donner dans ces conditions, au maire le pouvoir de juger et de prononcer les divorces constituerait une violation flagrante du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Notamment, en cas d'appel de la décision lors de conflit post divorce, le retour au juge judiciaire modifiant une décision prise par une autorité administrative apparaît comme une violation encore plus flagrante de la séparation des autorités⁴⁰⁴. Eriger le maire comme autorité compétente semble difficilement réalisable. En effet, de plus en plus d'élus se découragent face aux responsabilités que l'on fait peser sur eux. A cela s'ajoute la conciliation du passage devant l'officier d'état civil et le respect de la vie privée.

⁴⁰² CE, 11 déc. 1942, CHAMPSAVOIR, Rec., p.344.

⁴⁰³ CC, 23 janv. 1987, Conseil de la concurrence ; *L.P.A.*, 12 fév. 1987, note SELINSKY ; *Gaz. Pal.*, 1987, Doct. I 209, comm. LEPAGE-JESSUA ; *R.F.D.A.*, 1987, 287, note GENEVOIS ; *R.F.D.A.*, 1987, 301, FAVOREU ; *A.J.*, 1987, 345, note CHEVALLIER (J.) ; *J.C.P.*, 1987, II 20854, note SESTIER ; *R.D.P.*, 1987, 1341, note Y.GAUDEMET ; *D.*, 1988, 117, note LUCHAIRE (F.) ; *Rev. adm.*, 1988, 29, note SOREL.

⁴⁰⁴ THIERRY (J.), « Le maire, juge du divorce : c'est Montesquieu qu'on assassine », *Dalloz*, 1998, Chron., p.166.

Le greffe du tribunal de grande instance ou le tribunal d'instance pourrait également être l'autorité compétente. Toutefois, sur le plan du symbole, le divorce demeurerait dans l'enseigne judiciaire.

Le notaire en tant que juriste s'avère le plus avisé pour remplir cette fonction. Il traite déjà des questions de liquidation, de succession et lorsqu'il y a des biens soumis à publicité foncière dans le divorce. Ainsi, le notaire constaterait l'accord des époux sur le principe de la dissolution et il devrait prononcer le divorce (article 232 du Code civil). Toutefois « que l'homologation disparaisse est techniquement possible, mais peut-on imaginer que le notaire prononce le divorce ? ».⁴⁰⁵ Monsieur le Professeur Fulchiron offre plusieurs solutions pour pallier ce problème :

L'acte construit par le notaire serait transmis au juge qui sous son simple visa prononcerait le divorce sans comparution des parties, « le caractère judiciaire ne serait plus qu'une fiction ».

L'acte dressé par le notaire serait directement transmis à l'officier d'état civil qui ne se contenterait pas de le faire retranscrire mais prononcerait le divorce et cela maintiendrait « l'intervention d'un représentant de la société pour rompre un lien contracté devant la société ».

Pour finir, l'accord des époux constaté par le notaire ferait le divorce, l'acte n'aurait plus qu'à être transcrit sur les registres d'état civil.

Seule la dernière hypothèse semble convenir à une réelle déjudiciarisation. La convention des époux constatée par le notaire serait suffisante pour obtenir le divorce. Mais une telle situation ne se serait pas sans inconvénients. Une lourde responsabilité reposerait sur la personne du notaire et la remise en cause de l'acte serait désormais possible. En effet, l'intervention du notaire ne peut en aucun cas être équivalente à celle du juge. Ainsi, le principe d'indivisibilité de la convention et du prononcé du divorce par le juge qui donne force exécutoire à la décision empêchant sa remise en question est ici inefficace. L'intervention du notaire « ne peut en outre mettre la convention à l'abri des demandes de nullité pour non respect des conditions de validité du contrat »⁴⁰⁶ et ainsi créer un contentieux qui n'existait pas.

⁴⁰⁵ FULCHIRON (H.), « Vers un divorce sans juge ? », *Dalloz*, 2008, p367.

⁴⁰⁶ LAMARCHE (M.), préc., p1s.

La déjudiciarisation permettrait de se dégager d'un certain paternalisme du juge et d'accéder à l'affirmation de la liberté de divorcer conformément à l'exigence du respect de la liberté individuelle. Indiscutablement, la consécration de plus en plus envahissante de l'accord dans le divorce est une brèche ouverte au divorce sans juge. Pour autant, nombre d'auteurs semblent réfractaires à une telle création. « La loi de 2004 est baignée du dogme de l'accord de volontés (...). La négociation constitue comme tous les modes alternatifs de règlement des litiges, un bon complément à la démarche judiciaire. Mais elle ne peut se substituer à celle-ci. En bout de course, il faut un tiers pour regarder le résultat de cette négociation, pour lui donner toute sa valeur »⁴⁰⁷.

Les questions pratiques du divorce sans juge sont considérables. La méthode du tâtonnement semble donc s'imposer, comme dans beaucoup de domaines. Avant de condamner l'hypothèse d'un divorce sans juge, il faudrait d'abord la faire vivre. « Si cela ne fonctionne pas, il suffira de reprendre à nouveau la copie, car la loi, on l'a désormais bien compris, n'a plus comme caractéristique d'être dotée d'une certaine permanence mais au contraire celle d'être adaptable, presque au jour le jour : le droit peine à rattraper le temps qui s'accélère »⁴⁰⁸.

L'accord est devenu le fil conducteur dans le droit du divorce⁴⁰⁹, qu'il s'agisse du divorce par consentement mutuel dont la décision judiciaire est suspendue à l'accord des époux tant sur le principe, que les conséquences ou uniquement sur le principe pour le cas du divorce accepté, ou encore par la faveur des voies conventionnelles par rapport à une voie judiciaire tranchée, confortée par les passerelles permettant un retour au divorce consensuel dans le cadre du divorce contentieux, et pour finir, toutes les fois où le juge doit tenir compte des accords des époux. L'ordre public est donc frappé de plein fouet par l'ascension du mode conventionnel mais également par la friabilité de la substance même de l'ordre public conjugal.

⁴⁰⁷ CASEY (J.), « Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial », *Droit de la famille*, janv. 2008, études, p.7.

⁴⁰⁸ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « A l'horizon de 2008 : un droit de la famille à l'abri de l'immobilisme », *Droit de la famille*, Fév. 2008, repère, p1s.

⁴⁰⁹ AZAVANT (M.), *L'ordre public et l'état des personnes*, Thèse, Pau, 2002, 849 p.

CHAPITRE II : DE LA MODULATION A LA DILUTION DE L'ORDRE PUBLIC CONJUGAL

« Les familles se forment par le mariage et elles sont la pépinière de l'Etat »⁴¹⁰. C'est à ce titre que le couple est intégré « dans un statut juridique global, en échange d'un engagement de durée. La loi en acquiert alors le monopole et lui concède l'exclusivité de sa protection. »⁴¹¹ Le mariage entre donc dans la catégorie institution et cela implique « une organisation juridique contraignante préétablie et vouée à la permanence »⁴¹². Le mariage constitue donc le principal cadre légal qui impose des obligations. Les obligations du mariage auxquelles s'engagent les époux représentent en creux toute la spécificité du mariage. Le statut fondamental⁴¹³ des époux est donc frappé du caractère d'ordre public. Le statut personnel des époux étant donc entré dans le dogme de l'ordre public, il place les obligations du mariage au rang des normes impératives et inflexibles. C'est-à-dire, que « les époux sont soumis au droit du mariage sans que leurs volontés puissent influencer l'application de ces règles »⁴¹⁴. Aucune dérogation n'est alors permise, en cas de violation des obligations du mariage.

Mais la verdeur de l'ordre public familial cède de plus en plus devant les volontés et devant une interprétation davantage réaliste des situations. Le droit perd de sa rigidité et se module en fonction des intérêts unilatéraux en cause. Cette inclinaison s'explique par une certaine précarité de la notion d'ordre public conjugal (Section1) et elle s'explique aussi par une faute de moins en moins sanctionnée dans le divorce (Section 2).

⁴¹⁰ Discours préliminaire de PORTALIS, Célèbre formule reprise par FULCHIRON (H.), « Un juge pour le divorce », in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p.184.

⁴¹¹ HAUSER (J., HUET-WEILLER (D.), *Traité de Droit Civil*, Paris, L.G.D.J., 1998, 2^{ème} Ed., p.10.

⁴¹² LAOUENAN (O.), « Quelques réflexions à propos de la suppression du divorce pour faute », *L.P.A.*, 25 août 1999, n°169, p9.

⁴¹³ CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, p.41.

⁴¹⁴ LAMARCHE (M.), *Les degrés du mariage*, PUAM, 1999, p24.

SECTION 1 : L'ORDRE PUBLIC FAMILIAL : UNE NOTION PRECAIRE

La notion d'ordre public est une notion standard, avec tout ce que cela comporte d'un droit mou et flou⁴¹⁵. La notion d'ordre public s'entend d'une notion à la fois incertaine, évolutive et contingente. Comme le souligne le Professeur Malaurie :

« Une étude sur l'ordre public est un sujet téméraire. Nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert ». ⁴¹⁶ Cette étude ne prétend pas réussir à définir la notion d'ordre public, notion précaire, c'est-à-dire instable et impalpable. Toutefois, à défaut de la définir, c'est-à-dire de lui donner un sens précis à un moment déterminé, ce sont les diverses définitions qui seront rapportées.

L'ordre public a une dimension familiale⁴¹⁷. L'ordre public familial regroupe, les rapports personnels, le mariage, le divorce, la filiation...Quant à l'ordre public conjugal qui est une subdivision de l'ordre public familial, il comprend toutes les obligations du mariage. Communauté de vie, fidélité, assistance, respect, sont les obligations mutuelles que le mariage fait naître entre époux et qui représentent l'ordre public conjugal. Dans un premier temps, la notion de l'ordre public familial implique la recherche d'une définition (§1), et dans un deuxième temps, sera mis en exergue le relâchement des obligations du mariage (§2).

§1 : L'essai de définition de l'ordre public familial

La détermination de la définition originelle de l'ordre public (A.) permet de mettre en avant l'évolution de la notion d'ordre public (B.)

⁴¹⁵ DELMAS-MARTY (M.), Le mou, le doux, le flou sont-ils des garde-fous ?, in *Les transformations de la régulation juridique*, sld de Jean CLAM et Gilles MARTIN, Droit et société, LGDJ, 1998, p.209s.

⁴¹⁶ MALAURIE (P.), *Les contrats contraires à l'ordre public. L'ordre public et le contrat*, Reims, Matot-Braine, 1953, 280p.

⁴¹⁷ BENABENT (A.), « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Revet (dir.), Dalloz, 1996, p.27 : « On est habitué à ce que l'état des personnes, le mariage, les institutions, soient considérés comme les exemples mêmes d'ordre public ».

A. L'ordre public : la définition originelle

La notion d'ordre public est définie comme un « ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment même où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée, mais aussi des lois étrangères... »⁴¹⁸

La notion d'ordre public est intimement liée à la cohésion sociale, en ce sens qu'elle traduit les exigences fondamentales d'une vie en société. Le Professeur Catala évoque la multitude de définitions dont a fait l'objet l'ordre public et l'équivoque de la notion qui s'inscrit au cœur même de sa propre dénomination. « L'ordre, c'est d'abord le contraire du désordre. Ainsi compris, l'ordre public s'identifie à la paix sociale, au bien commun (...). Il caractérise un état de la société, exprimant la fonction essentielle du droit en tant que régulateur des groupes humains. »⁴¹⁹. Il signifie également « un commandement donné par un supérieur à un subordonné ». C'est à dire que les citoyens doivent se conformer à ces normes. Quant à « public » il fait référence à un ordre donné par une puissance supérieure, qui intéresse toute la société et se place au dessus de l'intérêt privé.

Planiol a une approche normative de la notion d'ordre public. La disposition est d'ordre public, « toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi ». L'ordre public est le noyau dur des normes juridiques qui est l'expression de la société et de ce fait, intouchable et inviolable par un particulier. Elle représente un système de valeurs qui va être le fondement de la société. L'ensemble des citoyens doit impérativement s'inscrire dans ce système afin de garantir une société cohérente et juste.

L'ordre public « désigne toujours ce qui est jugé suffisamment important à un moment donné et dans une société donnée pour que l'Etat en assure par différents

⁴¹⁸ V° ordre public, CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, 2007.

⁴¹⁹ CATALA (P.), « A propos de l'ordre public », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, p.511.

moyens juridiques exorbitants du droit commun la préservation ou la promotion ».⁴²⁰ L'ordre public signifie que l'on ne peut ni déroger aux règles, ni violer les règles impératives. Toutefois, c'est une notion fluctuante, appelée à servir soit la stabilité, soit le changement au gré du législateur⁴²¹. Elle est une notion « fonctionnelle (...), ce ne serait plus qu'un échelon dans la gradation du caractère obligatoire des textes, sans contenu global philosophiquement ou même juridiquement déterminable. »⁴²² L'ordre public s'adapte aux évolutions de la société et connaît plusieurs déclinaisons⁴²³.

L'ordre public peut se subdiviser en ordre public de direction et en ordre public de protection⁴²⁴. L'ordre public de direction est la conception originelle de l'ordre public qui permet de sauvegarder les intérêts supérieurs de la collectivité. L'ordre public de protection n'est qu'une déclinaison de l'ordre public, qui fait appel à une double référence « au caractères d'ordre public des règles et à leur fonction protectrice des intérêts particuliers (...). »⁴²⁵ « L'ordre public de protection est très généralement présenté comme une sous catégorie à l'intérieur de l'ensemble plus vaste que constitue l'ordre public économique : c'est que l'on peut distinguer un ordre public économique qui a pour but de rétablir dans le contrat l'égalité d'avantages et de sacrifices que n'assurait pas le régime de liberté...et un ordre public économique qui comprend des mesures édictées dans l'intérêt général... pour une meilleure organisation de l'économie. »⁴²⁶

Ainsi, l'extraction de l'ordre public de protection de la notion d'ordre public représente en soi déjà une évolution de la notion d'ordre public. La notion originelle était devenue trop envahissante. Alors que l'ordre public de protection protège les intérêts particuliers et n'est plus uniquement destiné à imposer une règle au nom de l'intérêt général. L'ordre public familial connaît la même évolution.

⁴²⁰ AZAVANT (M.), *L'ordre public et l'état des personnes*, Thèse, Pau, 2002, p.16.

⁴²¹ *Ibid.*, p.113.

⁴²² HAUSER (J.), LEMOULAND (J.-J.), *Répertoire civil*, 2004, v° ordre public et bonnes mœurs.

⁴²³ Voir, l'ordre public « virtuel », qui est laissé à l'appréciation des juges du fond ou à la Cour de cassation lorsque les textes ne prévoient pas expressément le caractère impératif ou d'ordre public ; ou encore l'ordre public « social », COUTURIER (G.), « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Mélanges offerts à J. Flour*, 1979, Defrénois, p.100.

⁴²⁴ Selon la formulation de Monsieur le doyen Carbonnier, qui a opposé l'ordre public de direction à l'ordre public de protection, cité par Monsieur FARJAT (G.), *L'ordre public économique*. Paris, LGDJ, 1963.

⁴²⁵ COUTURIER (G.), « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Mélanges offerts à J. Flour*, 1979, Defrénois, p.100.

⁴²⁶ *Ibid.*, p.95.

B. L'ordre public familial : une notion évolutive

L'état des personnes comprend «le statut familial impliquant des rapports de droits interpersonnels et le statut individuel de la personne en tant que telle, incluant le sexe, l'âge, le nom et même la capacité qui lui sont propres (...). »⁴²⁷ L'état des personnes, le mariage et les institutions sont donc considérés comme des exemples d'ordre public. En atteste l'article 1388 du Code Civil : « Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle. »

Plus particulièrement, « le droit du mariage, y compris le droit du divorce, est typiquement un droit d'ordre public, parce que classiquement tous les effets, obligations personnelles, mêmes obligations patrimoniales, régimes matrimoniaux, présomptions d'interpositions des personnes ou de donations déguisées ou indirectes, sont le domaine de l'ordre public, c'est à dire de l'impossibilité d'organiser à son gré, de modeler l'institution. Le droit du mariage est un 'menu fixe' »⁴²⁸.

En effet, selon Monsieur le Professeur Bénabent, pendant longtemps, l'ordre public familial « a été le type même de l'ordre public politique »⁴²⁹, c'est-à-dire de l'ordre public de direction. Il ne s'agissait pas de protéger un individu quelconque mais de dicter des normes devant être respectées par tous. Il s'agissait d'ordre public de direction « parce qu'on considérait que cet ordre public était une sorte de relais de l'ordre public plus général, étatique. » L'ordre public familial qui n'était que l'écho de l'interventionnisme de l'Etat dans le droit de la famille, a lui aussi été pris dans les chaînes de la libéralisation et de la montée de l'individualisme. En effet, le Professeur Bénabent explique que « la notion d'ordre public de direction dans la famille est de plus en plus rejetée ». La volonté privée ayant dépassée la volonté générale dans les relations familiales et donc intimes, l'intervention de l'Etat est de ce fait de moins en moins admise.

⁴²⁷ MEULDERS –KLEIN (M.-T.), « Réflexion sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Mélanges en l'honneur de G.Cornu*, PUF, 1994, p.317.

⁴²⁸ BENABENT (A.), « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Revet (dir.), Dalloz, 1996, p.28.

⁴²⁹ *Ibid.*

« Les règles qui assurent la protection de quelqu'un sont tout ce qui reste de l'ordre public. Aujourd'hui tout ce qui est maintenu apparaît comme un ordre public justifié (...) par la protection d'une personne : de l'époux le plus faible (c'est ce qui justifie dans le droit du divorce le contrôle du juge, même sur la requête conjointe), ou protection de l'enfant (...). Dans tous les domaines où l'ordre public, le contrôle étatique, se maintient, on s'aperçoit que sa justification vivante est, aujourd'hui, la protection. ».

Le passage de l'ordre public familial dans l'ordre public de protection témoigne d'un déclin d'un ordre public strict, rigide, commun à tous⁴³⁰. Ce passage est significatif d'une considération plus poussée des intérêts particuliers qui influe sur la fonction même de l'ordre public. L'ordre public est adaptatif, il agit au cas pas cas. Messieurs Malaurie et Aynes⁴³¹ considèrent qu'on est passé d'un ordre public unitaire à un ordre public qui se parcellise. Ce phénomène de parcellisation influe sur le degré d'impérativité de l'ordre public. La dispersion entraîne inéluctablement une perte, conduisant au déclin de l'ordre public.

« L'évolution des mœurs et différentes réformes législatives ont fait perdre à cette interdiction une partie de sa vigueur ». L'acceptation classique de l'ordre public envisagée « comme une limite absolue à la volonté en ce qu'il tend à protéger les valeurs fondamentales de la société »⁴³² est devenue anachronique. L'ordre public serait un instrument de l'Etat servant à contenir les volontés privées, instrument ressenti de plus en plus comme arbitraire.

⁴³⁰ Cass. , 1^{er} civ, 15 février 2000, *Bull., civ.*, I, n°49; *J.C.P.*, 2000, IV, 1579 ; LAGARDE (X.), « Transaction et ordre public », *Dalloz*, 2000, Chron., pp.217-224. Cette décision illustre parfaitement l'affaiblissement de l'ordre public par le passage à l'ordre public de protection. La Cour de cassation a décidé qu'il ne revenait pas au juge de relever d'office les moyens fondés sur une disposition tirée de l'ordre public de protection. Selon Monsieur Lagarde, la Cour pose une règle, en cours de constitution, sinon définitivement acquise, selon laquelle il ne revient pas au juge d'appliquer une disposition impérative de protection si la partie protégée ne le lui demande pas. Elle est justifiable dans la mesure où l'interdiction faite au juge s'applique le plus souvent dans les hypothèses où il n'y a aucune contestation. Cette règle en devenir est consacrée à l'article 1126 du NCPC. Ce dernier prévoit l'impossibilité pour le juge de « relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai de deux ans », condition du divorce pour altération définitive du lien conjugal.

⁴³¹ MALAURIE (P.), AYNES (L.), *Droit civil : Obligations*, 9^{ème} Ed., Paris, 1998, n°256 s.

⁴³² CAYRON (J.), « Ordre public et validité du contrat : aspect du droit de la famille et du droit des personnes, *R.J.P.F.*, n°4, 1999, pp. 6-8.

« Il y a une balance entre cet interventionnisme de l'ordre public et ce souci de maintenir un cocon à l'abri de cet ordre public. Dans cette balance, il n'étonnera personne que l'évolution soit plutôt dans le sens du recul de l'ordre public, sous l'impulsion de la promotion de la vie privée »⁴³³ Le droit de la famille est passé du domaine du public au domaine du privé.

« Le droit du modèle cède peu à peu devant la pluralité des options et la labilité des parcours de vie personnels. »⁴³⁴ L'ordre public s'est affaibli face à l'ouverture croissante de l'individualisme et le respect de la vie privée. Cette évolution s'explique par l'inspiration de la France, de la notion américaine la « privacy », qui est le droit de vivre comme l'on veut. C'est le droit de faire ce que l'on veut, quand on veut⁴³⁵. La « sphère d'autonomie est devenue le petit paradis de chacun contre l'enfer des autres (...). Longtemps c'est la société qui avait les droits les plus forts. L'individu, la minorité devait accepter la loi de la majorité. C'est désormais de plus en plus l'individu, la minorité, la communauté, le groupe etc... qui revendique ses droits contre la majorité(...). Ce qui est devenu l'ordre public c'est le respect, coûte que coûte de la vie privée, celle-ci étant désormais l'autonomie personnelle. » L'ordre public n'a donc pas échappé à la considération grandissante de la volonté. L'évolution du divorce et la montée en puissance de l'accord illustrent parfaitement la teneur de ces propos.

L'ordre public familial est certes en pleine mutation mais il n'a pas disparu dans la mesure « où les personnes ne peuvent, en dehors des cas où la loi le leur permet, créer modifier ou supprimer leur état ou en changer les conséquences par des actes juridiques unilatéraux ou conventionnels ou par des faits juridiques volontaires. »⁴³⁶ Toutefois, la loi a transféré un certain nombre de prérogatives aux particuliers. Ce transfert opère une réduction du champ d'action de l'ordre public. Un auteur nuance ces propos en parlant de mutation de l'ordre public. Ainsi le renvoi aux individus du dirigisme normatif « comme une privatisation révélatrice d'un renoncement à tout dirigisme public semble animé d'une préoccupation de régulation juridique, transformée, plus négociée et

⁴³³ BENABENT (A.), préc., p.27.

⁴³⁴ MEULDERS –KLEIN (M.-T.), « Réflexion sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Mélanges en l'honneur de G.Cornu*, PUF, 1994, p.328.

⁴³⁵ BEIGNIER (B.), « L'ordre public et les personnes », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Revet (dir.), Dalloz, 1996, p.23.

⁴³⁶ MEULDERS –KLEIN (M.-T.), préc., p.326.

consensuelle, mais bien réelle tout de même. »⁴³⁷ Même si ce transfert est réalisé sous conditions et sous la tutelle du juge, il y a bel et bien un accroissement du pouvoir des individus dans leur traitement des conflits. On peut rompre le mariage unilatéralement et conventionnellement avec l'approbation du juge et on peut parfois violer les devoirs du mariage sans être sanctionné.

Le droit de la famille et plus particulièrement du mariage, sont des domaines que l'Etat n'a pas voulu entièrement libres. Pour une partie de la doctrine, le mariage et intrinsèquement la procréation sont les fondements de la famille, qui est à son tour le fondement de la société. L'image de la famille est le reflet de la société. C'est ainsi que le mariage a pris une dimension qui dépasse l'essence même du mariage. Le mariage n'est pas un contrat, il est bien plus que cela, il est une institution. « Dans le mariage, on ne stipule pas seulement pour soi, mais pour autrui ; on s'engage à devenir comme la providence de la nouvelle famille à laquelle on va donner l'être ; on stipule pour l'Etat, on stipule pour la société générale du genre humain ». ⁴³⁸ Le mariage n'est donc pas uniquement destiné à unir des personnes. Cette union œuvre également pour tous les citoyens, comme si la survie de la société dépendait du mariage et de la famille. « C'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils, qui font les bons citoyens. » ⁴³⁹

Dès l'origine, la famille humaine est instituée c'est à dire « soumise à des règles propres à mettre de l'ordre dans le désordre naturel... » ⁴⁴⁰. Le mariage joue le rôle de pivot. Au delà de l'idée de procréation, de lignage, il « sert à répartir les rôles entre les sexes (...) ». C'est la nature institutionnelle du mariage qui place les devoirs du mariage au rang d'ordre public. Le Doyen Hauriou définit l'institution comme « une organisation sociale, créée par un pouvoir, dont l'autorité et la durée sont fondées sur l'acceptation de l'idée fondamentale qu'elle réalise par la majorité des membres du groupe, et qui repose sur un équilibre de forces ou une séparation de pouvoirs. En assurant une expression ordonnée des intérêts adverses en présence, elle assure un état de paix sociale qui est la contrepartie de la contrainte qu'elle fait peser sur ses

⁴³⁷ AZAVANT (M.), *L'ordre public et l'état des personnes*, Thèse, Pau, 2002, p.267.

⁴³⁸ PORATALIS, in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, « La sacralité civile du mariage », CABRILLAC (R.), Litec, 2004, p.177.

⁴³⁹ *Ibid.*, p.177.

⁴⁴⁰ MEULDERS-KLEIN (M.T.), *Préc.*, p.320.

membres. »⁴⁴¹ La partie institutionnelle affecte la nature du mariage et son mode de dissolution ne peut être libre et impose une intervention judiciaire. Le mariage est de moins en moins considéré comme une institution d'ordre public. En effet, le mariage est un des deux actes fondateurs de la famille, l'autre acte étant l'enfant. Ainsi, « la vraie institution c'est la famille »⁴⁴² et non le mariage.

L'institution n'a donc pas échappé au déferlement des intérêts privés. La sacralisation du mariage est de plus en plus obsolète, surtout à une époque où l'individualisme se renforce. Les personnes qui font le choix de se marier, réalisent un acte davantage égoïste, elles n'agissent pas pour le bien de la société. Il n'y a aucune dimension sociétale dans le mariage. Le mariage relève d'un choix individuel. Ainsi, la justification d'intégrer le mariage notamment les devoirs du mariage dans l'ordre public capitule peu à peu devant la personne en tant que telle. La vie privée et familiale est certes protégée par des règles d'ordre public mais ces dernières subissent inéluctablement un recul de l'impérativité et une poussée du contractualisme⁴⁴³.

L'ordre public conjugal n'est plus le paradigme du sens. Les intérêts privés dominent la matière et ont fait perdre à l'ordre public la prééminence de l'intérêt général source de valeur commune. L'ordre public conjugal n'est plus représentatif de la morale familiale composée de règles de conduite universelles. Chaque famille, chaque couple a son code de valeurs. La soumission de l'individu à la suprématie de certaines règles légales s'est inclinée devant les inspirations privées. En effet, les lois d'ordre public c'est-à-dire qui devraient prévaloir sur les dispositions contraires, sont remplacées par une autre source, la volonté individuelle. L'ordre public serait englouti dans le trou noir du libéralisme⁴⁴⁴. On assiste à une délégalisation⁴⁴⁵, un « 'désengagement du droit civil'. Ce ne serait pas au droit, c'est-à-dire à la société, qu'il appartiendrait de régler les conflits conjugaux, mais à des normes non juridiques,

⁴⁴¹ V° Institution, lexique des termes juridiques, Dalloz, 16^{ème} Ed. Institution peut avoir deux sens : « institutions-organes » qui sont des organismes dont le statut et le fonctionnement sont régis par le droit comme le Parlement ou la famille et les « institutions –mécanismes » qui sont des faisceaux de règles régissant une certaine institution-organe ou une situation juridique donnée (tels que le droit de la dissolution, le mariage). »

⁴⁴² BEIGNIER (B.), « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Droit de la famille*, 2008, Etude, p11.

⁴⁴³ Cf., Chapitre I, Titre I, Partie II.

⁴⁴⁴ CATALA (P.), « A propos de l'ordre public », in *Mélanges offerts à P. Drat*, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, p.522.

⁴⁴⁵ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème}, 2006, p237.

religieuse ou morales, et au sentiment individuel de ses responsabilités qu'a chaque époux. »

Le déclin de l'ordre public conjugal s'inscrit donc dans une évolution globale du droit submergé par les individualités. Il se traduit par engagement de la responsabilité et une sanction des violations des devoirs du mariage de moins en moins soutenues.

§2 : La flexibilité de l'ordre public préjudiciable au mariage

Le relâchement trouve à s'exprimer dans le noyau de l'ordre public conjugal, la communauté de vie (A.) et à travers les devoirs de fidélité, de secours et d'assistance et de respect inhérents au statut personnel des époux (B.)

A. le noyau de l'ordre public conjugal : la communauté de vie

Le mariage lorsqu'il est conclu, est une promesse pour la vie. C'est une promesse ou plutôt un souhait, un vœu, l'espoir de vivre ensemble jusqu'à la mort. En effet, si l'engagement est sincère à l'aube du mariage, celui-ci peut se trouver altéré par les turpitudes de la vie. Mais cela n'altère pas la quintessence de l'engagement. La volonté de vivre ensemble constitue la raison profonde du mariage. Les futurs époux qui choisissent de se marier font un choix, un choix de vie. Cette décision n'est pas anodine, elle fait naître des devoirs et obligations réciproques. Décider de se marier, c'est concéder de sa liberté pour s'unir à l'autre et être reconnu par le droit et par la société. L'accès à cette reconnaissance ne se fait donc pas sans contrepartie. Le lien matrimonial crée des effets qui forment l'ordre public conjugal. En effet, le mariage est un triple engagement : engagement de vivre ensemble, engagement de fidélité, engagement d'assistance morale ou matérielle⁴⁴⁶.

Il existe donc des devoirs nommés prévus à l'article 212 du Code civil et 215 alinéa 1, successivement: « Les époux se doivent mutuellement 'respect', fidélité,

⁴⁴⁶ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème}, 2006, p56.

secours, assistance » et « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. » A cela s'ajoutent les devoirs innommés, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas expressément prévus par un texte de loi. En effet, la liste des devoirs conjugaux n'est pas exhaustive.

La communauté de vie, l'assistance, la fidélité, le respect constituent l'ordre des rapports personnels. « D'ordre personnel, ces liens font du mariage un mode de vie. Ces devoirs fondamentaux règlent la vie conjugale : L'union des personnes repose sur une communauté de vie (...); l'unité du ménage s'accomplit dans la fidélité, l'assistance et le respect mutuel. C'est le droit de l'intimité matrimoniale. L'état d'époux détermine une vie nouvelle, des conditions d'existence ; il appartient à l'état des personnes. »⁴⁴⁷

Il ne peut y avoir d'union sans communauté de vie. L'intention de vivre ensemble dans la réciprocité prend tout son sens à travers la notion de communauté de vie. En effet, pourquoi se marier, si c'est pour vivre séparément ? L'absence de communauté de vie évoque l'absence de lien. Le mariage est une vie en commun avec un objectif de durabilité. La communauté de vie est une conséquence naturelle du mariage et même son obligation prédominante⁴⁴⁸. Elle représente l'obligation centrale dont vont découler les autres obligations. « Elle constitue en réalité un devoir de base dont le rayonnement déborde l'objet spécifique. La communauté de vie commande, conditionne ou au moins favorise l'accomplissement harmonieux, l'observation naturelle des autres devoirs du mariage »⁴⁴⁹. Elle donne l'impulsion aux autres devoirs.

La communauté de vie renvoie à la notion de famille. Le contrat de mariage est l'acte fondateur de la famille qui découle d'une communauté de vie. La famille regroupe dans un même lieu, une même maison, les époux et potentiellement des enfants. Cette une notion protéiforme, qui se subdivise en plusieurs types de communauté. En effet, elle inclut la communauté de toit. Jusqu'en 1970, on parlait d'ailleurs de devoir de cohabitation. Le devoir de cohabitation n'est que l'expression publique du lien conjugal. Le devoir de cohabitation à l'origine était uniquement à la

⁴⁴⁷ CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, p.49.

⁴⁴⁸ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), préc., p.580.

⁴⁴⁹ CORNU (G.), préc., p.53.

charge de la femme. Elle était obligée d'habiter avec son mari et de le suivre. Puis la loi de 1938 et reprise par la loi du 13 juillet 1965⁴⁵⁰, dans son article 215 du Code civil, en avait fait une obligation réciproque, la femme était obligée de vivre avec lui et lui de la recevoir. C'est donc la loi du 4 juin 1970⁴⁵¹ qui a remplacé le devoir de cohabitation par celui de communauté de vie.

Le devoir de cohabitation qui est assimilé au devoir de communauté de toit transforme l'union en fait social. C'est la mise au grand jour d'une relation qui était considérée jusque là comme clandestine. Cette unité de foyer, obligation du mariage, officialise en quelque sorte l'entrée dans le mariage. Cette communauté de toit fait donc appel à la notion de résidence. Les époux vivent ensemble dans la même résidence. Toutefois, l'article 108⁴⁵² du Code civil n'exclut pas la possibilité pour les époux d'avoir un domicile distinct. La résidence de la famille et l'obligation de communauté de vie sont certes liées mais agissent indépendamment l'un de l'autre. Il n'y a donc pas de dématérialisation de l'obligation de communauté de vie, mais une appréciation souple de cette cohabitation.⁴⁵³

La flexibilité de la notion de cohabitation a inévitablement des conséquences sur la violation du devoir de communauté de vie. En effet, la preuve de la violation est directement touchée par la souplesse de l'obligation et ainsi affaiblit le degré d'impérativité de la règle⁴⁵⁴. Les dérogations relatives au devoir de cohabitation sont également prégnantes. L'article 255, 3° donne la possibilité au juge de dispenser les époux de cette obligation pendant l'instance de divorce. Cette mesure provisoire, à l'heure où les effets du mariage subsistent permet en quelque sorte, de contourner l'ordre public conjugal.

⁴⁵⁰ Loi n°65-570 réformant les régimes matrimoniaux.

⁴⁵¹ Loi n°70-459 relative à l'autorité parentale.

⁴⁵² Article 108 alinéa 1 du Code civil : « Le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de la vie. »

⁴⁵³ AVRAMO (A.), *Les conditions de vie du couple Essai sur les obligations conjugales*, Thèse, Toulon 2004, p.32. L'obligation de communauté de vie est remplie dès lors que les époux se réunissent périodiquement en un lieu précis. Voir également, une décision de Versailles, 7 mai 1998, *R.T.D.C.*, 1999, p.823, obs. HAUSER (J.). Une épouse se rendait régulièrement au domicile d'un monsieur avec une garde-robe excluant des relations périodiques. Toutefois, la communauté de vie n'implique pas un domicile commun.

⁴⁵⁴ NERSON (R.), RUBELLIN -DEVICHI (J.), *Mariage : des devoirs et des droits respectifs des époux*, *R.T.D.C.*, 1978, p.864. *A contrario*, la substitution de la communauté de vie au devoir de cohabitation signifie qu'elle ne se limite pas à l'aspect matériel de l'existence mais suppose une dimension nouvelle caractérisée par une véritable communion affective entre deux êtres.

L'article 258 du Code civil permet au juge « lorsqu'il rejette définitivement la demande en divorce » de statuer « sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et ' les modalités de l'exercice de l'autorité parentale' ». « Ce n'est pas le rejet de cette demande qui va réconcilier les époux : le divorce n'est pas prononcé, mais l'unité du ménage est en général brisée »⁴⁵⁵. Le devoir conjugal de communauté de vie cède devant la réalité factuelle. Le droit n'impose pas, il s'adapte à la situation. Ainsi, l'absence de maintien de l'obligation de communauté de vie pendant l'instance se justifie par la forte probabilité de voir le divorce prononcé. Lorsque le divorce est refusé et que les époux sont libres de ne pas vivre en commun, il y a une certaine confusion dans le choix du régime à appliquer entre celui du mariage et celui du divorce. Malgré une absence de dissolution judiciaire, la simple demande en divorce anéantit les effets du mariage. A travers l'obligation de communauté de vie, l'ordre public conjugal connaît donc un certain relâchement.

Une majorité d'auteurs⁴⁵⁶ affirment que la communauté de vie ne se réduit pas seulement à l'aspect matériel de l'existence, et suppose une dimension caractérisée par une véritable communion affective. L'affirmation d'une composante subjective de la communauté de vie aurait pour effet de renforcer le devoir de communauté de vie qui n'est plus assuré par celui de la cohabitation (élément objectif). Cette affirmation est à manier avec précaution, car soulever l'élément subjectif de la communauté de vie entraîne une plus grande considération de l'intention personnelle de chaque époux de vivre en commun. Le devoir de communauté de vie dépendrait des volontés individuelles. Ce sont les époux qui feraient de la communauté de vie une règle d'ordre public ou pas. Ainsi elle s'en trouve fragilisée.

La communauté de vie comprend également une communauté de lit. Cette dernière recouvre les relations charnelles. « C'est un effet naturel de celui-ci. Le mariage est par vocation une union charnelle ».⁴⁵⁷ Les relations intimes sont également importantes dans le mariage et occupent une place considérable dans la notion de communauté de vie. Les canonistes qualifiaient le devoir conjugal de « *debitum*

⁴⁵⁵ CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, p.56.

⁴⁵⁶ Madame Avramo, préc. Voir également LECUYER (H.), *adde* Paris 25 mars 1999, *Droit de la famille*, 1999, n°110. Il affirme que « si l'exigence légale d'une cohabitation matérielle des époux comme élément de communauté de vie existe toujours, il reste (...) une dimension affective et intellectuelle de la communauté de vie permettant de faire admettre que l'obligation de cohabitation est respectée ».

⁴⁵⁷ CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, p.51.

conjugale »⁴⁵⁸. Les époux doivent avoir des relations sexuelles. Le refus d'avoir des rapports intimes en tant que devoir conjugal est sanctionné par le divorce et constitue une faute au sens de l'article 242 du Code civil. Néanmoins, il est difficile de s'immiscer, même pour le droit, dans les relations intimes des conjoints⁴⁵⁹.

A cela, on peut également ajouter la communauté de table. Elle traduit le quotidien du mariage. Boire, manger, dormir ensemble sont les aspects matériels de la communauté de vie⁴⁶⁰. A mon sens, l'atteinte la plus flagrante à l'obligation de communauté de vie réside dans l'existence du divorce pour altération définitive du lien conjugal. En effet, la présence du divorce pour altération définitive du lien conjugal annihile le devoir de communauté. Il attribue automatiquement au responsable de la cessation de la vie commune, donc celui qui est à l'origine de la violation du devoir de communauté de vie, le divorce. La violation est en quelque sorte récompensée par l'assurance de voir prononcer le divorce et ce, dans l'impunité la plus totale. Le maintien du devoir de communauté de vie et par là, la sanction de la violation, sont vides de sens.

A la communauté de vie, il faut ajouter les obligations de fidélité, d'assistance et de respect formant le statut personnel des époux.

B. Les devoirs de fidélité, d'assistance et de secours et de respect inhérents au statut personnel des époux

Il sera étudié le devoir de fidélité (1°.), le devoir de secours et d'assistance (2°.), et pour finir, selon l'ordre chronologique, le devoir de respect (3°.).

⁴⁵⁸ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème}, 2006, p.582.

⁴⁵⁹ CORNU (G.), Il s'interroge sur le déclassement du devoir conjugal et si l'obligation purement potestative ne se dissout pas dans le bon vouloir. Il conclut que le devoir légal demeure car il constitue une faute pour celui qui se dérobe, mais que cet acte de main commune n'est pas susceptible d'exécution forcée.

⁴⁶⁰ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), préc. p.582.

1°) Le devoir de fidélité

Les différents effets du mariage sont l'expression d'une union structurée. Chaque élément constitue un bloc qui impose un ordre dans les relations personnelles des conjoints. La fidélité est un des éléments indispensables à l'armature conjugale. Une des caractéristiques de l'obligation de fidélité est qu'elle ne peut se définir positivement mais seulement être délimitée négativement⁴⁶¹. Elle est également une obligation controversée. En effet, l'affranchissement de l'obligation de fidélité du régime matrimonial a été plusieurs fois évoqué. Cela tient au fait que l'infidélité est une notion d'ordre moral et hors le cas d'adultère consommé, son acceptation peut varier selon les époques et selon les milieux.⁴⁶² Elle est maintenue, car elle est de l'essence même du mariage et s'impose, au titre d'un devoir réciproque, de la même manière à chaque époux.⁴⁶³ En effet, le lien affectif pour ne pas dire amoureux serait à l'origine d'une recherche d'exclusivité. Le mariage s'imposerait donc comme le garant de cette exclusivité par le biais de l'obligation de fidélité.

« Les époux se doivent mutuellement fidélité »⁴⁶⁴. La fidélité recèle, en elle-même, une exclusivité principalement physique, une fidélité sexuelle. L'époux ne peut avoir des relations charnelles avec un autre partenaire que son époux. La fidélité commande à chacun de réserver son corps à la jouissance de l'autre, le devoir de fidélité étant d'ordre public.⁴⁶⁵ L'époux qui entretient une relation avec un tiers commet une faute au sens de l'article 242. L'infidélité morale⁴⁶⁶ est également admise ; mais sur le plan de la faute, le comportement volage en l'absence de consommation doit être particulièrement outrageant.

⁴⁶¹ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Organisation de la communauté conjugale et familiale », *Jurisclasser*, Article 212 à 215, Fasc. 10, 1998, p.7. Elle se définit par référence à tout ce que la jurisprudence, qui constitue en ce domaine le seul repère d'ordre juridique, un manquement à l'obligation de fidélité. Même la jurisprudence ne fournit pas de définition négative et elle se contente d'apprécier.

⁴⁶² BENABENT (A.), *Droit civil : la famille*, Paris, Litec, 11ème Ed., 2003, 597p.

⁴⁶³ NERSON (R.), RUBELLIN –DEVICHI (J.), *Mariage : des devoirs et des droits respectifs des époux*, *R.T.D.C.*, 1978, p.864.

⁴⁶⁴ Article 212 du Code civil.

⁴⁶⁵ CORNU (G.), p.56s. « Les époux soient complaisants ou indulgents envers les frasques de l'autre, cette tolérance ne crée aucun droit. Entre époux toute dispense conventionnelle de fidélité est nulle. »

⁴⁶⁶ CA de Bordeaux, 10 avril 1996, *Juris-Data*, n°044067. La cour a considéré que l'entretien par le mari d'une relation sentimentale avec un autre homme alors que la relation était platonique, était une atteinte à l'obligation de fidélité.

Le devoir de fidélité inhérent au mariage découle d'autre principe. En effet, il renvoie au principe de monogamie. Les notions de fidélité, d'exclusivité et de monogamie sont étroitement liées et interdépendantes. Il en découle également la question de la filiation. En effet, la fidélité du couple marié (ayant des rapports charnels exclusifs) aboutit à une présomption de filiation⁴⁶⁷. Ainsi, l'obligation de fidélité est une obligation d'ordre public à double détente. « Elle est d'ordre public parce qu'elle est inscrite dans les dispositions composant le régime primaire, mais elle l'est aussi en raison du statut personnel auquel elle appartient, lequel est indisponible et d'ordre public (article 6 et 1128 du Code civil) »⁴⁶⁸.

Toutefois, le concept de fidélité doit être révisé. L'évolution de la société, la recherche de l'épanouissement personnel, la contraception⁴⁶⁹ ou encore l'idée que le mariage n'est pas pour toute la vie conduisent à revisiter le principe du mariage et ses effets. Le législateur lui-même semble faire moins cas de la fidélité lorsqu'il décide dans la loi de 1975 de ne plus faire de l'adultère une cause péremptoire de divorce. La fidélité est appréhendée différemment. Elle demeure étroitement liée à l'engagement conjugal car « on comprend que les époux aient besoin de se jurer fidélité, mais ce n'est plus à la société de prendre en compte ce serment » et de placer l'obligation de fidélité comme une règle fondamentale.

2°) Les devoirs d'assistance et de secours

Les devoirs d'assistance et de secours s'entrecoupent et sont étroitement liés à celui de la communauté de vie. Ils consistent à l'aide mutuelle, morale, matérielle, entre époux. Les devoirs de secours et d'assistance se complètent et garantissent une solidarité. Le premier exprime la solidarité sur un plan patrimonial et le second sur un

⁴⁶⁷ Article 312 du Code civil : « L'enfant conçu 'ou né` pendant le mariage a pour père le mari. »

⁴⁶⁸ AVRAMO (A.), *Les conditions de vie du couple Essai sur les obligations conjugales*, Thèse, Toulon, 2004, p.150.

⁴⁶⁹ CALAIS-AULOY (M.-T.), « Pour un mariage aux effets limités », *R.T.D.C.*, 1988, p.257. « La découverte des procédés de contraception fait que le législateur peut ne plus s'en soucier. La fidélité de la femme était autrefois le seul moyen d'assurer à l'homme une descendance par le sang. Actuellement il est peu probable qu'une femme adultère se mette à procréer. Pourquoi faire de la fidélité une obligation née du mariage et donc de l'infidélité une cause de divorce ? »

plan personnel. Ils imposent une charte de bonne conduite, de solidarité. Le lien matrimonial élève les époux à un grade particulier dans le rapport à l'autre. Dans la vie quotidienne, professionnelle, il y a une attente particulière de chaque conjoint envers l'autre et cette attente est un effet du mariage. Le devoir d'assistance s'inscrit davantage dans un soutien moral, affectif ou physique. Il s'agit d'un devoir de soigner le conjoint malade, âgé ou infirme.⁴⁷⁰ C'est aussi un devoir de patience, de soutien mutuel, de réconfort dans les difficultés de l'existence. Le soutien moral que les époux se doivent dans l'adversité. Il se fait plus impalpable mais constitue une faute, cause de divorce, notamment lorsqu'un époux est trop souvent absent de chez lui alors que sa femme est dépressive ou en cas de négligence des travaux de la maison⁴⁷¹.

Le devoir de secours est « l'expression directe de la solidarité entre époux dans son aspect le plus concret, alimentaire et matériel. »⁴⁷² Les époux ont donc « le devoir de s'entraider. Ils doivent se soutenir mutuellement dans les difficultés de l'existence ; s'aider à porter le poids de la vie ». ⁴⁷³Il revêt un aspect pécuniaire qui entraîne une confusion, une interférence avec la contribution aux charges du ménage (article 214 du Code civil)⁴⁷⁴. Dans tous les cas, celui qui se dérobe aux devoirs d'assistance et de secours commet une faute⁴⁷⁵ (article 242 du Code civil). Toutefois, le devoir d'assistance, obligation d'ordre morale par excellence a été touché de plein fouet par, d'une part, l'ancien article 238 du Code civil et d'autre part, par la loi de 2004 qui n'en fait même plus une cause spécifique de divorce. L'ancien article 238 avait déjà largement contribué à l'achèvement du devoir d'assistance puisqu'il permettait de ne pas enfermer l'époux dans une relation avec un conjoint irrémédiablement malade. Ainsi, l'époux pouvait se dérober à son devoir d'assistance, c'est-à-dire son devoir de patience, de soutien, de réconfort inhérent aux vicissitudes de la vie. La loi de 2004 a

⁴⁷⁰ CA de Paris, 12 janv. 1972, *D.*, 1972, p.217, note J.C.

⁴⁷¹ Douai, 12 oct. 1984, *D.*, 1985, p.523, note BLARY-CLEMENT (E.).

⁴⁷² LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Organisation de la communauté conjugale et familiale », *Jurisclasser*, Article 212 à 215, Fasc. 10, 1998, p.15

⁴⁷³ CORNU (G.), préc., p.58.

⁴⁷⁴ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), préc. Elle répond : les deux règles n'ont pas la même finalité. La contribution aux charges concerne les rapports entre époux mais aussi les enfants, la famille. Alors que le devoir de secours s'exprime uniquement dans le champ des relations bilatérales des conjoints.

⁴⁷⁵ Toutefois, quand la preuve de circonstances particulières est rapportée par un époux, celui-ci peut être dispensé d'exécuter l'obligation légale de secours. Derechef, le relâchement du lien même en l'absence de dissolution judiciaire affecte le degré d'impérativité de l'ordre public conjugal. CA de Riom, 15oct. 2002, *Droit de la famille*, Déc. 2003, p.16, note LECUYER (H.).

conforté « cette petite mort ». Elle ne relève même plus la particularité qui découle de la violation du devoir d'assistance. Elle la place au rang des fautes banales de divorce.

Pendant longtemps, le devoir de secours a été le seul effet du mariage à survivre après le prononcé du divorce (le divorce pour rupture de la vie commune). Il maintenait un lien juridique d'ordre économique entre les ex conjoints. Le principe selon lequel le divorce met fin au devoir de secours, était donc entaché d'une exception. Ce maintien d'un devoir du mariage, alors que celui-ci n'existe plus avait pour conséquence de renforcer l'aspect institutionnel et fondamental des effets du mariage. En effet, l'engagement dans les liens du mariage imposait une solidarité pécuniaire non limitée à l'union. Elle prenait effet grâce au mariage mais ne s'arrêtait pas lors de la dissolution du mariage. Cette exception n'existe plus⁴⁷⁶. Sa disparition témoigne d'une accentuation de la relativité de caractère contraignant de la solidarité conjugale. Les devoirs de secours et d'assistance n'échappent donc pas à une remise en cause. Comme l'évoque Madame Calais-Auloy : « Le devoir de secours et d'assistance était essentiel dans une société où les tâches de l'homme et de la femme étaient différentes, complémentaires, l'homme travaillant à l'extérieur, la femme au foyer, chacun devant apporter à l'autre ce qui lui manquait »⁴⁷⁷. Elle préconise la suppression de ce devoir en tant que principe autonome afin qu'il ne se présente pas comme un leurre. En effet, face au taux de divortialité de plus en plus élevé, le devoir d'entraide ne doit pas camoufler la réalité. Le risque d'une séparation judiciaire doit être envisagé par les époux et les rendre responsables.

3°) Le devoir de respect

La loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs a ajouté le devoir de respect à l'article 212. Les époux doivent se respecter mutuellement. Ce devoir n'était pas expressément prévu par les textes. La loi le consacre en l'ajoutant à la polyptique du mariage. Cet

⁴⁷⁶ Article 270 alinéa du Code civil : « Le divorce met fin au devoir de secours entre époux ».

⁴⁷⁷ CALAIS-AULOY (M.-T.), « Pour un mariage aux effets limités », *R.T.D.C.*, 1988, p.257. Car, c'est tromper la femme que de lui laisser croire qu'en se mariant elle peut échapper à l'obligation d'acquiescer son autonomie professionnelle et financière étant donné la multiplicité des divorces et le peu de subsides qu'elle reçoit dans ce cas. L'homme échapperait ainsi à la menace d'avoir à entretenir deux foyers en cas de divorce et de remariage.

ajout permet de rappeler une évidence qui est parfois oubliée, le respect de l'autre. Le devoir de respect n'est pas nouveau. Il est depuis longtemps évoqué sous d'autres appellations comme le devoir de loyauté ou de sincérité entre époux. Malgré le silence du Code civil les tribunaux admettaient déjà l'existence « d'une obligation de sincérité », qui leur interdisait les tromperies ou les réticences. La solution s'imposait, « ne serait-ce que par référence à l'article 1134 du Code civil qui veut que les conventions s'exécutent de bonne foi ».⁴⁷⁸ Ainsi, le législateur a inclus les devoirs qui n'étaient pas visés par les textes et qui renvoient « globalement au contenu coutumier du droit conjugal. »⁴⁷⁹ L'ajout du devoir de respect n'a donc pas pour objectif d'étendre et ainsi d'amplifier l'ordre public conjugal ; mais seulement de fournir un fondement juridique aux devoirs révélés par la jurisprudence⁴⁸⁰.

Il s'agit du respect de l'autre dans « tous ses droits et intérêts légitimes, d'ordre extrapatrimonial ou patrimonial, son honneur, sa dignité, ses convictions fondamentales, sa place dans la famille et la société, qu'il s'agisse de ses prérogatives ménagères ou parentales, de son autonomie professionnelle ou bancaire etc... Concrètement, offenses, injures, humiliation, brimades, violences sont à l'évidence autant de manquements au respect. »⁴⁸¹

L'ordre public conjugal qui est constitué des devoirs du mariage ne s'impose plus avec la même force. Comme l'explique Madame Calais-Auloy : « Le mariage tel que nous le connaissons a été instauré pour une société qui n'existe plus ; une société où la femme avait besoin d'être prise en charge sa vie durant, où peut-on penser aussi, les hommes voulaient la mettre sous tutelle ; une société où le devoir de fidélité était essentiel, du moins pour la femme, d'assurer à l'homme un lignage. » Ce temps est révolu. Madame Calais-Auloy préconise alors un « mariage aux effets limités ». Un tel

⁴⁷⁸ GUYON (Y.), « De l'obligation de sincérité dans le mariage », *R.T.D.C.*, 1964, p.489.

⁴⁷⁹ CORNU (G.), p.60 et p.552. « La formule légale s'entend d'une référence globale au contenu coutumier du droit conjugal. Pour chaque époux, celui-ci comprend le devoir de respecter l'autre dans l'ensemble de ses droits et intérêts légitimes : dans ses intérêts moraux et ses sentiments (honneur, affections familiales) ; dans ses libertés fondamentales et sa personnalité (convictions religieuses et idéologiques : options politiques) ; dans ses prérogatives professionnelles. »

⁴⁸⁰ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), Madame la Professeure évoque notamment à propos de l'obligation de fidélité une conception plus morale ou intellectuelle et plus étendue. Elle se pose la question de savoir si la fidélité ne pourrait pas être remplacée par d'autres aspects de l'engagement conjugal comme l'obligation de loyauté ou de sincérité ou de respect de certains engagements quant à une ligne de vie commune.

⁴⁸¹ CORNU (G.), préc.

mariage serait davantage en adéquation avec l'amollissement de sa sanction en cas de violation.

SECTION 2 : LA RELATIVITE DE LA SANCTION DE LA FAUTE DANS LE DIVORCE

« Les fautes causes de divorce délimitent en creux les obligations du mariage »⁴⁸². En effet, c'est à travers la sanction en cas de violation des règles légales du mariage que le degré de permissivité est mis en évidence. L'ordre public conjugal est de ce fait, le témoin direct d'un relâchement dans la condamnation de la faute, cas de divorce. Or, « c'est un principe général du droit que chacun doit répondre de ses fautes ... le mariage ne doit pas devenir une espèce d'espace d'immunité. »⁴⁸³

Pour autant, la faute est retenue avec moins d'automatisme. La faute s'apprécie au sein d'un couple et en fonction de ce couple. Elle s'applique avec parcimonie. La sanction d'une violation d'une obligation du mariage n'a plus pour mission de défendre l'intérêt général (la société). On assiste à une désacralisation de la faute dans le divorce (§1) qui est parfaitement illustrée par l'adultère (§2).

§1 : La désacralisation de la faute dans le divorce

Après avoir déterminé les contours de la faute (A.), ce qui va permettre de conforter l'idée de désacralisation, vient les questionnements sur son avenir (B.)

⁴⁸² CARBONNIER (J.), « La question du divorce mémoire à consulter », *Dalloz*, 1975, Chron., p.118.

⁴⁸³ BRAZIER (M.), « Le nouveau divorce : l'échec conjugal sans faute », *Gazette du Palais*, 17 et 19 février 2002, p.7.

A. Les contours de la faute

Le divorce pour faute constitue l'unique sanction pour l'inexécution des devoirs et obligations du mariage dès lors qu'ils sont insusceptibles d'exécution forcée. En effet, la notion d'ordre public conjugal prend tout son sens lorsque l'on évoque sa violation. Seule la faute est donc prédisposée à définir l'ordre public conjugal.

La faute dans notre droit occupe une position centrale et fondamentale en matière pénale, administrative et civile. Selon l'article 1382 du Code civil, en matière de responsabilité civile, la faute est « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer. » C'est une conception objective de la faute qui s'applique, c'est-à-dire « celui de ne pas nuire à autrui ». Elle fait appel au bon sens, au sens commun accepté et reconnu par tous. Elle ressort lorsqu'il y a une « défaillance de l'homme qui n'accomplit pas son devoir. Elle est d'abord une notion morale, saisie par l'évidence, immédiatement ressentie par tous »⁴⁸⁴.

Pour Planiol, elle est la violation d'une obligation préexistante. Le droit est composé d'un ensemble de règles de conduite, et c'est la violation de ces règles de conduite qui constitue une faute. Les fautes ne sont pas toutes formulées. « Mais l'individu peut les deviner », ce sont des devoirs de comportements sélectionnés par la tradition et mis en exergues par la morale sociale.⁴⁸⁵

Pour Monsieur Le Tourneau « sera considéré comme fautif le fait ou l'abstention qui s'écarte de la conduite normale que chacun est en droit d'escompter d'autrui. La faute violation d'une norme de conduite, est un comportement anormal. »⁴⁸⁶ La faute est une notion composite et difficilement définissable⁴⁸⁷. C'est peut être ce qui explique qu'« elle connaît un déclin irréversible (...). Les partisans de cette chute la salue comme une victoire sur l'obscurantisme, un bond en avant, un progrès dans l'histoire de

⁴⁸⁴ MALAURIE (P.), AYNES (L.), (...), *Les obligations*, Paris, 2004, p.27.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ LE TOURNEAU (P.), « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *R.T.D.C.*, 1988, p.510.

⁴⁸⁷ AYNES (L.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2004, p286. La définition de la faute est si difficile « qu'elle entraîne, soit l'arbitraire du juge _il décide en raison des sentiments personnels, soit sa passivité _il accepte tout ce qu'on lui dit_. »

l'homme ». Il explique également que ce déclin tient de la supplantation de la théorie des risques sur la notion de faute. On peut légitimement transposer la tendance que connaît la faute en responsabilité civile, en matière de divorce. En effet, c'est le risque de la vie, l'imprévisibilité des événements maritaux qui prennent le pas sur la place de la faute. Le recul de la faute dans le divorce ne se pose pas en termes de progrès⁴⁸⁸ mais comme une direction incontournable pour aboutir à une déculpabilisation des candidats au divorce.

La loi du 27 juillet 1884 dite loi « Naquet » avait admis après soixante dix ans d'absence pour seul divorce : le divorce pour faute. Elle énumérait des causes limitatives : l'adultère, la condamnation à une peine afflictive et infamante et les excès, les sévices et les injures. Le divorce pour faute était au fil des ans devenu un divorce à toutes fins. Notamment grâce à une interprétation extensive de l'injure, le divorce était largement facilité. Le législateur de 1941 pour endiguer ce libéralisme, avait ajouté pour que soit constituée une faute: « une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage et rendant intolérable le maintien de la vie commune. » La loi du 11 juillet 1975 a repris ces conditions. Elle a libéralisé le divorce en ouvrant d'autres cas de divorce.

Selon l'article 242 du Code civil⁴⁸⁹ : « Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune ».

Les fautes qui peuvent être invoquées ne sont plus énumérées mais comprises dans une notion générique. Ce sont toutes les violations des devoirs et obligations du mariage⁴⁹⁰, ainsi que tous les comportements qui rendent intolérable la vie commune, autrement dit, tout fait personnel⁴⁹¹ tel que les mauvais traitements corporels (coups, brutalité) ; les attitudes moralement offensantes (insulte, humiliation en public) ; tous

⁴⁸⁸ L'auteur réfute la thèse du progrès dans le déclin de la verdeur de la faute en responsabilité civile. Il prône au contraire son respect. « Le droit, le vrai droit, est le meilleur rempart contre l'arbitraire. Sachons éviter les ruptures inutiles, les abandons ruineux et cette faute, servante docile et habile, qui remplit son office de façon si distinguée, transmettons là. »

⁴⁸⁹ L'article 242 du Code civil sous l'empire de la loi du 26 mai 2004 reprend les termes de la loi de 1975, seule la formulation a été modifiée.

⁴⁹⁰ Cf., Section 1.

⁴⁹¹ CORNU (G.), p.551

les comportements assimilés à des injures (abandon du foyer, refus de contribuer aux charges du mariage).

Les faits doivent être imputables au conjoint et doivent comporter en eux un caractère illicite. Ils englobent tous les manquements aux devoirs imposés et ceux qui ne sont pas nommés. L'auteur de la faute doit avoir conscience de son acte ou de son abstention. Le fait constitutif d'une violation doit être intentionnel et volontaire.

La faute comporte deux autres caractères juridiques. D'une part, le manquement au devoir conjugal doit être grave ou renouvelé. En effet, le divorce pour faute ne doit pas sanctionner les petites imperfections de la vie. La faute doit justifier la désunion et donc présenter un certain degré de gravité. Toutefois, les conditions sont alternatives⁴⁹². « Le caractère répétitif du manquement permet de retenir par accumulation, une somme de faits isolément véniels. Pour que suffise un fait unique, il faut y reconnaître une transgression plus lourde ». ⁴⁹³

D'autre part, il faut que la faute conjugale rende intolérable le maintien de la vie commune. Cette dernière condition teinte le divorce sanction de divorce remède. La Cour de cassation dans l'arrêt Ferrari⁴⁹⁴ avait déjà affirmé que la cause « réside moins dans les faits matériels allégués par le demandeur que dans l'atteinte profonde que ces faits ont porté au lien matrimonial en rendant la vie commune intolérable. » Le juge doit apprécier *in abstracto* le caractère « intolérable » par rapport à tous les époux, et *in concreto* par rapport à l'époux qui le soulève. C'est-à-dire, « tout fait quelconque d'un époux qui est ressenti par l'autre comme une faute à son encontre »⁴⁹⁵. Cette modification des conditions de la faute est significative du déclin de la faute ; dès lors qu'elle doit s'accompagner d'une condition objective de faillite. La faute est impuissante à la dissolution judiciaire, il faut que cette faute soit l'élément déclencheur d'une vie commune impossible. La faillite du couple trouve donc sa place dans le divorce pour faute qui n'est plus fondé sur l'automaticité de la faute, de la sanction et de la réparation.

⁴⁹² Cass., 2^{ème} Civ., 8 juillet 1999, *Droit de la famille*, 1999, n°113, note LECUYER (H.).

⁴⁹³ CORNU (G.), p.554.

⁴⁹⁴ Cass., Civ., 14 mars 1928, *R.T.D.C.*, 1937, p.289s, CARBONNIER (J.).

⁴⁹⁵ BLARY-CLEMENT (E.), *De la faute dans le nouveau droit du divorce issu de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce*, Thèse, Lille, 1989, p.108.

La procédure conforte l'amollissement de la faute dans le divorce. Elle la met sous silence. L'article 245-1 du Code civil est éloquent. A la demande des conjoints, le juge peut s'abstenir de préciser les torts et griefs des parties lors du jugement constatant la faute de divorce. Cette invitation au silence⁴⁹⁶ se retrouve également lors de la requête initiale (article 251 du Code civil). La situation dans la Code civil du cas du divorce pour faute est également significative, il est confiné au dernier rang. Le jeu des passerelles accentue la marginalisation du divorce pour faute souhaitée par le législateur. Enfin, la faute est privée d'effet. La reconnaissance des torts exclusifs n'influe pas sur le traitement du divorce. Le régime de la prestation compensatoire n'est pas un régime de dédommagement, la faute est devenue stérile ou réduite à l'impuissance⁴⁹⁷.

La faute dans le divorce est la survivance de la conception archaïque des rapports conjugaux. Le divorce pour faute était à l'origine une « procédure d'exception », où il ne suffisait pas « pour les époux d'avoir la simple volonté de se séparer pour convenances purement personnelles » car on ne divorçait pas « pour des peccadilles. »⁴⁹⁸ Le divorce pour faute permettait de maîtriser les dissolutions du mariage et les raisons justifiant le divorce. Par le biais de ce procédé, l'Etat avait un total contrôle sur les désunions. L'essence du divorce pour faute était donc « tournée vers la répression des déviations conjugales ». La procédure de divorce pour faute était « une sorte de justice pénale conjugale, sanctionnant les infractions aux règles matrimoniales d'ordre public déterminée par la loi ».

La faute et corrélativement l'ordre public conjugal ont perdu de leur vigueur⁴⁹⁹. Le procès du divorce ne doit pas s'aligner sur le procès pénal. Ce dernier est là pour sanctionner un acte répréhensible ayant nui à autrui. On ne peut parler en ces

⁴⁹⁶ PUTMAN (E.), « Réflexions sur le recul de la faute dans le divorce ou elle ne meurt ni se rend », in *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 : pacification et simplification ?*, (dir.), LEBORGNE (A.), PUF, 2005, p.111.

⁴⁹⁷ Ibid., p.110.

⁴⁹⁸ LAOUENAN (O.), « Quelques réflexions à propos de la suppression du divorce pour faute », *L.P.A.*, 25 août 1999, n°169, p.5.

⁴⁹⁹ BLARY-CLEMENT (E.), *De la faute dans le nouveau droit du divorce issu de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce*, Thèse, Lille, 1989, p.542. Madame Blary-Clément affirme que la faute se subjectivise et se dématérialise. De ce constat, elle conclut que la faute se généralise et, est la cause unique des cas de divorce

termes pour une dissolution judiciaire du mariage. Il n'y a rien de répréhensible ou condamnable à vouloir quitter quelqu'un.

B. L'avenir de la faute

Malgré un déclin de la faute dans le droit positif qui est passé de concept de référence au concept résiduel⁵⁰⁰, le divorce pour faute représente presque la moitié des demandes de divorce, en 2001 : 38, 3%⁵⁰¹. C'est un des arguments les plus souvent avancés pour justifier la rémanence du divorce pour faute. Le taux de divortialité pour le divorce pour faute prouve qu'il répond à une réalité et donc, à un besoin⁵⁰².

Le besoin s'explique par la consolation symbolique qu'obtient la victime « dans la reconnaissance sociale de sa qualité de victime » et par l'atténuation du sentiment de culpabilité résultant de « l'imputation de l'échec de son mariage au comportement de l'autre époux ».⁵⁰³ Le divorce pour faute est rassurant car il permet de déterminer réciproquement les torts ou l'absence de tort de chaque époux. Ainsi, celui qui n'a commis aucune faute et qui n'est pas responsable du divorce est reconnu comme tel. Il n'est que le conjoint innocent qui n'a aucun reproche à se faire et cette confirmation vient de la justice, en d'autres termes, de la société.

Cette fonction symbolique, en effet, ne peut incomber qu'aux tribunaux. D'une part « la répartition des torts entre époux relève de la compétence de la justice étatique, parce que les époux sont soumis à des obligations dont la violation est soumise à l'appréciation des juges. »⁵⁰⁴. D'autre part, seule la justice a autorité pour déterminer le coupable. En effet, elle est une autorité supérieure, impartiale et juste. Le juge confère

⁵⁰⁰ LE TOURNEAU (P.), « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *R.T.D.C.*, 1988, p.510.

⁵⁰¹ Annexe 1, source : ministère de la justice. En 2006, le divorce pour faute ne représente plus que 22% des divorces. En cinq années, l'argument du taux de divortialité pour faute a perdu de son intensité.

⁵⁰² BRAZIER (M.), « Le nouveau divorce : l'échec conjugal sans faute », *Gazette du Palais*, 17 et 19 février 2002, pp.2-17. « On reproche (au divorce pour faute) son éternel succès ...comme s'il s'agissait d'apprécier un audimat du divorce ! ».

⁵⁰³ FENOUILLET (D.), « La suppression du divorce pour faute ou feu le pluralisme en droit de la famille », *A.J.F.*, 2001, Dossier, p.83.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, Monsieur Fenouillet ajoute : « L'appel au symbole est un appel au droit, à la société qui a institué le lien. La fonction du juge diffère de celle d'un médiateur ou psychologue : s'il libère la parole de la victime, il juge aussi les actes du coupable, au nom de la société ».

alors à la décision le sceau de l'Etat, c'est-à-dire aux yeux de tous, il détermine le conjoint exclusivement responsable et le conjoint irréprochable. La décision de justice comporte une assise suprême insusceptible d'être remise en cause.

Le débat qui se déroule lors de l'audience du divorce pour faute permet de mettre à plat les vicissitudes du passé, d'évoquer les actes malheureux, fautifs et de déterminer les torts afin que l'époux demandeur puisse se reconstruire nanti de la preuve de son absence de responsabilité reconnue par la société. Cette confrontation même passionnée, permet au conjoint de faire son deuil. « La procédure peut avoir un effet apaisant pour la victime et valeur de catharsis pour l'auteur de la faute. »⁵⁰⁵ L'attribution des griefs est salvatrice pour l'époux victime.

Toutefois, accorder le statut de victime dans un divorce semble discutable. Personne ne peut prétendre à la perfection, à l'amour éternel mais tous l'espèrent. Face à la nature humaine, à la vie, il semble difficilement concevable, sauf dans des situations graves (par exemple de violence) de stigmatiser le schéma coupable/victime. Une séparation ne se traite pas sur le plan de la culpabilité mais sur le plan de la responsabilité. C'est-à-dire, le consentement au mariage se veut éternel mais c'est un pari sur la vie et lorsque celui-ci ne dure pas, chacun doit accepter cette difficulté et se consacrer à l'organisation post séparation. Les candidats au divorce doivent être responsables et répondre de leurs actes. La responsabilité ne s'exprime pas en termes de sanction ou de réparation, mais en termes de capacité à gérer la crise que l'on soit du côté de celui qui a manifesté la perte d'intention conjugale ou de celui qui doit en tirer les conséquences.

La suppression du divorce pour faute aurait également un impact sur le mariage. Ne plus faire de la violation des obligations du mariage une cause de divorce retentirait sur la nature et le sens du mariage. Selon Monsieur Fenouillet, « la substance personnelle du mariage sera atteinte, dans l'immédiat du fait du déclin de la force obligatoire du mariage qu'emporte la disparition du divorce pour faute, qui constitue une sanction spéciale des devoirs de mariage. »⁵⁰⁶ La disparition de la faute méconnaîtrait « la substance naturelle de l'union conjugale qui procède d'un lien

⁵⁰⁵ FULCHIRON (H.), « Les métamorphoses des cas de divorce », *Defrénois*, 2004, n°17, p.1115

⁵⁰⁶ FENOUILLET (D.), préc., p.85.

affectif (c'est la cause profonde) institué socialement (c'est la teneur essentielle du lien) et auquel se greffent ensuite des conséquences patrimoniales (c'est l'effet dérivé). »⁵⁰⁷ Le mariage perdrait de son originalité. L'absence de sanction des effets du mariage et le désengagement du juge auraient pour conséquence d'uniformiser les statuts du couple (le concubinage et le pacs). Le mariage ne serait qu'une coquille vide dès lors qu'il n'imposerait plus un statut spécifique.

Néanmoins, il ne faut pas réduire le mariage au moment de sa dissolution, si ce n'est prendre le problème à contre-courant. L'inexistence de la faute, cause de divorce, n'entache pas l'essence du mariage. La valeur du mariage ne trouve pas écho dans la désunion mais dans l'engagement originel à vivre selon les règles légales du mariage. Lorsqu'un des conjoints faillit aux obligations du mariage, la sanction automatique découlant du comportement fautif réduit, au contraire, le mariage à un cadre contraignant et imposé par le législateur. C'est, oublier que ce sont les époux qui ont choisi d'entrer dans le mariage et c'est seulement cette volonté commune qui donne toute sa vigueur au mariage, non une sanction posée au moment où le mariage n'est plus vécu comme tel.

De plus, le divorce pour faute « serait à la fois destructeur et pathogène. Il condamne les époux à l'affrontement, exacerbant les passions et les haines » et il anéantit « par l'exposé même des fautes que l'on impute au conjoint, tout espoir d'apaisement. Le procès devient un drame pour les époux emportés dans une tourmente judiciaire dont ils ne comprennent pas les ressorts. »⁵⁰⁸ Plusieurs auteurs soulèvent que la procédure de divorce pour faute est propice à « un contentieux de dérivation »⁵⁰⁹, ou encore qu'elle est une « loupe déformante » de la recherche des torts. Mme Dekeuwer – Défossez parle de « prisme déformant des époux divorçants »⁵¹⁰. Les époux, s'appliquent pour les besoins du procès à peindre une image déformée de l'un et l'autre. Elle explique que cette déformation de l'image tient d'abord à la psychologie des époux aux sentiments qui les animent et à l'effet cathartique de la procédure de divorce pour faute. Mais, elle tient aussi, de l'influence de la procédure contentieuse. Ce sont les

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ FULCHIRON (H.), préc., p.1115.

⁵⁰⁹ Cf., FENOUILLET (D.), préc.

⁵¹⁰ DEKEUWER-DEFOSSEZ (J.), « Aperçu sociologique des fautes causes de divorce », in *Sociologie judiciaire* HAUSER (J.), (Dir.), Economica, Collec.Etudes juridiques, 1999, p.50.

exigences de cette dernière au regard de la preuve qui sont facteurs de « surreprésentations des griefs ». Les plaideurs sont enclins à privilégier des griefs aisés à établir et en font des « armes de choix » (des faits de violence, adultère, ou encore le défaut de cohabitation). L'exigence de gravité de la faute conduit les conjoints à forcer le trait pour obtenir gain de cause.

L'élévation du problème de la faute dans le divorce tient, en effet, de la difficulté à établir des torts (tant pour les candidats au divorce que pour le juge aux affaires familiales) dans le domaine de l'amour fondé, certes, sur le mariage mais surtout sur les sentiments. Le divorce-sanction exacerbe la faute et conduit à un étalement de l'intimité qui annihile la frontière entre l'intrusion dans la vie intime des époux et la recherche de la faute. Madame la professeure Dekeuwer-Défossez conclut d'ailleurs par : « Les magistrats qui estiment fautif le défaut d'affection ou qui jugent qu'une demande en divorce est, en elle-même, une violation grave et renouvelée des devoirs du mariage rendant impossible le maintien de la vie commune, ne sont certainement pas très légalistes, mais peut-être plus humains et réalistes que la loi. Mais s'agit-il encore du divorce pour faute ? ».

La faute apparaît de plus en plus anachronique dans les modes de séparation. La loi de 2004 l'a d'ailleurs reléguée sur tous les plans à la dernière place. En effet, l'indissolubilité du mariage n'entre plus dans le cadre de la conception moderne de la désunion. L'aspect religieux qui était autrefois prégnant dans le mariage, l'idée d'un mariage éternel fondé sur « l'homme ne peut défaire ce que Dieu a uni » n'est plus. Le mariage est davantage lié au bonheur et s'il n'est plus source de bonheur, alors il n'a plus de raison d'être. Tout d'abord, la faute est « périmée »⁵¹¹, aujourd'hui « le mariage a presque toujours pour unique fondement l'accord affectif de deux êtres et leur volonté de maintenir cette entente ». Ensuite, elle est « néfaste ». Le concept de divorce pour faute est un leurre car la faute est « rarement imputable à un seul, mais à une accumulation d'erreurs communes et d'incompréhensions qu'il est difficile d'isoler » et de juger. Celui qui est sorti du droit chemin ne doit pas être considéré comme un coupable et condamné par la société. Ainsi, maintenir la faute donne l'impression d'une morale imposée par les juges et le législateur. Or, il est désormais admis qu'on peut

⁵¹¹ AULIBE-ISTIN (P.), « Les différentes procédures », in *Divorce 20 ans après*, Revue juridique d'Ile de France, Dalloz, 1997, p45.

vivre en commettant une faute et aller en dehors du droit chemin. Il ne faut pas créer d'enjeu supérieur au divorce qui est de régler la dissolution du mariage, c'est-à-dire mettre fin aux effets du mariage. Le divorce n'a d'ailleurs pas pour unique vocation de sanctionner les fautes commises pendant le mariage, en attestent les autres cas de divorce.

En effet, le divorce permet de se séparer conventionnellement, unilatéralement. Dans ces cas, les fautes sont complètement absentes des procédures. Alors, le seul maintien du divorce pour faute au menu du divorce, permet de redorer le blason du mariage. Si l'importance du mariage dépend d'une dissolution pour faute, alors, cette affirmation est battue en brèche par la pluralité des cas de divorce. Le divorce pour faute perpétue l'illusion d'une consécration d'un mariage fort.

De plus, la loi de 2004 a inscrit une faille dans le concept de culpabilité. En effet, en généralisant la prestation compensatoire à tous les cas de divorce, donc, même à l'époux fautif, elle a supprimé la culpabilité à vie par le paiement d'une prestation compensatoire allant jusqu'à la mort. Maintenir la faute qui ne sera pas forcément débitrice d'une peine rend stérile le concept de divorce-sanction.

Qui plus est, Madame Dekeuwer-défossez⁵¹² a rappelé que les torts sont quasiment automatiquement partagés et que c'est « un indice supplémentaire de l'objectivation de ce type de procédure ». Pour autant, elle ne souhaitait pas la suppression du divorce pour faute. Elle préconisait un maintien, car certains époux ne réussissant pas à s'accorder et dont les griefs étaient réciproquement partagés (preuve du caractère intolérable du lien conjugal) ne disposaient pas de cas de divorce adapté. Seule la voie du divorce pour faute permettait de divorcer même si elle n'était pas adaptée. Si la loi de 1975 n'a pas répondu à ces situations avec le divorce pour rupture de la vie commune, la loi de 2004 pallie cette lacune avec le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Les époux qui ne s'accordent pas mais qui n'ont commis aucune faute devront seulement patienter deux ans pour obtenir le divorce.

⁵¹² DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Impressions de recherche sur les fautes causes de divorce », *Dalloz*, 1985, Chron., p.225. Elle ajoute que dès lors que l'autre a aussi sa part de responsabilité, si faible soit-elle, les torts sont automatiquement partagés.

Les consciences populaires semblent très attachées à la reconnaissance par la justice des torts mais elles sont soumises depuis des années au concept de faute dans le divorce. Seuls le temps, l'évolution des mœurs et du droit vont peu à peu amener à une désacralisation complète de la faute. L'exemple de l'adultère est à cet égard révélateur.

§2 : L'illustration par l'adultère de l'émiettement de la faute

« Etre ou ne pas être... fidèle, telle est aujourd'hui une des questions qui anime le droit du couple »⁵¹³. En effet, la fidélité est devenue une cause personnalisée⁵¹⁴ du divorce (A.) qui a eu pour effet d'affaiblir la faute dans son application *stricto sensu*. Le phénomène de la faute excusée (B.) a également contribué à son émiettement.

A. L'infidélité : une cause personnalisée du divorce

La fidélité a longtemps été considérée comme l'essence du mariage. Elle constituait l'obligation centrale et indispensable dans une relation conjugale. Ainsi, l'adultère était la violation la plus grave à laquelle les époux pouvaient succomber. « L'adultère tant dans sa gravité que dans ses sanctions a toujours été à la mesure de la grandeur du mariage »⁵¹⁵. La loi du 11 juillet 1975 a supprimé l'adultère comme cause péremptoire de divorce, alors qu'il était expressément nommé au premier rang des causes de divorce (anciens articles 229 et 230 du Code Civil). L'infidélité, n'entraînerait plus automatiquement le prononcé du divorce aux torts exclusifs de celui qui l'a commis. L'adultère est donc devenu une cause facultative de divorce et c'est au juge qu'il appartient d'apprécier si la faute est constituée. A cela s'ajoutait, l'abrogation par la même loi de 1975 de l'infraction pénale pour cause d'adultère. Le passage de la faute péremptoire à la faute facultative, laissait présager un relâchement de l'obligation de fidélité. Jean Carbonnier avait d'ailleurs évoqué cette crainte en mettant en garde

⁵¹³ ANTONINI-COCHIN (L.), « Le paradoxe de la fidélité », *Dalloz*, 2005, Chron., p.2325.

⁵¹⁴ HAUSER (J., HUET-WEILLER (D.), *Traité de Droit Civil*, Paris, L.G.D.J., 1998, 2^{ème} Ed., p.745. Terme repris pour l'obligation de fidélité « Obligation personnalisée ». C'est-à-dire qu'elle est définie en fonction du couple concerné.

⁵¹⁵ MAYAUD (Y.), « l'adultère, cause de divorce depuis la loi du 11 juillet 1975 », *R.T.D.C.*, 1980, p.495.

contre l'abolition « qui n'est pas aussi simple que de légiférer : d'une décriminalisation abrupte on peut craindre un effet diffus de permissivité »⁵¹⁶.

De prime abord, la marge d'appréciation laissée aux juges dans la constitution de la faute d'adultère laissait penser que les juges allaient étendre le champ de l'obligation de fidélité et y faire ainsi entrer les infidélités non consommées. En effet, l'infidélité allait pouvoir être interprétée de manière plus large, dès lors que la notion d'adultère ne liait pas le juge. Toutefois, l'adultère facultatif n'a pas eu pour effet d'ouvrir davantage les portes de la violation. Ces dernières étaient déjà sanctionnées sous le coup de l'injure, faute de divorce. Madame la Professeure Paillet parlait d'une « dualité des conceptions civiles : l'adultère consommé était une cause péremptoire de divorce ; l'adultère imparfait, peut être simplement insuffisamment prouvé, pouvait également entraîner le divorce, mais dans le cadre de l'injure »⁵¹⁷.

Au contraire, l'infidélité n'allait plus entraîner automatiquement le divorce puisqu'elle est devenue insuffisante. Il faut prouver l'imputabilité, en déduire la gravité et il faut que cela rejaillisse sur la vie commune et la rende intolérable pour l'avenir. Autrement dit, chaque histoire, chaque relation maritale influe sur le caractère contraignant de la fidélité et sur sa sanction en tant que faute. En atteste, un arrêt de la Cour d'appel du 19 novembre 1996 : « Les époux avaient adopté depuis de nombreuses années un mode de vie comportant pour chacun de grands espaces d'intimité hors du couple, ayant progressivement distendu leurs liens au point de les mener à une vie commune avant tout sociale et à s'autoriser l'adultère, lequel ne peut être en soi une cause de divorce, puis à vivre séparément. »⁵¹⁸ Ainsi, l'infidélité a perdu en sens commun. C'est la vie commune des époux, donc les époux qui vont déterminer si l'adultère est grave et rend intolérable le maintien de la vie commune. La question de la fidélité est donc devenue « une affaire personnelle, à laquelle chacun d'eux est à même de donner en toute égalité et selon un ordre juridique réaliste la suite qu'il entend »⁵¹⁹.

⁵¹⁶ CARBONNIER (J.), « La question du divorce mémoire à consulter », *Dalloz*, 1975, Chron., p.12

⁵¹⁷ PAILLET (E.), *Infidélité conjugale et continuité de la famille*, Thèse, Bordeaux I, 1979, p.86.

⁵¹⁸ CA de Bordeaux, 19 nov. 1996, D.1997, p.523, note GARE ; *Droit de la famille*, 1997, n°60, note LECUYER ; *R.T.D.C.*, 1997, p.403, obs. HAUSER (J.),

⁵¹⁹ MAYAUD (Y.), « l'adultère, cause de divorce depuis la loi du 11 juillet 1975 », *R.T.D.C.*, 1980, p.497.

L'appréciation à laquelle doit se soumettre le juge a eu pour effet de serrer l'état de l'adultère, faute de divorce, et en corrélation le relâchement de cette faute. « La gravité des fautes conjugales doit donc entraîner des effets relatifs quant au divorce, ces fautes doivent être sanctionnées, moins en fonction de l'idéal de conduite que représente la fidélité en soi et que traduit l'intrinsèque gravité de l'adultère, qu'en raison de leur caractère offensant pour chacun des époux »⁵²⁰.

L'adultère ne rend pas par lui-même insupportable le maintien du lien conjugal, il n'est pas obligatoirement une violation grave ou renouvelée, dès lors que les époux avaient choisi un certain mode de vie. La fidélité est obligatoire selon la considération des conjoints, et c'est leur mode de vie qui va ou ne va pas lui donner cette force. La fidélité est « une obligation supplétive de volonté »⁵²¹. Ainsi, un époux peut être infidèle, si l'autre l'accepte, ce n'est plus une faute à part entière. Une décision du TGI de Quimper du 20 avril 2001⁵²² n'a pas retenu l'adultère car les époux avaient décidé de réduire leur communauté de vie à une simple cohabitation matérielle. Le tribunal ne s'est pas prononcé sur la validité de cette convention. Toutefois, il a retenu que les faits invoqués par l'époux au soutien de sa demande en divorce pour faute, en raison de l'adultère commis par son épouse, sont au regard de leur accord antérieur dénués de gravité. Ce jugement est révélateur sur deux points. D'une part, il illustre parfaitement l'effort de recherche du juge dans la qualification de l'adultère imposé par l'article 242 du Code Civil. D'autre part, il présente une obligation de fidélité affaiblie par ce qu'en ont fait les époux. En effet, si le juge ne statue pas sur la convention en elle-même, il en tient compte dans son jugement et par conséquent lui donne une résonance, admettant implicitement une dispense de fidélité consensuelle.

L'indifférence au concubinage adultère est également concluante pour relever la relativité de la faute d'infidélité. La Cour de Cassation a pris une position libérale dans un arrêt du 3 février 1999⁵²³. Le seul fait pour l'auteur d'une libéralité d'entretenir avec

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ ANTONINI-COCHIN (L.), préc.

⁵²² TGI Quimper, 20 avril 2001, *Droit de la famille*, n°78, p.14, obs. LECUYER (H.). Voir également Cass. Civ., 1^{ère}, 4 juin 1997, *Droit de la famille*, 1997, n°176, p.16, obs. LECUYER (H.). Les pactes organisant la liberté des époux sont contraires à l'ordre public. Les conventions modifiant le régime primaire ont donc un objet illicite.

⁵²³ Cass. Civ., 1^{er}, 3 fév. 1999, *D.*, 1999, jp, obs. SAVATIER; Chron., LARROUMET (C.); *R.T.D.C.*, p.364 et 817, obs. HAUSER (J.); *J.C.P.*, 1999, II, 10083, note BILLAU et LOISEAU; *R.J.P.F.*, 1999,

le bénéficiaire des relations illicites d'adultère ne suffit pas à invalider l'acte. Les donations consenties à une concubine adultérine sont donc valables. La Cour ne condamne pas l'adultère. La cause de libéralité n'est donc pas contraire aux bonnes mœurs, cause par laquelle l'auteur souhaite maintenir les relations adultères avec le bénéficiaire. Or, cela laisse penser que la cause de la libéralité repose sur la violation d'une obligation légale du mariage : la fidélité. « Cette cause se heurte nécessairement à la règle posée par l'article 212 : quand bien -même ne serait-elle plus contraire aux bonnes mœurs, elle reste donc illicite puisqu'elle est prohibée par la loi »⁵²⁴.

L'adultère n'est pas plus sanctionné, lorsque le complice de l'infidélité peut bénéficier de dommages et intérêts en cas de décès accidentel de l'époux infidèle.⁵²⁵ L'affaiblissement de l'adultère trouve également à s'exprimer dans l'impunité du complice de l'adultère sauf en cas de faute caractérisée⁵²⁶ de l'amant ou de la maîtresse alors que la solution classique engageait la responsabilité de ceux qui le commettaient envers l'époux trompé. L'accumulation des reconnaissances des relations adultères influe nécessairement sur l'aspect contraignant du devoir de fidélité et de sa sanction. Ces différentes solutions jurisprudentielles qui ne sont pas exhaustives traduisent « un essoufflement du devoir de fidélité à l'égard des tiers, à l'instar des époux. »⁵²⁷

La fidélité qui est ancrée dans la notion de filiation dont l'enfant adultérin a souvent fait les frais, a également perdu de sa vigueur. En effet, la loi du 3 décembre 2001⁵²⁸ a mis un terme aux faveurs accordées aux enfants légitimés qui mettaient au second rang les enfants nés d'une violation du devoir de fidélité. Ainsi, la loi a affaibli le fondement biologique de l'obligation de fidélité.⁵²⁹

n°2, p.52, CASEY (J.) ; *Droit de la famille*, 1999, n°54, note BEIGNER ; Cass. ass. plén. 29 oct. 2004, D.2004, jurisprudence, p.3175, note VIGNEAU (D.).

⁵²⁴ LEVENEUR (L.), « Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ? », *J.C.P.*, 1999, I, p.152s.

⁵²⁵ Cass., crim., 19 juin 1975, *D.*, 1975, jurisprudence, p.679, note TUNC.

⁵²⁶ Cas. Civ., 1^{ère}, 4 mai 2000, *R.T.D.C.*, 2000, p.810, obs. HAUSER (J.) ; *JCP*, 2000, II, 10356, note GARE ; également 5 juillet 2001, *D.2002*, Somm., p.1318, obs. DELBECQUE ; *R.T.D.C.*, 2001, p.856, obs. HAUSER (J.). L'amant ou la maîtresse bénéficie d'une immunité civile qui n'est pas absolue. La faute caractérisée est constituée par une attitude scandaleuse, en intention de nuire, ou des manœuvres visant à détourner l'époux.

⁵²⁷ ANTONINI-COCHIN (L.), « Le paradoxe de la fidélité », *Dalloz*, 2005, Chron., p.24.

⁵²⁸ Loi n°2001-1135 relative au droit du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit du Code civil.

⁵²⁹ PHILIPPE (C.), « Quel avenir pour la fidélité ? », *Droit de la famille*, mars 2003, Chron. 16, pp.17-20.

Le poids du respect de la vie privée n'a pas épargné la preuve en matière de faute et donc en matière d'adultère. En matière de divorce, c'est le principe de la liberté de la preuve (article 259 du Code civil) qui trouve à s'appliquer communément au domaine des faits juridiques. Ainsi, la faute et plus précisément l'infidélité sont le terrain de prédilection de la preuve, que l'on soit du côté de la demande ou de la défense. Le divorce pour faute d'adultère ne peut être prononcé que si on apporte la preuve de faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage imputable au conjoint et rendant intolérable le maintien de la vie commune. La preuve de l'adultère, de toute évidence, implique d'entrer dans la sphère la plus intime des époux.

Le constat apparaît comme le mode de preuve principal en matière d'infidélité. En effet, il permet d'établir la preuve indiscutable de la tromperie. Toutefois, l'article 259-2 a largement réduit son champ d'intervention.

« Les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte de la vie privée ». Ce mode de preuve connaît une désaffection à deux égards. Le premier, limite les personnes habilitées à réaliser ces constats aux huissiers judiciairement mandatés et le second, soumet le constat à l'exigence de licéité. Les conditions de recevabilité doivent préserver la vie privée. Le respect de la vie privée ou de la violation de domicile, rend flou les contours de la licéité du constat. L'efficacité du constat repose sur l'idée de surprendre le conjoint, de l'inattendu et s'accommode difficilement de telles précautions. La jurisprudence considère que la vie privée est respectée lorsque le constat a lieu dans le domicile des époux ou lorsque l'un des conjoints en a la jouissance⁵³⁰ et lorsqu'il y a une autorisation du Président d TGI et elle réfute le constat dressé chez le partenaire complice de l'adultère⁵³¹. Le constat qui représente la preuve par excellence en matière d'adultère connaît un important déclin. La recherche de la vérité ne prime pas sur le respect de la vie privée. Le respect de la vie privée est une priorité, la preuve de l'adultère est subordonnée à cette priorité.

⁵³⁰ Civ .2^{ème}, 14 déc. 1983, *Bull.civ.* II, n°200.

⁵³¹ Paris, 5 nov. 1981, *D.*, p.342, note MASSIP.

Les témoignages sont également pris dans la vague restrictive des modes d'établissement de l'adultère. En effet, la prohibition de l'audition des descendants sur les griefs invoqués par les époux est interprétée très largement ⁵³²(article 259 du Code civil).

Pour les autres modes de preuves, tels que les lettres missives, les attestations, les rapports, ils ne peuvent être versés au débat lorsqu'ils ont été obtenus par violence ou par fraude⁵³³ et lorsqu'ils violent la vie privée. L'interprétation large du principe de respect de la vie privée a affecté et affaibli l'établissement de la faute d'infidélité. En atteste, la jurisprudence qui refuse des preuves qui violent le respect de la vie privée : comme la remise d'un document religieux prouvant l'annulation du mariage⁵³⁴, ou un montage photographique révélant la vie privée de l'épouse du demandeur à l'instance en divorce⁵³⁵, la production de pièces médicales⁵³⁶, enfin des rapports de police privée⁵³⁷. La production du journal intime a également fait l'objet d'une jurisprudence très controversée. Certains juges du fond en ont fait une question de principe, le journal intime est un document personnel et est couvert d'une espèce d'immunité⁵³⁸. La Cour de cassation a retenu le journal intime comme élément de preuve, lorsqu'il n'a pas été obtenu par fraude ou par violence ne violant pas ainsi la vie privée⁵³⁹. Néanmoins, l'obtention d'un journal intime sans l'usage de la fraude semble difficilement probable, même si l'absence de remise volontaire ne fait pas présumer la fraude⁵⁴⁰.

Les juridictions sont de plus en plus réticentes à admettre tout mode de preuve au nom du principe du respect de la vie privée. La preuve d'infidélité est donc directement touchée. Inéluctablement, la faute d'adultère subit cette réticence et peine à être reconnue.

⁵³² Cf., Partie I, Titre II, Section 1, §2 : L'évitement du contentieux grâce à des mesures procédurales propres au divorce

⁵³³ Article 259-1 du Code Civil.

⁵³⁴ Civ., 2^{ème}, 29 mars 1989, *D.*, 1990, p.45, note ROBINE ; *J.C.P.*, 1990, II 21586, note BOUSCAU ; *Gaz. Pal.*, 1990, 1.3 note ECHAPPE.

⁵³⁵ Cass. Crim., 30 janv. 1978, *Gaz. Pal.*, 1978, 2, p.467.

⁵³⁶ CEDH, Sect. II, 10 oct. 2006, L.L C/ France, req. N°7508/02, *D.*, 2006, IR. 2692 ; *R.T.D.C.*, 2007, p.95, obs. HAUSER.

⁵³⁷ Civ., 2^{ème}, 11 oct. 1978, *D.*1979, p.168. TGI Lyon, 10 oct. 1972, *Gaz. Pal.*, 2, p.880, note R.S.

⁵³⁸ CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, p.584. Paris, 9 sept. 1999, *Droit de la famille*, 2000, n°24, note LECUYER.

⁵³⁹ Contra, Civ. 2^{ème}, 6 mai 1999, *Bull. Civ.*, II, n°85 ; *D.*, 2000, p.557, note CARON ; *J.C.P.*, 1999, II10201, note GARE ; *Droit de la famille*, 1999, n°79, note LECUYER ; *R.T.D.C.*, 1999, p.608, obs. HAUSER.

⁵⁴⁰ TGI Versailles, 18 déc. 2000, *Droit de la famille*, 2001, n°57, note LECUYER.

L'abandon du contrôle purement formel de la motivation des juges du fond par la Cour de cassation lors d'une série d'arrêts marque également un certain laxisme⁵⁴¹. La constatation de la faute est déduite de l'énonciation que le comportement constitue une cause de divorce au sens de l'article 242 du Code civil et non que les faits constituaient une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune. Même si les auteurs s'accordent à dire que l'abandon de la formule sacramentelle ne s'accompagne pas d'un abandon du contrôle de la notion de faute⁵⁴² ou que la liberté formelle n'autorise pas les juges « à s'affranchir des exigences de l'article 242 du Code civil »⁵⁴³, l'abandon de l'exigence formelle a nécessairement un impact sur la considération de la faute. La Cour de cassation n'opère pas moins une désacralisation de la double condition du divorce pour faute⁵⁴⁴ qui a pour effet d'accentuer une certaine banalisation de la faute.

B. Une faute largement excusée

L'appréciation de l'infidélité dans le droit du divorce a été minimisée par le jeu de la réciprocité (1°) et par son caractère atténué pendant la procédure de divorce (2°)

1°) La minimisation de la faute par la réciprocité

La perte de caractère péremptoire de l'infidélité trouve à s'exprimer par le biais de l'excuse. La faute d'adultère est non seulement appréciée au cas par cas, mais elle peut également bénéficier du jeu de l'excuse plongeant davantage le divorce pour faute dans l'inertie. En effet, les juges, pour appréhender au mieux la faute d'adultère doivent prendre en considération toutes les circonstances susceptibles d'influencer la décision. La faute d'adultère peut donc être excusée par le comportement de l'autre conjoint. L'article 245 du Code civil est une arme redoutable contre le prononcé du divorce pour

⁵⁴¹ Civ. 1^{ère}, 11 janv. 2005, *Bull. civ.*, I, n°11; *D.*, 2005, IR, p.313; *Droit de la famille* 2005, n°53, note LARRIBAU-TERNEYRE (V.). Dans le même sens : 3 oct. 2006, *Defrénois*, 2007, p.301, obs. MASSIP.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ DAVID (S.), *A.J.F.*, 2005, n°9, p.320 et HAUSER (J.), *R.T.D.C.*, 2001, p.114. Civ. 2^{ème}, 30 nov. 2000. « L'éradication du divorce pour faute_ à supposer qu'elle soit souhaitable_ ne dépend pas de cette voie. »

⁵⁴⁴ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit de la famille*, 2005, n°53, p.28.

faute exclusive. L'époux accusé d'avoir commis un manquement au devoir conjugal peut rétorquer par la faute de son époux. En effet, l'article 245 du Code civil permet à l'époux accusé d'avoir commis une faute de répliquer, soit au titre d'un moyen de défense, soit par le soutien d'une demande reconventionnelle. La participation commune des époux à la violation des devoirs conjugaux anéantit la responsabilité exclusive dans la rupture. La contribution commune à l'échec du mariage se combine difficilement avec le concept divorce-sanction. Lorsque les torts sont partagés, il n'y a plus un coupable mais des coupables, chacun ayant une part de responsabilité dans l'échec conjugal. Le divorce pour faute prend alors davantage l'allure d'un divorce faillite fondé sur l'échec conjugal que l'on soit sur le plan de la cause et depuis la loi de 2004 sur le plan des effets. L'excuse, dans le divorce pour faute est révélatrice de l'inclinaison du droit à minimiser le rôle de la faute.

Les excuses en tant que moyen de défense⁵⁴⁵, fragilisent le caractère obligatoire du devoir de fidélité. Par exemple, peuvent excuser les faits reprochés au défendeur en leur faisant perdre leur caractère de gravité, l'adultère commis par le demandeur : lorsque la femme s'est consacrée à sa vie de famille et qu'elle a du vivre l'adultère de son mari avec des enfants adultérins. La liaison adultérine de l'épouse est postérieure à son mari et de ce fait elle n'est pas fautive et conduit à débouter le mari de sa demande⁵⁴⁶. Le fait d'adultère de l'épouse ne constitue pas une faute, celui-ci étant intervenu trois ans après celui de son mari et justifié par la recherche d'un réconfort affectif⁵⁴⁷, ainsi que le fait d'avoir une relation adultère stable depuis de nombreuses années excuse le comportement adultère de l'épouse qui arrive plusieurs années après l'infidélité du mari⁵⁴⁸. Enfin, le choix de vie commun d'un comportement libertin par le couple empêche l'accusation d'adultère⁵⁴⁹. La prise en compte de la réciprocité dans la faute empêche un divorce aux torts exclusifs et démontre l'incapacité du divorce pour faute à régler des situations qui par l'entrecouplement des fautes implique un simple échec.

⁵⁴⁵ Article 245 alinéa 1 du Code civil : « Les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce n'empêchent pas d'examiner sa demande ; elles peuvent, cependant, enlever aux faits qu'il reproche à son conjoint le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce ».

⁵⁴⁶ CA Grenoble, 30 avr. 1996, *Juris-Data*, n°19966041169.

⁵⁴⁷ CA Chambéry, 29 mai 1984, *J.C.P.*, 1985, II 20347, note R.L.

⁵⁴⁸ CA Nancy, 6 mars 1995, *Juris-Data*, n°042964.

⁵⁴⁹ Pau, 6 fév. 2006, *Droit de la famille*, 2006, n°165, note LARRIBAU-TERNEYRE (V.).

Le divorce pour faute aboutit à un divorce aux torts partagés lorsque les deux demandes, principale et reconventionnelle, sont simultanément accueillies⁵⁵⁰ et dès lors il existe une relation de cause à effet ou même lorsque les deux fautes paraissent sans rapport entre elles mais elles sont inconsciemment reliées par le climat général des relations conjugales⁵⁵¹. Or, la réciprocité a pour conséquence de neutraliser la faute, cause de divorce. « Le législateur admet donc en quelque sorte que cette interdépendance des culpabilités produise un effet de compensation qui se traduit par la non application des sanctions classiques du divorce pour faute »⁵⁵², tout du moins ce qu'il en reste depuis la réforme de 2004⁵⁵³. La réciprocité des torts entraîne une compensation des préjudices subis et donc de la réparation⁵⁵⁴. Nombres de décisions s'orientent vers une telle direction : un divorce pour faute prononcé aux torts partagés. Il faut ajouter que la Cour de Cassation n'est pas exigeante sur la motivation des décisions de la Cour d'appel lorsqu'elle déclare le divorce prononcé aux torts partagés. La Cour de Cassation a reproché une fois à la Cour d'appel de ne pas avoir suffisamment motivé sa décision dans un seul arrêt daté du 29 mars 1989⁵⁵⁵. Jean Carbonnier évoque d'ailleurs une simple mise en garde contre la propension des juges du fond à trop vite partager les torts⁵⁵⁶.

La culpabilité de l'auteur peut également être soulevée d'office par le juge⁵⁵⁷. Cette règle d'équité « permet au juge de ne pas traiter trop inégalement des situations comparables mais, par effet modérateur, de maintenir entre le fait et le droit, la réalité et le jugement, une certaine harmonie »⁵⁵⁸. Elle constitue un élément déterminant dans la propagation du divorce aux torts partagés. Le juge peut décider d'office, alors même que la défense n'envisage pas de contre-attaquer par une demande

⁵⁵⁰ Article 245 alinéa 2 du Code civil : « Ces fautes peuvent être invoquées par l'autre époux à l'appui d'une demande reconventionnelle en divorce. Si les deux demandes sont accueillies, le divorce est prononcé aux torts partagés. »

⁵⁵¹ CARBONNIER (J.), *Droit civil : la famille*, l'enfant, le couple, Paris, P.U.F. 21^{ème} Ed. 2002, p.549.

⁵⁵² ROCHE-DAHAN (J), *Préc.*, n°442, p.746.

⁵⁵³ La généralisation de la prestation compensatoire (article 270 alinéa 3) et le maintien des avantages matrimoniaux (article 265 alinéa 1 du Code civil.)

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ Civ., 2^{ème}, 29 mars 1989, *Bull. civ.*, II, n°87 ; *D.*, 1989, IR, p.122.

⁵⁵⁶ Cité par Mme ROCHE-DAHAN, p.754.

⁵⁵⁷ Article 245 alinéa 3 du Code civil : « Même en l'absence de demande reconventionnelle, le divorce peut être prononcé aux torts partagés des deux époux si les débats font apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre. »

⁵⁵⁸ CORNU (G.), p.564.

reconventionnelle d'éradiquer la faute par un partage des torts. Le juge aux affaires familiales dans le divorce pour faute, est un juge définitivement pacificateur.

Partout, dans la procédure, l'excuse trouve à s'exprimer. Cette mesure n'est que facultative et le juge doit, lorsqu'il décide de prononcer le divorce aux torts partagés, inviter les parties à présenter leurs observations sur les conséquences d'un tel divorce⁵⁵⁹. Il n'en demeure pas moins que cette mesure permet de prononcer des divorces aux torts compensés à la place de divorces aux torts exclusifs, cela à l'initiative du juge, alors que le défendeur aurait eu des scrupules⁵⁶⁰ à le faire. Autrement dit, cette mesure relève de l'ordre supérieur des volontés⁵⁶¹ et accentue le phénomène de repli de la faute dans la procédure de divorce et qui a également lieu pendant la procédure de divorce.

2°) L'atténuation de la faute pendant la procédure

C'est pendant l'instance en divorce que l'impérativité du devoir de fidélité est mis à mal. Il faut le rappeler, l'obligation de fidélité est une règle d'ordre public qui ne prend fin qu'au prononcé du divorce. Seul le juge peut donc mettre un terme aux effets du mariage. En effet, les époux ne peuvent convenir d'altérer l'ordre public en raison de l'introduction d'une demande en divorce. La Cour d'appel de Paris affirme de façon catégorique que « l'introduction en demande de divorce ne confère pas aux époux, une immunité destituant de leurs effets normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre »⁵⁶² et condamne l'adultère commis postérieurement à l'ordonnance de non-conciliation, même en l'absence de cohabitation⁵⁶³. L'impérativité de la fidélité pendant la procédure est régulièrement confirmée. Le juge pour établir une faute doit tenir compte de la situation globale et ce, jusqu'au jour où il statue sur la faute. Ainsi, le refus de prendre en considération les griefs intervenus pendant la

⁵⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004, Bull. civ., I, n°29 ; D., 2004, IR, p.469; *Droit de la famille*, 2004, n°49, note LARRIBAU-TERNEYRE (V.) ; R.T.D.C., 2004, p.269, obs. HAUSER (J.).

⁵⁶⁰ CARBONNIER (J.).p.550.

⁵⁶¹ CORNU (G.), p. 564. Il précise que cette règle est conforme à l'article 7 du N.C.P.C et que le juge ne statue pas « davantage *ultra petita* », et qu'il est fréquent que le juge « se borne à ne pas accorder au demandeur initial le bénéfice intégral de sa demande, ce qui entre normalement dans son office. »

⁵⁶² Civ., 2^{ème}, 27 oct. 1993, J.C.P., 1994, II 22260, note LEMASSON-BERNARD. Dans le même sens, 7 mai 2003, R.J.P.F., 2003, 9/12, obs. GARE.

⁵⁶³ CA de Paris, 2juill. 1997, *Juris-Data*, n°022671. « Le fait que les époux se soient autorisés à ne plus cohabiter ne les dispense pas du respect de l'obligation légale de fidélité inhérente au mariage. »

procédure aurait pour effet de doter l'introduction d'une demande en divorce « d'un caractère absolu à l'égard de toutes les injures dont les époux se rendraient ultérieurement coupables. »⁵⁶⁴

La période, postérieure à l'introduction de l'instance, a des contours incertains. En effet, L'adultère « est plus fréquent et relève d'une vue trop simpliste des choses, la non-conciliation, le domicile séparé de même que la quasi-certitude de voir le divorce prononcé, provoquant dans l'esprit de beaucoup la certitude de l'impunité totale »⁵⁶⁵. Et cette certitude va se refléter dans la jurisprudence. Notamment, dans l'arrêt du 29 avril 1994 de la deuxième chambre civile⁵⁶⁶, la Cour suprême approuve les juges du fond d'avoir affirmé que « le devoir de fidélité est nécessairement moins contraignant du fait de la longueur de la procédure ». La Cour suprême utilise une formule générale qui met l'accent sur la liberté de l'exécution du devoir de fidélité (sur l'existence de ce devoir) et s'éloigne d'une analyse relative à la gravité de la violation du devoir⁵⁶⁷. Après avoir vu « l'amollissement progressif de l'obligation de fidélité pendant la procédure » par le jeu de l'article 245 ; le Professeur Hauser qualifie l'obligation de fidélité pendant la procédure de divorce de « demi-fidélité » résultat d'un « mariage en sommeil ou suspendu »⁵⁶⁸.

L'obligation de fidélité a perdu son caractère absolu. La faute d'adultère n'est plus automatiquement sanctionnée et elle est souvent excusée. « Le refus de sanctionner bon nombre d'adultères survenus en cours de procédure de divorce correspond à un amoindrissement du devoir de fidélité sur le plan social et moral ».⁵⁶⁹ La faute et l'infidélité sont toujours sanctionnées mais avec plus de modération et de pondération. L'infidélité n'est plus la cause centrale de divorce. Le mariage doit s'adapter à une conception plus prosaïque moins figée, où l'infidélité perd du sens en tant que représentante institutionnelle et sociale du mariage. L'adultère qui était la faute par excellence est la première à être de plein fouet touchée par l'objectivation recherchée

⁵⁶⁴ BALESTRIERO (V.), « Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce », *L.P.A.*, 8 novembre 1995, p. 18

⁵⁶⁵ LAURENT (J.-C.), « Quelques réflexions sur les causes de divorce », *Dalloz*, 1949, Chron., p.61.

⁵⁶⁶ Civ., 2^{ème}, 29 avr. 1994, *Bull. civ.*, lin°123; *R.T.D.C.*, 1994, p.571, obs. HAUSER (J.), Dans le même sens : 23 mai 2002, *R.J.P.F.*, 2002, 10/17, note GARE ; Civ., 1^{ère}, 30 mars 2004, *R.J.P.F.*, 7-8/21, obs. GARE.

⁵⁶⁷ LAMARCHE (M.), *Les degrés du mariage*, PUAM, 1999, p34.

⁵⁶⁸ HAUSER (J.), *R.T.D.C.*, 1994, p.571.

⁵⁶⁹ BALESTRIERO (V.), *préc.*, p.23.

par l'individu. La recherche perpétuelle du bonheur influe sur l'attente des époux. La justice ne doit plus catégoriser les époux en coupable et non coupable. Pour ce faire, les juges affranchissent les époux de certaines contraintes et excusent certains de leur comportement. Les tribunaux voient de plus en plus dans le mariage une cellule destinée à satisfaire les besoins affectifs de ses membres plutôt qu'une structure sociale de droits et d'obligations⁵⁷⁰. Indiscutablement, la faute perd du terrain pour laisser place à la cause universelle de divorce : la rupture pour désamour. L'émergence d'un droit au divorce n'est donc pas complètement inenvisageable, car si le divorce pour faute disparaît, l'affirmation d'un droit au divorce trouverait toute son assise.

Il n'en demeure pas moins que la faute, notamment l'infidélité, a du sens. En atteste, le paradoxe de l'émergence du devoir de fidélité dans le PACS. L'obligation de fidélité est au cœur du couple, s'il connaît un affaiblissement dans le mariage, il semble se réserver un bel avenir en matière de P.A.C.S.⁵⁷¹ Le traitement thérapeutique du droit par la reconnaissance des responsabilités ou de l'absence de responsabilité aurait donc un avenir. Ainsi, le maintien des devoirs du mariage est indispensable pour donner de la valeur à l'engagement.

Toutefois, le déclin de l'ordre public ne veut pas dire disparition. Indiscutablement, la force du degré du mariage est en décomposition mais cela ne signifie pas qu'il a totalement disparu, « son contenu existe virtuellement »⁵⁷². Il y a donc un déplacement du droit vers les volontés individuelles. Les obligations d'ordre public sont devenues à géométrie variable car elles sont soumises à l'attractivité de l'individualité. L'appréciation globale du divorce à travers la cause générique de la faute conduit peu à peu le divorce pour faute à se rapprocher du divorce pour cause

⁵⁷⁰ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Impressions de recherche sur les fautes causes de divorce », *Dalloz*, 1985, Chron., p.225.

⁵⁷¹ ANTONINI-COCHIN (L.), « Le paradoxe de la fidélité », *Dalloz*, 2005, Chron., p.24. Voir, également l'ordonnance du président du TGI du 5 juin 2002 qui reconnaît l'existence d'un devoir de fidélité au du moins de loyauté entre les partenaires ; *D.*, 2003, jurisprudence, p.515, note LABBEE ; *R.T.D.C.*, 2003, p.870, obs. HAUSER ; *Droit de la famille*, n°57, note BEIGNIER ; *R.J.P.F.*, 200 », p.22, VALORY (S.). Un des partenaires demande une désignation d'un huissier auprès d'un magistrat pour faire constater l'infidélité de l'autre partenaire. Le président de la juridiction accède à cette demande aux motifs que l'obligation de communauté de vie implique une communauté de toit et de lit et estime que, comme tout contrat il doit être exécuté de bonne foi. Monsieur le Professeur FULCHIRON évoque : une convergence des statuts (Pacs et mariage), d'un partenariat qui se matrimonialise et d'un mariage qui se partenarise ; « De l'institution aux droits de l'individu : réflexion sur le mariage au début du XXIème siècle », in *Le monde du droit*, Mélanges J.FOYER, Economica, 2008, p.399.

⁵⁷² LAMARCHE (M.), *Les degrés du mariage*, PUAM, 1999, p32.

objective. Ainsi, l'ordre public conjugal ne serait qu'un engagement moral supérieur à la volonté personnelle, une charte, un code de conduite mais il ne trouverait plus sa sanction en cas de violation dans le régime du divorce. Pour les fautes les plus graves, l'article 1382 du Code civil pourrait répondre aux dommages subis en fonction des circonstances de la rupture, et le pénal, pour les fautes extrêmement graves.

N'est-ce pas la voie dans laquelle le législateur s'est engagé en matière de violences conjugales ? En effet, l'article 220-1 alinéa 3 du Code civil prévoit une protection judiciaire pour l'époux victime de violence, par l'éviction du logement conjugal. Cet article permet une attribution de la jouissance du logement conjugal au conjoint⁵⁷³ qui n'est pas l'auteur de violence et ceci en l'absence de procédure de divorce en cours. Le législateur a donc instauré « une procédure autonome », en option « par rapport au dispositif de l'article 257-1 alinéa 2 qui permet toujours au juge aux affaires familiales, au titre de mesures d'urgences, d'autoriser l'époux demandeur à résider séparément s'il y a lieu avec ses enfants mineurs. »⁵⁷⁴ Le juge aux affaires familiales peut organiser les modalités de la séparation en urgence du couple, c'est-à-dire l'attribution du logement, les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution aux charges du mariage et cela pour une durée de quatre mois. A l'expiration de ce délai, les mesures sont caduques si aucune requête en divorce ou séparation de corps n'a été déposée.

L'article 220-1 alinéa 3 nommé « référé violence » s'impose bel et bien comme une procédure parallèle, à part, pour les questions relatives aux violences conjugales. Par le biais d'une requête ou par référé, l'époux peut saisir le juge lorsqu'il apporte la preuve des actes de violences commis, soit sur sa personne soit sur ses enfants. Ainsi, s'ajoute à l'affaiblissement de la faute, une parcellisation du traitement des questions relatives aux époux. La loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein d'un couple ou commises contre les mineurs, contribue à l'instauration d'un traitement spécifique des violences au sein d'un couple. Même si l'essentielle des modifications concerne les couples mariés, la loi a entendu tenir compte des relations de couple indépendamment de tout statut notamment à propos des relations sexuelles. Les articles L.222-22 alinéa 2 et L.222-24 11° du code pénal

⁵⁷³ Selon l'article 262-1 du Code civil, le juge devra préciser si la jouissance est à titre gratuit.

⁵⁷⁴ LIENHARD (C.), « La nouvelle procédure de divorce », *A.J.F.*, juin 2003, p.208.

respectivement incriminent le viol dans le couple indifféremment de « la nature des relations existant entre l'agresseur et la victime » et considèrent comme une circonstance aggravante le viol « commis par le conjoint, le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacs. » Ainsi, il y a une globalisation des relations de couples à travers la violence et cette globalisation fait perdre de la spécificité d'une part au couple marié et d'autre part au droit du divorce. « La loi relative aux violences conjugales aura eu le mérite de montrer que la lutte contre les violences doit être la même dans tous les couples. (...). Il en résulte également que, du point de vue civil, le consentement aux relations sexuelles doit avoir le même régime dans tous les cas »⁵⁷⁵.

Le divorce pour faute perd peu à peu sa raison d'être et le droit commun de la responsabilité civile ou le droit pénal pourraient pallier sa disparition.

***Pour une matière originellement réfractaire aux arrangements selon le principe d'ordre public, la loi en a fait « une pierre angulaire des décisions judiciaires »⁵⁷⁶. Le développement de l'accord dans le domaine du divorce fait tomber directement les barrières légales impératives et laisse le champ ouvert aux volontés. Ainsi l'ascension du mode conventionnel constitue un pan du déclin de l'ordre public et conforte l'idée d'un droit au divorce à l'état naissant. L'autre pan révélant le déclin de l'ordre public conjugal réside dans la relativité de la faute et de la sanction en cas de violation des obligations et devoirs du mariage. L'ordre public conjugal contraint de moins en moins et se vide peu à peu de sa substance.

Le divorce devient l'affaire des époux et la dimension individuelle modifie l'image du mariage et par ricochet le divorce et élève le divorce au rang de droit subjectif.

⁵⁷⁵ A.-M.L., « Mariage, couple, communauté de vie », *R.T.D.C.*, 2006, p.402s.

⁵⁷⁶ AZAVANT (M.), *L'ordre public et l'état des personnes*, Thèse, Pau, 2002, 849 p.

TITRE II : L'EXISTENCE D'UN DROIT AU DIVORCE

La libéralisation du divorce appelle à s'interroger sur l'existence d'un droit au divorce. En effet, les époux s'érigent peu à peu comme seuls décideurs de leur divorce. L'ordre public conjugal subit également un certain relâchement qui n'est pas étranger à la montée en puissance de l'autonomie des volontés. Les barrières sont tombées, le terrain est donc propice à l'émergence d'un droit au divorce. « Il existerait un droit au divorce : celui qui veut mettre fin au mariage aurait le droit de rompre le lien, même s'il n'a pas de faute à reprocher à son conjoint, même si celui-ci s'y oppose »⁵⁷⁷.

Toutefois, on ne peut se contenter d'une simple affirmation. Le droit au divorce fait partie de ces droits qui sont affirmés sans que soit prouvée leur existence. La pertinence juridique de l'expression droit au divorce appelle donc à une démonstration qu'il s'agit à la fois d'un droit subjectif et à la fois d'un droit fondamental. L'absence de démonstration du bien fondé du concept juridique de droit au divorce n'est pas un obstacle à son existence mais constitue un frein aux effets de ce concept.

L'existence d'un droit au divorce aurait comme but de forger un instrument juridique destiné à donner une réponse juridique aux situations d'échec conjugal. La législation devrait ainsi respecter ce droit en extirpant tout obstacle légal limitant l'exercice du droit au divorce. La métamorphose que connaît le droit semble un terrain favorable à une reconnaissance d'un tel droit. Néanmoins, « entre la reconnaissance du droit de divorcer et la consécration d'un droit au divorce, qui serait opposable aux Etats, il existe un monde, à la fois juridique et symbolique. »⁵⁷⁸ Mais c'est sans tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui se veut de plus en plus extensive, et qui fait preuve de moins en moins de retenue.

La démonstration de l'existence d'un droit au divorce passe, tout d'abord, par un effort de conceptualisation (Chapitre I). Puis, après avoir prouvé son existence en tant que concept, survient la recherche d'un droit au divorce en tant qu'émanation des droits fondamentaux (Chapitre II).

⁵⁷⁷ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème}, 2006, p.231.

⁵⁷⁸ *Ibid.*

CHAPITRE I : LA CONCEPTUALISATION DU DROIT AU DIVORCE

La démonstration de l'existence d'un droit passe par sa qualification juridique. Seule la catégorisation dans les différents concepts, droit, liberté, liberté publique ou encore droit fondamental permet d'ériger en droit une simple revendication. Reconnaître un droit au divorce implique l'admission d'un droit subjectif au divorce. « Le subjectivisme est apparu dans l'histoire sous la forme d'un effort, parfois lent et progressif, parfois aussi révolutionnaire, pour dégager les sujets de l'emprise trop forte du pouvoir politique, ou de la contrainte de structures sociales devenues inadaptées »⁵⁷⁹.

Les droits subjectifs ont leur siège dans l'individu. Ils ont permis d'élargir le pouvoir des individus. L'épanouissement de l'individu passe notamment par le droit. Ainsi, la multiplication des droits a contribué à la distribution à chacun de prérogatives juridiques personnelles. Le droit au divorce s'inscrit-il dans cette attribution de prérogative juridique ? L'existence du droit au divorce ne fait peu de doute sur le plan des idées. En effet, celui qui veut mettre fin au mariage a le droit de rompre le lien même s'il n'a aucune faute à se reprocher et ce, même si l'autre s'y oppose grâce notamment au divorce pour altération définitive du lien conjugal. Le droit de ne plus rester marié l'emporte donc sur le droit de rester marié⁵⁸⁰.

La preuve de la réalité de l'existence d'un droit au divorce dans notre système juridique s'impose afin de reconnaître à ce concept une quelconque force juridique. Une analyse de la nature juridique du droit subjectif au divorce doit donc être établie (Section 1) avant d'évoquer le phénomène de subjectivation que connaît le droit et qui favorise la reconnaissance d'un droit au divorce (Section 2).

⁵⁷⁹ ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques* », Paris, Dalloz, 1963, p.26.

⁵⁸⁰ FENOUILLET (D.), TERRE (F.), *Les personnes La famille Les incapacités*, Dalloz, Paris, 7^{ème} Ed., 2005, p.310. Dans le cadre de ce divorce aucun empêchement ne peut entraîner le refus du divorce puisque la clause d'exceptionnelle dureté a été supprimée.

SECTION 1 : LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT AU DIVORCE

A travers cette étude, on ne saurait prétendre élaguer l'ensemble des définitions et concepts des différentes natures juridiques existantes dans notre droit. Différents auteurs affirment l'existence d'un droit au divorce. Comme il a été précédemment démontré, indéniablement le droit du divorce s'est très largement démocratisé mais peut-on se contenter de l'affirmation d'un droit au divorce ? C'est à travers les critères de la notion de droits subjectifs que la démonstration va prendre tout son sens. Avant de s'attarder sur la notion de droit subjectif, il faut avoir un champ de vision plus large concernant les concepts de droit.

Dans un premier temps, le choix du concept du droit subjectif au divorce va être justifié (§1) et dans un second temps, la valeur juridique du concept sera mise en exergue (§2).

§1 : Le concept du droit subjectif au divorce

La notion de droit subjectif est générique, elle appelle donc à un évincement des notions voisines (A.) pour se cantonner aux critères de définition du droit subjectif (B).

A. Les notions voisines du droit subjectif

L'affirmation d'un droit subjectif au divorce ne peut se faire sans une étude préalable des différentes natures juridiques possibles à l'hypothétique droit au divorce. Est-ce que la loi reconnaît une liberté de divorcer ou un droit ? Est-ce une liberté publique ou un droit fondamental ? Ces diverses expressions sont employées soit comme synonymes soit comme concepts différents.

La liberté se définit dans le langage courant comme étant le pouvoir d'agir ou de ne pas agir. Est libre celui qui n'a besoin de personne ni de quoi que ce soit⁵⁸¹. La liberté est la condition de l'homme qui n'appartient à aucun maître. La liberté est donc le droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi. Toutefois, ce n'est plus cette liberté pure qui intéresse la population mais « une liberté relative, s'exprimant par rapport aux autres et au sein d'une société, à laquelle s'attache le droit ... »⁵⁸².

La liberté en opposition au droit est « une prérogative qui ouvre à son bénéficiaire, s'il le désire, un accès inconditionné aux situations juridiques, qui se placent dans le cadre de cette liberté »⁵⁸³. Alors que le droit apparaît comme une discipline sociale normative. Il régit les comportements de l'homme dans la société, il définit les conditions du comportement de l'individu dans l'existence de ces libertés. En ces termes, le pouvoir de divorcer ne peut être qualifié de liberté dès lors qu'il est soumis à de nombreuses conditions. Ainsi, il n'existe pas de liberté de divorcer car l'accès à la situation juridique recherchée est conditionné et seul le respect de ces conditions ouvre les portes du divorce.

Selon Jean Carbonnier, il y a seulement une liberté lorsque « celle-ci est attribuée d'une façon égalitaire, uniforme, à tous ceux qui en bénéficient. » Il y a un droit subjectif, lorsque la répartition est inégalitaire et que « les prérogatives du titulaire restreignent la liberté d'autrui et non la sienne. Le droit subjectif est un domaine réservé au titulaire. Il restreint au profit du sujet, la liberté d'autrui ; il établit en faveur d'un individu déterminé, une inégalité juridique entre les personnes. »⁵⁸⁴

Ainsi, pour Monsieur le Professeur Rivero « la liberté est un pouvoir d'autodétermination, en vertu duquel l'homme choisit lui-même ses comportements personnels ».⁵⁸⁵ Ce pouvoir se distingue donc des autres pouvoirs qui permettent à autrui d'imposer un comportement déterminé. Au regard de ces définitions, la liberté n'entraîne pas de répercussion négative sur autrui lors de son exercice. Ce dernier

⁵⁸¹ TERRE (F.), « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in CABRILLAC (R.), (Dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2003, p3.

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p.147

⁵⁸⁴ CARBONNIER (J.), *Introduction droit civil*, Paris, P.U.F., 2002, p.323.

⁵⁸⁵ MOUTOUH (H.), RIVERO (J.), *Les libertés publiques*, t.I, Les droits de l'homme, 9^{ème} Ed., Paris, PUF, 2003, p.5.

élément révèle que le pouvoir de divorcer s'accommode mal du concept de liberté car user du divorce c'est bien imposer un comportement personnel et déterminé à autrui sauf dans le cas du divorce consensuel. Dans les autres cas de divorce, pouvoir divorcer c'est contraindre l'autre par la décision de se séparer. Il y a donc bien un effet sur autrui et un effet le plus souvent négatif. En référence aux définitions précédemment évoquées le pouvoir de divorcer ne constitue pas une liberté. La liberté peut certes, précéder le droit subjectif et être au seuil de la situation juridique à laquelle elle donne accès⁵⁸⁶, mais elle ne crée pas la situation juridique. En effet, seule la qualification de droit subjectif donne un tel pouvoir au concept.

Le droit au divorce n'entre pas davantage dans le concept des libertés publiques. Selon le Professeur Rivero, « Les libertés publiques sont des droits de l'homme qui reconnaissent à celui-ci, dans les divers domaines de la vie sociale, le pouvoir de choisir lui-même son comportement, le pouvoir organisé par le droit positif, qui lui accorde une protection renforcée et l'élève au niveau constitutionnel en droit interne, au niveau supralégislatif en droit européen. »⁵⁸⁷ Autrement dit, la thèse des libertés publiques est automatiquement écartée, car si les libertés publiques ont pour finalité la protection des droits essentiels de la personne contre les atteintes de l'Etat, les libertés publiques n'entrent dans le droit positif que lorsqu'elles ont été consacrées par l'Etat. Or, le droit au divorce n'est pas consacré comme tel dans le droit positif interne, ni même sur le plan européen.

Même si les libertés publiques ne se limitent pas à une définition, il est communément admis par la doctrine qu'elles doivent être prévue par le droit. En effet, si l'on se réfère à la distinction des libertés publiques et des droits fondamentaux opérée par certains auteurs⁵⁸⁸, l'expression des libertés publiques désigne essentiellement des libertés protégées contre l'exécutif, en vertu de la loi et par le juge ordinaire. Alors que les droits fondamentaux seraient des libertés protégées contre l'exécutif ou le législatif, en vertu de textes constitutionnels ou internationaux, par le juge constitutionnel. Le critère distinctif est le juge concerné et la norme de référence ainsi que sa valeur. « Cependant, une notion n'exclut pas l'autre et une même liberté peut être une liberté

⁵⁸⁶ STARCK (B.), ROLAND (H.),..., *Introduction au droit*, Litec, Paris, 5ème éd., 2000, p.358.

⁵⁸⁷ MOUTOUH (H.), RIVERO (J.), préc.

⁵⁸⁸ FAVOREU (L.), GAIA (P.), ..., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 4ème éd., 2007, spéc. pp.61-70.

publique et un droit fondamental. »⁵⁸⁹. La distinction a donc ses limites. Ils ont comme traits communs : la reconnaissance juridique et la garantie par le droit sous contrôle d'un juge quel qu'il soit.

Les libertés publiques ont pour caractéristique d'être reconnues, même si elles n'existent pas sous forme de liste exhaustive dans l'article 34 de la Constitution, c'est au juge de « définir la liste de ces libertés au fur et à mesure des cas d'espèces qu'il est amené à juger »⁵⁹⁰. Ainsi, la liberté publique ne peut exister que si elle est proclamée. C'est ainsi que s'éteint la perspective de qualifier le divorce de liberté publique car à aucun niveau la liberté de divorcer n'est proclamée en tant que telle.

La conceptualisation du droit au divorce à travers les différentes notions évoquées n'est pas probante. La définition du droit subjectif va peut être pouvoir donner de la force au concept d'un droit au divorce. En effet l'objectif étant de prouver que le droit au divorce est un vrai droit.

B. Les critères de définition du droit subjectif

Dire que le droit au divorce est un droit subjectif, c'est dire que ce droit a une valeur juridique, mais c'est dire aussi que le droit au divorce est un droit positif. En effet, pour une majorité de la doctrine, seul le droit objectif peut reconnaître un droit subjectif. C'est donc parce que le droit est considéré par le droit objectif qu'on peut l'inclure dans la catégorie des droits subjectifs. Les partisans de l'intérêt général n'isolent pas l'individu de la société. Les prérogatives individuelles ne sont alors que de simples éléments de l'organisation de cette société et ne sauraient primer sur le bien commun⁵⁹¹. Aucun droit subjectif n'est absolu, « il a pour limite la nécessité de respecter les droits des autres. (...) Les droits subjectifs n'existent pas par eux-mêmes, ils ne sont pas des générations spontanées, issus du néant, ils ne sont pas des droits naturels »⁵⁹².

⁵⁸⁹ ISRAEL (J-J), *Droits des libertés fondamentales*, LGDJ, 1999, p.36.

⁵⁹⁰ TERRE (F.), préc. , p.30

⁵⁹¹ STARCK (B.), ROLAND (H),..., préc., p352.

⁵⁹² *Ibid.*

Cette conception du droit renvoie à la notion de l'ordre public et à la suprématie de l'intérêt général. Inévitablement s'opposent aux partisans de l'intérêt général, les partisans de l'intérêt individuel qui estiment que les droits subjectifs sont inhérents à la nature humaine et qu'ils ne nécessitent pas de reconnaissance par les textes⁵⁹³.

Léon Duguit condamne l'idée de droits inhérents à la nature humaine et conteste même sur un plan technique l'utilité de la notion de droit subjectif. Il rejette cette théorie car pour lui l'homme ne peut vivre qu'en société et a toujours vécu ainsi. Les hommes font partie d'un groupe, assujettis par ce fait à toutes les obligations qu'impliquent le maintien et le développement de la vie collective. Ainsi, il nie l'existence du droit subjectif. Les droits subjectifs auraient donc pour fondement les droits objectifs. Or, les droits objectifs sont le fruit d'une société dont chaque membre a une volonté, il est alors impossible d'établir une hiérarchie des volontés. D'autres courants nient l'existence des droits subjectifs. On retrouve Kelsen qui ne répudie pas absolument la notion, « mais il refuse d'admettre qu'il signifie l'attribution de prérogatives individuelles »⁵⁹⁴.

Pour une partie de la doctrine reconnaître l'existence du droit subjectif est néfaste. C'est une dérive du droit qui permet d'écraser la puissance publique sous les pouvoirs de l'individu. « L'égoïsme individuel tend à capter à son profit, en le déformant, ce qui avait été édifié seulement en vue de la justice et du bien commun, à dénaturer la relation en pouvoir unilatéral »⁵⁹⁵.

L'équilibrage du pouvoir semble incontournable, les grandes institutions du droit semblent touchées par cette montée de l'individualisme. Elle peut être critiquable mais l'intérêt général ne garantit pas le respect de la personne dans son individualité. Les désirs individuels voire égoïstes ne sont pas nécessairement néfastes, ils sont parfois l'expression d'une oppression par le droit et la société. La recherche de

⁵⁹³ GHESTIN (G.), *Traité de droit civil Introduction générale*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, p.134. A propos de la thèse de la suprématie des droits subjectifs, Monsieur Ghestin explique que c'est notamment avec les théories du contrat social que le droit subjectif a triomphé. Il était considéré comme le principe de base de l'organisation juridique. Hobbes a inspiré ce phénomène. En effet, l'homme à l'état de nature est libre avec des pouvoirs illimités mais concurrents. C'est par le pacte social que les hommes cèdent leur droit primitif à l'Etat. Donc ces droits limités par la loi ont bien leur source profonde dans les individus eux-mêmes.

⁵⁹⁴ GHESTIN (G.), *préc.*, p.131.

⁵⁹⁵ M. Villey cité par GHESTIN, p.129.

l'épanouissement est légitime et partout elle tend à s'imposer. On ne peut nier l'existence des droits subjectifs qui sont le reflet de l'émergence des droits individuels. Si besoin en est, les différentes définitions attestent de l'existence propre des droits subjectifs.

« S'il est difficile de faire apparaître l'essence du droit subjectif. Les uns ont dit : c'est un pouvoir de vouloir ; les autres : un intérêt pris en considération par le droit, un intérêt juridiquement protégé. Le vrai est que le droit subjectif est une des notions premières du droit et défie quelque peu l'analyse »⁵⁹⁶. Le droit subjectif est un droit qui appartient à une personne déterminée, à un sujet, alors que le droit objectif est général, impersonnel.⁵⁹⁷ Deux doctrines essentielles s'affrontent donc sur la définition du droit subjectif. La première se fonde sur l'élément essentiel du droit subjectif qui est le pouvoir de volonté (théorie rattachée au nom de Savigny). L'autre théorie retient l'objet comme élément essentiel, le droit étant un intérêt juridiquement protégé (théorie de Jhéring).

Le Doyen Roubier retient deux caractères qui permettent de reconnaître une situation subjective. « D'une part la situation juridique subjective a un caractère préétabli ... Elle constitue une position prise à l'avance et qui est destinée à assurer à son bénéficiaire les effets juridiques qu'elle doit produire ». Et d'autre part « la situation juridique subjective a pour but de créer principalement des prérogatives ou avantages... C'est la raison profonde pour laquelle la volonté privée est l'élément qui anime ces situations »⁵⁹⁸.

La réponse à la question de savoir s'il existe un droit subjectif au divorce suppose de faire un choix entre les diverses définitions du droit subjectif exposées ou du moins d'en tirer une trame commune.

De ces définitions découlent des traits communs, tel le pouvoir de la volonté qui va donner l'impulsion au droit. Ce droit va procurer un avantage exclusif à son titulaire et de ce fait va créer une inégalité juridique. La satisfaction individuelle par un intérêt

⁵⁹⁶CARBONNIER (J.), Introduction droit civil, Paris, *P.U.F.*, 2002, p.323.

⁵⁹⁷STARCK, préc.

⁵⁹⁸ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques* », Paris, Dalloz, 1963, p72.

personnel doit être placée sous l'égide du droit objectif⁵⁹⁹. Le droit objectif apporte au droit subjectif sa protection. Il concourt à en assurer le respect.

Ce qui est frappant c'est donc l'aspect individualiste de la notion de droit subjectif. Incontestablement le droit au divorce est un droit individuel dès lors qu'il fait passer une exigence personnelle de satisfaction sur des considérations familiales⁶⁰⁰. Toutefois, cela ne veut pas dire que les droits subjectifs sont absolus dès lors qu'ils puisent leur force juridique dans le droit objectif. C'est le droit objectif qui fixe les limites permettant de respecter le droit des autres individus. Il en est ainsi pour le droit du divorce, tout en permettant le divorce, il encadre et pose des garde-fous pour protéger le droit des autres.

Le Professeur Cornu donne une définition générale du droit subjectif : « comme une prérogative reconnue à une personne par le droit objectif, pour la satisfaction d'un intérêt personnel. » C'est cette dernière définition qui retiendra notre attention. Selon la lettre de cette proposition, on est enclin à affirmer que le droit au divorce existe. En effet, le droit du divorce, droit objectif prévoit donc la possibilité de satisfaire un intérêt personnel qui est de se démarier. Le droit au divorce est un avantage pour celui qui s'en prévaut. Le demandeur en divorce peut exiger d'autrui la séparation judiciaire.

Le droit au divorce serait un droit subjectif de la personnalité. En effet, le Doyen Ghestin reprend la classification classique des droits subjectifs⁶⁰¹. Il y a les droits réels « droit ayant pour objet de choses » ; les droits de créances « droits ayant pour objet l'activité d'une personne » et pour finir les droits de la personnalité « droits ayant pour objet la personne même du sujet ». Le droit au divorce semble donc parfaitement s'intégrer dans la dernière proposition. Il soulève à l'égard des droits de la personnalité, leur originalité qui est « de ne pas avoir un objet extérieur au sujet lui-même »⁶⁰².

⁵⁹⁹ CORNU (G.), Introduction au droit, Paris, Domat droit privé, 13^{ème} éd., 2007, p.15.

⁶⁰⁰ En effet, reconnaître un droit subjectif au divorce serait à contre-courant d'une certaine politique familiale qui prône l'indissolubilité du mariage et par là, la suprématie de la famille sur les membres qui la composent. La famille est à son échelle une représentation de la société ; dès lors l'intérêt général prévaut.

⁶⁰¹ GHESTIN (G.), préc., p174s.

⁶⁰² *Ibid.*, p179.

Le droit au divorce serait un droit extrapatrimonial.⁶⁰³ En opposition aux droits patrimoniaux qui procurent un avantage pécuniaire, les droits extrapatrimoniaux « ne représentent pas par eux-mêmes, un avantage évaluable en argent. Ils ne sont pas dans le patrimoine d'une personne. »⁶⁰⁴ Ils correspondent à des intérêts moraux. Le Doyen Cornu évoque l'ambiguïté de la notion de droit subjectif de la personnalité dans le droit de la famille. C'est peut être cette double connotation du droit subjectif dans le droit de famille qui ternit l'hypothèse d'un droit au divorce. En effet, « dans les droits de famille, le droit subjectif n'est pas centré sur un intérêt strictement individuel. Une perspective plus communautaire y mêle la considération de l'intérêt du groupe (intérêt de la famille »⁶⁰⁵. Alors que « les droits de la personnalité sont fondés sur la protection individuelle exclusive de la personne envisagée pour elle-même, isolément »⁶⁰⁶.

Ainsi, le droit au divorce semble difficilement compatible avec les droits de famille. Les droits de la famille ayant pour particularité d'être doublés d'une obligation, leurs titulaires ont pour contrepartie un devoir⁶⁰⁷. Le droit au divorce est un droit individuel, égoïste, qui baigne dans un contexte familial. Le Doyen Ghestin distingue également les droits subjectifs à fin égoïste des droits-fonctions. « On oppose aux droits qui sont donnés dans l'intérêt de leur titulaire, comme autant de moyens permettant à celui-ci de satisfaire à ses besoins, matériels et spirituels, les droits à fin altruiste, institués non pour le service de leur titulaire, personne physique ou personne morale, mais pour le service d'autrui »⁶⁰⁸. Ce qui est différent pour le droit au divorce c'est qu'il va à l'encontre de l'élan naturel du droit qui est de créer. Le droit au divorce c'est le droit de rompre une situation que l'on a construite.

La conciliation de ces droits de la personnalité est donc délicate. En effet, cette difficile conciliation tient en partie du fait que la notion de droit subjectif concernait essentiellement le droit de propriété et non des droits relatifs à la personne. Or le droit de propriété dans un premier temps a été conçu comme un droit subjectif absolu et progressivement son champ a été contrôlé. Le droit au divorce subit le phénomène

⁶⁰³ Le respect de la vie privée prévu à l'article 6 du Code civil est l'exemple type du droit extrapatrimonial.

⁶⁰⁴ CORNU (G.), préc., p.34.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ DABIN, cité par GHESTIN, p.189s.

inverse. Au début, il était prévu comme une simple faculté très encadrée et peu à peu son caractère absoluire a émergé. Ainsi, la définition du droit subjectif est bel et bien un pouvoir d'agir mais qui doit modifier l'ordonnancement juridique. Autrement dit, si dans un premier temps le divorce a été conçu comme une simple faculté, il est devenu un droit. En effet, les chances de voir modifier l'ordonnancement juridique n'ont fait qu'accroître. Le divorce est un droit justiciable et permet de faire valoir un intérêt individuel en tenant de moins en moins compte d'autres considérations notamment celles relatives à la famille. Le droit au divorce met à mal les droits de famille, mais l'altruisme a peut être ses limites et c'est dans le contexte conjugal qu'elles trouvent à s'exprimer. Le droit du divorce et le juge ont optimisé les chances de satisfaire l'époux désireux de divorcer. L'affirmation de la force juridique du droit au divorce est davantage mise en relief par la création et l'exercice du droit.

§2 : La valeur juridique d'un droit subjectif au divorce

La valeur juridique du droit subjectif au divorce dépend de deux éléments : la création des droits subjectifs (A.) et l'exercice des droits subjectifs (B.)

A. La création des droits subjectifs et le droit au divorce

C'est à travers la création des droits subjectifs que le droit au divorce va trouver sa force juridique. Il s'agit de démontrer que le droit au divorce existe grâce aux modes de création des droits subjectifs.

Les droits subjectifs sont élastiques et illimités, car ils sont l'expression des besoins de l'homme. « Tout ce qui existe a le droit de s'étendre et de se manifester jusqu'aux extrêmes limites de sa virtualité ; c'est la puissance de la vie qui fonde les droits de l'être vivant. Ces besoins sublimés en droit pourraient bien, légitimement, être qualifiés de droits naturels, car ils procèdent de la nature, de la physiologie de l'homme. »⁶⁰⁹ Les droits subjectifs puisent leur source dans l'habitude, le quotidien.

⁶⁰⁹ CARBONNIER (G.), préc., p.324.

Toutefois, chaque droit subjectif a pour assise le droit objectif. Ils doivent donc trouver leur origine dans le droit objectif. Deux cas de divorce semblent naturellement coller aux modes de création des droits subjectifs : le divorce par consentement mutuel et le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

Les sources du droit subjectif s'articulent autour de deux notions : l'acte juridique et le fait juridique. La reconnaissance d'un droit au divorce doit donc prendre appui sur l'une de ces deux sources. L'acte juridique se définit comme « toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droits, à apporter quelque modification dans l'ordonnement juridique »⁶¹⁰. On entend par fait juridique, « soit un évènement purement matériel, vide de tout contenu volontaire, soit un agissement animé d'une certaine volonté, d'où découlent des effets de droit, des modifications dans l'ordonnement juridique, mais sans que ces effets, ces modifications aient été directement recherchés »⁶¹¹.

Ainsi, l'acte juridique repose sur la volonté. Dans l'acte juridique, « les parties elles-mêmes modèlent les effets de droit que l'acte doit engendrer (...) Les auteurs de l'acte élaborent le contenu. Ils déterminent eux-mêmes leurs droits et obligations »⁶¹². Le rôle de la volonté est donc déterminant. Cet aspect renvoie au divorce par consentement mutuel. Les époux peuvent demander conjointement le divorce lorsqu'ils s'entendent sur la rupture et ses effets⁶¹³ et doivent prévoir une convention réglant les conséquences du divorce⁶¹⁴. A travers cette étude, la volonté des époux dans la réalisation de leur divorce a largement été mise en exergue. Ces derniers autoproclament les devoirs et les droits auxquels ils devront se contraindre. L'existence de la volonté des époux transcende le divorce par consentement mutuel.

L'acte volontaire doit être également juridique et donc produire des effets de droit. « L'effet de droit n'est pas seulement l'objet de l'acte, mais le but que recherche l'auteur de l'acte ; pas seulement les conséquences objectives de l'acte, mais la fin

⁶¹⁰ *Ibid.*, p.335

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² CORNU, préc., p.60.

⁶¹³ Article 230 du Code civil.

⁶¹⁴ Article 231 du Code civil.

poursuivie par l'auteur »⁶¹⁵. Derechef, l'homologation judiciaire se pose comme obstacle à l'affirmation d'un droit au divorce. En effet, l'acte de volonté des époux est inapte à produire quelconques effets de droits. Le cas du divorce accepté est donc exclu car d'un part, les époux sont d'accords sur le principe du divorce mais pas sur les conséquences et d'autre part, la procédure soumise au tronc commun procédural des divorces contentieux et de ce fait, invalide tout effet juridique découlant directement des volontés des époux.

Seule la forme du divorce par consentement mutuel sans contrôle judiciaire autoriserait la qualification de droit subjectif au divorce puisant sa source dans un acte juridique. En effet comme le rappelle, Jean Carbonnier, « les actes juridiques ne sont soumis à aucune exigence de forme ; le seul consentement fait leur essence, indépendamment de la forme qu'il revêt ». Comment appréhender alors l'intervention du juge dans le divorce par consentement mutuel ? S'agit-il d'un acte formaliste ou solennel⁶¹⁶ ? L'intervention du juge dans l'acte du divorce consenti ne constitue pas une simple condition de forme, à l'instar du mariage ou du pacs. L'officier public ou le greffier du tribunal d'instance confère à l'acte, le caractère d'authenticité⁶¹⁷. Or, la mission du juge dans le divorce par consentement mutuel ne relève pas d'une simple formalité mais d'un contrôle juridictionnel. Néanmoins, la nature du contrôle du juge dans le divorce par consentement mutuel est controversée et semble pencher pour une mission de plus en plus administrative⁶¹⁸. L'homologation judiciaire de l'acte du divorce consenti annihile la valeur juridique du droit au divorce, car, les volontés sont impropres à produire des effets juridiques et l'acte juridique n'est pas autonome et exige l'intervention du juge. Le droit subjectif au divorce découlant d'un acte juridique virtuellement a du sens mais il serait dépourvu de valeur juridique.

La voie du fait juridique, dans la démonstration de l'existence d'un droit au divorce semble plus probante. C'est un fait « que la loi prend en considération pour y attacher un effet de droit (...). La loi n'intervient que pour attacher un effet de droit à un

⁶¹⁵ CORNU (G.), préc., p.61.

⁶¹⁶ CARBONNIER (J.), préc. Au principe du consensualisme, il y a des actes par exception qui nécessitent pour exister une condition de forme préconstituée.

⁶¹⁷ A *contrario*, Le Doyen Cornu, ne considère pas les actes précités comme produisant des effets juridiques. Les auteurs d'un acte sont parfois impuissants à déterminer eux-mêmes les effets de droit alors qu'ils sont à l'initiative de l'acte. L'acte-condition ou acte-déclenchement est une manifestation de la volonté sans être la source productrice des effets de droits qu'il déclenche.

⁶¹⁸ Cf. Chapitre I, Titre I de la partie II.

fait brut, extérieur à elle, qui est souvent un fait de l'homme, un agissement, un comportement, mais parfois aussi un évènement... ». ⁶¹⁹ Cette définition du fait juridique permet de concrétiser le concept du droit au divorce à travers le cas du divorce pour altération définitive du lien conjugal. Le fait brut serait la cessation de la vie commune depuis deux ans. En effet, l'évènement résiderait dans la séparation des époux qui est un fait de l'homme non « directement recherché » ⁶²⁰. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal est conditionné par une séparation continue de deux années. Ainsi, le désir de séparation originel ne relève pas nécessairement de celui de divorcer et pourtant cet évènement va produire des effets de droits c'est-à-dire conduire au divorce et *in fine* modifier l'ordonnancement juridique.

Il ne paraît pas erroné d'affirmer un droit subjectif au divorce à travers le fait juridique, source du droit subjectif. Ainsi, le droit subjectif au divorce est créé grâce au « fait initial », la séparation, qui engendre des conséquences juridiques, le divorce. L'article 237 du Code civil est explicite : « le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré ». Le lien conjugal est définitivement altéré par une cessation de vie commune pendant deux ans. La loi prend en considération le fait de la séparation et y attache un effet de droit qui est la rupture du mariage. L'effet juridique est quasiment de droit dès lors que le juge n'a pas d'autre choix, pour ne pas dire est contraint, de prononcer le divorce après une cessation de la vie commune pendant deux ans. La demande de déclaration de droit est nécessairement accompagnée d'effet, le juge ne pouvant refuser de prononcer le divorce. Ce dernier est lié par l'action de l'époux qui l'oblige lors de sa décision à octroyer le droit au divorce. Le cas de divorce pour altération définitive du lien conjugal est le cas le plus abouti dans la consécration d'un droit au divorce.

L'importance des effets juridiques produits par un droit dépend intrinsèquement de sa valeur. La simple affirmation de l'existence et du mode de création d'un droit a peu d'intérêt si ce droit est inexploitable.

⁶¹⁹ CORNU (G.), préc., p.62.

⁶²⁰ CARBONNIER (J.), préc., p.324.

B. L'exercice des droits subjectifs et le droit au divorce

Prétendre l'existence d'un droit et démontrer son mode de création est insuffisant, si ce droit est inappliqué. Il faut pour donner toute la substance au droit subjectif qu'il soit mis en œuvre dans le droit objectif. En effet, la réalisation du droit va découler de son exercice. Les droits subjectifs « avant tout, sont faits pour vivre, pour être réalisés : ce n'est qu'ainsi qu'ils procureront à leur titulaire les jouissances qu'ils promettaient et qu'ils contenaient potentiellement. »⁶²¹

Naturellement, il se dégage deux voies d'exercice du droit subjectif « lorsque, par l'effet d'un acte ou d'un fait juridique, un droit subjectif est né sur la tête d'un sujet de droit »⁶²² : la voie judiciaire et extrajudiciaire. En l'absence de contestation, le droit se réalise de manière non contentieuse et lorsqu'il est contesté, un litige naît et se résout par la voie judiciaire.

Pour le Doyen Cornu, la vie non contentieuse des droits subjectifs « est la jouissance paisible des droits, dans la gestion de son patrimoine, dans sa vie de famille, sans s'exposer aux rigueurs de la justice ni avoir besoin de ses services ». Or, le droit au divorce trouve à s'exprimer exclusivement par la voie judiciaire. En effet, la rupture du mariage impose l'intervention du juge et ce indifféremment des cas de divorce. L'intervention du juge s'exerce de deux manières : contentieuse et gracieuse (même si dans le dernier cas il n'y a pas de contestation, le passage devant le juge est obligatoire). Toutefois, la voie gracieuse est exclusive au divorce par consentement mutuel. La reconnaissance d'un droit au divorce consenti n'a pas été confirmée par le mode de création du droit subjectif. Si le concept de droit au divorce consenti peut aisément être affirmé, sa valeur juridique est discutable.

Des facteurs incontestables permettent de contourner les obstacles soulevés lors de l'étude sur la création. La volonté commune de divorcer et de prévoir les conséquences du divorce devrait se suffire à elle-même et permettre d'attribuer au divorce par consentement mutuel, la valeur juridique d'un droit subjectif. Mais la loi impose l'intervention du juge pour conférer à la convention des effets juridiques. Cela

⁶²¹ CARBONNIER (J.), préc., p.341.

⁶²² CORNU (G.), préc., p.64.

n'élimine pas pour autant l'attribution d'une force juridique au divorce conventionnelle en tant que droit subjectif. Il a été démontré dans cette étude l'émancipation grandissante des époux dans le traitement du divorce. L'acte de volonté permet d'« autofonder sa propre norme » et de « lier volontairement sa propre liberté »⁶²³. L'émancipation des époux consentants s'accompagne corrélativement d'une minimisation du rôle du juge et d'une remise en question de son intervention. De plus, le débat sur la déjudiciarisation se fait de plus en plus insistant dans la politique du divorce⁶²⁴. La disparition du juge n'est pas inconcevable surtout si l'on se penche sur l'exercice du contrôle du juge sur les conventions. Son contrôle est davantage axé sur le contrôle des clauses relatives aux conséquences du divorce que sur le refus de prononcer le divorce. *In fine*, le juge ne refuse pas le divorce, il approuve ou désapprouve les conventions relatives à l'organisation de la vie des époux postérieurement au divorce. Dès lors, l'action en justice n'annihile pas l'existence d'un droit subjectif au divorce dans le cas du divorce par consentement mutuel.

Lorsque le droit est discuté, pour acquérir ce droit, le supposé titulaire doit le faire déclarer en tant que tel par le juge. L'action « est la voie juridique par laquelle une personne s'adresse au juge pour obtenir la reconnaissance et la protection de son droit »⁶²⁵. C'est donc le juge, lors du procès, qui va consacrer le droit subjectif. La réalisation du droit au divorce (dans le cas du divorce pour altération définitive du lien conjugal) est également consacrée par le juge lors du procès. En effet, le demandeur en divorce pour altération définitive du lien conjugal attend du juge la reconnaissance de son droit au divorce lors du jugement et pour cela le juge lève « l'obstacle qui entrave l'exercice normal d'un droit en faisant écarter, par un recours au juge, la prétention qui s'y oppose »⁶²⁶. Lorsque le demandeur en divorce pour altération définitive du lien conjugal exerce son droit, le seul obstacle serait le refus de l'autre conjoint (défendeur à l'action) de consentir au divorce mais il ne peut empêcher le prononcé du divorce.

⁶²³ MEULDERS –KLEIN (M.-T.), « Le démariage consensuel », *R.T.D.C.*, 1995, p559.

⁶²⁴ FRICERO (N.), « Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société », *J.C.P.*, 2008, I,162, pp15-23. La commission Guinchard propose une simplification de la procédure en proposant un processus sans audience. « Les époux sans enfants pourraient renoncer au droit d'être entendus par le juge, dans la mesure où la preuve est rapportée par l'avocat qu'ils ont été informés de ce droit. » Cela permettrait d'accentuer encore la simplification du divorce par consentement mutuel et renforcer l'idée d'un droit au divorce conventionnel. Le rôle du juge serait réduit à un enregistreur d'acte.

⁶²⁵ CARBONNIER (J.), préc., p.372.

⁶²⁶ CORNU (G.), préc., p.67.

Ainsi, l'action en divorce pour altération définitive du lien conjugal garantit le respect et la protection du droit au divorce.

En conclusion, si le droit subjectif au divorce consenti est un concept plus trouble du fait du contrôle du juge, la loi prévoit indiscutablement un droit subjectif au divorce à travers le divorce sur demande unilatérale (le divorce pour altération définitive du lien conjugal). A l'instar de tout droit subjectif, le droit subjectif au divorce est sanctionné par une action en justice et l'action est ordonnée à la reconnaissance d'un tel droit⁶²⁷.

Cette reconnaissance n'est pas exclusive au divorce pour altération définitive du lien conjugal. En effet, le droit subjectif au divorce peut se définir par l'obtention du divorce suite à une action en justice. Ce que n'interdit pas le droit objectif, il le permet. C'est-à-dire que la loi n'impose pas aux époux l'obligation de rester dans les liens du mariage. Le divorce étant prévu par le droit positif, la finalité de l'action en divorce consiste à accorder et à reconnaître la séparation. Le juge ne peut s'opposer réellement au divorce. Le défendeur est également impuissant pour empêcher le divorce, dès lors que la preuve de la séparation est rapportée. Si cette affirmation est explicite pour le divorce pour altération définitive du lien conjugal car le juge après une séparation de deux années n'a d'autre choix que de déclarer le divorce acquis, elle paraît plus délicate à établir pour les autres cas de divorce, mais cela ne retire rien à sa pertinence.

Le concept du droit au divorce s'applique à tous les cas de divorce contentieux, et même non contentieux dès lors que « celui qui veut un divorce finira par l'obtenir »⁶²⁸. Cette idée transcende toute la démonstration. L'allègement des procédures, la simplification, la pacification facilitent l'accès au divorce et propulsent le divorce au rang des droits subjectifs. L'exercice d'un droit au divorce n'est donc pas limité à la seule hypothèse du divorce pour altération définitive du lien conjugal.

Le divorce accepté dès lors qu'il est choisi, empêche toute rétractation. Par conséquent, incontestablement les intéressés obtiendront le bénéfice d'un divorce. Il en est ainsi, pour le divorce pour faute. Même si cela semble de prime abord contestable, le

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ BATTEUR (A.), DOUET (F.)..., *Le guide des divorces*, Paris, Dalloz, 2005, p2.

divorce pour faute n'est pas davantage un obstacle au prononcé du divorce. Certes, le juge doit s'assurer de l'existence de la faute pour que le divorce puisse être proclamé. La faute rend plus ardue l'accès au divorce mais, *in fine*, le divorce est prononcé soit aux torts exclusifs soit aux torts partagés. Le seul empêchement catégorique au divorce pour faute est la réconciliation⁶²⁹. En effet, l'incidence de la réconciliation rend caduque la procédure de divorce.

Quand bien même, la faute poserait des difficultés dans l'obtention du divorce, l'intéressé n'aura qu'à attendre deux années pour bénéficier de son droit au divorce. En définitive, l'intervention du juge lors de l'homologation dans le cadre du divorce pour consentement mutuel ou dans le divorce accepté, ou encore pour apprécier la faute et plus généralement pour prononcer le divorce, ne ruine pas la perspective de l'existence d'un droit subjectif au divorce. En effet, il n'existe pas de droit subjectif pur. Les droits subjectifs sont conditionnés. Ainsi les conditions de fond ou de forme exigées dans tous les cas de divorce ne réduisent pas le divorce à un seul état de concept. Toute personne souhaitant divorcer dispose du pouvoir d'agir qui est contrôlé comme tout droit subjectif. Si on se réfère au constat du relâchement de la faute ou du déclin de l'ordre public familial et à une intervention de plus en plus libérale du juge, le droit au divorce ne fait aucun doute.

Le désir personnel de divorcer trouvera indiscutablement à s'exprimer dans le droit. L'enferment dans les liens du mariage est devenu impossible. En atteste, la suppression de la clause d'exceptionnelle de dureté. L'ancien article 240 constituait l'exemple topique de négation d'un droit au divorce. Seul, l'ancien article imposait le maintien du mariage et par conséquent empêchait le prononcé du divorce. Les raisons d'être de la clause étaient « de faire obstacle dans certains cas extrêmes, au divorce pour rupture de la vie commune », elle était aussi destinée « à enlever tout caractère automatique au prononcé »⁶³⁰ du divorce. La clause d'exceptionnelle dureté pouvait conduire à un refus du divorce par le juge. La suppression de la clause corrobore incontestablement la preuve du concept de droit au divorce.

⁶²⁹ Article 244 du Code civil.

⁶³⁰ FURKEL (F.), « La clause de dureté est-elle un mal nécessaire ? », *Dalloz*, 1977, Chron., p.84

En effet, la clause bénéficiait d'une grande valeur morale. Elle permettait d'adoucir les rigueurs d'un divorce imposé et constituait une prolongation de l'engagement au mariage. La clause garantissait la sécurité juridique découlant directement de la valeur du mariage. Dès lors le mariage dépassait le pouvoir des volontés et confinait le divorce à une simple faculté mais non à un droit. Le juge pouvait refuser le divorce. Le retrait de la clause dans le paysage du divorce symbolise le droit au divorce. Le dernier rempart légal, placé au dessus des volontés, entravant l'obtention du divorce, n'est plus. L'emprise de l'intérêt individuel sur l'intérêt familial a atteint son paroxysme et a entraîné la création de droits nouveaux. Les droits nouveaux ont pour appellation « les droits à » en tant que concepts autonomes. Le droit au divorce s'inscrit dans ce courant.

SECTION 2 : LA SUBJECTIVATION DU DROIT FAVORABLE AU DROIT AU DIVORCE

Si la définition et les éléments constitutifs du droit subjectif du divorce ne sont pas suffisamment probants dans la démonstration de l'existence d'un droit au divorce, le pullulement des droits subjectifs renforce l'idée d'un droit au divorce. En effet, le droit connaît depuis quelques années certains bouleversements dont la multiplication des droits subjectifs. Ce développement considérable s'inscrit dans une logique individualiste. « Une caractéristique du droit de notre époque aura été la tendance à se subjectiver, à se résoudre en une averse de droits subjectifs »⁶³¹.

La subjectivation du droit a eu un impact sur la définition même du droit subjectif et en corrélation des effets sur le concept de droit au divorce (§1). La multiplication des droits a entraîné des oppositions entre certains droits, notamment le droit au divorce comme contre droit au mariage⁶³² (§2).

⁶³¹ CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p.121.

⁶³² COHEN (D.), « Le droit à ... », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. TERRE*, Dalloz, 1999, p.394. Terme évoqué par l'auteur, un droit qui pourrait en paralyser un autre. Il cite comme exemple le droit à l'information du public et le droit au respect de la vie privée ; le droit au logement et les droits du propriétaire.

§1 : Les effets de la subjectivation sur le concept d'un droit au divorce

La pertinence d'un droit au divorce est démontrée par le phénomène de subjectivation du droit (A.) et par l'incidence de la subjectivation du droit sur la procédure (B.)

A. Le phénomène de subjectivation

Deux circonstances expliquent cette transformation d'après Jean Carbonnier « la place conquise par la psychologie aux dépens de la sociologie »⁶³³ et le recul des valeurs collectives par l'exaltation permanente des droits de l'homme dans les discours idéologiques. La multiplication des droits subjectifs est un phénomène en soi, mais elle a également modifié la notion même de droit subjectif. En effet, la justification des droits subjectifs dans l'ordre juridique accompagne leur développement. Il y a une « inversion dans la démarche intellectuelle (...). Au lieu d'extraire le droit subjectif des règles objectives préalablement posées dans la vision d'intérêt collectif, le pouvoir normatif, confronté à des volontés et à des besoins individuels, est sommé de trouver une solution destinée à les satisfaire. C'est ainsi que le droit supplante les institutions »⁶³⁴, comme la famille.

Les droits subjectifs étaient fondés à l'origine sur les besoins. Ils étaient la réponse à une oppression découlant des différents contextes politiques et sociaux. Dès lors, même s'ils favorisaient l'épanouissement personnel, ils tenaient compte du bien commun. Les droits subjectifs comprenaient deux éléments: l'« élément personnaliste »⁶³⁵ qui répondait aux besoins humains et la satisfaction de ces besoins devait se faire dans la poursuite d'un bien commun « élément finaliste »⁶³⁶. Le droit subjectif était « une prérogative reconnue par l'ordre juridique au profit d'un particulier, en tant que personne et membre de la société, dans le but de déployer une activité utile à

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ CATALA (P.), « A propos de l'ordre public », in *Mélanges offerts à P. Drat*, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, p522.

⁶³⁵ MICHAELIDES-NOUAROS (G.), « L'évolution récente de la notion droit subjectif », *R.T.D.C.*, 1966, p.235.

⁶³⁶ *Ibid.*

lui-même et au bien commun.» Cette définition est obsolète. La notion de droit subjectif a été remaniée en fonction de sa prolifération. Vouloir est indéfiniment extensible⁶³⁷. La considération de l'intérêt général n'entre plus nécessairement dans la conception du droit subjectif. On est passé des droits subjectifs ayant pour objet les besoins à ceux ayant pour objet le désir. Le droit subjectif est davantage « désigné, pour ne pas dire défini, par l'objet sur lequel il porte, en somme identifié par l'objet du désir, ce qui est le contraire de ce à quoi nous sommes accoutumés »⁶³⁸. La notion de désir a intégré l'ordre juridique comme source de droit. Chaque désir exprimé en justice est un droit subjectif potentiel. Les droits subjectifs imposent par le jeu d'échange des désirs une certaine symétrie des droits. En effet, loin de l'impératif, la discussion est naturelle »⁶³⁹.

Ainsi, l'impératif perd indéniablement du terrain corrélativement à la pulvérisation des droits subjectifs. Le droit du divorce s'inscrit dans ce cheminement, le désir de divorcer entraîne une remise en cause de l'impératif. Le désir de divorcer est pris en considération dans chaque cas de divorce et s'érige en seule cause de divorce. Dès lors que l'échec conjugal est constaté, cela suffit à donner vie au désir de divorcer. Le divorce pour faute ne fait pas exception au phénomène du déclin de l'impératif et corrélativement à l'inclination de la discussion et de l'excuse⁶⁴⁰.

Pourquoi ne pas récompenser le désir de divorcer par un droit au divorce ? Le droit au divorce intégrerait la catégorie florissante des droits à.... « A l'instar des droits à l'éducation, à la santé, au logement, à la vie privée, à l'image, à l'air pur, à l'information, au RMI, au procès équitable, au nom , le droit au divorce serait un droit subjectif non générique, monovalent ou conçu pour un usage déterminé »⁶⁴¹. Comme les droits subjectifs, les droits à ont pour titulaires presque toujours des personnes privées et c'est pour elles qu'ils ont été conçus, ils ne sont donc pas transmissibles.⁶⁴² Les droits subjectifs et particulièrement les droits à sont représentatifs

⁶³⁷ CARBONNIER (J.), Préc. , p.125. Jean Carbonnier s'inquiète de cette extension.

⁶³⁸ COHEN (D.), « Le droit à ... », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. TERRE*, Dalloz, 1999, p.394. Le droit à est le nom donné aux droits subjectifs nouveaux.

⁶³⁹ CARBONNIER (J.), p.126.

⁶⁴⁰ Cf., Partie II, Chapitre II, Section 2, §2 : « L'illustration par l'adultère de l'émiettement de la faute ».

⁶⁴¹ Cité par, D. Cohen.

⁶⁴² *Ibid.*, p.397.

de la société moderne. Il est désormais acquis que chaque individu peut exiger du droit qu'il réponde à son désir personnel.

« Le droit à l'enfant » fréquemment cité, illustre cette réponse du droit au désir égoïste de l'individu. Qui plus est, ce dernier s'attaque au principe de l'intérêt de l'enfant. Le législateur a organisé des moyens de création de filiation purement juridiques pour remédier à certaines pathologies afin de donner satisfaction aux personnes souhaitant avoir des enfants. Si le législateur ne reconnaît pas expressément un droit à l'enfant, il propose un panel de possibilités pour assouvir le besoin d'enfant (l'assistance médicale à la procréation, l'adoption). Le fait de remédier à l'infertilité ou prévoir l'adoption ne signifie pas qu'il existe un droit à l'enfant. L'absence d'un droit à l'enfant est d'ailleurs, souvent évoquée comme rempart à la reconnaissance de l'homoparentalité. Toutefois, le pouvoir créateur du droit a largement étendu les procédés de filiation à des situations qui étaient jusque là inenvisageables. La Cour européenne a derechef condamné la France pour avoir refusé à un homosexuel la possibilité d'adopter. La Cour de cassation a autorisé une mère seule titulaire de l'autorité parentale, à déléguer tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit dans une union stable et continue⁶⁴³. Elle a également permis une adoption simple par une femme de l'enfant de sa partenaire dans le cadre d'un Pacs⁶⁴⁴. La cour d'appel de Paris a permis la transcription des actes de naissance de deux enfants issus d'une gestation pour autrui réalisée en Californie sur l'acte d'état civil des parents français⁶⁴⁵.

Indiscutablement, le désir d'enfant a trouvé écho dans le droit, au point de créer un droit à l'enfant. « Il est visible que le droit au respect de la vie familiale est devenu le droit de fonder une famille lequel est devenu un droit à l'enfant »⁶⁴⁶. Il n'y a plus de désir personnel qui ne soit comblé par le droit. « La dénomination de droits à ...identifie le droit à l'objet du désir, comme bien de consommation. »⁶⁴⁷ Nonobstant, la

⁶⁴³ Civ., 1^{er}, 24 fév. 2006, *Bull. civ.*, I, n°101 ; *D.*, 2006, p.897, note VIGNEAU; *Ibid.*, pan., p.1148, obs. GRANET-LAMBRECHTS, p.1421, obs. LEMOULAND et VIGNEAU; *ibid.*, p.670, obs. GALLMEISTER, point de vue, p.876, FULCHIRON ; *JCP*, 2006, I, 199, n°16, obs. REBOURG ; *AJF*, 2006, p.159, obs. CHENEDE ; *Dr. Fam.*, 2006, n°89, note MURAT ; *RJPF*, 2006-4/32, obs. MULON ; *RLDC*, 2006/27, n°2056, note BOURGAULT-COUDEVYLLÉ ; *RDSS*, 2006, p.578, note NEIRINCK, *RTDC*, 2006, p.297, HAUSER.

⁶⁴⁴ TGI Paris, 27 juin 2001, *D.*, 2003, Somm., p.1941, obs. LEMOULAND ; *Dr. Fam.*, 2001, n°116, note MURAT ; *RTDC*, 2002, p.84, obs. HAUSER .

⁶⁴⁵ CA, 25 oct. 2007.

⁶⁴⁶ HAUSER (J.), « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli », *R.T.D.C.*, 2008, p.93.

⁶⁴⁷ COHEN, *Préc.*, p.399

connotation péjorative de la notion de bien de consommation, elle comporte un aspect positif de proximité, d'appropriation, en somme une acculturation juridique⁶⁴⁸. Le concept de droit à rend effectif des droits qui n'étaient jusque-là virtuels. Les revendications personnelles s'approprient le droit. Certains y verront un signe du déclin du droit, d'autres une réponse davantage personnalisée. Les droits à se distinguent « de nos traditionnels droits subjectifs en ce que leur légitimité va de soi. (...) ». Le droit moderne, caractérisé par une reconnaissance sans limite de nos droits à ne pose aucune condition de leur acquisition, si ce n'est le fait d'être un homme ou encore un individu »⁶⁴⁹. La virtualité du droit au divorce s'érige peu à peu en réalité juridique. L'existence juridique d'un droit au divorce est donc tangible. Il fait partie intégrante des droits à.

B. L'incidence de la subjectivation du droit sur la procédure

Certains auteurs évoquent « la procéduralisation du droit »⁶⁵⁰, c'est-à-dire le glissement du fond vers la procédure. Le glissement « prend à peu près toujours la même forme, à savoir que le respect des garanties procédurales suffit à garantir la validité au fond de la solution ou de la décision prise »⁶⁵¹. La procéduralisation serait directement liée au pullulement des droits subjectifs, mais l'inflation des droits découlant d'une demande de droit à laquelle les juges et le législateur sont tenus de donner force positive, est porteuse de conflit. En effet, les droits vont se concurrencer. « La solution pour résoudre ces conflits est d'édicter des procédures. Peu importe ce qu'il en sortira pourvu qu'une procédure ait été respectée et qu'elle ait permis à chacun de faire valoir son point de vue. Les règles de procédure prennent la place des règles de fond. La règle s'efface derrière le jugement »⁶⁵²

A plusieurs reprises, durant cette étude, on a répété que le fond et la forme étaient étroitement liés. La demande d'un droit au divorce a eu un impact sur le droit du divorce. Ce dernier pour œuvrer dans ce sens, a davantage précisé le cheminement

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ GUINCHARD (S.), BANDRAC (M), LAGARDE (X.), (...), *Droit processuel Droit commun du procès*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2007, p.879.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² GUINCHARD (S.), p.684.

procédural du divorce et corrélativement il a minimisé le rôle du fond dans le divorce. C'est ainsi, que le droit au divorce connaît une effectivité. Le schéma procédural a formalisé le divorce et pose des bornes comme contrepoids au libéralisme. Notamment, l'étape préparatoire du divorce par consentement mutuel doit être scrupuleusement respectée pour garantir l'accès au divorce. En effet, l'unique comparution a renforcé le degré de qualité de la convention qui doit être parfaite pour être homologuée. La procédure contentieuse est régie par le tronc commun procédural qui encore une fois normalise le divorce et fait oublier le fond. La procédure contentieuse s'ouvre par une requête silencieuse sur les faits et le fondement juridique du divorce (article 251 du Code civil). Elle pose également des règles qui s'associent plus à des objectifs à suivre par les époux qu'à des règles procédurales classiques. Comme, par exemple l'article 257-2 qui exige des époux une proposition de règlement des intérêts patrimoniaux afin d'anticiper au mieux les conflits et conforter l'objectif de pacification.

Or l'office de la procédure se définit comme « un simple instrument, qui ne prend son sens que par le service qu'elle rend »⁶⁵³. Elle a pour « fin de discipliner le désordre, de lui substituer un ordre »⁶⁵⁴. Donc elle ne devrait avoir aucune influence sur la valeur substantielle du droit. Indéniablement la procédure de divorce a une influence sur le droit, elle ne joue pas un rôle accessoire, au contraire elle contribue à faire exister un droit au divorce. En effet, si le législateur n'a pas consacré officiellement un droit au divorce, il l'a créé à travers sa procédure.

Les règles procédurales du divorce se distinguent donc de l'office traditionnel de la procédure. Les mesures provisoires prévues à l'article 255 du Code civil sont destinées au règlement du divorce. Les règles procédurales pour l'essentiel sont centrées sur la recherche d'accords dans l'organisation du divorce (par exemple l'article 268 du Code civil). Lorsque les époux ont déclaré accepter le divorce, ils ne peuvent se rétracter et l'instance sera engagée uniquement sur ce fondement ; sans oublier le jeu des passerelles qui favorise les divorces conventionnels ou semi conventionnels.

⁶⁵³ BURGELIN (J.-F.), COULON (J.-M.), FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'office de la procédure », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, p.255.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

La procéduralisation du droit contribue à la normalisation du droit du divorce et s'accompagne d'une professionnalisation qui a déjà été évoquée. Le mouvement d'extension continue du droit et l'élévation de la procédure entraînent une « désagrégation progressive de la règle de droit le juge n'a plus de support pour trancher c'est donc aux professionnels de prendre le relais⁶⁵⁵. Indiscutablement, le notaire et l'avocat ont pris le relais et garantissent à leur mesure la qualité du divorce⁶⁵⁶.

La procéduralisation que connaît le droit du divorce n'est autre que la réponse au désir personnel de divorce. Comme l'évoque Monsieur Garapon, une conception procédurale de la justice « signifie que les repères communs ne sont plus à rechercher dans une règle substantielle, dans un comportement identique, mais dans une manière partagée... ». ⁶⁵⁷ La procédure ne s'applique plus de façon uniforme mais s'adapte et donne ainsi une réponse personnalisée. La libéralisation du fond a renforcé la protection des garanties par la procédure. Si le fond ne joue plus son rôle, automatiquement c'est l'ordre public qui est touché, alors plus aucun obstacle ne s'érige contre l'affirmation d'un droit au divorce. Le droit au divorce serait le droit symétriquement opposé du droit au mariage. Le droit au divorce trouverait appui sur le droit fondamental au mariage et de ce fait l'élévation au rang de droit au divorce pour le cas du divorce conventionnel ne ferait plus de doute.

§2 : Le droit au divorce comme contre droit au mariage

L'existence du concept droit au divorce trouve appui dans la théorie du parallélisme des formes entre le mariage et le divorce (A.) et dans son applicabilité (B.)

A. La théorie du parallélisme des formes

Le contre droit au mariage serait le divorce. Cette expression renvoie à la théorie du parallélisme des formes. Le mariage repose sur un accord de volontés. « Le mariage

⁶⁵⁵ GUINCHARD (S.), préc.

⁶⁵⁶ BELLIVIER (F.), « Droit de la famille Divorce », *R.T.D.C.*, juillet-septembre 2004, Chron., p574.

⁶⁵⁷ GARAPON (A.), Comment sortir de la crise de la justice familiale ? », in *Famille et justice Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, MEULDERS KLEIN (M.-T.), (dir.), Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1997, p.61.

est un libre choix : choix du conjoint, bien sûr, mais surtout, choix de se marier ou de ne pas se marier, que l'on vive en couple, que l'on ait ou non des enfants. Le mariage n'est plus imposé, directement ou indirectement, par le droit et par le corps social. Il est voulu pour ce qu'il représente de don de soi et d'engagement pour l'avenir »⁶⁵⁸. Dès lors que le mariage repose uniquement sur un accord de volontés, il devrait trouver en analogie un droit au divorce. Ainsi la qualification de droit fondamental au mariage impliquerait en parallèle celle du droit au divorce dans le cadre du divorce par consentement mutuel.

La théorie n'a de sens que si le mariage est bien de nature contractuelle. Si le mariage est investi d'une autre nature, la théorie du parallélisme des formes est alors impropre. Bien sûr, c'est de l'aspect institutionnel du mariage dont il est question. Le mariage a longtemps été conçu comme exclusivement institutionnel. En effet, il constituait un préalable obligatoire pour fonder une famille. Le mariage représentait la clé de voûte de l'édifice social, le modèle de référence imposé par la société.

La dimension institutionnelle du mariage représente le corps social. Le mariage institution a une dimension qui dépasse les volontés individuelles consentantes et qui est au service de la société. Le débat du mariage contrat ou institution a pour enjeu, le pouvoir de volonté sur le lien⁶⁵⁹. Si La nature contractuelle ne fait aucun doute, l'exclusivité de cette nature est plus incertaine.

Le mariage s'est désengagé dans sa fonction de contrôle social et est davantage axé sur les intéressés au mariage. « L'évolution individualiste suivie par notre droit des personnes depuis la fin du siècle dernier a entraîné un déplacement de l'angle de vision sous lequel est examiné le mariage. On tend à considérer moins du point de vue de l'institution familiale dont il est le pivot que du point de vue de la personne des époux »⁶⁶⁰. La dimension individuelle a pris le pas sur la dimension sociale du mariage. La banalisation et la privation du mariage ont modifié l'équilibre entre les volontés individuelles et l'ordre public, au détriment du dernier⁶⁶¹. L'aspect contractuel du mariage conforte l'idée de pouvoir absolu (des parties) sur le lien. « Les finalités du

⁶⁵⁸ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème}, 2006, p.53.

⁶⁵⁹ Ibid, p.38.

⁶⁶⁰ BENABENT (A.), « La liberté individuelle et le mariage », *R.T.D.C.*, 1973, p.440.

⁶⁶¹ LECUYER (H.), « Mariage et contrat », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.), (Dir.), VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, Collec. Etudes juridiques, 2001, p.62

mariage sont donc réduites à celles du couple » et le couple marque « le passage de l'institution au contrat »⁶⁶².

Monsieur Labbée⁶⁶³ à travers les conditions de mariage prouve l'aspect davantage contractuel du mariage qu'institutionnel. Sans reprendre scrupuleusement la structure de sa réflexion, il opère une subdivision des conditions : celles qui évoquent le mariage institution et celles qui évoquent le mariage contrat. Les premières ne pèsent pas lourd dans la balance et l'aspect institutionnel est battu en brèche. Que l'on se fonde sur « les qualités naturelles d'aptitude », c'est-à-dire par exemple l'exigence du certificat prénuptial médical qui serait l'expression du mariage en tant que fondement de la société, institution sociale et de ce fait ne serait réservé qu'aux personnes en bonne santé ; la loi du 20 décembre 2007⁶⁶⁴ a supprimé l'obligation de fournir un certificat. L'aptitude physique, l'âge, « les conditions de moralité » ne sont pas plus probantes. Quant aux conditions évoquant le contrat, il conclut que l'aspect contractuel est plus dominant notamment à propos des vices du consentement qui se sont rapprochés du droit commun des contrats. Le contrat de mariage n'est pas un droit exorbitant du droit des contrats, il a perdu pour l'essentiel de sa spécificité.

L'article 146 du code civil prévoit : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Le mariage est donc une liberté absolue reposant uniquement sur les volontés individuelles. La preuve de la nature contractuelle du mariage a indéniablement un impact sur le divorce. « Le mariage fait le divorce, le divorce fait le mariage, l'automariage »⁶⁶⁵. En effet, le mariage contrat doit trouver une certaine résonance dans le droit du contrat et selon la maxime : ce que la volonté peut faire, elle doit pouvoir le défaire. Le contrat de mariage reposant sur un acte de volontés doit pouvoir continuer à s'exprimer même après la conclusion du contrat comme pour n'importe quel contrat. Ainsi, la loi du parallélisme pourrait s'appliquer, « loi qui règle de la même manière le mode de création d'un droit et son mode d'extinction. Le mariage se dissout par une procédure analogue dans son principe, mais inverse à celle

⁶⁶² MEULDERS –KLEIN (M.-T.), « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat, et au-delà », R. Ganghofer (dir.), in *Le droit de la famille en Europe*, 1992, Presses universitaires de Strasbourg, p220.

⁶⁶³ LABBEE (X.), *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Paris, presses universitaires du septentrion, 1996, 140p.

⁶⁶⁴ Loi n°2007-1787, 20 décembre 2007, relative à la simplification du droit.

⁶⁶⁵ FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème}, 2006, p240.

de sa formation »⁶⁶⁶. Ainsi, au nom de la règle du parallélisme des formes le droit au divorce aurait pour fondement le droit au mariage.

Si les volontés privées ont le pouvoir de se lier, elles devraient avoir le pouvoir de se délier en retour. Le dissentiment serait inhérent à la notion même de consentement. A l'origine de la décision, les parties sont d'accord pour se marier, c'est même, la condition *sine qua non* pour se marier. Si cet accord n'existe plus, le mariage ne peut perdurer. La cause du mariage réside dans cette communauté de volontés, si l'une d'elle ou les deux ne consent plus, le contrat de mariage n'est plus causé. C'est à ce moment précis que le *mutuus dissensus* prévu à l'article 1134 du Code civil alinéa 2 devrait permettre de mettre un terme à l'accord⁶⁶⁷. Le dissentiment réciproque des époux devrait être suffisant pour permettre un nouvel ordonnancement juridique. Pour l'auteur, ce n'est pas un désaccord des parties, à l'origine d'accord, « mais une volonté concordante de mettre fin à une situation juridique ; que cette volonté commune avait précisément engendrée(...). La singularité du concept réside non dans le fait du dissentiment, mais dans le paradoxe que l'on est d'accord pour mettre fin à l'accord. »⁶⁶⁸

B. L'applicabilité de la théorie au mariage et au divorce

Le pouvoir effectif du dissentiment va dépendre de celui du consentement. En effet, sous le droit romain, l'accord conjugal était investi du rôle primordial dans la légitimité du mariage. Le consentement des époux devait être ininterrompu et constamment renouvelé de sorte que si une volonté cessait, le mariage disparaissait. « Le lien conjugal exige pour sa continuation la persistance des éléments requis pour sa perfection (...). Le divorce n'exige l'intervention d'aucune autorité civile ou religieuse, et toute stipulation restreignant la liberté du divorce est nulle de plein droit ».⁶⁶⁹ Au contraire, en droit canon le consentement initial des époux établissait définitivement le mariage. « La figure du consentement conjugal romain était une ligne

⁶⁶⁶ CHESNE (G.), Le divorce par consentement mutuel », *Dalloz*, 1963, Chron., p.95.

⁶⁶⁷ « Elles (les conventions) ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

⁶⁶⁸ VATINET (R.), « Le *mutuus dissensus* », *R.T.D.C.*, 1987, p.252.

⁶⁶⁹ CHESNE (G.), préc., p.96.

droite et continue, alors qu'en droit canon, le consentement conjugal est un point isolé dans le temps »⁶⁷⁰. Le droit canon limitait le rôle du consentement dans la décision d'entrée dans le mariage. Le statut juridique dépassait les volontés des parties, le mariage étant une institution et étant indissoluble. Toutefois, « le droit contemporain, en facilitant le divorce, revient peu à peu à la conception romaine, une ligne incertaine »⁶⁷¹. Le mariage ne vaut que s'il est vécu comme tel et par conséquent si les volontés à l'origine du mariage perdurent. Le mariage est aléatoire, c'est devenu une redondance, mais elle est nécessaire pour prouver le lien indéfectible entre la volonté, le mariage et le divorce.

Si le mariage est exclusivement un contrat, il peut être révoqué par le *mutuus dissensus*. Les parties d'un commun accord décident de mettre fin au mariage. Il peut également cesser, comme tout contrat à durée indéterminé par la résiliation unilatérale. L'expression du dissentiment découle directement du principe d'autonomie de la volonté qui est lui-même largement imprégné de la prééminence de l'être humain et du respect de la volonté individuelle⁶⁷².

La nature contractuelle et la place de la volonté dans le mariage seraient le support pour consacrer un droit au divorce. « Les actes contraires vont en parallèle »⁶⁷³. La théorie du parallélisme des formes entre mariage et démariage est la preuve de l'existence d'un droit au divorce comme contre droit au mariage.

Les mêmes conditions de validité régissent le consentement au mariage et au divorce. « Il faut qu'émane des personnes dont les facultés mentales ne sont pas altérées, le consentement soit l'expression d'une volonté libre et d'une intention réelle de se marier ou de divorcer »⁶⁷⁴. La symétrie sur ce point est respectée, le consentement répond à la double exigence de l'existence et de la valeur. L'exigence d'un

⁶⁷⁰ AYNES (L.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2004, p39.

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² VATINET (R.), préc., p.253.

⁶⁷³ CORNU (G.), « Consentement au mariage et consentement au divorce en trompe-l'œil », in *Droit comparé des personnes*, MEULDERS-KLEIN (M-T), Liber Amicorum, Bruylant, 1998, p.104.

⁶⁷⁴ *Ibid.* Monsieur le Professeur Cornu recherche si la loi du parallélisme entre mariage et divorce est réelle.

consentement de qualité est nécessaire et s'exprime par la présence des époux « ensemble et en personne pour se marier et divorcer par consentement mutuel »⁶⁷⁵.

Toutefois, Monsieur le Professeur Cornu déplore le parallèle car le mariage est un pacte de fondation et donc lorsqu'on décide de se marier, on adhère obligatoirement au statut du mariage, statut d'ordre public. Au risque de se répéter, l'ordre public conjugal connaît un important déclin. Certes, on ne peut déroger à l'ordre public conjugal selon l'article 1388 mais ce statut est largement soumis à l'emprise des époux et de ce qu'ils ont décidé d'en faire. L'obligation de fidélité, l'obligation de communauté, l'obligation d'assistance... sont modelées par les époux ; en atteste les différentes jurisprudences sur la faute de divorce⁶⁷⁶.

Le consentement au mariage est d'une extrême simplicité, en opposition au divorce où le consentement est sur tous les plans complexes⁶⁷⁷. Tout d'abord, le consentement au mariage, avec la récente loi du 4 avril 2006⁶⁷⁸ relative aux violences au sein du couple a renforcé le dispositif de demandes de nullité notamment en cas d'exercice « de contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle par un ascendant »⁶⁷⁹. La décision lilloise du tribunal de grande instance du 1^{er} avril 2008⁶⁸⁰ appelle à s'assurer que le consentement au mariage se fait en connaissance de cause. En effet, le mari ayant obtenu l'annulation du mariage pour erreur sur les qualités essentielles qui n'était autre que la virginité. Le choix du mariage exprimé par le consentement n'est donc pas à prendre à la légère à l'instar du divorce. Le consentement au mariage n'est pas plus simple que celui du divorce, on n'entre pas toujours naïvement dans le mariage⁶⁸¹.

Le consentement au divorce est soumis à un formalisme contraignant qui est une véritable épreuve. Tout d'abord l'expression du consentement ne s'exprime pas devant

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ Le devoir de respect n'est pas mentionné car c'est une obligation plus symbolique et qui n'inclut pas de violation directe. En effet, le devoir de respect prend des appellations différentes selon les fautes.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ Loi n°2006-399 du 4 avril 2007 relatives aux violences au sein du couple.

⁶⁷⁹ Article 180 du Code civil.

⁶⁸⁰ TGI Lille, 1^{er} av. 2008 ; *D.*, 2008, p.1389, note P.LABBE ; *Dr. Famille*, 2008, comm.98, LARRIBAU-TERNEYRE (V.). Il faut souligner que la décision sur le fond divise et est discutable.

⁶⁸¹ Propos repris par Monsieur le Professeur Cornu. « On peut entrer naïvement en mariage. On n'en sort qu'en peinant. »

la même autorité. La rupture du parallélisme est à son apogée. Si le mariage n'impose qu'un passage devant l'officier d'état civil, le divorce nécessite un passage devant le juge. « L'officier d'état civil est là pour les recevoir (les consentements), le juge pour les éprouver »⁶⁸². Mais combien de temps l'argument du contrôle judiciaire va –t-il résister ? Nonobstant, un consensus européen⁶⁸³ qui se dessine sur l'adoption d'un divorce administratif, l'argument cède devant un débat de plus en plus marqué sur la suppression du juge.

Les échanges de consentement dans le mariage ne subissent pas les mêmes contraintes formelles que pour le divorce. Le contraste entre le divorce et le mariage réside dans l'aspect tout à fait simple de l'échange du consentement au mariage alors que celui du divorce est soumis à un certain nombre de contraintes. Ce dernier argument est tombé en désuétude. La simplification de la procédure du divorce par consentement mutuel a aligné le régime du consentement sur celui du mariage. Monsieur le Professeur Cornu parlait d'une culture de réconciliation : « tentative de réconciliation, délai de réflexion, réitération de la demande conjointe. Les consentements s'étirent et s'éprouvent à longueur de temps. »⁶⁸⁴. Le consentement est libéré du carcan procédural qu'imposait la loi de 1975. Il y a une seule comparution qui comprend une seule convention. Il n'y a pas de réitération, il n'y a plus de tentative de conciliation⁶⁸⁵, il n'y a plus de délai de réflexion, ni besoin d'attendre six mois pour pouvoir demander le divorce par consentement mutuel. On peut dès lors conclure à un consentement affranchi des obligations légales dans le divorce au même titre que celui du mariage. A l'instar du mariage, le consentement au divorce n'est pas soumis à tout un arsenal dissuasif. La décision appartient aux candidats au divorce. La simplification procédurale du divorce par consentement mutuel a permis de supprimer l'ingérence de l'Etat dans la prise de décision. L'expression du consentement dans le cadre du divorce ou du mariage se trouve sur un pied d'égalité.

⁶⁸² CORNU (G.), préc., p.110.

⁶⁸³ « La déjudiciarisation du divorce », www.senat.fr, 14 avril 2008. Dans la plupart des Etats, le contrôle du juge devient purement formel ou inexistant. En Belgique, le procureur du Roi doit donner au juge un avis sur le respect des conditions légales de forme et d'admissibilité de la requête. En Angleterre, au Pays de Galles, le contrôle du juge est pratiquement inexistant. Le gouvernement du comté est compétent à la place du juge en Norvège et pour le Danemark en l'absence de contestation.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ Ancien article 251 alinéa 2 n'a pas été repris par la loi du 26 mai 2004.

Monsieur le Professeur Cornu érige le juge en défenseur du lien car il n'est pas « le spectateur passif de la désunion, s'il remplit le rôle de persuasion que lui confère la loi : non pour enregistrer formellement, en un seul temps, le dissentiment mutuel, mais, en double épreuve concordante, s'assurer, en chaque époux, de sa volonté libre et de son intention réelle de divorcer, jusqu'à en avoir l'intime conviction »⁶⁸⁶. L'unique comparution désormais prévue, transforme donc automatiquement le passage devant le juge en un enregistrement formel et la suppression de la double épreuve concordante réduit l'influence du juge sur l'appréciation des volontés consentantes. Indiscutablement, l'allégement procédural que connaît le divorce par consentement mutuel a modifié le mode d'expression du consentement et a en parallèle, renforcé la prise de position des époux candidats au divorce. L'étape préparatoire, préalable au divorce par consentement mutuel, est la période réservée à la maturation du consentement et elle se réalise en dehors du juge. Ainsi, que l'on consente au mariage ou au divorce, la décision est prise avant de se présenter devant l'autorité compétente, et on ne l'exprime qu'une fois devant celle-ci. L'entrée en mariage ou en divorce ne fait pas appel à plus de gravité. « La convention de divorce par consentement mutuel est bel et bien un contrat de mariage à l'envers, donc un contrat de divorce. »⁶⁸⁷

Le droit au mariage est un droit fondamental. L'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame la liberté fondamentale de se marier : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. » Il est également prévu à l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶⁸⁸ et à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Le divorce étant le moyen de rompre le mariage, le droit fondamental au mariage aurait pour symétrie le droit au divorce. L'attachement du divorce (par consentement mutuel) au droit au mariage en tant que droit fondamental amène prospectivement à rechercher une telle reconnaissance au divorce.

⁶⁸⁶ CORNU (G.), préc.

⁶⁸⁷ BEIGNIER (B.), « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Droit de la famille*, 2008, Etude, p10.

⁶⁸⁸ « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

CHAPITRE II : LE DROIT AU DIVORCE EMANATION DES DROITS FONDAMENTAUX ?

L'absence de valeur fondamentale du droit au divorce a déjà été évoquée, le droit au divorce se limitant à la qualification de droit subjectif. En effet, seule la proclamation d'un droit fondamental au divorce lui conférerait une valeur juridique au plus haut degré. Le droit au divorce doit être consacré par une autorité compétente soit au niveau constitutionnel soit au niveau européen. En effet, « est fondamentale une liberté reconnue par un principe ou une règle du niveau juridique le plus élevé, soit constitutionnel ou international »⁶⁸⁹. Le terme générique de droit fondamental permet d'englober tous les droits admis au plan le plus élevé. « La catégorie des droits fondamentaux est apte à intégrer toutes les générations de droits et libertés, elle dépasse les séparations entre disciplines, elle a une vocation universelle. »⁶⁹⁰

Toutefois, la proclamation du droit au divorce ne peut découler d'une proclamation spontanée. Elle s'inscrit dans une évolution progressive de la montée en puissance de l'individualisme. Le nivellement du droit au divorce au rang le plus élevé ne pourra être le résultat que d'un droit déjà proclamé comme tel, en tant que composant de celui-ci. La catégorie des droits fondamentaux susceptible d'être à l'origine de la propulsion du droit au divorce en droit fondamental ne peut être que celle relative à l'individu. Tout naturellement s'impose la liberté individuelle ou encore le droit au respect de la vie privée. En effet, la dilution de ces différents droits donne une réelle contenance à l'hypothèse d'un droit au divorce.

L'étude sur la reconnaissance des droits fondamentaux ne peut plus être raisonnée uniquement à l'échelle interne et sans tenir compte de l'influence européenne. C'est à ce titre, que dans un premier temps l'hypothèse interne de l'avènement du droit fondamental au divorce va être soulevée (Section 1) et suivie dans un second temps,

⁶⁸⁹ MEULDERS-KLEIN (M.T.), « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination », in *colloque Internationalisation des droits de l'homme et évolution de la famille*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (Dir.), LERADP, LGDJ, 1996, p.502.

⁶⁹⁰ RICHER (L.), « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? », *A.J.D.A.*, 1998, p.1s.

par l'hypothèse européenne d'un avènement du droit fondamental au divorce (Section 2)

SECTION 1 : L'HYPOTHESE INTERNE DE L'AVENEMENT D'UN DROIT FONDAMENTAL AU DIVORCE

La consécration d'un droit au divorce en tant que droit primordial pourrait résulter en droit interne d'une intervention du juge constitutionnel. Cette perspective n'est envisageable que sous le regard d'un droit fondamental déjà reconnu en tant que tel. En effet, le droit au divorce serait le résultat d'une interprétation ductile d'un droit fondamental déjà reconnu dans le bloc de constitutionnalité.

Le cheminement à suivre pour aboutir à une proclamation éventuelle passe par une consolidation des droits de l'individu grâce à la déclinaison de la liberté individuelle (§1) et serait le fruit d'une propension à la prolifération de droits inhérente au droit à la vie privée (§2).

§1 : La consolidation des droits de l'individu par la déclinaison de la liberté individuelle

Définir la liberté individuelle est un exercice délicat. Elle fait appel à la liberté de corps et la liberté d'esprit⁶⁹¹. Cette notion relative à l'homme a donc plusieurs facettes. La liberté individuelle figure directement dans le corps de la Constitution du 4 octobre 1958. L'article 66 de la loi fondamentale prévoit : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». La liberté individuelle est également présente dans d'autres sources comme dans l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme : « Les hommes naissent libres et égaux en droit » et dans son article second ou encore dans l'article 4 de la Déclaration des droits de

⁶⁹¹ CAMBOT (P.), La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, Aix-Marseille, Economica, 1998, p.2.

l'homme : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ».

La liberté individuelle est une notion originale et typiquement française⁶⁹². Elle est marquée par une diversité d'approches. La première approche correspond à une approche restrictive de l'article 66 et ne vise que la sûreté. C'est-à-dire que tout homme ne peut être arrêté, ni retenu en dehors des cas prévus par la loi. La deuxième approche extensive de la liberté individuelle inclut : « la sûreté, la liberté d'aller et venir, le droit au respect de la vie privée, l'inviolabilité du domicile et de la correspondance et la liberté du mariage »⁶⁹³. La preuve en est de son élasticité, la liberté individuelle a permis de constitutionnaliser nombre de libertés.

Jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix, le Conseil constitutionnel a opté pour la deuxième approche et a fait de la liberté individuelle un instrument efficace de protection. Par la suite le Conseil constitutionnel a abandonné la conception extensive pour réduire la liberté individuelle à la notion de sûreté. Il « a pris toute la mesure des effets néfastes d'un recours abusif à l'article 66 »⁶⁹⁴ qui a entraîné certains inconvénients. « En premier lieu, l'attraction qu'exerce la liberté individuelle sur les autres libertés de l'individu est de nature à satelliser un nombre grandissant de libertés individuelles et à entraîner, par voie de conséquence, une dilution de la notion même de liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution »⁶⁹⁵.

C'est justement le potentiel inné que recèle la liberté individuelle dans l'extension de droits qui permet de justifier l'association à un hypothétique droit au divorce. La liberté individuelle en tant que « principe majeur ou principe matriciel »⁶⁹⁶ dans le sens où il engendre d'autres droits de portée et de valeurs différentes, pourrait être le support d'un droit au divorce. La liberté individuelle dont la signification est en pleine évolution, servirait de filiation au droit au divorce. En effet, la protection de la

⁶⁹² FAVOREU (L.), GAIA (P.), ..., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2007, p.178s.

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ *Ibid.* Le second lieu correspond à la traduction de l'extension du champ d'application de la liberté individuelle par l'extension corrélatrice du domaine de compétence de l'autorité judiciaire.

⁶⁹⁶ MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, p.211.

liberté individuelle dans tous ses aspects conforte l'idée d'une protection de l'individu dans son désir de se démarier. La liberté individuelle joue déjà un rôle incontestable dans le mariage. « Le droit de se marier est considéré depuis longtemps comme un droit naturel et la liberté individuelle n'a eu à intervenir que pour compléter et affiner sa conception. »⁶⁹⁷. S'ajoute au droit de se marier, « d'abord un corollaire, le droit de ne pas se marier, puis un prolongement, le droit de choisir librement son conjoint »⁶⁹⁸ et pourquoi pas, le droit de ne pas rester marié ?

Le principe de liberté individuelle réfute toute hypothèse de maintien contre son gré dans les liens du mariage. L'avènement d'un droit au divorce au profit de chaque époux trouverait sa source directement dans le respect de la liberté individuelle. La protection du droit au divorce serait le résultat d'une libération continue du mariage dont la liberté individuelle constitue le moteur.⁶⁹⁹ Un respect absolu de la liberté individuelle de l'époux serait de pouvoir retrouver sa liberté et donc mettre un terme au mariage à tout moment. Si on ajoute à la facilitation d'accès et de sortie du divorce, la conscience collective de la protection de la liberté individuelle, alors l'idée d'un droit au divorce n'apparaît pas illusoire.

Le Conseil constitutionnel a abandonné la conception extensive de la liberté individuelle pour la cloisonner à la sûreté, le Conseil a seulement démantelé « la notion extensive à la liberté individuelle à travers l'émancipation de ses libertés dérivées »⁷⁰⁰. Ainsi, le droit au divorce pourrait être un des droits dérivés de la liberté individuelle. Ce démantèlement exige entre autres « une autonomisation des sources ». Le relais de la liberté individuelle serait pris par le droit au respect de la vie privée, comme tutelle d'un hypothétique droit fondamental au divorce.

Le juge constitutionnel va explicitement consacrer le droit au respect de la vie privée en tant qu'émanation de la liberté individuelle⁷⁰¹, lors de l'examen de conformité à la constitution de la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité⁷⁰².

⁶⁹⁷ BENABENT (A.), « La liberté individuelle et le mariage », *R.T.D.C.*, 1973, p.440s

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ *Ibid.*

⁷⁰⁰ FAVOREU (L.), préc. On peut citer notamment la liberté du mariage.

⁷⁰¹ Déc., DC 18 janvier 1995, *Rec.*, p.170. CAMBOT (P.), *La protection de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Aix-Marseille, Economica, 1998, p.52.

⁷⁰² Loi n°95-73 du 21 janv. 1995, loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

« La méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ». Ainsi, la liberté individuelle et le respect de la vie privée ont une valeur constitutionnelle.

La vie privée émanation de la liberté individuelle est de plus en plus largement protégée consolidant la place de l'individu au détriment de la famille.

§2 : La propension à la prolifération de droits inhérente au droit à la vie privée

Le respect de la vie privée n'est pas nouveau dans le paysage du divorce. Il a déjà trouvé à s'appliquer en matière de faute de divorce. En effet, la notion de respect de la vie privée a empiété sur le terrain de la preuve de la faute et particulièrement l'adultère. Les relations extra conjugales relèvent de plus en plus du domaine de la vie privée et de ce fait ne doivent pas servir à la démonstration de la faute. Il y a incontestablement une privatisation des rapports conjugaux et cette protection de l'intimité ne pourrait-elle pas s'étendre à l'ensemble du divorce ? Le respect de la vie privée serait le fondement textuel d'un droit à l'intimité dans les relations du mariage dont pourrait découler un droit au divorce.

L'émergence de la notion du droit au respect de la vie privée est relativement tardive. Son accession au rang de norme constitutionnelle et de droit fondamental est apparue après la seconde guerre mondiale. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protège le respect de la vie privée : « le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance ». Ainsi, en droit américain, le *Right of Privacy* créé par la Cour Suprême des Etats-Unis à partir du soulèvement du *Bill of Rights* dans l'arrêt *Griswold* (1965) a été consacré. La loi du 17 juillet 1970 a également introduit dans le Code civil à l'article 9 « le droit au respect de la vie privée ».

La liberté individuelle comme principe matriciel a conféré au droit au respect de la vie privée, valeur constitutionnelle. Toutefois, le respect de la vie privée dans un

premier temps n'a pas été érigé en principe constitutionnel autonome. Avec la décision sur la loi relative à la couverture médicale universelle⁷⁰³, le Conseil constitutionnel en se fondant sur l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme a reconnu le principe constitutionnel du respect de la vie privée comme principe autonome. En effet, l'extension de l'interprétation de la liberté individuelle englobant le respect de la vie privée ne permettait qu'une protection indirecte, en cas d'atteinte grave. « La force même de la méconnaissance de la nature constitutionnelle du droit au respect de la vie privée en découle. Le principe du droit au respect de la vie privée se mue en une liberté fondamentale, désormais distincte de la liberté individuelle de l'article 66 et rattachée à la liberté personnelle »⁷⁰⁴. Ainsi, le droit au respect de la vie privée devient à son tour un principe matriciel porteur de droits et hypothétiquement du droit au divorce. La méthode opérée par le juge constitutionnel pour reconnaître le droit au respect de la vie privée laisse présager un certain nombre de droits latents. « Le conseil exerce un pouvoir créateur de normes, déduisant d'un texte constitutionnel un principe littéralement absent de celui-ci. »⁷⁰⁵ Le droit fondamental au respect de la vie privée pourrait se poser comme fondement du « droit dérivé du divorce ». Cette supposition va trouver de la consistance dans la signification du respect de la vie privée. Le respect de la vie privée qui est associé au phénomène grandissant de l'individualisme implique un dépassement de la notion originelle.

La notion de vie privée « se sent plus qu'elle ne se définit »⁷⁰⁶. La vie privée est donc directement liée à l'homme, à un homme, il y a donc des vies privées. L'admission de cette notion suscite différentes interprétations en fonction des temps, des mœurs, de l'individu concerné... Elle a un contenu éminemment subjectif et s'apprécie au cas par cas. La définition du respect de la vie privée est de ce fait complexe, mais de manière générale elle s'oppose à toutes sortes d'intrusions. « Chacun admet que la défense d'un statut personnel réservé doit être assuré, afin de rendre inaccessible au public, sans la volonté de l'intéressé, ce qui constitue l'essentiel de la personnalité »⁷⁰⁷. C'est en quelque sorte, la négation de la protection du lien social ou familial, c'est ce qui

⁷⁰³ DC, 27 juill. 1999, Rec., p.100. Confirmé par la Décision relative à la loi sur le PACS, 9 nov. 1999.

⁷⁰⁴ MARINO (L.), « Protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée », *Dalloz*, 2000, p.265.

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ VELU (J.) cité par MEULDERS -KLEIN (M.-T.), « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1992, p770.

⁷⁰⁷ NERSON (R.), « Droit au respect de la vie privée », *R.T.D.C.*, 1971, p.115.

appartient à l'individu, qui échappe à l'emprise des autres. C'est un espace de liberté et de tranquillité qui lui est strictement réservé. Elle protège des ingérences extérieures. La sphère de la vie privée est infranchissable par les autres et par l'Etat.

L'incertitude réside donc dans la limite entre la sphère privée et le domaine du bien commun. En effet, le divorce brise le mariage et selon la conception traditionnelle la famille. Mais la notion de couple a évolué et le mariage ne représente plus le modèle unique de création de la famille. L'union et la famille sont distinctes en droit. En atteste, l'article 373-2 du Code civil. « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale ». Ce n'est plus le mariage qui fait la famille mais l'enfant. Il y a d'un côté les époux et d'un autre les parents. L'union matrimoniale n'est plus l'épicentre de la création de la famille. Le mariage ne crée plus une entité qui dépasse les personnes concernées. Le mariage unit deux personnes distinctes et cette distinction demeure tout le long du mariage. Chaque individu attend du mariage, le bonheur. Si le mariage ne correspond plus à une source d'épanouissement alors au nom du respect de la vie privée, le conjoint devrait être en droit d'exiger la désunion.

La sphère de la vie privée n'a cessé de s'étendre. La jurisprudence de la Cour de cassation est fluctuante et conduit à la prolifération des domaines protégés sur le fondement du respect de la vie privée. La sphère privée de chaque individu « inclut tout aussi bien la protection de la personne physique (vie, intégrité physique et morale), que son identité, son nom, son image, honneur, son domicile, sa correspondance, les faits relatifs à sa vie intime, ses relations familiales, affectives, mais aussi sa liberté de pensée, de conscience, d'expression, de réunion, ou d'association appliquées à ses relations familiales ou affectives, mais aussi sa liberté de pensée, de conscience, d'expression, de réunion ou d'association appliquées à ses relations personnelles... »⁷⁰⁸.

⁷⁰⁸MEULDERS –KLEIN (M.-T.), « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1992, p.770. SUDRE (F.), in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, SUDRE (F.) (dir.), Bruylant, 2005, p.12. Monsieur le Professeur Sudre démontre l'idée d'élargissement de la notion par le fait que les annotateurs du Code civil en soient réduits à présenter la matière sous forme d'un abécédaire qui, faisant suite à deux rubriques principales (domicile et vie privée du salarié) comporte pas moins de treize entrées quelque peu disparates. Toutefois, lorsqu'elle est confrontée à la liberté d'expression, cette dernière a parfois conduit à donner une vision absolue, allant au-delà du droit au respect de la vie privée, AUVRET (P.), « L'équilibre entre la liberté de la presse et le respect de la vie privée selon la Cour européenne des droits de l'homme ». *Gaz. Pal.*, avr. 2005, p.879s. Voir « Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image », *D.*, 2008, p.57s.

Madame la Professeure Meulders-Klein⁷⁰⁹ qualifie le respect de la vie privée dans son sens originel comme étant un des aspects d'une nébuleuse juridique baptisée droits de la personnalité pour lutter contre les indiscretions des moyens de communication et protégeant la vie privée « au sens d'intimité et de propriété ». Mais avec le temps le respect de la vie privée qui n'était qu'un élément de cette nébuleuse, a fini « par englober plus ou moins complètement les autres » droits de la personnalité. Ce qui n'était qu'un élément de protection de l'individu est devenu le moyen de protection générique. Le droit au respect de la vie privée est devenu l'arme essentielle pour toute revendication personnelle. C'est ainsi, que peu à peu la notion du respect de la vie privée se rapproche de la conception américaine. En effet, le *Right of Privacy*, modèle américain pose le principe d'individualité et érige « la personne en maître absolu d'elle-même et fait prévaloir ce principe sur toute autre considération. »⁷¹⁰. La famille ou la collectivité ne sont que les accessoires du droit à l'individu de disposer de lui-même.

Sans arriver à ce bouleversement idéologique en droit français, l'évolution du droit au respect de la vie privée et ainsi du droit de l'individu au bonheur peut trouver à s'exprimer par le droit au divorce. Le droit de rompre le mariage serait le simple prolongement du droit au respect de la vie privée dans le sens du droit de disposer de soi-même, dès lors que le mariage n'apporterait plus de bonheur. A l'instar du droit américain, le droit français pourrait suivre « le passage de la protection du secret et de l'intimité de la vie privée selon laquelle le secret n'est que l'un des moyens de protéger la liberté individuelle, laquelle n'est à son tour que le moyen d'assurer l'épanouissement personnel de chacun, franchissant ainsi d'un jet le chemin qui sépare le droit d'être laissé seul au droit à l'autodétermination (droit-liberté), pour parvenir à l'épanouissement personnel, c'est-à-dire au bonheur (droit-créance). »⁷¹¹

L'Allemagne dans l'article 2 alinéa 1 de la loi fondamentale, à l'instar des américains (*Right of Privacy*), a proclamé « le droit de chacun au libre épanouissement de sa personnalité ». Le libre épanouissement ne doit cependant pas « violer les droits

⁷⁰⁹ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « L'irrésistible ascension de la vie privée au sein des droits de l'homme », préc.

⁷¹⁰ RIGAUD (V.F.), RIDC, 1980, p.728.cité par Meulders klein.

⁷¹¹ MEULDERS -KLEIN (M.-T.), « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1992, p770.

d'autrui ni enfreindre l'ordre constitutionnel ou la loi morale ». La reconnaissance au niveau constitutionnel du droit à l'épanouissement offre une multitude de possibilités. La notion de respect de la vie privée et la *Privacy* ou encore le droit à l'épanouissement ont en commun la certitude de leur imprévisibilité. Elles apparaissent comme des sources inépuisables de reconnaissance de droit, dès lors qu'elles s'attachent à la personne même, elles recèlent une infinie subjectivité. La vie privée touche « aux domaines les plus intimes de la vie individuelle et aux piliers anthropologiques de toute société humaine, aux sentiments affectifs, aux passions et aux émotions, aux libertés individuelles mais aussi à l'intérêt général, aux aspects philosophiques, politiques, juridiques et aux valeurs culturelles enracinées dans les croyances. Elle est par là source de conflits de valeurs socio économiques, idéologiques, politiques, technologiques et scientifiques des sociétés postmodernes contre toute philosophie heurtant les libertés individuelles. »⁷¹²

Dans le courant inflationniste du droit au respect de la vie privée, le droit au divorce pourrait trouver sa place. Le droit au divorce n'est rien de plus que le droit de ne pas être maintenu dans les liens du mariage sans qu'aucune condition de fond ou de forme et conséquence ne soit attachée à la décision individuelle ou à la décision commune. La vie privée est en fait le droit de vouloir vivre comme on veut sans jugement et sans intermédiaire (sous entendu l'Etat, la société et le juge). Dès lors, un mariage non satisfaisant voire nuisible à son propre épanouissement devrait dans la lignée de l'émancipation de la liberté individuelle, puis de la vie privée, propulser le divorce en droit. Le contexte familial et donc social s'entremêle voire s'affronte avec le désir égoïste de vivre comme on veut.

Pour autant, l'évolution de la famille n'est plus à démontrer. La famille est autre. La seule certitude à laquelle on peut s'attacher, c'est qu'elle ne dépend plus exclusivement du lien conjugal. Le couple ne crée pas forcément une famille. En atteste le Pacs. Le Pacs propose un statut légal au couple qui est dépourvu de dimension familiale. Le mariage n'est pas l'unique fondement de la famille, c'est bel et bien l'enfant. L'enfant joue un rôle pivot dans la création du lien familial. Le développement des moyens de création de filiation amenant à une sorte d'instrumentalisation de

⁷¹² MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « L'irrésistible ascension de la vie privée au sein des droits de l'homme », préc.

l'enfant ou de droit à l'enfant a contribué à le placer au centre de la famille. Ce n'est plus le couple qui fait la famille mais l'enfant. Dès lors, les considérations relatives au relâchement du lien familial, ou encore la crise de la famille, le déclin de l'intérêt général ne dépendent plus exclusivement du mariage. Il n'y a plus un modèle mais des modèles familiaux. La scission entre le couple et le couple parental permet d'émanciper les époux d'une fonction sociale et familiale pour accéder à l'état de sujet libre. Le sujet est affranchi « de toutes limites dans toutes les matières existentielles de sa vie personnelle, sexuelle, affective et familiale, qui ne sont pourtant pas étrangères à la vie de la collectivité. »⁷¹³ En d'autres termes, le respect de la vie privée s'apparente au droit de contrôler sa propre existence et laisse le champ ouvert aux autres composants de droit au respect de la vie privée.

Le droit de contrôler sa propre existence doit trouver sa voie en réduisant le plus possible les interdits. Un époux doit pouvoir se soustraire aux obligations du mariage par la voie du divorce. L'érection du droit au divorce comme prolongement du droit au respect de la vie privée n'est pas une idée irrationnelle. La reconnaissance d'un droit subjectif au divorce combinée à l'émancipation et l'élargissement du droit au respect de la vie privée pousse à l'ascension d'un droit fondamental au divorce. En effet, l'interprétation jurisprudentielle de la notion de vie privée « assure la promotion, dans le sens de toujours plus. »⁷¹⁴ La vie privée est un concept amplificateur, elle « est ainsi devenue l'arme absolue de tout affranchissement de normes et de limites tenues pour insupportables. La vie, le corps, le sexe et la mort, ces grands universaux de l'Humanité, sont ainsi devenus l'objet de la liberté de disposer de soi-même, et la liberté sexuelle le symbole par excellence de tout affranchissement. »⁷¹⁵

Toutefois, une grande partie de la doctrine française s'inquiète d'une ouverture croissante de la liberté individuelle et de la défection du lien social qu'elle engendre. Madame la Professeure Dekeuwer-Défossez parle d'une perte de sens « qui correspond peut-être à l'épuisement d'un droit de la famille censé être un droit au bonheur individuel. Le bonheur, ni l'individualisme ne peuvent seuls servir de fondement à un

⁷¹³ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « *L'irrésistible ascension de la vie privée au sein des droits de l'homme* ».préc.

⁷¹⁴ *Ibid.*

⁷¹⁵ *Ibid.*

ordre juridique. »⁷¹⁶ Il faut s'inquiéter de la dérive des droits de l'homme « vers un individualisme radical qui reviendrait à transformer l'or en assignats (...) Ego contre Ego »⁷¹⁷. Les opinions sont majoritairement pessimistes quant à l'évolution de la société. L'avènement d'un droit fondamental au divorce finirait d'achever l'enracinement de l'individualisme et ce, en dépit de la famille, modèle de lien social par excellence. Madame la Professeure Meulders-Klein pose la question : Quelle société pourrait survivre dans le chaos des libertés fondées sur les morales individuelles ? »⁷¹⁸ Le droit français ne semble pas prêt à inclure dans les droits fondamentaux, le droit au divorce. Il résiste à l'attraction de plus en plus prégnante de l'individualisme. La loi personnelle n'a pas entièrement pris le pas sur la loi générale. La question de la reconnaissance d'un droit au divorce semble donc davantage se diriger vers une protection européenne. La Cour européenne des droits de l'homme se trouve à mi chemin entre la notion américaine de *Privacy* et celle du droit français. L'aspect familial n'est pas éludé lors des interprétations de la notion de respect de la vie privée par la Cour européenne, néanmoins, son interprétation est plus étendue.

La Convention européenne se pose donc en concurrent avec les juridictions nationales et notamment avec le juge constitutionnel. Elle véhicule le même principe de respect de la vie privée et va plus loin dans l'interprétation de cette notion. En effet, la conception interne ne concorde pas avec celle de la Convention, la vie privée étant bien plus large dans son acception européenne. L'instrumentalisation du droit au respect de la vie privée par la Cour européenne des droits de l'homme apparaît davantage prédisposée à une reconnaissance du droit au divorce.

⁷¹⁶ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *R.T.D.C.*, 1995, p250s

⁷¹⁷ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), préc.

⁷¹⁸ MEULDERS –KLEIN (M.-T.), « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1992, p794.

SECTION 2 : L'HYPOTHESE EUROPEENNE DE L'AVENEMENT D'UN DROIT FONDAMENTAL AU DIVORCE

L'étude des droits fondamentaux ne peut se réaliser sans aborder l'ordre juridique européen, ne serait-ce que parce que le droit français est soumis à l'influence de la jurisprudence européenne. Il faut également ajouter que la vision de l'ordre juridique européen est souvent considérée comme libérale. La protection européenne dispose d'un large champ d'action dans le domaine des droits de l'individu. La jurisprudence européenne semble, dès lors, plus propice dans la réalisation de la tâche de reconnaissance de droit et notamment du droit au divorce.

L'hypothèse de l'avènement du droit au divorce sur le plan européen pourrait s'expliquer par un mode opératoire favorable à la reconnaissance de droits (§1) et ainsi, favorise le passage de la notion du droit à la vie privée à l'hypothétique droit au divorce (§2).

§1 : L'analyse du mode opératoire favorable à la reconnaissance de droits

L'introduction d'un ordre juridique européen, parfois parallèle parfois complémentaire à l'ordre juridique interne, constitue une arme supplémentaire pour l'individu dans la revendication de prérogatives personnelles. La Convention européenne des droits de l'homme est à cet égard largement tournée vers la protection des droits de l'individu. Pour autant, « l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil n'avait, à l'origine, rien d'une évidence »⁷¹⁹. Madame Debet décline deux raisons. Tout d'abord, les Droits de l'homme semblaient de prime abord relever de la sphère du droit public et pénal, puis les droits fondamentaux étaient destinés à protéger contre l'éventuel arbitraire de l'Etat.

L'influence de la Convention européenne se butait sur un autre problème : celui de la prédominance du droit familial sur les intérêts privés. Le droit familial est longtemps demeuré sous le joug de la protection de la famille et du chef de famille

⁷¹⁹ DEBET (A.), L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Paris, Dalloz, 2002, p.16.

malgré la violation du principe d'égalité (des enfants adultérins et naturels). Cette importance primordiale accordée originellement à cette structure familiale bafouait les droits individuels⁷²⁰. La Convention européenne s'est appliquée à trouver un équilibre entre la protection de l'institution familiale et la protection des droits de l'individu. C'est par le biais de cet exercice que la Convention va influencer cette branche du droit sur le fond. L'étude des droits de l'individu et de la vie familiale ne peut être réalisée sans l'apport incontestable de la Convention européenne. L'influence croissante de la Convention en droit interne n'a plus à être prouvée. La première condamnation de la France dans le domaine du droit civil avec l'arrêt Botella du 25 mars 1992⁷²¹ et la condamnation du droit civil français dans l'arrêt Mazurek⁷²² constituent des manifestations flagrantes de l'impact du droit européen en droit interne.

La Convention est une source supranationale, intégrée dans le droit interne et supérieure à la loi en vertu de l'article 55 de la Constitution. Elle peut sanctionner les Etats et même si les décisions revêtent seulement un caractère déclaratoire⁷²³ et non exécutoire, cela n'empêche pas d'opérer un bouleversement dans les ordres juridiques nationaux. « La Convention européenne des droits de l'homme ne constitue pas seulement l'expression la plus achevée du droit international des droits de l'homme. Elle ignore aussi ses faiblesses. Elle instaure tout d'abord un ordre juridique particulier, à la charnière de l'ordre juridique national et international, et cet ordre normatif et constitutionnel constitue un véritable ordre public propre aux démocraties européennes. »⁷²⁴

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ Arrêt B. c. France, 25 mars 1992, série A, n°232-C ; *JCP* 1992.II.21955, note GARE ; *D.* 1993, 101, note MARGUENAUD ; *RTDC*, 1992,540, obs. HAUSER. La Cour a condamné la France pour violation de l'article 8 de la Convention européenne car elle n'a pas respecté la vie privée d'une personne transsexuelle en lui refusant la modification de changement de sexe et de prénom sur son état civil.

⁷²² Arrêt Mazurek c. France, 1^{er} fév. 2000, ; *JCP*, 2000, II, 10286, note GOUTTENNOIRE-CORNUT et SUDRE ; *JCP* 2000, I, 278, obs. LE GUIDEC ; *D.*2000, 332, note THIERRY ; *RTDC*, 2000, p.311, obs. HAUSER ; *RTDC*, 2000, 429, obs. MARGUENAUD ; *Droit de la famille*, 2000, n°33, obs. DE LAMY ; *Droit et Patrimoine* 2000, n°82, p.56, obs. STOFFEL-MUNCK ; *LPA*, 2000, n°145, p20, note CANAPLE,VAREILLE... Dans cette affaire la Cour européenne a eu à juger de la différence de traitement fondée sur le caractère adultérin du lien de filiation de l'enfant en matière de succession et a constaté que la différence de traitement ne poursuivait pas un but légitime et les moyens utilisés à ce but étaient disproportionnés.

⁷²³ MARGUENAUD (J.-P.), *CEDH et droit privé l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé*, Documentation Française, Paris, 2001, p.29. Une décision déclaratoire signifie : « la Cour ne peut que constater une violation de la Convention sans pouvoir agir sur les origines de cette violation, qu'elle provienne d'une juridiction, d'une instance administrative ou du législateur ».

⁷²⁴ VELU (J.), ERGEC (R.), cité par MEULDERS-KLEIN (M.T.), « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination », *in colloque*

La Cour européenne a également une dimension hautement symbolique. D'une part, elle est fréquemment confrontée à des conflits aporétiques. « La Convention européenne des droits de l'homme tient une place centrale et joue un rôle prépondérant en matière d'arbitrage des conflits de valeurs dans des sociétés qui se définissent précisément comme étant pluralistes. Pour tout dire, il n'y a guère de litige porté devant la Cour européenne des droits de l'homme qui, rationnellement, ne mette pas en jeu, ou bien un conflit d'intérêts, ou bien un conflit de valeurs, ou bien les deux à la fois »⁷²⁵. Force est de constater, que la Cour européenne est devenue avec le temps, la table ronde des grands débats de l'humanité. Elle a été amenée à débattre de la question de la transsexualité, de l'homosexualité, de l'adoption, des mères porteuses, des enfants adultérins et naturels... Alors pourquoi pas la question d'un droit au divorce ?

D'autre part, elle véhicule une image de libéralisme, d'avant-gardiste ou de précurseur. Elle est parfois à l'origine de grands bouleversements idéologiques. Son interprétation jurisprudentielle au mieux est accompagnée d'une modification en droit interne, au pire elle amorce une réflexion sur le sujet concerné par la condamnation.

La conception individualiste de la Convention européenne et de son mode d'interprétation représente une source providentielle de reconnaissance des droits les plus personnels. La sphère de la vie privée à l'aube de 1950 à nos jours a connu un constant élargissement. Si l'article 8 de la Convention européenne n'était destiné à l'origine qu'à garantir le droit qu'à toute personne de vivre à l'abri des immixtions arbitraires des pouvoirs publics, il s'est davantage consacré à une protection des intérêts purement privés entre particuliers. Au regard des revendications exponentielles, la Cour exerce un « dynamisme de conquête dans un processus évolutif tendant à limiter de plus en plus la souveraineté des Etats et à forcer l'harmonisation des droits »⁷²⁶

La jurisprudence européenne contribue donc à façonner le droit national selon un certain idéal qui est parfois en totale contradiction avec l'ordre juridique interne⁷²⁷. De

Internationalisation des droits de l'homme et évolution de la famille, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (Dir.), LERADP, LGDJ, 1996, p.501.

⁷²⁵ MBONGO (P.), « La Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle une philosophie morale ? », Dalloz, 2008, p.99s.

⁷²⁶ MEULDERS-KLEIN (M.T.), préc., p.502.

⁷²⁷ Certains auteurs parlent de la Cour européenne des droits de l'homme comme une juridiction tyrannique. EDELMAN (B.), « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction

par sa fonction de développement des droits et libertés prévue dans son préambule, elle se tient à un objectif qui n'est pas purement statique et défensif, mais dynamique et offensif⁷²⁸. Nonobstant une dépendance au consensus des législations européennes, la Cour ose parfois dans des domaines où les Etats ont une position timorée. Elle dispose à cet égard d'une technique redoutable pour faire infléchir les Etats récalcitrants, la technique des obligations positives. Celle-ci consiste à faire peser sur les Etats une obligation d'agir afin de garantir effectivement la réalisation de la Convention à laquelle ils ont adhéré. Les Etats doivent, lorsqu'ils sont condamnés, ne pas créer par l'effet de leur législation ou par l'absence de dispositions adéquates, des situations violant la Convention. Après l'arrêt *Marckx c. Belgique*⁷²⁹, le juge européen va faire de cette technique un mode habituel de résolution des conflits. L'appréciation de la notion du droit au respect de la vie privée par la Cour européenne illustre ces propos et justifie l'évocation du droit au divorce.

§2 : Le passage de la notion du droit à la vie privée à l'hypothétique droit au divorce

L'exaltation de la notion de respect de la vie privée par la Cour européenne (A.) est éloquente dans la démonstration du toujours plus et explique le franchissement du droit à la vie privée au droit à l'autodétermination par la Cour (B.)

A. L'exaltation de la notion de respect de la vie privée par la Cour européenne des droits de l'homme

La définition ou l'absence de définition de la vie privée laissait présager une large portée. La Cour et la Commission affirment que la vie privée doit être « conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel ou commercial. »⁷³⁰ Le domaine d'application de la vie privée a bénéficié d'un constant

tyrannique ? », *D.*, 2008, Chron., pp.1946-1953. Selon l'auteur, la Cour européenne s'est appropriée les droits de l'homme et « prétend nous dire, péremptoirement, leur sens ultime et dernier ».

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, série A, n°31.

⁷³⁰ CEDH, 16 déc. 1992, *Niemetz c. Allemagne*, série A, n°251-B.

élargissement dans la jurisprudence européenne. La décision du 6 février 2001⁷³¹ de la Cour européenne décline la notion de respect de la vie privée en « droit au développement personnel ». Monsieur le Professeur Sudre s'interroge sur les conséquences de cette formule. La vie privée va-t-elle s'étendre à « tout » ? L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme recouvre-t-il à l'infini les choix personnels⁷³² ? La Cour intègre également dans le respect de la vie privée « les relations sociales »⁷³³. La Cour européenne ne cesse d'agrandir la famille dérivée du droit au respect de la vie privée. Cette brèche ouverte pourrait être opportune comme soutien au droit fondamental au divorce.

Madame la Professeure Meulders-Klein⁷³⁴ propose une distinction relative à la notion de vie privée « la vie privée-intimité » et « la vie privée-autonomie ». La première consiste à protéger des empiétements des tiers et concerne : le secret, l'image, le nom, l'honneur, la réputation, le domicile... Cette rubrique a été enrichie par une protection en matière sociale, de la qualité de vie, ainsi que dans le cadre de la vie professionnelle. La seconde rubrique envisage une protection de la vie privée de manière plus poussée. La vie privée ce n'est plus « tellement la protection de l'intimité au sens de tranquillité et confidentialité ou de liberté d'aller et venir et de vaquer à ses activités, bien évidemment essentiels, que celui de l'affranchissement du sujet de toutes limites dans toutes les matières existentielles de sa vie »⁷³⁵.

Cette deuxième distinction promet une protection radicale de la vie privée. Aucune barrière, ni limite ne doivent empêcher l'épanouissement personnel. Le respect de la vie privée signifie l'absence de contraintes, de devoirs, de règles. Le respect de la vie privée rejette comme contraire aux droits de l'homme toute forme de limite à l'autonomie individuelle⁷³⁶. Dès lors l'expression de ce rejet pourrait trouver écho dans le droit au divorce. Un époux pourrait se prévaloir de son droit au respect de la vie privée et à l'épanouissement et brandir l'atteinte à celui-ci par le maintien d'un divorce

⁷³¹ CEDH, 6 fév. 2001, Bensaïd C. Royaume-Uni, *JCP*, 2001, I, 342, n°17, chron. SUDRE (F.).

⁷³² SUDRE (F.), « Rapport introductif. La construction par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p.14

⁷³³ *Ibid.* « La démultiplication du droit au respect de la vie privée sociale ».

⁷³⁴ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « *L'irrésistible ascension de la vie privée au sein des droits de l'homme* », préc.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ *Ibid.*

sous condition et parfois comportant des effets restreignant sa liberté. Le droit fondamental au divorce serait à l'image d'un divorce objectif à l'excès. L'invocation de la faillite ne reposerait sur aucune condition, c'est-à-dire sur aucun constat temporel de l'échec (entendu une cessation de la vie commune). Le divorce serait directement déclaré suite à une simple demande sans autre condition ni conséquence liée à la demande.

Toutefois, la Cour européenne, dans l'arrêt *Johnston et autres c. Irlande*⁷³⁷ a déjà eu à trancher l'existence d'un droit au divorce fondé sur la Convention. En l'espèce les requérants avaient une relation stable et souhaitaient se marier. Mais l'un des requérants était déjà marié. En l'absence de législation sur le divorce, les époux avaient convenu un accord officiel de séparation. Le droit irlandais n'autorisant pas le divorce empêchait les requérants de se marier. Ces derniers se fondaient sur l'article 12 de la Convention européenne et contestaient une atteinte au droit au mariage ou plutôt le droit au remariage. Ils se plaignaient également de l'absence de texte permettant le divorce et invoquaient la violation des articles 8 et 14 de la Convention. La Cour européenne rejette les allégations en se plaçant directement sur le terrain du droit au divorce. « Même si, comme l'affirment les requérants, l'interdiction du divorce doit s'analyser en une limitation d'incapacité de se marier, pareille limitation ne saurait, dans une société adhérant au principe de la monogamie, passer pour une atteinte à la substance même du droit garanti par l'article 12. ». L'article 12 n'englobe pas un quelconque droit à la dissolution du mariage. La Cour affirme également qu'elle ne saurait dégager au moyen d'une interprétation évolutive, un droit non inséré dans la Convention et omis délibérément.⁷³⁸

La Cour a donc refusé de consacrer l'existence d'un droit au divorce. L'arrêt *Johnston* est toutefois ancien. En effet, la motivation du refus de la Cour européenne repose sur l'absence de violation du droit à un remariage selon le principe de monogamie. La Cour assimile au remariage l'idée de la monogamie, c'est-à-dire elle affirme en quelque sorte que le mariage ne se conçoit que comme unique et indissoluble. Ainsi, l'incapacité à se remarier ne justifie pas un droit au divorce. La

⁷³⁷ CEDH, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 déc. 1986, série A, n°112.

⁷³⁸ DEBET (A.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p.580.

motivation de la Cour apparaîtrait totalement dépassée dans la société actuelle, le remariage étant totalement intégré dans le paysage familial. La méthode d'interprétation évolutive de la Cour en fonction des conditions actuelles, pourrait aujourd'hui, donner une solution différente sous le poids écrasant du respect de la vie privée. Un requérant pourrait se prévaloir du principe de non discrimination (article 14) combiné à l'article 8 et allégué un droit au divorce à l'instar de la législation suédoise (divorce sans cause). Au nom de développement personnel, il serait loisible de revendiquer un divorce sans condition, pour vivre comme on veut et alléguer un droit au divorce comme corollaire du droit au remariage lui-même découlant du droit au mariage.

L'esprit de la jurisprudence semble réfractaire à une telle évolution. En effet, la Cour européenne dans son interprétation de l'article 8 qui comprend à la fois une protection de la vie familiale et celle de la vie privée, ne fait pas automatiquement prévaloir l'individu sur la famille. Certes, la vie privée est une notion envahissante ; mais la Cour européenne préserve également les relations familiales contrairement à la *Privacy*. « D'une manière générale, il semble (...) que les organes de la Convention soient plus sensibles aux liens qui unissent (mariage, filiation, regroupement familial, relations personnelles), qu'à ceux qui désunissent (divorce, désaveu de paternité) »⁷³⁹. Mais le problème est sensiblement différent pour le divorce. Désormais, tous les Etats européens possèdent dans leur législation la possibilité de dissoudre le mariage. Le cheminement dans les consciences collectives de la banalité du divorce dans la vie est déjà tracé. Ainsi, la forte symbolique attachée au mariage et à la famille a déjà subi un affront. Les législations ont donc déjà communément admis le divorce dans le paysage juridico familial. Un consensus s'est créé sur la possibilité de rompre les liens du mariage mais, le plus généralement sous condition et entachée d'effet. Le cheminement de l'édification d'un droit au divorce est donc largement amorcé et peut être consacré comme droit garanti par la Convention européenne.

Les méthodes jurisprudentielles d'interprétation entraînent un perpétuel renouvellement du droit. L'interprétation de la Convention par la Cour est donnée « à la

⁷³⁹ MEULDERS –KLEIN (M.-T.), « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1992, p775. L'auteur cite le refus de la Cour de découvrir l'existence d'un droit au divorce selon les articles 8 et 12(arrêt Johnston) ; ni un droit au mariage pour les personnes de même sexe (arrêt Rees), ni l'obligation positive pour l'Etat de doter les couples non mariés d'un statut analogue (arrêt Johnston).

lumière des conditions actuelles ». En d'autres termes, ce qui était vrai hier n'est plus vrai aujourd'hui. La marge d'interprétation laissée au juge européen est considérable car elle est sans cesse remise en question et génère une reconduction constante des solutions juridiques. Le droit européen, de par sa méthode d'interprétation, est donc imprévisible et laisse planer toute éventualité. Monsieur le Professeur Sudre se demande si « l'interprétation évolutive, que pratiquent volontiers les juges européens_ particulièrement dans le domaine de l'article 8_ afin de préserver la Convention de tout anachronisme et de l'ajuster constamment à l'évolution des mœurs et des mentalités, ne l'a pas conduit, en interprétant à la lumière des conditions actuelles 'la notion de vie privée', à naviguer au plus près sans trop se soucier du cap à tenir ? »⁷⁴⁰

L'évitement de l'anachronisme est un souci permanent pour la Cour européenne. Dans L'arrêt Goodwin⁷⁴¹ du 11 juillet 2002, la Grande chambre insiste sur la réévaluation des droits « à la lumière des conditions d'aujourd'hui, quelles sont l'interprétation et l'application de la convention qui s'imposent à l'heure actuelle. » L'emploi du terme « aujourd'hui » et « heure actuelle » renforce davantage le caractère imprévisible, car la décision est prise en fonction d'un cadre temporel précis, en fonction du jour voir de l'heure même où la décision est prise. Les décisions de la Convention européenne sont par conséquent étroitement liées au contexte du moment et favorisent un réajustement au plus près de la réalité. Cette méthode permet de laisser le champ ouvert aux hypothèses de reconnaissance et notamment celle qui nous intéresse : le droit au divorce.

C'est également par l'interprétation évolutive de la notion de vie privée qu'est née la liberté sexuelle. En effet, face à des zones de droit troubles, la liberté sexuelle a comblé un certain flottement relatif aux personnes transsexuelles et homosexuelles. La liberté sexuelle affirmée au plan européen comme un droit fondamental a permis d'aller plus loin encore dans la protection de l'individu.

⁷⁴⁰ SUDRE (F.), préc.

⁷⁴¹ GRANET (F.), « Transsexualisme et mariage devant la Cour européenne des droits de l'homme », *AJF*, déc. 2002, n°12, pp.413-414.

B. Du droit à la vie privée au droit à l'autodétermination

La notion de respect de la vie privée est une notion des plus foisonnantes. La liberté sexuelle « s'est affirmée comme une composante incontournable de la vie privée, prenant le pas sur la morale traditionnelle à forte connotation religieuse. »⁷⁴². La liberté sexuelle est apparue nécessaire dans l'environnement juridique afin d'apporter des solutions à des situations ignorées jusque là par le droit et relatives à la vie sexuelle des intéressés. Cette inscription dans le droit de la liberté sexuelle représente une avancée considérable dans l'appréhension du droit et de la vie humaine dans son quotidien. La reconnaissance d'une liberté sexuelle permet de décomplexer des situations qui étaient fortement imprégnées d'une certaine morale dissidente. La libéralisation opérée par la reconnaissance de la liberté sexuelle va générer une avancée considérable pour les droits de l'individu à disposer de soi et constitue une brèche ouverte à la reconnaissance d'un droit au divorce.

La voie a été ouverte par l'arrêt *Dudgeon*⁷⁴³. La Cour a décriminalisé toutes sortes de comportements sexuels. Celle-ci constitue, comme toutes relations sexuelles, « un aspect des plus intimes de la vie privée ». Ce n'est plus l'acte sexuel seul qui est ici en cause mais l'environnement quotidien de l'individu, notamment juridique. L'auteur l'appelle « la reconnaissance des vies privées sexuelles »⁷⁴⁴.

L'amorce de la liberté sexuelle dans le droit européen découle essentiellement des revendications des personnes transsexuelles et homosexuelles. Elle va émerger par la combinaison des articles 8 et 14 de la Convention européenne (l'article 14 n'ayant pas d'existence autonome). Il faut souligner que l'article 14 prévoit : « La jouissance des droits et libertés reconnus par la présente convention doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race (...) ». L'arrêt *Botella* a constitué une amorce. La France fut condamnée pour la première fois pour avoir refusé de modifier l'état civil d'un transsexuel. La France a donc été condamnée pour violation de l'article 8 de la Convention européenne en refusant de reconnaître à l'intéressé sa véritable identité sexuelle. Ainsi, la Cour mettait en évidence l'importance d'une reconnaissance

⁷⁴² GONZALEZ (G.), « Liberté sexuelle », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p.157.

⁷⁴³ CEDH, 30 janv. 1981, *GACEDH*, n°37.

⁷⁴⁴ GONZALEZ (G.), préc.

d'une identité sexuelle dans les autres droits civils. Par l'arrêt X, Y et Z c. RU du 22 avril 1997⁷⁴⁵, la Cour reconnaît l'existence de liens familiaux de facto entre un transsexuel et sa concubine et l'enfant de celle-ci, conçu par insémination artificielle avec donneur. Même si la paternité a été refusée à une personne transsexuelle, cette affaire a permis tout de même, une interprétation extensive de l'article 8 et de sa notion de respect de vie privée, dont le domaine personnel comprend désormais la vie affective et sexuelle.

Les demandes émanant des personnes homosexuelles ne vont pas rester sans influence sur le développement de la liberté sexuelle. En effet, dans le célèbre arrêt Fretté⁷⁴⁶, l'orientation sexuelle d'un candidat en vue d'une adoption est incluse dans le champ d'application de la vie privée et familiale (l'article 8 et 14). La Cour évoque à propos du rejet de la demande d'agrément qu'il « ne saurait en soi être considéré comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité ou à la manière dont il mène sa vie, en particulier sa vie sexuelle ». Même si la Cour refuse la discrimination, elle assimile bien la notion de vie privée à la notion d'épanouissement, notamment par la vie sexuelle. « Toute restriction touchant à la vie privée sexuelle est avalisée sans trop de difficultés comme constitutive d'une ingérence étatique autorisant le requérant à se placer sur le terrain de l'article 8 de la Convention. »⁷⁴⁷ Peu à peu, par l'instrumentalisation de l'article 8, la Cour a élevé la liberté sexuelle au rang de droit garanti par la Convention.

La sexualité fait partie intégrante du droit à l'épanouissement de la personnalité, du droit de vivre comme on veut. On mène sa vie comme on l'entend et il en va pareillement pour sa vie sexuelle. C'est par le biais des arrêts Pretty⁷⁴⁸ et Goodwin (toujours dans un contexte relatif à la vie sexuelle) qu'un tournant est pris par la Cour et semble aller jusqu'au bout de l'étirement de la notion de vie privée. La Cour déclare « bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la

⁷⁴⁵ CEDH, X, Y et Z c. RU, 22 avril 1997, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-II/619 : 84, 87, 98, 356, 370, 375, 599, 656, 753.

⁷⁴⁶ CEDH, 26 fév. 2002, Fretté C. France, note GOUTTENOIRE-CORNU (A.), SUDRE (F.), *JCP*, II, 10074.

⁷⁴⁷ GONZALEZ (G.), préc.

⁷⁴⁸ CEDH, 29 avr. 2002, Pretty C. Royaume Uni, *JCP*, 2003, II, 10062, note C. GIRAULT ; *Droit de la Famille*, 2003, chron., n°9, E. CHIVKA ; *RTDC*, 20002, p.482, J.HAUSER. La Cour européenne a décidé à propos de l'euthanasie qu'on ne pouvait déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique.

Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel , la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-entend l'interprétation des garanties de l'article 8 ». De la liberté sexuelle a découlé un droit encore plus abouti « le droit à l'autonomie personnelle ». L'appropriation par l'individu de son droit au libre arbitre est arrivée à son apogée. Monsieur le Professeur Sudre conclut que « la notion d'autonomie personnelle semble érigée en principe matriciel du droit garanti par l'article 8 et l'on est tenté de penser que la jurisprudence européenne a franchi le pas, du droit « d'être laissé seul » au droit à l'autodétermination »⁷⁴⁹.

En définitive, c'est grâce à la proclamation de la liberté sexuelle que le droit à l'autodétermination va émerger. La liberté sexuelle est l'attribut le plus personnel de l'être humain. Affirmer une liberté dans ce domaine, c'est accepter l'autonomie de l'individu à diriger sa vie comme bon lui semble. La proclamation d'un tel droit ne peut par conséquent passer inaperçu. Il est le point culminant du respect de la vie privée. Le terme d'autodétermination consacre la suprématie de l'individu. Cette brèche recèle en elle une amplitude indéfinie de revendication dont le droit au divorce pourrait facilement trouver une résonance.

A l'instar du droit au développement personnel ou du droit à l'épanouissement, ou encore du droit à l'autodétermination, le droit au divorce ne serait qu'une déclinaison supplémentaire de la notion de vie privée. La sacralisation des droits au bonheur de l'individu (souvent dénigrée et regrettée) est prise dans la spirale de l'impérialisme du respect de la vie privée qui l'amène à reconnaître toujours plus. Le droit au divorce qui découle directement du droit à l'épanouissement va pouvoir trouver à s'exprimer par une désunion sans contrainte, sans avoir à rendre des comptes et sans intermédiaire. Le droit au divorce au regard du droit à l'autodétermination garantirait la protection de l'individu à décider de rompre le mariage lorsque ce dernier ne serait plus source de bonheur. Ainsi, le droit au divorce permettrait de protéger les époux d'un mariage aux effets malheureux.

⁷⁴⁹ SUDRE (F.), préc. Dans l'arrêt *Van Kück c. Allemagne* (12 juin 2003), pour la première fois la Cour consacre le droit à l'autodétermination comme faisant partie intégrante de la vie privée sexuelle. « Ce n'est pas le droit au remboursement en lui-même qui importe en l'espèce, mais les répercussions des décisions judiciaires litigieuses sur le droit de la requérante au respect de son droit à l'autodétermination sexuelle considérée comme l'un des aspects de son droit au respect de la vie privée ».

***L'affirmation d'un droit au divorce en tant que droit subjectif ne fait plus de doute. La loi de 2004 a supprimé un certain nombre de freins légaux et a fait naître un droit au divorce. Indifféremment de la forme, ceux qui veulent communément divorcer ou celui qui veut divorcer obtiendront le divorce. En effet, le juge peut de moins en moins s'opposer à la demande et au prononcé du divorce notamment avec la présence du divorce objectif sur de demande unilatérale dans le paysage de la désunion.

La procéduralisation du droit associé à la subjectivation du droit place les volontés individuelles au cœur de la machine normative. L'apport constitutionnel découlant de la notion de la liberté individuelle est déjà remarquable mais la production jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la vie privée est encore plus novatrice en matière de droit fondamental. Entre le droit à l'autodétermination et le droit au divorce, il n'y a qu'un pas.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

La dimension individuelle a transformé l'ensemble du droit et notamment le divorce. Son assise de plus en plus centrale et omniprésente a entraîné un bouleversement de la culture juridique. Le droit du divorce a succombé à l'attraction de l'autonomie des volontés notamment par l'ancrage des arrangements, le remodelage et le relâchement de la faute. Les revendications individuelles ont donc modifié le divorce. Le divorce est devenu l'affaire des époux et exclut peu à peu le juge, la loi, confirmant l'existence d'un droit au divorce. Il découle d'un certain nombre de facteurs qui ont permis de faire tomber les cloisons qui empêchaient une telle qualification. Le droit au divorce est de ce fait indirectement reconnu. Sous le poids des intérêts privés, le centre de gravité du divorce a été déplacé de la volonté aux droits fondamentaux⁷⁵⁰. Le mariage n'est plus une institution qui s'impose aux individus ; il est un cadre modelable par les volontés individuelles mais pas seulement car il est reconstruit à partir des droits et des libertés de l'individu⁷⁵¹.

Le droit subjectif au divorce n'a certes pas été proclamé et appliqué en tant que tel, mais il est entouré de droits fondamentaux comme le droit au mariage, la liberté individuelle, le droit au respect de la vie privée. Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la notion de respect de vie privée qui l'amène à reconnaître toujours plus. La consécration sur un plan fondamental n'est donc pas dénuée de sens. La consécration d'un droit au divorce qui serait opposable aux Etats n'est que théorique⁷⁵². Toutefois, dans la course à la reconnaissance, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait ne pas être étrangère au droit fondamental au divorce, ayant déjà reconnu le droit à l'autodétermination. Le droit de maîtriser sa vie pourrait être un véritable tremplin pour un droit au divorce finalisant la suppression du contrôle judiciaire qui se substitue aux époux pour attribuer ou ne pas attribuer le divorce. La décision appartient aux époux. Il reste au juge à garantir une sortie équilibrée du mariage.

⁷⁵⁰ FULCHIRON (H.), « de l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXIème siècle », in *Le monde du droit*, J.FOYER, Economica, 2008, p.398.

⁷⁵¹ *Ibid.*

⁷⁵² FULCHIRON (H.), (L.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème} éd., 2006, p.232.

CONCLUSION GENERALE

Il est impossible de prétendre avoir exploré toutes les pistes de manière suffisamment précise et exacte prouvant l'existence d'un droit au divorce. Cela dit, la confrontation de différents éléments étudiés est suffisante pour confirmer l'existence de ce droit subjectif. Les mécanismes procéduraux facilitent le divorce, la cause et la preuve bénéficient d'une objectivation, les conséquences sont neutres et l'ensemble du divorce se développe dans un environnement consensuel.

« Dés lors en effet que le divorce n'apparaît plus que comme la conséquence, objective, de la faillite du couple et que la demande de divorce est érigée en droit de l'un et l'autre époux, toute idée de sanction, de peine privée ou de contrôle social indirect est privée de justification. En ce sens, l'objectivation des cas de divorce s'articule logiquement avec ce que le législateur de 2004 a appelé la 'déconnexion' des causes et des effets du divorce. L'une et l'autre concourent à faire du divorce un évènement neutre dont il s'agit seulement d'aménager les conséquences en fonction des données objectives de la situation ».⁷⁵³ Le pouvoir de faire valoir son droit au divorce a de plus en plus de chance d'être reconnu. Même si comme le prétend Ronald Dworkin⁷⁵⁴, un droit n'existe que s'il est proclamé en tant que tel ; pour d'autres il ne semble pas nécessaire de dire le mot pour exister⁷⁵⁵, c'est-à-dire qu'une notion peut être dégagée sans qu'elle soit expressément énoncée.

Le droit au divorce sacrifie un peu de la splendeur du mariage mais constitue en définitif un simple alignement des différents modes de conjugalité et particulièrement lors de la rupture. Les traits communs relatifs aux différents statuts du couple permettent de composer un statut minimum commun. Ces traits communs se retrouvent à travers la formation de l'union c'est-à-dire par une décision commune de s'engager dans un lien au degré d'intensité juridique variable en fonction des qualifications juridiques. Ce droit commun du couple existe également à travers les effets et surtout au moment pour chaque couple de se délier. Le droit au divorce et la contractualisation du

⁷⁵³ FULCHIRON (H.), « Les métamorphoses des cas de divorce », *Defrénois*, 2004, n°17, p.1120.

⁷⁵⁴ DWORKIN (R.), *Prendre le droit au sérieux*, Paris, P.U.F., 1995, spéc., pp.79-87.

⁷⁵⁵ VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1998, 196p.

droit du divorce marquent davantage l'alignement du mariage sur les autres modes de conjugalité. C'est par le biais de la rupture que les similitudes sont flagrantes. « La sortie de ces trois modes de vies en couple est de plus en plus fréquemment organisé à l'amiable ».⁷⁵⁶ Le concubinage n'est soumis à aucune formalité pour la séparation, la séparation est donc libre. Le pacs est régi par le droit des contrats et permet une rupture unilatérale ou conjointe sous forme de déclaration remise au greffe du TI. La liberté de se séparer inhérente au pacs se retrouve à travers le droit au divorce qui permet de rompre unilatéralement ou conjointement l'union matrimoniale. Le droit de rompre est donc commun à tous les modes de conjugalité mais selon des formalités différentes. La rupture du mariage est indiscutablement la plus encadrée puisque le juge est nécessaire. « Obligatoire, l'intervention du juge démontre que l'on ne rompt pas un mariage comme un pacs. Elle est là principalement pour signer la spécificité de ce qui est rompu. Le mariage est plus qu'un contrat : il est une institution »⁷⁵⁷. Les règles de droit commun du couple pourraient devenir interchangeables et transposables. Si le droit de rompre le couple est désormais communément acquis, les conséquences des ruptures sont inégales. Les règles du divorce pourraient ainsi être étendues aux autres modes de conjugalité et permettre une compensation des effets de la rupture du couple lié par un pacs ou en concubinage pour offrir plus de sécurité en général dans les relations de couple⁷⁵⁸.

L'émergence d'un droit commun du couple et celle d'un droit au divorce ont donc fait perdre au mariage son statut de privilégié et celui de référence apportant une raison supplémentaire pour faire accéder les personnes homosexuelles au mariage. Le mariage est devenu une qualification juridique parmi d'autres, les couples homosexuels pourraient donc en bénéficier car il a perdu de sa supériorité morale. Le droit au divorce marque davantage la scission couple et parent et cette fois ouvre une brèche à l'homoparentalité. Puisque la question de l'enfant n'interfère plus avec celle de l'union alors la voie vers une reconnaissance de l'homoparentalité peut s'envisager. En effet, le mariage n'étant plus le réceptacle idéal pour l'enfant car il a perdu de sa stabilité avec l'émergence d'un droit à la dissolution de ce dernier.

⁷⁵⁶ NEIRINCK (C.), « Vers un droit commun de la rupture », *LPA*, 20 déc. 2007, p28.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p.29.

⁷⁵⁸ *Ibid.* Madame la Professeure Nierinck soulève la sollicitation des tribunaux pour compenser notamment l'absence de prestation compensatoire et propose dans ces hypothèses d'imaginer un droit commun supplétif de la rupture, pp.32-33.

La « loi du conflit minimum »⁷⁵⁹ a contraint en quelque sorte le juge au prononcé du divorce, en d'autres termes à la reconnaissance du droit au divorce. Le juge, garant de l'ordre public, est soumis au nouvel ordre public matrimonial « qui est celui de la liberté et non plus de la contrainte et de la méfiance »⁷⁶⁰. Le droit du divorce offre une sphère d'autonomie et de libre arbitre aux époux sur leur individualité. Les époux sont devenus « les ministres »⁷⁶¹ de leur désunion et enlève de la légitimité à l'intervention du juge. Qui plus est, l'objectivation des causes de divorce entraîne un contrôle de plus en plus réduit. La proclamation supposerait donc une disparation d'un contentieux et, en cas de résurgence de contentieux ou de circonstances particulières, le droit commun, c'est-à-dire l'article 1382 du code civil ou encore le droit pénal, pour les fautes les plus graves, prendraient le relai.

L'intervention du juge dans les affaires familiales comme dans le divorce souffre donc parfois d'une absence de légitimité. Cela tient de l'évolution du rôle du juge en matière familiale. Les affaires familiales ont été libéralisées notamment grâce aux modes alternatifs de règlement des conflits et grâce à la contractualisation du droit. Le juge aux affaires familiales a donc endossé plus souvent, le rôle de juge homologateur. Il a indéniablement perdu de son pouvoir décisionnel mais il demeure le garant de la famille et de la société. Le champ ouvert aux arrangements est soumis à l'homologation du juge qui consiste à donner une validité sociale ou encore une forme institutionnelle aux accords privés. « Le juge symbolise le regard que porte la société sur l'objet de son intervention »⁷⁶². Le juge en matière familiale sort toutefois du rôle primaire du juge qui est de régler les conflits. La fonction traditionnelle du juge est de dire le droit. « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »⁷⁶³. Alors que le juge aux affaires familiales pacifie, guide, et facilite davantage la traversée du procès qu'il ne dit *stricto sensu* le droit. Le juge du divorce illustre parfaitement la particularité de son rôle qui est d'amener les époux à régler leur divorce de manière pacifique.

⁷⁵⁹ BEIGNIER (B.), « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Droit de la famille*, 2008, étude, p9.

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ CARBONNIER (J.), « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Mélanges Ripert, Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Tome 1, 1950, p.328. Jean Carbonnier employait cette formule non pour la désunion mais l'union.

⁷⁶² HAUSER (J.), « Le juge homologateur en droit de la famille », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIERES (P.), (dir.) Economica, Collec. Etudes juridiques, 2001, p.114.

⁷⁶³ Article 12 alinéa 1 du C.P.C.

Les époux décideurs de leur divorce doivent assumer leur décision en tant que personnes responsables et seule une iniquité caractérisée doit justifier un retour au pouvoir décisionnaire du juge. Le rôle du juge se cantonne à approuver les solutions régissant la vie des conjoints après la désunion, il ne représente plus la haute autorité, seule habilitée à « donner le divorce ». En effet, si les époux respectent le parcours judiciaire, dans bien des cas, le juge est contraint de le prononcer⁷⁶⁴. Le procès du divorce révèle ainsi tout particulièrement l'absorption des règles de fond par les règles de forme. Il y a un effacement des règles de fond au profit de la forme. Ce sont donc les obligations procédurales qui s'élèvent au rang de règles substantielles, en quelque sorte comme l'évolution s'est faite en matière procédurale sous l'influence des règles du procès équitable prévues à l'article 6§1 de la Conv.EDH. En définitive, la domination de la forme sur le fond symbolise la limitation du rôle de la cause de divorce et dessine en creux le droit au divorce qui n'est autre que le résultat d'un parcours procédural. Autrement dit, le respect des garanties procédurales suffit à garantir au fond la solution prise⁷⁶⁵. Définitivement, le divorce ne correspond donc plus au procès avec une vision unique et répondant à une idée de justice morale qui tranche en faveur ou contre une partie ou un époux. Même si « le juge dispose toujours du monopole pour prononcer le divorce, il n'intervient plus comme représentant de l'Etat contrôleur, mais se présente comme le gardien de l'intérêt des individus impliqués dans la dislocation de la famille et spécialement des plus faibles. »⁷⁶⁶ Le divorce sert à préserver les intérêts de chacun et permet une sortie équitable du mariage dans le sens d'une sortie équilibrée.

En effet, le juge aux affaires familiales est à la fois le juge « Jupiter » qui s'exprime à l'impératif, mais aussi le juge « Hercule » qui est présent sur tous les fronts. Il conseille, prévient, oriente, s'adapte et juge en fonction de la singularité et du concret du casus et enfin le juge « Hermès », le médiateur qui favorise le dialogue, la discussion⁷⁶⁷. Qui plus est, la complexité et l'enchevêtrement des domaines auxquels il

⁷⁶⁴ On peut citer, le cas du divorce pour altération définitive du lien conjugal après deux ans de cessation de vie commune ; également l'impossibilité de rétractation dans le cadre du divorce accepté ; ou encore en cas de demande reconventionnelle pour faute, après une demande pour altération définitive du lien conjugal et en dernier lieu, lors de l'homologation de la convention du divorce par consentement mutuel.

⁷⁶⁵ GUINCHARD (S.), BANDRAC (M), LAGARDE (X.), (...), *Droit processuel Droit commun du procès*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2007, p.879.

⁷⁶⁶ AZAVANT (M.), préc., p.253.

⁷⁶⁷ OST (F.), « Les trois modèles du juge », in *La force du droit : panorama des débats contemporains*, BOURETZ (P.), (Dir.), Esprit, 1991, p.241s.

est confronté impliquent l'intervention de plusieurs professionnels. Il est donc également le pivot d'un système de réseau de professionnels. La procédure de divorce a démontré l'existence d'une équipe divorçante orchestrée par le juge. Malgré une confusion des genres, le maintien du juge aux affaires familiales semble indispensable car lui seul permet un traitement social du contentieux familial⁷⁶⁸. Même si la préservation du juge pour contrôler l'exercice du droit au divorce est parfois vécue comme un frein, il permet néanmoins de protéger chaque membre individuellement mais il ne défend plus l'institution du mariage. En effet, il protège chaque partie et surtout l'enfant car les époux sont de plus en plus responsables de leur séparation. Le juge garant de la société protège la famille. Le sort de l'enfant ne peut donc échapper à sa vigilance. « L'un des sens du mariage est aussi de donner à l'enfant la meilleure protection possible »⁷⁶⁹. Dans les différents exemples européens les plus libéraux, une autorité apparaît toujours nécessaire pour les mesures relatives à l'enfant lors de la séparation. La société ne peut se désengager complètement, le contrôle social garde de l'intérêt pour l'enfant mineur. « Lorsqu'il n'y a pas d'enfants, l'absence d'une vraie famille, ne justifie pas de contrôle judiciaire particulier »⁷⁷⁰, a contrario le juge doit intervenir pour sauvegarder l'intérêt de ceux-ci. La personne de l'enfant justifie à elle seule l'intervention du juge. Les époux sont libres de détruire ce qu'ils ont construit, ce qui ne disparaît pas c'est le bien commun créé par le lien conjugal : l'enfant.

Il faut donc trouver le juste milieu pour légitimer son intervention. La tâche n'est pas aisée. Pour preuve les différents rapports qui se succèdent sur l'organisation judiciaire et particulièrement en matière familiale. Monsieur le Professeur Beignier⁷⁷¹ a proposé de transférer la compétence du divorce au juge d'instance puisque ce dernier est devenu le juge des personnes au fil du temps. Face à la simplification du divorce, le juge d'instance pourrait facilement maîtriser la procédure et le ministère d'avocat serait imposé. Le tribunal de grande instance deviendrait alors, le tribunal des contrats complexes. La commission présidée par le Professeur Guinchard⁷⁷² n'a toutefois pas

⁷⁶⁸ HAUSER (J.), « Le contentieux familial entre le fond et la forme », in, *Famille et justice Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1997, p.97.

⁷⁶⁹ Cité dans le rapport de la Commission présidée par Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille*, Paris, La documentation Française, 1999, 255p.

⁷⁷⁰ BEIGNIER (B.), -« Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Droit de la famille*, 2008, Etude, p. 11.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² FRICERO (N.), « Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société », *J.C.P.*, 2008, I, 162, pp15-23 Dans le rapport GUINCHARD du 30 juin 2008,

retenu la création d'un tribunal unique de première instance regroupant toutes les juridictions civiles. En matière familiale, la commission prévoit « un réseau judiciaire en matière familiale » et pour le divorce par consentement mutuel sans enfants, l'audience devant le juge deviendrait facultative mais pourrait être provoquée par les époux ou le juge. De manière générale, toujours dans un dessein de placer le justiciable au centre du système judiciaire, dans les autres matières que la famille, une procédure participative de négociation assistée par un avocat⁷⁷³ a également été proposée offrant au justiciable une autre voie de résolution des conflits.

La spécificité du contentieux familial implique la méthode de tâtonnement pour répondre à un double impératif : respecter les revendications personnelles et garantir un contrôle social. Mais plusieurs dimensions se mêlent : la dimension personnelle du couple et la dimension patrimoniale. Dans le droit du divorce, incontestablement, il existe un droit d'organiser sa désunion. « On préfère organiser son bonheur comme son malheur »⁷⁷⁴. Toutefois, la globalisation du traitement n'est pas toujours satisfaisante car s'est peut être, négliger l'aspect humain. « L'organisation des conséquences de la séparation est désormais le lieu majeur où peut se dire, dans un domaine fondamentalement injuste, l'échec d'un amour, quelque chose comme le sentiment de la justice »⁷⁷⁵. Régler la question patrimoniale du divorce comme celle de l'ordre extra patrimoniale ne doit pas faire oublier l'aspect humain. C'est pour cela que le divorce pour faute demeure dans le paysage de la séparation judiciaire car l'aspect humain trouve écho dans la justice qui seule peut déterminer le coupable et le non coupable. En matière pénale la victime a d'ailleurs une position de plus en plus centrale dans le procès pénal alors que pendant longtemps elle a été niée. C'est peut être ce besoin insatiable de reconnaissance du justiciable. Dans le protocole de résolution de la rupture, la dimension affective ne peut donc pas être négligée. Les personnes en instance de divorce ont besoin de parler, d'exprimer leur vécu et cela permet de légitimer une solution humaine. Le juge aux affaires familiales dispose à cet égard de moins en moins de temps face à une procédure simplifiée, alors que le juge fait ici plus

aucune fusion des juridictions n'a été retenue. Pour le divorce par consentement mutuel, l'idée d'une homologation par le notaire a été abandonnée mais la sollicitation du juge lorsque l'accord est manifeste et en l'absence d'enfant mineur, l'audience devant le juge serait facultative pouvant être provoquée par le juge ou les époux.

⁷⁷³ GUINCHARD (S.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *D.*, actualité, 2008, pp.1748-1755.

⁷⁷⁴ BOULANGER (D.), « Droit patrimonial du couple et contractualisation », *LPA*, 20 déc. 2007, p.34.

⁷⁷⁵ THERY (I.), « Incompatibilité d'humeur », *Esprit*, 2004, n°7, p94

particulièrement une application humaine de la règle de droit. « Indissociable du concept de lien familial, le lien conjugal est le fruit de composantes fondamentales tenant à la fois à l'identité des parcours, au soi et au non-soi, à l'un et à l'autre, donc à la rencontre du droit privé et du droit public, du fond et de la forme, de la volonté et du rite »⁷⁷⁶. Il ne faut donc pas confondre les intérêts privés et les intérêts publics. La société ne peut se désintéresser de la famille donc pas plus des modes de dissolution de la famille.

Cette étude sur « obligations procédurales et droit au divorce » a peut être peint un tableau alarmiste du déclin de la famille, du mariage ou des institutions entraînant une perte de sens. En effet, la dimension individuelle qui supplante le droit, notamment par le phénomène de subjectivation, est souvent analysée comme une évolution regrettable et néfaste. L'engagement dans les liens du mariage ne doit pas être dévalorisé par le droit au divorce, au contraire, il porte en lui l'attente (peut être surévaluée par les intéressés) de la réalisation du bonheur. L'intensité de l'engagement dans les liens du mariage est préservée par l'espoir d'un lien éternel. Le droit au divorce ne ruine donc pas l'image du mariage. Le droit général à divorcer est donc un « droit sans lequel le mariage n'est qu'une caricature de lui-même »⁷⁷⁷. Les conjoints ne veulent pas une relation qui n'a pas de sens et exigent le droit de rompre si le lien n'est plus source d'épanouissement. L'individu revendique le droit au bonheur selon la loi personnelle et on ne peut le lui reprocher, même si pour cela il faut briser une famille.

Le droit au divorce « serait fondé sur le respect de la liberté individuelle ou, en termes plus européens, sur le droit au respect de la vie privée et familiale. En conséquence, les règles de fond comme les règles de procédure devraient garantir à chacun le droit, la possibilité de divorcer. Au terme d'une longue évolution, le droit français a consacré un tel droit. »⁷⁷⁸ Le droit au divorce permet de rendre l'évènement davantage banal, commun, et de lui retirer son caractère exceptionnel pour en faire « une mobilité moralement neutre, comme un processus d'ajustement absolument normal »⁷⁷⁹ dans les existences. Si la solennité du procès joue indéniablement un rôle

⁷⁷⁶ TERRE (F.), « Contractualiser le droit du couple », *LPA*, 20 déc. 2007, p.8.

⁷⁷⁷ THERY (I.), « Incompatibilité d'humeur », *Esprit*, 2004, n°7, p.73.

⁷⁷⁸ FULCHIRON (H.), (L.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème} éd., 2006, p.232.

⁷⁷⁹ CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Répertoire Defrénois, 1979, p8.

lors d'un passage devant la justice, dans le cadre du divorce, elle n'a que peu d'intérêt. Indiscutablement la loi de 2004 a contribué à la désacralisation du procès du divorce pour en faire un passage moins solennel par le biais de la simplification des obligations procédurales. Le droit au divorce contribue à l'admission du statut de divorcé comme un autre modèle de vie personnelle ou familiale. Cela permet aussi de faire en sorte de préserver ce qui peut l'être entre des personnes qui, en présence d'enfant, sont appelées à se revoir. L'objectif de la règle de droit familiale ce n'est plus de défendre exclusivement le lien familial et de lui assurer la suprématie : c'est de reconnaître le divorce lorsque les deux individus (ou l'un d'eux) ne trouvent plus le bonheur dans l'union initialement formée.

ANNEXE 1 : SOURCE ANNUAIRE STATISTIQUE DE LA JUSTICE

Série 1971>2006	Tous types de divorces prononcés	Types de divorce						
années	total par année	Conversion de séparation de corps en divorce	Requête conjointe	Demande acceptée	Faute	Rupture de la vie commune	consentement mutuel	nature du divorce non identifiée
1971	44 977	1 562			43 415			
1972	48 171	1 376			46 795			
1973	50 623	1 272			49 351			
1974	56 411	1 266			55 145			
1975	59 142	1 306			57 836			
1976	63 889	1 300	5 014	1 071	56 072	432		
1977	74 274	1 300	19 564	5 545	45 822	2 043		
1978	77 147	1 280	22 790	7 010	44 428	1 639		
1979	81 712	1 364	26 718	8 275	43 822	1 533		
1980	84 471	1 454	30 325	9 458	41 845	1 389		
1981	90 700	1 550	35 586	11 143	41 127	1 294		
1982	97 812	1 544	36 938	12 263	45 606	1 461		
1983	102 424	1 660	39 132	12 977	47 387	1 268		
1984	108 017	1 580	41 184	13 603	50 378	1 272		
1985	111 934	1 543	40 926	14 493	53 711	1 261		
1986	108 390	1 671	40 143	14 586	50 856	1 134		
1987	106 527	1 529	39 175	14 733	49 850	1 240		
1988	108 026	1 947	39 131	15 449	50 034	1 465		
1989	107 357	1 709	41 876	14 045	48 093	1 634		
1990	107 599	1 708	42 416	14 516	47 376	1 583		
1991	106 282	1 803	42 575	13 964	46 361	1 579		
1992	109 580	1 818	44 144	14 470	47 595	1 553		
1993	112 605	1 823	45 257	14 820	49 062	1 643		
1994	117 922	1 984	48 320	15 328	50 564	1 726		
1995	121 652	1 919	50 298	15 976	51 778	1 681		
1996	119 595	1 983	49 463	15 876	50 490	1 783		
1997	117 908	1 667	47 825	16 468	50 071	1 877		
1998	118 789	2 053	48 775	16 637	49 382	1 942		
1999	119 549	2 055	48 673	16 627	50 241	1 953		
2000	116 723	2 103	48 818	16 556	47 425	1 821		
2001	115 388	1 770	53 713	14 931	43 462	1 512		
2002	118 686	1 681	52 359	16 240	46 790	1 616		
2003	127 966	1 578	60 704	16 885	47 294	1 505		
2004	134 601	1 855	63 881	17 412	50 079	1 374		
2005	155 253	1 683	43 278	14 986	43 578	2 114	48 572	1 042
2006	139 147	1 574	1 101	22 702	29 584	7 541	75 693	952

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

BENABENT (A.), *Droit civil : la famille*, Paris, Litec, 11ème Ed., 2003, 597p.

BOYER (L.), ROLAND (H.), STARCK (B.), *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} Ed., 2001, 649p, Spéc. pp.351-618.

CABRILLAC (R.), (Dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2003, p881.

CARBONNIER (J.), *Droit civil : la famille, l'enfant, le couple*, Paris, P.U.F., 21^{ème} Ed., 2002, 756p.

CARBONNIER (J.), *Introduction droit civil*, Paris, P.U.F., 2002, 391p.

CORNU (G.), *Introduction au droit*, Paris, Domat droit privé, 13^{ème} éd., 2007, 277p.

CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} Ed., 2006, 656p.

COURBE (P.), *Droit de la famille*, Paris, Armand Colin, 4ème Ed., 2005, 515p.

DOUCHY-OUDOT (M.)

- *Introduction Personne Famille*, Paris, Dalloz, 4^{ème} Ed., 2007, 428p.

- *Procédure civile*, Paris, Gualino, 3^{ème} Ed., 2008, 432p.

FAVOREU (L.), GAIA (P.), ..., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2007, 638p.

FENOUILLET (D.), TERRE (F.), *Les personnes La famille Les incapacités*, Dalloz, Paris, 7^{ème} Ed., 2005, 1394p.

FULCHIRON (H.), MALAURIE (P.), *Droit civil La famille*, Paris, Defrénois, 2^{ème} éd., 2006, 752p.

GARE (T.), *Droit des personnes et de la famille*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} Ed., 2004, 240p.

GHESTIN (G.), *Traité de droit civil introduction générale*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, 891p.

HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *Traité de Droit Civil*, Paris, L.G.D.J., 1998, 2^{ème} Ed., 943p.

MAGUIN-NICOLAS (M.-F.), *Droit de la famille*, Paris, La découverte, 1998, 123p.

MALAURIE (P.), AYNES (L.), (...), *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2007, 694p.

MOUTOUH (H.), RIVERO (J.), *Les libertés publiques*, t.I, Les droits de l'homme, 9^{ème} Ed., Paris, PUF, 2003, 296p.

RENAULT-BRAHINSKY (C.), *Droit de la famille*, Paris, Gualino, 2^{ème} éd., 2006, 512p.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Introduction au droit*, Litec, Paris, 5^{ème} éd., 2000, 649p.

STASI (L.), *Personnes Incapacités Famille*, Paradigme, Orléans, 11^{ème} Ed., 2005, 294p.

OUVRAGES SPECIAUX ET THESES

AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, p.329.

AVRAMO (A.), *Les conditions de vie du couple Essai sur les obligations conjugales*, Thèse, Toulon, 2004, 519p.

AZAVANT (M.), *L'ordre public et l'état des personnes*, Thèse, Pau, 2002, 849p.

BATTEUR (A.), DOUET (F.), MAUGER-VIELPEAU (L.), RIVIERE (N.), TISSERAND-MARTIN (A.), *Le guide des divorces*, Paris, Dalloz, 2007, 2^{ème} éd., 700p.

BENABENT (A.), *La réforme du divorce article par article*, Paris, Defrénois, 2004, 172p.

BIANCO-BRUN (Y.), *Le consentement dans le divorce*, Thèse, Bordeaux I, 1988, 602p.

BLARY-CLEMENT (E.), *De la faute dans le nouveau droit du divorce issu de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce*, Thèse, Lille, 1989, 542p.

BOURETZ (P.), (Dir.), *La force du droit : panorama des débats contemporains*. Esprit, 1991, 272p.

BRAUD (P.), « La notion de liberté publique en droit français », Thèse, 1967, Paris, 476p.

BRUNETTI-PONS (C.), (Dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998, 152p.

CAMBOT (P.), *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Aix-Marseille, Economica, 1998, 413p.

CARBONNIER (J.)

- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, 273p.

- *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 7^{ème} Ed., 1992, 419p.

- *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, 298p.

COHEN-LANG (S.), *Le divorce au masculin, au féminin Nouvelle loi : mode d'emploi*, Paris, Michalon, 2004, 156p.

COLCOMBET (C.), FOYER (J.), HUET-WEILLER (D.), *Dictionnaire juridique : divorce*, Paris, Dalloz, 1984, 467p.

COPPENS (P.), LENOBLE (J.), (Dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 437p.

COURBE (P.), *Le divorce*, Paris, Dalloz, 4^{ème} Ed, 2005, 516p.

CROZE (H.), FRADIN (O.), MOREL (C.), *Procédure civile*, Litec, Paris, 3^{ème} Ed., 2005 390p.

DASTE (A.), *Divorce, séparation de corps et de fait, conditions, procédure, conséquences, et contentieux après divorce*, Paris, Delmas, 18^{ème} Ed., 2005, 391p.

DEBET (A.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, 998p.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille*, Paris, La documentation Française, 1999, 255p.

DUELZ (A.), *Le droit du divorce*, Belgique, De Boeck, 3^{ème} Ed., 2003, 476p.

DURAND (B.), ROYER (J-P.), *Secret et justice le secret entre éthique et technique ?*, Lille, éd. L'Espace juridique, 2000, 447p.

DUTOIT (B.), *Le divorce en droit comparé*, (Volume 1 Europe), Grèce, Librairie Droz, 2001, 471p.

DWORKIN (R.), *Prendre le droit au sérieux*, Paris, P.U.F., 1995, spéc., pp.79-87.

EID (G.), (dir.), *La famille, le lien et la norme*, Paris, L'harmattan, 1997, 271p.

FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIERES (P.), (dir.) *La contractualisation de la famille*. Economica, Collec. Etudes juridiques, 2001, 327p.

FULCHIRON (H.), NOURISSAT (C.), (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et la responsabilité parentale*, Paris, Dalloz, 2005, 426p.

GORNY (V.), *Le nouveau divorce*, Paris, Hachette, 2004, 210p.

GOURDON (C.), *La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute*, Thèse, Poitiers, 1963, Préface J. Carbonnier, 289p.

GUINCHARD (S.), LAGARDE (X.), (...), *Droit processuel Droit commun du procès et droit comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, 2007, 1212p.

GUINCHARD (S.), VINCENT (J.), *Procédure civile*, 26^{ème} éd., Dalloz, 2001, 1154p.

HABERMAS (J.), *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997, 551p.

HAUSER (J.), (Dir.), *Sociologie judiciaire du divorce*, Economica, Collec. Etudes juridiques, 1999, 114p.

INCOLLINCO-MONA (H.), *La normativité et le droit de la famille*, Thèse, Toulon, 2000, 536p.

IZARN BALBO (N.), *Convention entre époux et divorce contribution à la définition d'un ordre public de séparation*, Thèse, Toulon, 2000, 397p.

LABBEE (X.), *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Paris, presses universitaires du septentrion, 1996, 140p.

LACROIX (X.), (dir.), *Le divorce est-il une fatalité ?*, Desclée de Brouwer, Paris, 1992,193p.

LAMARCHE (M.), *Les degrés du mariage*, PUAM, 1999, 554p.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.), **LEMOULAND (J.-J.)**, *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, Litec, Paris, 2005, 234p.

LIENHARD (C.), *Le rôle du juge des affaires matrimoniales*, Paris, Economica1985, 358p.

MALAURIE (P.), *Les contrats contraires à l'ordre public. L'ordre public et le contrat*, Thèse, Reims, Matot-Braine, 1953, 280p.

MASSIP (J.), *La réforme du divorce*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 2ème Ed., 1986,511p.

MEULDERS KLEIN (M.-T.),

-(dir.), *Famille et justice Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1997, 639p.

-(dir.), *Trois décennies de mutation en occident*, Paris, L.G.D.J., 1999, 589p.

MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique en droit privé*, Paris, Dalloz, 2002, 174p.

MURAT-SEMPIETRO (M.-P.), **TRAMBOUZE (V.)**, *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*, Paris, Litec, 2006,403p.

OLIVIER (C.), *Divorcer sans casse*, Paris, Eyrolles, 2004,191p.

PAILLET (E.), *Infidélité conjugale et continuité de la famille*, Thèse, Bordeaux I, 1979, 672p.

PIERRE-MAURICE (S.), *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Paris, Dalloz, 2003, 431p.

PINET (P. S.), « *La persistance de la notion de faute et de l'accroissement du rôle du juge dans le droit du divorce issu de la loi du 11 juillet 1975* », Thèse, Montpellier, 1977, 244p.

PUIGELIER (C.), (dir.), *La preuve*, Paris, éd. Economica, 2004, p.246.

RACINE (J.-B.), (dir.), *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, L'Hermès, 2002, 317p.

RICOEUR (P.), *Le juste*, Paris, Esprit, 1995, 221p.

ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques* », Paris, Dalloz, 1963, 451p.

SEGALEN (M.), *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Colin, 1996, 296p.

SZRAMIKIEWICZ (R.), *Histoire du droit français de la famille*, Paris, Dalloz, 1995, 145p.

THERY (I.)

- *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui*, O. Jacob, Paris, 1998, 413p.

- *Le démariage : justice et vie privée*, O. Jacob, Paris, 1993, 465p.

TIMSIT (G.), *Gouverner ou juger*, Paris, Puf, 1995, 126p.

VASSEUR-LAMBRY (F.), *La famille, et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, L'Harmattan, Collec.Logique Juridiques, 2002, 522p.

VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1998, 196p.

Ouvrages collectifs, *La simplification du droit*, sous la direction de PONTIER (J.M.), PUAM, 2006, 379p.

Ouvrages collectifs, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, 333p.

Ouvrages collectifs, *Réforme du divorce, loi du 26 mai 2004, procédure, conséquences patrimoniales et fiscales*, Paris, Francis Lefebvre, 2004, 333p.

Ouvrages collectifs, *Divorce 20 ans après*, Revue juridique d'Ile de France, Dalloz, 1997, 271p.

Notaire de France Demain la famille, 95^{ème} congrès, 2-12 mai 1999, Compte rendu des travaux des commissions, 215p, spéc. pp.113-158.

DOCTRINE ET CHRONIQUE

ABEL (O.), THERY (I.), « Mariage et divorce, l'envers et l'endroit du contrat », *Esprit*, 2004, n°7, p.67-70.

ABRY (B.), « Les pièges guettant les conventions de divorce passées dans le cadre des articles 1450 et 1451 du code civil », *J.C.P. (N.)*, 1992, p.361s.

AMIEL-COSME (L.), « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices*, janvier-mars 1997, n°5, pp.135-156.

ANTONINI-COCHIN (L.), « Le paradoxe de la fidélité », *Dalloz*, 2005, Chron., pp.23-25.

ATIAS (C.), « Pour une réforme réaliste de l'article 227 du code civil, *Dalloz*, 1984, Chron., pp.175-176.

ATTUEL-MENDES (L.), « Le divorce du XXI^{ème} siècle : un retour aux causes de divorce issues de la pratique judiciaire sous la loi Naquet ? », *L.P.A.*, 10 mai 2004, pp.3-17.

AURIERE (P.), « La rencontre du médiateur et du notaire en médiation familiale », *A.J.F.*, mars 2005, p.99s.

BAILLY (P.), « La collégialité est-elle morte ? », *Gazette du palais*, 5 mars 1996, pp.209-210.

BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *R.T.D.C.*, 1978, pp.43-79.

BALESTRIERO (V.), « Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce », *L.P.A.*, 8 novembre 1995, pp.23-47.

BASDEVANT-GAUDEMET (B.), « Le contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en occident », in *La contractualisation de la famille*, (dir.), FENOUILET (D.), et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, 2001, pp.17-38.

BASTARD (B.), « Tensions et ajustements sur le marché du divorce », *Droit et Société*, 1996, n°33, pp.267-276.

BARAT (C.), « La convention réglant les conséquences patrimoniales du divorce et la séparation de corps », *Gaz. Pal.*, 1976, doctrine, p.445.

BAUDOUIN (J.-M.), « La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements ? », *R.T.D.C.*, 1992, pp.532-538.

BEIGNIER (B.)

-« Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Droit de la famille*, 2008, Etude, pp. 9-12.

-« L'ordre public et les personnes », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, REVET (dir.), Dalloz, 1996, pp.13-25

BEIGNIER (B.), BLERY (C.), « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », *Dalloz*, 2001, Doctrine, pp.2427-2433.

BELLIVIER (F.), « Droit de la famille Divorce », *R.T.D.C.*, juillet-septembre 2004, Chron., pp.565-574.

BENABENT (A.)

- « La question du divorce : arrière l'Eglise, seul vive l'Etat », in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp.151-154.

- « Plaidoyer pour quelques réformes du divorce », *Dalloz*, 1997, pp.225-228.

- « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Revet (dir.), D., 1996, pp.27-31.

- « Bilan de cinq ans d'application de la réforme du divorce », *Dalloz*, 1981, Chron., pp.33-40.

- « La liberté individuelle et le mariage », *R.T.D.C.*, 1973, p.440s.

BENICHO (M.), « Quelles familles pour demain ? », *Gazette du Palais*, 30 et 31 octobre 2002, pp.39-46.

BERGEL (J.-L.), « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *Dalloz*, 1983, Chron., pp.165-172.

BERTIN (P.), LINDON (R.)

- « Le recours en révision contre l'homologation de la convention définitive dans le divorce sur requête conjointe. Nouvelle étude du problème. », *J.C.P.*, 1982, I 3082.

- « La convention définitive dans le divorce sur requête conjointe. Nouvelle étude du problème. », *J.C.P.*, 1981, I 3021.

- « Le 'divorce flash' et ses mirages », *J.C.P.*, 1979, I 2944.

- « La convention dite définitive ou le talon d'Achille du divorce sur requête conjointe », *J.C.P.*, 1979, I 2962.

BERVIERE (B.), « Le logement familial : mode d'emploi en cas de divorce », *L.P.A.*, 1998, n°152, pp.4-5.

BEZ, « La réforme du divorce et la pratique notariale », *J.C.P. (N.)*, 1976, n°226s, p.2784.

BINET (J.-R.), « Clause de non-divorce et libéralités conjugales : un heureux mariage », *D.*, 2006, pp.1923-1928.

BLARY-CLEMENT (E.), « Droit du divorce », *D.*, 1996, som. com., pp.63-69.

BOICHE (A.), CHAUVEAU (V.), CORNEC (A.), « Le divorce européen : pratique des règles de compétence judiciaire applicables depuis le 1^{er} mars 2001 », *A.J.F.*, novembre 2001, pp.52-55.

BOLARD (G.), « L'arbitraire du juge », *in Mélanges offerts à P. Drai*, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, pp.225-241.

BONNET (M.-C.), LEANDRI (F.), « Libre propos sur le nouveau rôle du notaire », *Revue Lamy droit civil*, mai 2005, n°16, pp.53-54.

BORDIER (D.), « L'article 248-1 du code civil », *J.C.P.*, 1987, I, 3302.

BORRICAND (J.), « L'adultère, cause péremptoire de divorce », *J.C.P.*, 1955, I 1237.

BOSSE-PLATIERE (H.), « L'appréciation de la faute par les juges du fait », *A.J.F.*, avril 1998, n°14, pp.522-523.

BOULANGER (D.), « Droit patrimonial du couple et contractualisation », *LPA*, 20 déc. 2007, pp.34-39.

BOULANGER (F.), « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *Dalloz*, 2202, Chron., pp.1571-1577.

BOURETZ (P.), « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge », *Pouvoirs*, n° 95, 2002, p71s.

BRAZIER (M.)

- « Le nouveau divorce : l'échec conjugal sans faute », *Gazette du Palais*, 17 et 19 février 2002, pp.2-17.

- « Réforme du divorce : améliorer ou trahir la loi de 1975 ? », *Gaz. du Pal.*, 8 juin 1999, p705s

- « Réflexions et propositions sur l'actuelle procédure de divorce », *Gazette du Palais*, 1997, Doctrine, pp.648-657.

- « Les dommages-intérêts en réparation d'un fait antérieur au divorce », *Dalloz*, 1980, Chron., pp.49-60.

BREDIN (J.-D.), « Le juge et l'avocat », *in Mélanges offerts à P. Drai*, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, pp.15-24.

BRETON (M-E.), CLAUX (P.-J.), « Notaire - avocat : une synergie nécessaire », *A.J.F.*, janvier 2005, pp.15-17.

BRUGUIERE (M.), « Le devoir conjugal : philosophie du code et morale du juge, *Dalloz*, 2001, Doctrine, p10s.

BRUNETTI-PONS (C.), « L'émergence d'une notion de couple de droit civil », *R.T.D.C.*, 1999, p.27s.

BRUSORIO (M.), « La nouvelle physionomie du divorce », *J.C.P. (N)*, 2004, n°1451, pp.1425-1427.

BURGELIN (J.-F.), COULON (J.-M.), FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'office de procédure », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, pp.253-267.

BURGELIN (J.-F.), « Une justice à reconstruire », *R.D.Publ.*, n°1/2, 2002, pp.117-123.

CABRILLAC (R.)

- « La sacralité civile du mariage », in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp.173-182.

- « Les réformes du droit de la famille et le Pacs », *Droit de la famille*, 2000, pp.4-6.

CADIET (L.)

- « Les métamorphoses de la juridictions familiales, in *Mélange en l'honneur d'Henri Blaise*, Economica, 1995, pp.33-58.

- « Le spectre d'une société contentieuse », in *Mélange en l'hommage de Gérard Cornu*, PUF, 1994, pp.29-50.

CALAIS-AULOY (M.-T.)

- « Pour plus de liberté et de responsabilité dans le divorce », *L.P.A.*, n°9, 12 janv. 1998, p6s.

- « A la recherche du juge de la famille », in *Mélange Famille et Justice*, Bruxelles, Bruylant, Paris, *L.G.D.J.*, 1997, pp.236-270.

- « Pour un mariage aux effets limités », *R.T.D.C.*, 1988, pp.255-266.

- « Suggestions pour une réforme du divorce », *R.T.D.C.*, 1980, p.641.

CAMPROUX-DUFFRENE (M.-P.), « Regard comparatiste sur le sort du devoir de secours après divorce », *A.J.F.*, mars 2003, pp.97-99.

CARBONNIER (J.)

- « La question du divorce mémoire à consulter », *Dalloz*, 1975, Chron., pp.115- 122.

- « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Mélanges Ripert, Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Tome 1, 1950, pp.325-345.

- « La notion de cause de divorce », *R.T.D.C.*, 1937, pp.281-313.

CARDIA-VONECHE (L.), LIZIARD (S.), « Juge dominant ou juge démuné : la redéfinition du rôle du juge en matière de divorce », *Droit et Société*, 1996, n°33, pp.277-298.

CARIO (R.), « La place de la victime dans l'exécution des peines », *Dalloz*, 2003, Chron., pp.145-151.

CASEY (J.)

- « Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial », *Droit de la famille*, janv. 2008, études, pp.7-9.

- « Professionnels du droit : rappel sur les conditions d'engagement de votre responsabilité civile professionnelle... », *R.J.P.F.*, 2003, n°1, pp.23-25.

CATALA (P.), « A propos de l'ordre public », in *Mélanges offerts à P. Drat*, Le juge entre deux millénaires, *Dalloz*, pp.511-522.

CAYRON (J.), « Ordre public et validité du contrat : aspect du droit de la famille et du droit des personnes », *R.J.P.F.*, n°4, 1999, pp.6-8.

CHABAS (F.), « Le cœur de la Cour de cassation », *Dalloz*, 1973, Chron., pp.211-213.

CHABAULT (C.), « De la relativité de l'adultère dans le divorce pour faute », *Droit de la Famille*, juillet et août 1998, pp.6-11.

CHAPELLE (A.), « Les pactes de famille », *R.T.D.C.*, 1984, pp.412-437.

CHAVRIER (B.), THOURET (S.), « La collaboration de l'avocat et du notaire dans la liquidation du régime matrimonial », *L.P.A.*, 28 avril 1999, p77s.

CHESNE (G.), Le divorce par consentement mutuel », *Dalloz*, 1963, Chron., pp.95-105.

CHEVALIER (H.), « Le décret n°2002-1436 du 3 décembre 2002 modifiant le code de l'organisation judiciaire, le code de procédure civile, le nouveau code de procédure civile et le décret n°96-1080 du 1^{er} décembre 1996 portant tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale », *Procédures*, 2003, Chron.1.

CHURRUCA (J.), « Egalité et inégalité des conjoints dans le mariage chrétien des premiers siècles », R. Ganghofer (dir.), in *Le droit de la famille en Europe*, 1992, Presse universitaire de Strasbourg, pp.241-253.

CLAUX (P.-J.)

- « Rôle et missions du notaire dans le projet de réforme », *A.J.F.*, juin 2003, pp.217-224.

- « Le notaire, un médiateur du divorce ? », *A.J.F.*, février 2003, pp.57-65.

- « Mise en œuvre par le notaire de l'article 1116 du N.C.P.C », *A.J.F.*, novembre 2002, pp.375-377.

- « L'article 1116 du N.C.P.C : rôle du notaire », *A.J.F.*, février 2002, pp.60-62

- « Prononcé du divorce et liquidation du régime matrimonial : jusqu'où aller », *A.J.F.*, décembre 2001, pp.375-377.

COHEN (D.), « Le droit à ... », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. TERRE*, Dalloz, 1999, pp.393-400.

COLCOMBET (F.)

- « La réforme du divorce », *A.J.F.*, décembre 2001, pp.80-91.

- « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 », *Dalloz*, Chron., p.1s.

COMMAILLES (J.), « L'ordre juridique comme désordre politique », *Pouvoirs*, n°94, 2000, p75s.

COMBRET (J.), « Ne pas se tromper de réforme », *J.C.P. (N.)*, 1998, pp.1661-1662.

COMPERNOLLE (J.), « Conclusion le rôle du juge dans la cité : vers un gouvernement des juges ? in *le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, Belgique, pp.151-176.

CORNU (G.)

- « Consentement au mariage et consentement au divorce en trompe-l'œil », in *Droit comparé des personnes*, MEULDERS-KLEIN (M-T), *Liber Amicorum*, Bruylant, 1998, pp.103-114.

- « Le pouvoir de la volonté des époux », *J.C.P.*, 1996, I, p1997.

- « Le contrat entre époux : recherche d'un critère général de validité », *R.T.D.C.*, 1953, pp.461-475.

COSTA (J.-P.), « Le juge et les libertés », *Pouvoirs*, n°84, 1998, p75s.

COURBE (P.), « Le rejet des répudiations musulmanes », *Dalloz*, 2004, Chron., pp.815-820.

COURCELLE (S.)

- « La réforme du divorce », *Gaz. Pal.*, 12-16 juillet 1998, p3s.

- « Le juge, le notaire et le divorce », *Defrénois*, 1996, pp.1332-1339.

- « Le vrai désaccord », *Gaz. Pal.*, 1989, I, Doct., p.12.

COUTURIER (G.), « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Mélanges offerts à J. Flour*, 1979, Defrénois, pp.95-115.

COUZIGOU-SUHAS (N.), « Les incitations procédurales à une liquidation rapide et efficace du régime matrimonial », *J.C.P. (N.)*, n°1178, pp. 519- 527.

CREMONT (G.)

- « Faut-il déjudiciariser le divorce sur requête conjointe ? », *J.C.P. (N)*, 1999, pp.114-116.

- « divorce : techniques et difficultés du partage amiable », *Defrénois*, 1999, 36949, p321s.

- « Rupture du couple et médiation familiale », *J.C.P. (N.)*, 1999, pp.317-320.

CROZE (H.), « L'invitation à la médiation », *Procédures*, juillet 2006, p1.

DAVID (S.), « Prestation compensatoire », *A.J.F.*, mars 2007, pp.106-136.

DEBECHILLON (D.), « Le contrat comme norme dans le droit public », *R.F.D.A.*, 1992, 1, pp.15-35.

DE BENALCAZAR (I.), DE BENALCAZAR(S), « L'avocat et le conflit d'intérêts : une notion au cœur de la déontologie et de la nouvelle économie », *L.P.A.*, 15 mai 2001, pp.4-7.

DE GARATE (J.-P.), « Stratégie de divorce : démariage ou guerre totale ? », *Droit et patrimoine*, 17 juin 1994.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)

- « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille*, Fenouillet (D.) et Vareilles-Sommières(P.), (Dir.) Economica, 2001, p67s.

- « La nécessité d'une réforme », *Droit de la famille*, Déc. 2000, n°12, Chron., p17s.

- « Renover le droit de la famille », *R.J.P.F.*, n°7, 1999, p6s.

- « A propos du pluralisme des couples et des familles », *L.P.A.*, 28 avril 1999, p29s.

- « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *R.T.D.C.*, 1995, p250s.

- « Impressions de recherche sur les fautes causes de divorce », *Dalloz*, 1985, Chron., pp.219-226.

- « Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004 », *Droit de la famille*, n°3, 2005, pp.7-10.

DELECRAZ (Y.), « Le projet de réforme du divorce », *Defrénois*, 2004, n°9, pp.641-652.

DELMAS SAINT-HILAIRE (P.), HAUSER (J.), « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *Défrénois*, 2005, p357s.

DEMARS-SION (V.), « Libéralisation du divorce : l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1972 », *R.T.D.C.*, 1980, pp.231-265.

DESDEVISES (Y.), « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables », *Dalloz*, 2000, Chron., pp.284-286.

DOUCHY (M.), « La notion de non- droit », *R.R.J.*, 1992, p433s.

EDELMAN (B.), « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.*, 2008, Chron., pp.1946-1953.

EID (E.) Mgr, « Le mariage réalité de communion », R. Ganghofer (dir.), *in Le droit de la famille en Europe*, 1992, Presse universitaire de Strasbourg, pp.351-359.

ENSMINGER (A.), « Un ménage en scène : Jules Renard et quelques ricochets de deux lois relatives à la séparation », *in Le droit de la famille en Europe*, 1992, Presse universitaire de Strasbourg, pp.645-653.

FENOUILLET (D.)

- « De la vertu familiale naturelle du mariage », *in Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp.127-138.

- « La suppression du divorce pour faute ou feu le pluralisme en droit de la famille », *A.J.F.*, 2001, Dossier, pp.82-86.

FERRAND (F.), « Les Principes de droit du divorce établis par la commission de droit européen de la famille », *Revue Lamy droit civil*, juin 2005, n°17, pp.29-32.

FERRE-ANDRE (S.), « Pour une réforme a minima du divorce en général et la prestation compensatoire en particulier (libre propos) », *Defrénois*, art. 36863, p.1082s.

FLEURIOT, « Le droit barbare ou du divorce dit administratif », *Gaz. Pal.*, 6 et juin 1999, p.51.

FLOUR (Y.), « Rapport Dekeuwer un intérêt : Les projets de réforme du droit de la famille », *Gazette du Palais*, 31 août-4septembre, pp.1330-1333.

FRICERO (N.), « Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société », *J.C.P.*, 2008, I,162, pp15-23.

FRISON-ROCHE (M.A.), « Les offices du juge », in *Mélange offert à J.FOYER*, 1997, PUF, p491s.

FORGEARD (M.-C.)

- « Questions pratiques », *Defrénois*, 1996, art. 36285.

- « Questions pratiques », *Defrénois*, 1995, art. 36014.

FOULON –PIGANIOL (C.-I.), « Le droit de ne pas demander le divorce », *Dalloz*, 1970, Chron., pp.140-144.

FULCHIRON (H.)

- « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXIème siècle », in *Le monde du droit*, J.FOYER, Economica, 2008, pp.395-415.

- « Vers un divorce sans juge ? », *Dalloz*, 2008, pp.365-374.

- « Un juge pour le divorce », in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp.183-196.

- « L'autorité parentale », *Defrénois*, 2004, p.1601s.

- « Les métamorphoses des cas de divorce », *Defrénois*, 2004, n°17, pp.1103-1123.

- « l'autorité parentale renouvelée », *Defrénois*, 2002, art. 37580, pp.959-997.

-« La contrariété intrinsèque de la répudiation musulmane avec l'ordre public français en matière international », *A.J.F.*, avril 1998, n°14, pp.524-525.

- « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale », *Dalloz*, 1993, Chron., p.117.

FURKEL (F.), « La clause de dureté est-elle un mal nécessaire ? », *Dalloz*, 1977, Chron., pp.83-90.

GANANCIA (D.)

- « Pour un divorce du XXI^e siècle », *Gazette du Palais*, 19 avril 1997, p662s.
- « La médiation familiale », *A.J.F.*, février 2003, pp.48-66.

GARE (T.), LEBORGNE (A.), « Réforme du divorce : incertitudes et incohérences du régime nouveau », *R.J. P.F.*, n°11, novembre 2004, pp.15-18.

GARE (T.)

- « La réforme du divorce, entre innovations et droit constant », *R.J.P.F.*, n°7-8, juillet-août 2004, pp.6-10.
- « La réforme du divorce, entre innovations et droit constant », *R. J. P. F.*, n°6, juin 2004, pp.6-9.
- « Déclaration sur l'honneur : précisions diverses », *R.J.P.F.*, 2003, n°3, pp.16-17.
- « L'enquête sociale dans la désunion des parents aspects juridiques », *R.T.D.C.*, 1987, p692s.
- « Vers un nouveau déclin de devoir de fidélité ? », *R.J.P.F.*, 2002, n°10, p14s.

GERBAY (P.), « La procédure d'appel et le projet de réforme du divorce », *Gazette du Palais*, 5 et 6 septembre 2003, pp.2-4.

GHESTIN (J.), « La notion du contrat », *Dalloz*, 1990, Chron. 147.

GIRAULT (C.), HOUTCIEFF (D.)

- « D'une réforme à l'autre : les contradictions du règlement des conséquences pécuniaires du divorce », *L.P.A.*, 10 mai 2002, n°94, pp.4-11.
- « D'une réforme à l'autre : les contradictions du règlement des conséquences pécuniaires du divorce », *L.P.A.*, 8 et 9 mai 2002, n°92-93, pp.4-12.

GIVERDON (C.), « La non-publicité des débats de l'instance en divorce ou séparation de corps (le principe et la portée) », *J.C.P.*, 1957, I 1388.

GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), « Contentieux de la famille et des personnes », *Rev. Générale Procédure*, 1999, n°4, p666s.

GONZALEZ-GHARBI (N.), « Les aspects fiscaux de la loi relative au divorce, entre réformes bienvenues et cadeaux empoisonnés », *R.J.P.F.*, n°1, 2005, pp.6-9.

GRANET-LAMBRECHTS (F.)

- « L'accès au divorce : droit comparé », *A.J.F.*, juin 2003, pp.225-226.

- « Les nouveaux divorces », *A.J.F.*, juin 2004, Dossier, pp.204-238.

GRIDEL (J.-P.)

- « A propos d'un éventuel retour du juge de paix », *Dalloz*, 1994, Chron., pp.29-30.

- « Deux colloques pluriprofessionnels sur le divorce, ou les limites des idées reçues. », *Gaz. Pal.*, 6 et 8 juin 1999, Doct., p32s.

GRILLET-PONTON (D.), « Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité : libres propos sur quelques situations atypiques », *J.C.P.*, 2002, I 108, p230s.

GRIMALDI (M.)

- « Divorce et patrimoine : dix années d'application de la loi sur le divorce », *Defrénois*, 1988, p1044s.

- « Les causes d'inefficacité du partage », *Defrénois*, 1990, art. 34662, p.75.

GROSLIERE (J.-C.)

-« Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme orchestre du divorce) », *Dalloz*, 1976, Chron., pp73-80.

-« Consentement et divorce », *L.P.A.*, 1984, n°48, p.39.

GUERDER (P.), « La Cour de cassation désacralise la double condition du divorce pour faute », *R.J.P.F.*, 2001, n°1, p14s.

GUILLARME (B.), « Les théories contemporaines de la justice sociale : une introduction », *Pouvoirs*, n°94, 2000, pp.31-47.

GUILLOD (O.), « La clause de dureté dans quelques législations européennes sur le divorce », *R.I.D.C.*, 1983, pp.787-815.

GUIMBELLOT (R.), « La convention définitive de divorce, en cas de divorce sur requête conjointe, peut-elle donner lieu à une action en rescision pour lésion ? », *Defrénois*, 1981, art. 32518 ; *D.S.* 1981, *Chron.*, p.277.

GUINCHARD (S.)

- « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *D.*, actualité, 2008, pp.1748-1755.

- « Le juge dans la cité », *J.C.P.*, 2002, I 137, pp.979-985.

- « L'influence de la convention Européenne des Droits de l'Homme et de la jurisprudence de la cour européenne sur la procédure civile », *Gazette du Palais*, 31 août 1999, pp.1246-1261.

- « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », in *Mélanges G. Farjat*, Ed. Frisson –Roche, Philosophie du droit économique quel dialogue, Paris, 1999, pp.139-173.

- « Le juge, censeur du juge », in *le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, Belgique, pp.95-121.

GUITTON (D.), « Les dommages et intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce », *Dalloz*, 1980, *Chron.*, p237s.

GUYON (Y.), « De l'obligation de sincérité dans le mariage », *R.T.D.C.*, 1964, p.473s

GOUDON (J.-P.), « L'enquête sociale constat d'une situation ou reflet d'une médiation », *Gazette du Palais*, 20 déc. 1988, p752.

HAUSER (J.)

- « Le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la réalité », *Droit de la famille*, 2005, n°2, pp.7-10.

- « Le nouveau divorce et la responsabilité », *Droit et patrimoine*, 2005, n°136, pp.78-82.

- « Une République Familiale », in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp.139-150.

- « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel », *Répertoire Defrénois*, 2004, art. 38115.
- « Le divorce au conditionnel », *Droit de la famille*, 2004, alerte n°12.
- « La réforme du divorce », *Dalloz*, 2003, pp.1446-1447.
- « Le divorce à la carte sera maintenu », *Droit et Patrimoine*, n°115, mai 2003, 16p.
- « Divorce et séparation de corps », *R.T.D.C.*, juillet-septembre 2003, pp.484-486.
- « Divorce », *R.T.D.C.*, septembre 2002, pp.491-494.
- « Faut-il supprimer le divorce pour faute ? », *R.T.D.C.*, 2001, pp.566-567.
- « Le juge homologateur en droit de la famille », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, (dir.) ANCEL (P.), RIVIER (M-C), Economica, 2001, pp.114-126.
- « Petit guide des condamnations après divorce par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation », *R.T.D.C.*, 1996, pp.886-887.
- « Divorce pour faute : les degrés du mariage ou faut-il abroger l'article 260 du code civil ? », *R.T.D.C.*, 1994, pp.571-572.

HAUSER (J.), LEMOULAND (J-J), *Répertoire civil*, 2004, v° ordre public et bonnes mœurs.

HERAIL (J.), « Divorce, concubinage et liquidation de communauté », *J.C.P. (N)*, 1998, pp.1460-1467.

HERTAUX (M.-H.), « Le juge des affaires familiales depuis la loi 8 janvier 1993 », *Gazette du Palais*, 1995, pp.529-531.

JACQUET (J.-M.), « Le rôle de la cause dans le nouveau droit français du divorce », *R.T.D.C.*, 1984, pp.616-644.

JAKHIAN (E.), « Le juge et la société civile », in *le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, Belgique, pp.141-145.

JUBAULT (C.)

- « L'omission d'un bien dans la convention définitive homologuée », *Droit de la famille*, 1998, Chron. n°9.

- « De la relativité de l'adultère dans le divorce pour faute », *Droit de la famille*, 1998, Chron.11.

JUNG (B.), « Le divorce remède ou la place faite au divorce objectif dans le nouveau droit du divorce en France et en République fédérale d'Allemagne », *J.C.P.*, 1979, I 2940.

KAYSER (P.)

- « Le principe de la publicité de la justice dans la procédure civile », in *Mélanges offerts à P.Hébraud*, 1981, Université des sciences sociales de Toulouse, pp.501-526.

- « Les droits de la personnalité aspects théoriques et pratiques », *R.T.D.C.*, 1971, p.445s.

- « Les nullités d'ordre public », *R.T.D.C.*, 1933, p1119s.

KLOEPPER (W.), « L'acte unilatéral et le consentement », *Revue juridique droit prospectif*, 2004, n°12, pp.937-965.

KODREBSKI (J.), « Conflits familiaux- divorce », R. Ganghofer (dir.), in *Le droit de la famille en Europe*, 1992, Presse universitaire de Strasbourg, pp.853-861.

KOERING-JOULIN (R.), « Le juge impartial », *Justices*, 1998, n°10, pp.1-17.

KRIEGK (J.-F.), « Contrat d'union sociale et divorce par consentement mutuel : le mariage doublement fragilisé ? », *L.P.A.*, 11 mai 1998, pp.6-7.

LACHIEZE (C.), « L'avenir du divorce sur demande acceptée », *Droit de la famille*, 1997, Chron. n°10.

LACOSTE (G.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Les dispositions transitoires de la loi du 26 mai 2004 sur le divorce », *Droit de la famille*, janvier 2005, Etudes, pp.8-11.

LAFOND (J.)

- « Notaires et avocats dans le nouveau droit du divorce », *J.C.P. (N.)*, 2005, n°1181, pp.531-538.

- « convention d'indivision et divorce sur requête conjointe », *J.C.P. (N.)*, 1984, p.1.

- « L'homologation par le Juge aux Affaires Matrimoniales des conventions des époux en matière de divorce sur requête conjointe », *J.C.P. (N.)*, 1977, p.103.

LAGARDE (X.)

- « Office du juge et ordre public de protection », *J.C.P.*, 2001, I 312, p.745s.

- « Transaction et ordre public », *Dalloz*, 2000, Chron., pp.217-224.

LALOUBERE (M.)

- « Nouvelle procédure de divorce : un an après La conciliation », *A.J.F.*, janvier 2006, p8-11.

-« La nouvelle procédure de divorce 2^{ème} partie », *A.J.F.*, janvier 2005, pp. 424-442.

LAMARCHE (M.), « Autant en emporte le divorce ! », *Droit de la famille*, janv. 2008, alerte 1, p1s.

LAMBERT (P.), « La montée en puissance du juge », in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, Belgique, pp.1-13.

LAOUENAN (O.), « Quelques réflexions à propos de la suppression du divorce pour faute », *L.P.A.*, 25 août 1999, n°169, pp4-9.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

-« A l'horizon de 2008 : un droit de la famille à l'abri de l'immobilisme », *Droit de la famille*, Fév. 2008, repère, p1s.

- « Le mariage, un peu, beaucoup...de plus en plus institution d'ordre public ? », *Droit de la famille*, juin 2006, p1s.

- «Dossier spécial réforme du divorce », *Droit de la famille*, février 2005, p1s.

- « La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? I^{ère} partie », *Droit de la famille*, juin 2004, Etudes, pp.6-16.

- « La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? II^{ème} partie », *Droit de la famille*, juillet-août 2004, Etudes, pp.6-11.

- « La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? III^{ème} partie », *Droit de la famille*, septembre 2004, Etudes, pp.7-10.

- « La réforme du divorce : premier bilan à mi-parcours », *Droit de la famille*, mars 2004, Chron., pp.4-7.

LAURAIN (M.), « Divorce : l'entretien individuel entre le juge et les parties a-t-il un avenir ? », *AJF*, juin 2008, pp.246-248.

LAURENT (J.-C.), « Quelques réflexions sur les causes de divorce », *Dalloz*, 1949, Chron., pp.61-64.

LEBORGNE (A.), « Où la contribution à la dette née postérieurement à l'assignation en divorce pèse sur le seul époux débiteur », *R.J.P.F.*, oct. 2005, p15s.

LECLERCQ (V.), « Médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004 », *Droit de la famille*, oct. 2004, pp.12-14.

LECUYER (H.)

- « Commentaire d'un extrait relatif sur le mariage - de ce qui le distingue de l'homme parmi les êtres », in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp.121-126.

- « La déclaration sur l'honneur », *Droit de la famille*, 2003, Chron.6, pp.12-16.

- « Brèves observations sur la proposition de loi 'portant réforme du divorce' », *Droit de la Famille*, Déc. 2001, Chron. n°26, p4s.

- « Mariage et contrat », in *La contractualisation de la famille*, (dir.) FENOUILET (D.), et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, 2001, pp.57-67.

- « La question du divorce », *Droit de la famille*, H-S, Déc. 2000, pp.24-31.

- « Action paulienne, tierce opposition et convention définitive dans le divorce sur requête conjointe », *Droit de la famille*, 1998, Chron. n°3.

- « Le devenir de la recodification du droit de la famille », *Droit de la famille*, 1997, pp.6-11.

LEFRANC HAMONIAUX (C.), « L'entraide entre les époux à l'épreuve du temps », *Droit de la famille*, 1999, Chron. n°13.

LEMOULAND (J.-J.)

- « Place du droit de la famille au sein des diverses branches du droit », Répertoire civil, 2005, n°163.

- « La résidence alternée, dix huit mois plus tard », *R.J.P.F.*, 2003, n°9, pp.6-11.

- « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, 1997, Chron., pp.133-137.

LEROYER (A.-M.), « Réforme des successions et des libéralités », *R.T.D.C.*, 2006, p.612s

LESBATS (C.), « Chronique des divorces contentieux », *L.P.A.*, 6 janvier 2000, pp.16-23.

LE TOURNEAU (P.), « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *R.T.D.C.*, 1988, pp.505-517.

LEVENEUR (L.), « Les dangers du contrat d'union civile et sociale », *J.C.P.*, 1997, I, 4069.

LEVY (J.-P.), « Les idées de Portalis sur le mariage », in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp.113-120.

LEVY (E.), « Divorce ce qui va changer », *Droit et Patrimoine*, n°118, septembre 2003, 12p.

LIBRANDO (V.), « Le divorce en droit italien », R. Ganghofer (dir.), in *Le droit de la famille en Europe*, 1992, Presse universitaire de Strasbourg, pp.625-633.

LIENHARD (C.)

- « Divorce par consentement mutuel : une réforme sans fondement », *A.J.F.*, janv. 2008, p.3.

- « Prestation compensatoire : les aspects conventionnels (précaution et rédaction) », *A.J.F.*, mars 2007, pp.115-116.

- « Divorce : le dispositif d'aide à la décision patrimoniale après le décret n°2006-1805 du 23 décembre 2006 (mission du professionnel qualifié et du notaire) », *A.J.F.*, mars 2007, pp.137-138.

- « L'avocat spécialiste en droit des personnes : professionnel qualifié au titre de l'article 255, 9°, du code civil », *A.J.F.*, janvier 2006, pp.24-27.
- « Effets collatéraux en droit processuel de la famille du décret du 28 décembre 2005 », *A.J.F.*, mars 2006, p106s.
- « Droit patrimonial du divorce : contribution méthodologique à une clarification et à une harmonisation des rôles et des fonctions respectives des avocats et de notaires », *A.J.F.*, octobre 2005, pp.353-356
- « La nouvelle procédure de divorce », *A .J.F.*, juin 2004, pp.208-211.
- « La nouvelle procédure de divorce 1^{ère} », *A .J.F.*, décembre 2004, pp.417-468.
- « La déclaration sur l'honneur, le mode d'emploi, enfin ! », *A.J.F.*, 2003, pp.62-65.
- « Contribution aux réflexions sur la réforme des procédures de divorce », *Dalloz*, 1998, *Chron.*, pp.132-136.
- « Regards sur l'état actuel des procédures de divorce en France », R. Ganghofer (dir.), *in Le droit de la famille en Europe*, 1992, Presse universitaire de Strasbourg, pp.579-589.

LIENHARD (C.), LALOUBERE (M.), « Nouvelle procédure de divorce : un an après Divorce et fautes : paradoxes, incertitude et stratégies », *A.J.F.*, janvier 2006, p14-17.

LINDON (R.)

- « L'accueil fait par les tribunaux au divorce pour rupture de la vie commune », *J.C.P.*, 1977, I 2865.
- « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives à la protection de la vie privée », *Dalloz*, 1970, I, n°2357.
- « Pour remédier à certaines obscurités et complications (A propos de la règle de publicité des débats) », *J.C.P.*, 1968, Doctrine, I 2190.
- « Décret de procédure du 28 décembre 2005 : quel cadeau ? », *Gazette du Palais*, 29 janvier 2006, p2s.
- « La violence dans le couple : aspects psychologiques », *A.J.F.*, décembre 2003, pp.416-421.
- « Mariage, couple, communauté de vie », *R.T.D.C.*, 2006, p.402s.

M. (J.-G.)

« Un nouveau divorce pour des nouvelles familles », *Gazette du Palais*, 19 et 20 novembre 2003, pp.10-12.

« La réforme du divorce assemblée générale de la conférence des bâtonniers des 30-31 janvier 1998 », *Gazette du Palais*, 12 et 16 juillet 1998, p2.

MBONGO (P.), « La Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle une philosophie morale ? », *D.*, 2008, p.99s.

MACLEAN (M.), « Looking to the future : vers une nouvelle délimitation des interventions professionnelles dans le domaine du divorce au Royaume-Uni, *Droit et Société*, 1996, n°33, pp.299-316.

MALAURIE (P.), « Conclusions sur la réforme du divorce », *Defrénois*, 2004, Doctrine, 38062.

MARGUENAUD (J.-P.), « Aperçu comparatif : les droits de l'homme », in *La contractualisation de la famille*, (dir.) FENOUILET (D.), DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, 2001, pp.231-245.

MARINO (L.), « Protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée », *Dalloz*, 2000, p.265.

MARTIN (R.)

- « l'avocat et la délicatesse de l'honneur », *Gaz. du pal.*, 30 juillet au 1 août, pp.1340-1342.

- « Quand le grain meurt ... de conciliation en médiation », *J.C.P.*, 1996, I, 3977.

MASSIP (J.)

- « Le divorce par consentement mutuel et la pratique des tribunaux », *Dalloz*, 1979, Chron., p.117s.

- « La réforme du divorce », *Defrénois*, 1976, art. 31048, p.161s.

MATHER (L.), **MAIMAN (R.-J.)**, « Avocats et divorce aux Etats-Unis : la transformation des pratiques professionnelles », *Droit et société*, 1996, n°33, pp.341-360.

MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Dalloz*, 1995, p.211s.

MATOCQ (O.), « Nouvelle procédure de divorce : un an après Les accords et conventions dans le nouveau droit du divorce », *A.J.F.*, janvier 2006, p17-20.

MAUGIER-VIELPEAU (L.), « Divorce une réforme enfin adoptée ! », *J.CP. (N)*, 2004, *Aperçue rapide*, n°117, pp.937-939.

MAYAUD (Y.), « L'adultère, cause de divorce depuis la loi du 11 juillet 1975 », *R.T.D.C.*, 1980, pp.494-523.

MAZEAUD (D.), « Regards positifs et prospectifs sur 'le nouveau monde contractuel' », *L.P.A.*, 7 mai 2004, n°92, pp.47-59.

MAZEAUD (H.), « Le divorce par consentement forcé », *Dalloz*, 1963, *Chron.*, pp.141-144.

MAZEAUD (H.), « Solution au problème du divorce », *Dalloz*, 1945, *Chron.*, pp.11-12.

MEULDERS-KLEIN (M.T.)

- « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination », in *colloque Internationalisation des droits de l'homme et évolution de la famille*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (Dir.), LERADP, LGDJ, 1996, p.505.

- « Le démariage consensuel », *R.T.D.C.*, 1995, pp.559-571.

-« Réflexion sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Mélanges en l'honneur de G.Cornu*, PUF, 1994, pp.317-332.

- « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat, et au-delà », R. Ganghofer (dir.), in *Le droit de la famille en Europe*, 1992, Presses universitaires de Strasbourg, pp.215-231.

- « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1992, p767s.

- « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », *R.I.D.C.*, 1989, pp.7-57.

MEYZEAUD-GARAUD (M.C.), « Application du principe européen entre époux au divorce pour sévices », *R.J.P.F.*, 1999, n°5, pp.14-15.

MICHAELIDES-NOUARIOS (G.), « L'évolution récente de la notion droit subjectif », *R.T.D.C.*, 1966, p.216s.

MINIATO (L.), « 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 », *Droit de la famille*, décembre 2004, Etudes, pp.13-20.

MONTEILLET-GEFFROY (M.), « Le notaire et le contentieux du pacs », *J.C.P. (N)*, 2001, pp.744-750.

MOOS (D.), « Réforme du divorce : les formules », *R.J.P.F.*, n°3, 2005, pp.28-33.

MORANCAIS-DEMESTRIER (M.-L.), « Vers l'égalité parentale », *Dalloz*, 1988, Chron., p.7s.

MOTEL (J.), « La déontologie notariale », *A.J.F.*, oct. 2004, pp.348-351.

MOULY (J.), « Le rôle de la faute dans le report de la date de la dissolution de la communauté », *Gaz. Pal.*, 1984, II, Doctr., p.540s.

MURAT-SEMPIETRO (M.P.), « Réforme du divorce et pratique notariale », *JCP (N.)*, 2006, n°100, p.1s.

MURAT-SEMPIETRO (M-P), TRAMBOUZE (V.), « Les conventions de divorce », *JCP (N.)*, juillet 2006, étude, n°1238, pp.1353-1358.

MURAT (P.), « lectures croisées sur l'art de légiférer », in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp.155-166.

MURY (P.), « Le 'notaire` judiciairement commis en matière de divorce est-il expert ? », *Dalloz*, mars 2005, Chron., pp.329-331.

NERSON (R.)

- «Personnes et droits de la famille, l'autorité parentale », *R.T.D.C.*, 1984, pp.691-697.

- « Droit au respect de la vie privée », *R.T.D.C.*, 1971, p.109s et 360s.

NERSON (R.), RUBELLIN –DEVICHI (J.), Mariage : des devoirs et des droits respectifs des époux, *R.T.D.C.*, 1978, p.864.

NEIRINCK (C.), « Vers un droit commun de la rupture », *LPA*, 20 déc. 2007, pp.28-33.

NOBLOT C.), « Le pardon en droit de la famille », *L.P.A.*, 22 juin 2004, n°124, pp.3-15.

NORMAND (J.)

- « Sources ; organisation judiciaire et juridiction ; compétence ; action », *R.T.D.C.*, 2001, pp.192-202.

- « Droit judiciaire de la famille et contrat », in *La contractualisation de la famille*, (dir.) FENOUILET (D.), et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, 2001, pp.211-227.

OLIVIER (M.)

- « Procédure civile : les mesures d’instruction judiciaire dans le décret du 28 décembre 2005 », *Gazette du Palais*, 22-24 janvier 2006, p42s.

- « Aspects nouveaux de l’expertise dans la réforme de la procédure civile », *Gazette du Palais*, 1974, Doctrine, p.100s.

OST (F.)

- « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés », in *le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, Belgique, 2002, pp.13-61.

- « Juge-pacificateur, Juge-arbitre, Juge-entraîneur, Trois modèles de justice », in *fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, 1983, pp.1-70.

LOUDIN (F.), « Indemnité entre époux divorcés : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ? », *R.J.P.F.*, fév. 2006, p.6s.

PANIER (C.)

- « Le juge et la société civile », *in le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, Belgique, 2002, pp.133-139.

- « La contractualisation du droit de la famille en général du droit du mariage en particulier », *Gazette du Palais*, 1999, pp.287-289.

PARCHEMINAL (H.), « Le juge aux affaires familiales nouveau juge des conflits familiaux », *J.C.P.*, 1994, Doctrine, I 3762, pp.227-232.

PAVIA (M.-L.), « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *L.P.A.*, 6 mai 1994, n°54, p6s.

PIERATTI (G.), « Un point de vue sur la réforme du divorce : le XXI^{ème} siècle témoin de l'affaiblissement du mariage et de l'apparition d'un droit au divorce », *L.P.A.*, 15 avril 2004, pp.3-12.

PERROT (R.), « Le juge unique en droit français », *R.I.D.C.*, 1977, pp.659-674.

PIGNARRE (G.), « Les mésaventures du divorce sur demande acceptée », *R.T.D.C.*, 1980, pp690-715.

PIWNIKA (D.), « L'avocat face au divorce : quelle déontologie ? », *A.J.F.*, oct. 2004, pp.344-347.

PHILIPPE (C.), « Quel avenir pour la fidélité ? », *Droit de la famille*, mars 2003, Chron. 16, pp.17-20.

POIVET-LECLERCQ (H.)

- Nouvelle procédure de divorce : un an après Le nouveau divorce par consentement mutuel », *A.J.F.*, janvier 2006, p12-13.

- «La nouvelle prestation compensatoire après la réforme du 26 mai 2004», *Droit et patrimoine*, 2005, n°136, pp.83-88.

- « Pratique de la nouvelle procédure de divorce », *R. J. P. F.*, n°12, déc. 2004, pp.6-12.

- « Réforme de la prestation compensatoire : et maintenant ? », *Droit et patrimoine*, 2000, n°85, pp.86-87.

PRADEL (J.), « Les dispositions de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée », *Dalloz*, 1971, Chron., pp.111-116.

PUYGAUTHIER (J.-L.), « la prestation compensatoire après la réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 », *J.C.P. N.*, 2005, n°1001, pp.14-20.

RAYMOND DE GENTILE (M.-J.), « Volonté des époux et rôle du juge dans la modification du régime matrimoniale », *J.C.P.*, 1973, I 2558.

RAYNAUD (P.), « Les divers visages du divorce 1976 », *Dalloz*, 1976, Chron., pp.141-146.

REVEL (J.), « Les conventions entre époux désunis », *J.C.P.*, 1982, I 3055.

REY (D.), « L'expertise médico-psychologique », *A.J.F.*, décembre 2003, pp.92-94.

RICHER (L.), « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? », *A.J.D.A.*, 1998, p.1s.

ROCHE-DAHAN (J.)

- « Les devoirs nés du mariage obligations réciproques ou obligations mutuelles ? », *R.T.D.C.*, octobre-décembre 2000, pp.735-758.

- « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *Dalloz*, 1994, Chron., pp.255-258.

ROUGHOL-VALDEYRON (D.), « Le divorce par consentement mutuel et le code Napoléon », *R.T.C.V.*, 1975, p.482.

ROVINSKI (J.), « Réflexions critiques sur l'article 280-1° alinéa 2 du Code civil pour une réforme du divorce pour faute », *Gaz. du Pal.*, 1998, doc., pp.892-897.

RUBELLIN DEVICHI (J.)

- « Droit de la famille », *J.C.P.*, 2004, Chron., I 167, pp.1739-1741.

- « Le nouveau droit du divorce », *J.C.P.*, 2004, Actualité, n°251, pp.1037-1039.

- « Après la réforme de la prestation compensatoire : le début de la réforme du divorce », *J.C.P.*, 2001, Actualité, pp.2077-2079.

-(Dir.), « Droit de la famille », *J.C.P. (N)*, 1998 , pp.521-525.

RUELLAN (F.), « Les modes alternatifs de résolution des conflits : pour une justice plurielle dans le respect du droit », *J.C.P.*, 1999, I, 135.

SACAZE (A.), « La réforme du divorce », *Gaz. du Pal.*, 30 et 31 octobre 2002, pp.47-55.

SALVAGE-GEREST(P.), « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », *Droit de la famille*, 2003, pp.8-13.

SAREHANE (F.), « Le nouveau code marocain de la famille », *Gaz. du Pal.*, 3 et 4 septembre 2004, pp.2-17.

SAUVAGE (F.)

- « L'application dans le temps de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce », *J.C.P.(N)*, 2004, n°1505, pp.1588-1591.

- « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », *Defrénois*, 2004, n°21, pp.1425-1438.

SAVATIER (R.)

- « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *Dalloz*, 1999, Chron., p.49s.

- « Les conventions de séparation amiable », *R.T.D.C.*, 1931, p.535.

SCHrameck (O.), « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, pp.629-639.

SERIAUX (A.), « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *R.T.D.C.*, 1997, n°169, pp.53-66.

STURLESE (B.), « Premiers commentaires sur un événement juridique : la signature de la Convention de Bruxelles 2 ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux », *J.C.P.*, 1998, I 145, p1145s.

SUMMA (F.), « Bilan et perspective d'avenir de la médiation familiale en France et à l'étranger (1990 à 2005) », *A.J.F.*, avril 2006, pp.161-164.

TERRE (F.),

- « Contractualiser le droit du couple », *LPA*, 20 déc. 2007, p.8s.
- « Les libertés et le divorce », in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp.167-172.
- « La justice en temps de crise », *Pouvoirs*, n°10, 1979, p35s.

THERY (I.)

- « Incompatibilité d'humeur », *Esprit*, 2004, n°7, pp.71-94.
- « L'intérêt de la famille », *J.C.P.*, 1972, I 2485.

THIERRY (J.), « Le maire, juge du divorce : c'est Montesquieu qu'on assassine », *Dalloz*, 1998, Chron., p.166.

THOURET (S.),

- « Les mécanismes procéduraux issus de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce », *Procédures*, décembre 2004, Etudes, pp.9-15.
- « La nouvelle procédure en matière familiale », *J.C.P.*, novembre 2004, Actualité, n°556-557, pp.2004-2008.
- « Les mécanismes procéduraux issus de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce », *Procédures*, juin 2004, Etudes, pp.6-12.

TISSERAND-MARTIN (A.)

- « Les incidences de la réforme du 26 mai 2004 sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », in *le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir*, acte de colloque à l'université R. Schuman de Strasbourg par l'association H.Capitant des amis de la culture juridique française, D., 2006, pp.21-32.
- « L'enfant adultérin : chronique d'une mort annoncée », *J.C.P (N.)*, 1993, I, pp.53-57.

VALORY (S.), « Le pacs donne t-il naissance à un devoir de fidélité », *R.J.P.F.*, 2003, n°3, p.22.

VASSAUX (J.), « Les incidences de la réforme du divorce sur le rôle du notaire », *Droit et patrimoine*, 2005, n°134, pp.26-40.

VATINET (R.), « Le *mutus dissensus* », *R.T.D.C.*, 1987, pp.252-285.

VAUVILLE (F.)

- « Divorce et liquidation judiciaire : astuces et pièges », *R.J.P.F.*, 2001, pp.6-8.

- « Premier regard judiciaire sur la loi ‘Malhuret’ », *Dalloz*, 2001, Chron., p.123s.

VIALATTE(R.), « Aspects nouveaux du rôle du notaire dans la procédure de divorce », *J.C.P.*, 1977, I 2846.

VIDAL (J.), « Les conventions de divorce », in *Mélanges offerts à RAYNAUD (P.)*, Dalloz, 1985, pp.805-833.

VILLACEQUE (J.)

- « Réflexions sceptiques d’un praticien sur la réforme du divorce », *Dalloz*, 2001, Chron., p335s.

- « Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques », *Dalloz*, 1995, Chron., p.317.

VILLANI (D.), « Quels sont les recours contre l’homologation d’une convention définitive des divorces par consentement mutuel ? », *Dalloz*, 1995, p252s.

VILLA-NYS (M.C.), « Réflexion sur le devenir de l’obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », *Droit et patrimoine*, 2000, n°85, pp.88-100.

WIEDERKEHR (G.), « L’évolution de la justice gracieuse », in *Mélanges offerts à P. DRAI*, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, pp.483-491.

WEISS-GOUT (B.)

- « Le nouveau divorce : nouvelles stratégies, nouveau rôle de l’avocat », *A.J.F.*, juin 2004, pp.235-238.

- « Le projet de réforme du divorce : une chance de mieux divorcer », *A.J.F.*, juin 2003, pp.204-217.

ZEROUKI (D.), « Impartialité et exercice successif de fonctions : le cas du juge du divorce », *Droit de la famille*, Nov. 2002, Chron. 26, p9s.

Décret n°2004-1158 du 29 octobre 2004, portant réforme de la procédure en matière familiale, *Législation, Dalloz*, novembre 2004, pp.2895-2898.

ARTICLES DE PRESSE

GUILBERT (N.), « Une réforme prudente et consensuelle pour pacifier le divorce », *in Le Monde*, 10 juillet 2003, p.8

KREMER (P.), « Le gouvernement renonce à l'idée de créer un « divorce sans juge » », *in Le Monde*, 17 juin 2000, p.10.

TABLE DES MATIERES

Principales abréviations	1
SOMMAIRE	8
INTRODUCTION GENERALE	10
PARTIE I/ L'AMENAGEMENT DES VOIES JUDICIAIRES PROPICES A L'OBTENTION DU DIVORCE	30
TITRE I : UNE SIMPLIFICATION PROCEDURALE ENCADREE	32
CHAPITRE I : LA SUPPRESSION DES OBSTACLES PROCEDURAUX	34
SECTION 1 : L'ALLEGEMENT DE LA PROCEDURE GRACIEUSE	35
§1 : L'élaboration de l'accord global en amont de la procédure	36
A. La recevabilité de la requête : une véritable étape préparatoire	36
B. L'exigibilité relative de la déclaration sur l'honneur	39
§2 : L'office du juge en aval : le prononcé du divorce	44
A. Le contrôle limité de la qualité du consentement	44
B. Le contrôle encadré de la qualité de la convention	47
C. Les effets relatifs du refus d'homologation	51
SECTION 2 : L'UNIFORMISATION ET LA PACIFICATION DE LA PROCEDURE CONTENTIEUSE	55
§1 : Neutralité de la procédure contentieuse jusqu'à l'assignation	55
A. Le silence de la requête sur les motifs du divorce	56
B. La conciliation tournée vers le divorce	58
1°) L'objet de la conciliation	58
2°) La confidentialité de la conciliation	61
C. Les mesures provisoires : amorce du règlement du divorce	62
1°) La mesure de médiation : la résolution amiable du conflit	62
2°) les mesures organisant la vie après la séparation	64
§2 : Uniformité et spécificités de l'instance contentieuse proprement-dite	69
A. Une procédure contentieuse schématisée	70
1°) Le temps de l'assignation : le choix guidé du divorce	70
2°) Les exigences légales de l'assignation	72
3°) Le débat et le jugement à huis clos	74
B. Des spécificités procédurales contenues	80
1°) Le régime du divorce accepté favorisé	80
2°) Le régime du divorce pour altération définitive du lien conjugal assoupli	82
3°) le régime du divorce pour faute standardisé	83
CHAPITRE II : LE SUCCES DU DIVORCE RELAYE PAR L'AVOCAT ET LE NOTAIRE	86
SECTION 1 : L'INTERVENTION RENFORCEE ET ADAPTATIVE DE L' AVOCAT DANS LE DIVORCE	87
§1 : Protection renforcée des intérêts des époux dans le divorce gracieux	88
A. La protection des intérêts des parties à l'épreuve du temps	88
B. La protection des intérêts des parties et le choix d'un avocat commun	90
§2 : Protection des intérêts et modération des conflits dans le divorce contentieux	92
A. La conciliation des missions de l'avocat	92

C. L'effectivité des missions garantie par les règles de conduite inhérentes à la profession.....	98
SECTION 2 : LE NOTAIRE ET L'AVOCAT PROMOTEURS D'UNE SORTIE PACIFIÉE DU DIVORCE	102
§1 : L'endiguement des conflits pécuniaires par l'intervention neutre du notaire	103
A. L'anticipation du règlement des intérêts patrimoniaux grâce au notaire	104
B. La qualité d'expert et le réel pouvoir d'initiative du notaire	110
§2 : La garantie d'une sortie efficace du mariage par la synergie des acteurs du divorce	115
A. Une collaboration nécessaire pour accéder au divorce.	115
B. Une collaboration nécessaire pour prévenir les conflits	119
TITRE II : UNE OBJECTIVATION DU DROIT DU DIVORCE	122
CHAPITRE I : LA PROCEDURE TENDANT A L'OBJECTIVATION	123
SECTION 1 : L'ABSTRACTION DE LA SUBJECTIVITE DANS LA PROCEDURE DE DIVORCE EN FRANCE	124
§1 : L'objectivité assurée par l'exclusivité de l'office du juge aux affaires familiales.....	125
A. Une procédure tempérée par l'unicité du juge aux affaires familiales 125	
B. Une procédure tempérée par le cumul des fonctions défiant l'impartialité	129
C. Un office réalisé à huis clos	133
§2 : Les mesures procédurales propres au divorce limitatives de dissension.....	136
A. La pondération du principe de la liberté de la preuve par la matière du divorce	136
B. Le silence de la requête initiale et le principe de contradiction	141
SECTION 2 : LA GENERALISATION DU DIVORCE OBJECTIF DANS LES ETATS EUROPEENS.....	144
§1 : L'efficience du divorce objectif non garanti par l'unicité du cas de divorce faillite	145
A. L'apparence d'un divorce objectif anglais : une faillite fondée sur des éléments factuels.....	145
B. Le cas allemand fondé sur les présomptions de la cessation de la vie commune.....	147
C. Le divorce objectif néerlandais reposant uniquement sur l'échec conjugal.....	151
D. Le divorce suédois : un divorce sans cause	153
§2 : L'inévitable divorce objectif dans les législations pluralistes	155
A. L'encadrement procédural comme frein au prononcé du divorce en Italie	156
B. La double condition des cas de divorce limitant l'accès au divorce espagnol	157
C. Le droit belge dominé par le divorce sanction	160
D. Le partage de la responsabilité de la faillite dans le droit grec.....	161
CHAPITRE II : LA CONSECRATION DE L'OBJECTIVATION DANS LA CAUSE ET LES EFFETS DU DIVORCE EN FRANCE.....	164
SECTION 1 : L'OBJECTIVATION DES CAUSES DE DIVORCE	165

§1 : La détermination de la notion de cause à travers les différents cas de divorce	165
A. La notion de cause objective de divorce.....	165
B. La cause dans les différents cas de divorce.....	169
§2 : L'archétype divorce objectif : le divorce-faillite	172
A. Le divorce pour rupture de la vie commune : un divorce objectif inachevé	172
B. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal : le divorce objectif par excellence	177
SECTION 2 : L'ABSENCE DE RELATION ENTRE LA CAUSE ET CERTAINS EFFETS DU DIVORCE	180
§1 : La dissociation de la cause et de l'attribution de la prestation compensatoire	181
A. L'évolution du système des conséquences pécuniaires du divorce.	181
B. L'octroi d'une prestation compensatoire généralisé aux cas de divorce	185
C. La prestation compensatoire un règlement par essence définitif des effets du divorce.....	189
D. L'octroi d'une prestation compensatoire fondé sur des éléments objectifs.....	192
§2 : La dissociation de la cause et de l'attribution de l'autorité parentale....	194
A. L'affirmation du principe de l'exercice conjoint.....	194
B. La primeur donnée au consensus parental.....	198
C. L'admission de la résidence alternée.....	201
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	205
PARTIE II /VERS LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT AU DIVORCE	208
TITRE I : LE DECLIN DE L'ORDRE PUBLIC CONJUGAL	210
CHAPITRE I : L'ASCENSION DU MODE CONVENTIONNEL DANS LE REGLEMENT DES CONFLITS CONJUGAUX	213
SECTION 1 : LA GENERALISATION DES ACCORDS DANS LES PROCEDURES DE DIVORCE	214
§1 : La propagation des accords dans la procédure contentieuse	214
A. Les mesures incitatives au règlement conventionnel.....	215
B. L'arsenal conventionnel mis à la disposition des époux.....	217
§2 : L'accentuation de l'accord dans l'unique divorce gracieux	224
A. L'approche contractuelle du divorce par consentement mutuel.....	224
B. La valorisation des volontés consentantes au divorce.....	227
SECTION 2 : LES CONVENTIONS SOUS CONTROLE JUDICIAIRE	231
§1 : L'inexistence d'un droit conventionnel au divorce confirmée par la substance gracieuse.....	232
A. L'implication du juge homologateur	232
B. L'absence apparente de litige	236
C. La décision d'homologation entre contractuel et juridictionnel.....	237
D. La mise en cause de la légitimité du recours au juge.....	241
§2 : La déjudiciarisation du divorce conventionnel.....	244
A. L'admission du concept de divorce sans contrôle judiciaire.....	245
1°) L'aptitude des époux au divorce consenti.....	245
2°) Le rôle de la justice dans le divorce convenu	246
3°) Les craintes de la désinstitutionalisation du mariage.....	248
4°) Les raisons utilitaires pour la justice et les justiciables	248

5°) L' aperçu des exemples européens de déjudiciarisation	249
B. La faisabilité du divorce sans juge	251
CHAPITRE II : DE LA MODULATION A LA DILUTION DE L'ORDRE PUBLIC CONJUGAL	257
SECTION 1 : L'ORDRE PUBLIC FAMILIAL : UNE NOTION PRECAIRE	258
§1 : L'essai de définition de l'ordre public familial	258
A. L'ordre public : la définition originelle	259
B. L'ordre public familial : une notion évolutive	261
§2 : La flexibilité de l'ordre public préjudiciable au mariage	266
A. le noyau de l'ordre public conjugal : la communauté de vie.....	266
B. Les devoirs de fidélité, d'assistance et de secours et de respect inhérents au statut personnel des époux	270
1°) Le devoir de fidélité.....	271
2°) Les devoirs d'assistance et de secours.....	272
3°) Le devoir de respect.....	274
SECTION 2 : LA RELATIVITE DE LA SANCTION DE LA FAUTE DANS LE DIVORCE.....	276
§1 : La désacralisation de la faute dans le divorce	276
A. Les contours de la faute.....	277
B. L'avenir de la faute	281
§2 : L'illustration par l'adultère de l'émiettement de la faute	286
A. L'infidélité : une cause personnalisée du divorce	286
B. Une faute largement excusée.....	292
1°) La minimisation de la faute par la réciprocité	292
2°) L'atténuation de la faute pendant la procédure.....	295
TITRE II : L'EXISTENCE D'UN DROIT AU DIVORCE.....	300
CHAPITRE I : LA CONCEPTUALISATION DU DROIT AU DIVORCE	301
SECTION 1 : LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT AU DIVORCE	302
§1 : Le concept du droit subjectif au divorce.....	302
A. Les notions voisines du droit subjectif	302
B. Les critères de définition du droit subjectif.....	305
§2 : La valeur juridique d'un droit subjectif au divorce	310
A. La création des droits subjectifs et le droit au divorce	310
B. L'exercice des droits subjectifs et le droit au divorce.....	314
SECTION 2 : LA SUBJECTIVATION DU DROIT FAVORABLE AU DROIT AU DIVORCE.....	318
§1 : Les effets de la subjectivation sur le concept d'un droit au divorce.....	319
A. Le phénomène de subjectivation	319
B. L'incidence de la subjectivation du droit sur la procédure	322
§2 : Le droit au divorce comme contre droit au mariage.....	324
A. La théorie du parallélisme des formes.....	324
B. L'applicabilité de la théorie au mariage et au divorce	327
CHAPITRE II : LE DROIT AU DIVORCE EMANATION DES DROITS FONDALEMENTAUX ?	332
SECTION 1 : L'HYPOTHESE INTERNE DE L'AVENEMENT D'UN DROIT FONDAMENTAL AU DIVORCE	333
§1 : La consolidation des droits de l'individu par la déclinaison de la liberté individuelle	333
§2 : La propension à la prolifération de droits inhérente au droit à la vie privée	336

SECTION 2 : L'HYPOTHESE EUROPENNE DE L'AVENEMENT D'UN DROIT FONDAMENTAL AU DIVORCE	343
§1 : L'analyse du mode opératoire favorable à la reconnaissance de droits.	343
§2 : Le passage de la notion du droit à la vie privée à l'hypothétique droit au divorce	346
A. L'exaltation de la notion de respect de la vie privée par la Cour européenne des droits de l'homme	346
B. Du droit à la vie privée au droit à l'autodétermination	351
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	356
<i>CONCLUSION GENERALE</i>	358
ANNEXE 1 : SOURCE ANNUAIRE STATISTIQUE DE LA JUSTICE	366
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	368

INDEX

- accord, 6, 9, 13, 18, 21, 30s, 61, 63, 66, 67, 76- 77, 81s, 182, 183, 184, 186, 190, 194, 195, 203, 208s, 283, 294, 319, 322, 323, 343, 358
- adultère, 8, 70, 140, 144, 155, 156, 266-267, 271, 273, 279, 281s, 315, 331
- appel, 47-48, 57, 63, 67, 74, 76, 81, 95, 233, 235,
- assignation, 50, 63, 65, 67, 77, 78, 89, 138, 173
- audience, , 40, 69s
- autorité parentale, 12, 40, 57, 60, 70-72, 79, 81, 123, 126, 133, 134, 136, 145, 148, 149, 152, 154, 175, 189s, 217, 247, 256, 264, 293, 316, 333
- avantages matrimoniaux, 12, 33, 79, 168, 178, 214, 289
- avocat, 27, 31, 53, 60, 62, 80s, 136, 138, 147, 152, 154, 200, 213, 230, 244, 248, 260, 319, 326, 355, 357
- capital, 33, 45, 177s, 183, 184s
- cause objective, 145, 147, 160s, 293
- collégialité, 120, 121, 123,
- conseil constitutionnel, 120, 124, 136, 249, 329, 330, 332
- contradiction, 54, 59, 131, 136, 137, 138, 196, 224, 233, 242
- contrat, 13, 21, 108, 162, 205, 206, 208, 219s, 292, 301, 320, 321, 322, 323, 326
- convention de divorce, 45, 222, 225, 234, 326
- cour européenne des droits de l'homme, 124, 129, 138, 337, 339, 340, 341, 345, 349, 351
- déclaration sur l'honneur, 31, 34s, 44, 68
- délai de réflexion, 16, 30, 33, 56, 245, 325
- devoir de secours, 51, 61, 77, 90, 169s, 177, 180, 188, 265, 268, 269
- devoirs du mariage, 11, 160, 180, 259, 260s, 270, 279, 292, 294
- divorce accepté, 14, 16, 40, 51, 55, 65, 66, 75-76, 89, 92, 165-166, 237, 240, 251, 311, 312, 356
- divorce par consentement mutuel, 7, 8, 30s, 66, 83, 100, 112, 153, 155, 164, 183, 219s, 306, 307, 310, 325, 326
- divorce pour altération définitive du lien conjugal, 409
- divorce pour faute, 9, 10, 11, 14, 52, 67, 75, 78, 79, 86, 90, 91, 92, 131, 133, 156, 158, 163s, 216, 217, 237, 252, 271s, 311, 315
- divorce pour rupture de la vie commune, 14, 77, 90, 153, 164s, 269, 280, 312
- divorce sur demande conjointe, 30, 164, 219
- dommages et intérêts, 38, 90, 92, 179, 284
- donation, 33, 184, 214
- droit à la parole de l'enfant, 135
- droit au respect de la vie privée, 313, 327, 329s, 359
- droit subjectif, 204, 231, 294s, 327, 336, 349, 353
- droits fondamentaux, 119, 295, 298, 299, 326, 327, 337, 338, 351
- enfant, 42-43, 47, 49, 60, 83, 128, 134-136, 142, 145, 147, 149-150, 154, 158, 189s, 217, 224, 225, 245, 247, 257,260, 267, 284, 289, 316, 333, 335, 339, 347, 357, 358
- enquête sociale, 71, 133
- exigences légales, 31, 67, 94, 206, 229
- fidélité, 180, 253, 261, 262, 265-267, 270, 281s, 324, 370, 371, 381, 394, 397, 398, 409
- homologation, 13, 32, 39s, 84, 99, 112, 113, 182, 183, 194, 213, 214, 217s, 307, 312, 356, 358
- impartialité, 100, 109, 120, 123s
- intérêt de l'enfant, 43, 60, 149, 189s, 217, 247, 357
- introduction d'instance, 68, 113, 212
- la tentative de conciliation, 53s
- le juge aux affaires familiales, 36, 40s, 56s, 64, 71, 75, 98, 101, 104, 105, 112, 123, 126, 194, 198, 216, 217, 223, 225, 229, 279,290,293
- les passerelles, 67,78, 217, 251
- liberté individuelle, 7, 164, 205, 242, 249, 251, 320, 327s, 349, 351, 359
- liquidation du régime matrimonial, 33, 55, 61-62, 73, 95, 99s, 186, 215, 223, 248, 251
- médiation, 56s, 81, 96, 150, 195
- mesures d'urgence, 52, 127
- mesures provisoires, 46, 50, 51, 52, 57s, 76, 81, 88, 101, 103, 126-127, 130, 138, 212, 224, 318
- notaire, 27, 33-34, 45, 49, 55, 62, 73-74, 80- 82, 86, 97s, 200, 213, 228, 230, 244, 248, 250, 260, 319, 326, 355, 357, 358
- pension alimentaire, 61, 102, 126, 142, 147, 149, 154, 156, 157, 169, 176, 177, 178, 180, 245, 410
- pourvoi en cassation, 48, 74, 229, 235
- prestation compensatoire, 12, 33s, 63, 68, 79, 89, 90, 91, 95, 102, 112, 113, 154, 168, 172, 175s,188, 212-214, 218, 222, 246, 247, 275, 280, 289
- preuve, 37, 56, 69, 70, 85, 86, 91, 92, 94, 128, 131s
- procédure contentieuse, 46, 50s, 93, 100, 157, 183, 208s, 227, 240, 278, 318
- procédure gracieuse, 29s, 37, 41,83s, 99, 157, 183, 208, 218s
- réconciliation, 54, 79, 143, 152, 162, 163, 173, 312, 325
- rente, 33, 45, 177, 183s
- requête initiale, 50s, 65, 88, 131, 136, 137, 275
- résidence alternée, 189, 196s
- témoin, 134, 221, 271
- torts exclusifs, 12, 79, 90, 91, 177, 179, 181, 182, 275, 281, 288, 290, 312
- torts partagés, 71, 72, 79, 89, 175, 289, 290, 312
- tronc commun procédural, 25, 50, 67, 74, 78, 87, 175, 307, 318
- vices du consentement, 321,
- violences conjugales, 52, 293

accord
adultère
appel
assignation
audience
autorité parentale
avantages matrimoniaux
avocat
capital
collégialité
conseil constitutionnel
consentement mutuel
contradiction
convention de divorce
cour européenne des droits de l'homme
déclaration sur l'honneur
délai de réflexion
demande reconventionnelles
devoir de secours
devoirs du mariage
divorce accepté
divorce par consentement mutuel
divorce pour altération des facultés mentales
divorce pour altération définitive du lien conjugal
divorce pour faute
divorce pour rupture de la vie commune
divorce sur demande conjointe
dommages et intérêts
donation
droit à la parole de l'enfant
droit au divorce
droit au respect de la vie privée
droit subjectif
droits fondamentaux
enfant
enquête sociale
exigences légales
faute
fidélité
homologation
impartialité
intérêt de l'enfant
introduction d'instance
jurisprudence
la conciliation
la tentative de conciliation

le juge aux affaires familiales
les passerelles
liberté individuelle
liquidation du régime matrimonial
médiation
mesures d'urgence
mesures provisoires
notaire
nullité du mariage
office du juge
pension alimentaire
pourvoi en cassation
prestation compensatoire
preuve
procédure
procédure contentieuse
procédure gracieuse
réconciliation
rente
requête
requête initiale
résidence alternée
responsabilité
témoin
torts exclusifs
torts partagés
tronc commun procédural
vices du consentement
violences conjugales
contrat
cause objective