



HAL
open science

L'égalité dans le divorce : étude comparative entre le droit français et le droit libanais

Lana Kassar

► **To cite this version:**

Lana Kassar. L'égalité dans le divorce : étude comparative entre le droit français et le droit libanais. Droit. Université de Strasbourg, 2015. Français. NNT : 2015STRAA010 . tel-01379727

HAL Id: tel-01379727

<https://theses.hal.science/tel-01379727>

Submitted on 12 Oct 2016

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.

ÉCOLE DOCTORALE 101 - DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE

Centre de droit privé fondamental

THÈSE présentée par :

Lana KASSAR

soutenue le : 28 mai 2015

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit privé

| |
|--|
| <p>L'ÉGALITÉ DANS LE DIVORCE Étude comparative entre le droit français et le droit libanais</p> |
|--|

THÈSE dirigée par :
Monsieur Patrice HILT

Maître de conférences (HDR) à l'Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :
Monsieur Yann FAVIER
Madame Laetitia ANTONINI-COCHIN

Professeur à l'Université de Rennes 2
Maître de conférences (HDR) à l'Université de Nice Sophia
Antipolis

AUTRES MEMBRES DU JURY
Madame Clotilde BRUNETTI-PONS

Maître de conférences (HDR) à l'Université de Reims
Champagne-Ardenne

Madame Frédérique GRANET-LAMBRECHTS

Professeur à l'Université de Strasbourg

Monsieur Georges WIEDERKEHR

Professeur à l'Université de Strasbourg

En hommage à mon père,

À mon mari Ghayass et ma fille Gaëlle

REMERCIEMENTS

*En premier lieu, je tiens à remercier mon directeur de thèse, Monsieur **Patrice HILT**, Maître de conférences (HDR) à l'université de Strasbourg), pour sa présence continuelle pendant plus de cinq ans, ses conseils fructueux, sa coopération et ses essais à rendre ce travail achevé.*

En second lieu, je tiens également à remercier les membres du jury pour l'intérêt qu'ils ont porté à mes recherches en acceptant de participer à la soutenance de ma thèse, d'examiner mon travail et de l'enrichir par leurs propositions.

Je remercie également ma famille, mes ami(e)s, mes collègues, pour leur soutien et leur présence durant toutes ces années de recherche.

Enfin, je tiens également à remercier toutes les personnes qui ont participé de près ou de loin à la réalisation de ce travail.

SOMMAIRE

(Une table des matières détaillée figure à la fin de cette thèse)

PARTIE I

L'ÉGALITÉ DANS L'ACCÈS AU DIVORCE

TITRE I

L'ÉGALITÉ DANS LES CAUSES DU DIVORCE

CHAPITRE I

L'ÉGALITÉ DANS LES CAUSES DU DIVORCE EN DROIT FRANÇAIS

Section I. L'égalité dans les divorces voulus par les époux

Section II. L'égalité dans les divorces subis par les époux

CHAPITRE II

L'INÉGALITÉ DANS LES CAUSES DU DIVORCE EN DROIT LIBANAIS

Section I. Dans le droit libanais classique

Section II. Dans le droit libanais contemporain

TITRE II

L'ÉGALITÉ DANS LA PROCÉDURE DE DIVORCE

CHAPITRE I

L'ÉGALITÉ DANS LA PROCÉDURE DU DIVORCE EN DROIT FRANÇAIS

Section I. La procédure du divorce par consentement mutuel

Section II. La procédure des divorces contentieux

CHAPITRE II

L'INÉGALITÉ DANS LA PROCÉDURE DU DIVORCE EN DROIT LIBANAIS

Section I. La faculté de répudier

Section II. Le formalisme de la répudiation

PARTIE II
LES EFFETS PRODUITS PAR LE DIVORCE

TITRE I
LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ÉPOUX

CHAPITRE I

LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ÉPOUX EN DROIT FRANÇAIS

Section I. L' égalité quant aux effets personnels

Section II. L' égalité quant aux effets patrimoniaux

CHAPITRE II

LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ÉPOUX EN DROIT LIBANAIS

Section I. L' inégalité des époux quant aux effets personnels produits par le divorce

Section II. L' inégalité des époux quant aux effets patrimoniaux produits par le divorce

TITRE II
LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ENFANTS

CHAPITRE I

LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ENFANTS EN DROIT FRANÇAIS

Section I. L' égalité des parents dans la dévolution de l' autorité parentale

Section II. L' égalité des parents quant à l' entretien de l' enfant

CHAPITRE II

LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ENFANTS EN DROIT LIBANAIS

Section I. L' attribution de l' autorité parentale

Section II. Le contenu de l' autorité parentale

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

| | |
|--------------------|---|
| Act. : | Actualités |
| AJ : | Actualités jurisprudentielle du Recueil Dalloz |
| AJDA : | Actualité juridique Droit administratif |
| Art : | Article |
| Ass. Plén. : | Assemblée plénière |
| Bull. civ : | Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambre civiles) |
| C. A. : | Cour d'appel |
| Cass : | Cour de Cassation |
| Cass. Ass. Plén. : | Cour de Cassation, assemblée plénière |
| Cass. Ch. Mixte | Cour de Cassation, chambre mixte |
| Cass civ : | Cour de Cassation, (chambre civiles) |
| Cass. Soc. : | Arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation |
| Cass. Req. : | Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation |
| C.E : | Arrêt du Conseil d'État |
| C.E.D.H : | Cour Européenne des droits de l'Homme |
| C.E.S.D.H : | Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales |
| CDDH : | Comité directeur pour les droits de l'Homme |
| Chron. : | Chronique |
| Coll. : | Collection |
| Comm. : | Commentaire |
| Com. : | Comparer |
| Cons. Const. : | Conseil constitutionnel |

| | |
|-------------------|--|
| D. : | Recueil Dalloz |
| Dr. : | Droit |
| Dr. famille : | Droit de la famille |
| DC. : | Recueil Dalloz critique |
| DP. : | Recueil Dalloz périodique |
| Ed : | Édition |
| Gaz. Pal. : | Gazette du palais |
| JCI : | Juris- Classeur |
| JCP (G, E, S) : | La semaine juridique (éd. Générale, Entreprise et affaires, Sociale) |
| JORE : | Journal officiel de la République Française |
| L.G.D.J : | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| Juris : | Jurisprudence |
| JAF : | Juge aux affaires familiales |
| LPA : | Les petites affiches |
| N : | Note |
| N° : | Numéro |
| CPC : | Code de procédure civile |
| ONU : | Organisations des Nations-Unies |
| Obs. : | Observations |
| <i>op. cit.</i> : | <i>Opere citato</i> (œuvre déjà citée) |
| Ord : | Ordonnance |
| p. : | Page |
| P.U. : | Presses universitaires |
| PUF : | Presse universitaire de France |
| RLDC : | Revue Lamy droit civil |
| Rapp : | Rapport |

| | |
|-----------|---------------------------------------|
| RDP : | Revue de droit public |
| Rec. : | Recueil |
| RGDP : | Revue générale de procédure |
| RJPF : | Revue juridique personnes et famille |
| RRJ : | Revue de recherches juridiques |
| RTD Civ : | Revue trimestrielle de droit civil |
| RIDC : | Revue internationale de droit comparé |
| Somm : | Sommaire |
| T : | Tome |
| V. : | Voir |

GLOSSAIRE DES PRINCIPAUX TERMES TECHNIQUES EN LANGUE ARABE

| | |
|------------|--|
| Bidaa : | Innovation |
| Hanéfite : | Droit musulman |
| Djabr : | Contrainte matrimoniale |
| Hadith : | Récit |
| Fatwa : | Décision religieuse |
| Fikh : | Droit musulman |
| Ijtihad : | Effort intellectuel pour déduire les normes |
| Idda : | La retraite de continence de la femme mariée |
| Idjmaa : | Accord législatif, assentiment de la communauté consensus |
| Ihram : | Un empêchement au mariage |
| Kur' : | Flux menstruel, sa cessation intervalle de deux indispositions. |
| Khul' : | Répudiation convenue ou répudiation moyennant compensation |
| Khiyar : | Option de résiliation, option pour vice rédhibitoire. |
| Li'an : | Serment d'anathème |
| Majallah : | Majjal al ahkam al adliya, Code Ottoman élaboré entre 1869 et 1876 |
| Nafaka : | L'entretien de l'épouse |
| Sourate : | Chapitre du Coran |
| Sunna : | Conduite du Prophète, ensemble des hadiths (récit). |
| Talaq : | Répudiation |
| Wali : | Le mandataire ou tuteur matrimonial |
| Wasi : | Le tuteur testamentaire |

INTRODUCTION

1. Le mariage ayant une dimension sacrée dans la plupart des religions, la rupture de ce lien est une question dont les religions se préoccupent fortement. Choisir de se marier religieusement donne une dimension spirituelle à la cérémonie. Lors de la célébration du mariage, les époux promettent solennellement devant Dieu de s'aimer et de rester fidèles durant la vie entière. Mais l'état de mariage suscite parfois des discordes si insupportables qu'il peut devenir nécessaire d'y porter atteinte : il ne saurait être une prison sans issue. Les époux peuvent alors envisager une séparation.

2. En cas de crise conjugale, les époux souhaitent très souvent une issue apaisée. C'est une volonté régulièrement assise de nos jours. Quelles sont les causes de divorce ? Préservent-elles l'égalité entre les époux ? Y a-t-il une égalité entre hommes et femmes dans les différentes causes de divorce et la procédure de divorce ?

Les réponses à ces interrogations nous conduisent à aborder plusieurs points essentiels dans notre introduction :

- I- Les différentes conceptions du divorce
- II- L'évolution du divorce en droit français
- III- Le statut personnel dans les communautés libanaises
- IV- La notion d'égalité
- V- L'intérêt de notre sujet

I- Les différentes conceptions du divorce

3. Le divorce peut être défini comme la dissolution du mariage prononcée par un juge du vivant des époux, pour certaines causes établies par la loi. Il se distingue, d'une part, de l'annulation du mariage qui sanctionne un vice de formation du lien conjugal et fait disparaître celui-ci en principe rétroactivement. Il se rapproche, d'autre part, de la séparation de corps, prononcée pour des causes identiques, mais qui relâche seulement, sans le rompre, le lien du mariage.

4. Le divorce est une institution ancienne¹, toujours discutée², parfois interdite ou au contraire largement admise. Afin de pouvoir appréhender les textes et les débats actuels, il convient de poser la question du divorce³, de retracer l'évolution du droit français en la matière et de présenter les principes directeurs posés par les textes contemporains.

5. Le problème n'est pas seulement politique et social. Il a également une dimension religieuse qui, en France, domina longtemps les débats. Parce qu'elle est liée au mariage, la question du divorce dépend des sentiments profonds que chaque individu a sur le sujet et il est impossible d'en faire abstraction : Mariage et divorce ne se comprennent pas avec les seules lumières de la raison car ils sont liés à la signification que chacun donne à son existence.

6. On s'est longtemps interrogé sur le principe même de l'admission du divorce. À cette question, chaque société, à tel ou tel moment de son histoire, a apporté une réponse liée à la conception qu'elle se faisait du mariage lui-même et des structures de

¹ J.-PH. Lévy et A. CASTALDO, Dalloz 2002, n°114 et s. *Le code d'Hammourabi règlementé avec soin*

² P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2011, p. 229 ; H. FULCHIRON, *Les métamorphoses des cas de divorce* (à propos de la réforme du 26 mai 2004), Defrénois (n° 17), 2004, p. 1103 et s. ; « *Le divorce, un démariage, est une institution ancienne, toujours discutée et qui continue, aujourd'hui encore, à faire débat* » : propos de l'auteur du projet de loi qui aboutit à la réforme du divorce de 1975.

³ J. CARBONIER, « *La question du divorce* », D., chron. p. 115.

la famille. Depuis deux siècles et demi, le problème est discuté en France en termes politiques et sociaux qui ne peuvent masquer une donnée essentielle : la dimension religieuse de la question du divorce.

7. L'Ancien Testament admettait le divorce, du moins la répudiation de la femme par le mari, comme le font la plupart des sociétés patriarcales⁴. Pour autant, les Prophètes condamnent le mari qui, sans raison valable répudie son épouse⁵. Dans les Évangiles, le Christ se prononce contre le divorce : « *Ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare pas* » (Matthieu, 19.3, Luc, 16.18, Marc, 10.9⁶). Cette condamnation générale est atténuée chez Matthieu par la réserve de l'adultère : « *D'autre part, il a été dit : si quelqu'un répudie sa femme, qu'il remette un certificat de répudiation. Et moi, je vous dis : quiconque répudie sa femme la pousse à l'adultère ; et si quelqu'un épouse une répudiée, il est adultère* » (Matthieu 5.31). Cette divergence des Écritures du moins apparente, suscita très vite de nombreuses discussions⁷.

8. En France, pays de tradition catholique, la question du divorce a longtemps créé de profondes divisions, d'autant que le débat prit, deux siècles durant, une tournure politique. Était en jeu le rôle de l'Église catholique et plus généralement de la morale catholique, dans la société française. Déjà présente dans le courant du XVIIIe siècle⁸, cette dimension du problème fut essentielle dans l'admission du divorce sous la Révolution, dans son maintien dans le Code Napoléon au nom de la liberté de conscience, dans sa suppression en 1816, alors que le catholicisme était redevenu religion d'État et, bien évidemment, dans sa réintroduction en 1884, alors que la République affermie commençait un long débat de laïcisation qui devait culminer en

⁴ De la Rome primitive à l'Arabie. À Rome, PLUTARQUE, *Les vies des hommes illustres*, trad. Amyot, Pléiade, t. 1, 1951, Romulus, P. 67 : « *Il (Romulus) il fit aussi quelques ordonnances, entre lesquelles y en eu qui semble un peu dure, laquelle ne permet point à la femme de lasser son mari, et donne licence à son mari de laisser sa femme, si d'aventure elle avait empoisonné ses enfants, ou falsifié ses clés, ou commis l'adultère ; et si autrement il la répudiait, la moitié de ses biens était adjugée à sa femme, et l'autre à la déesse Cérés* », J.-PH. LEVY et A. CASTALDO, n°114.

⁵ MALACHIE 2.14 (« Que personne ne soit traître envers la femme de sa jeunesse ») auquel font écho les du Prophète MAHOMET : la répudiation est la pire des choses licites.

⁶ Adde SAINT PAUL, *Corinthiens*, I, 7.10 : « *que la femme ne soit séparée de son mari ; au cas où elle en aurait été séparée, qu'elle ne se remarie pas ou qu'elle se réconcilie avec son mari, et que le mari ne répudie pas sa femme* » *Éphésiens*, 5, 31-32 : « *l'homme quittera son père et sa mère pour s'attacher à sa femme et les deux ne formeront qu'une seule chair : ce mystère est d'une grande portée ; je veux qu'il s'applique au Christ et à l'Église* ».

⁷ J. CARBONNIER, *La famille*, tome 2, PUF, 1993, p. 532.

⁸ VOLTAIRE (Dictionnaire philosophique, V° *Divorce*) ; MONTESQUIEU (*Lettres persanes*, n°116) ou l'article Mariage de l'Encyclopédie. Sur le courant divorciaire et la genèse de la loi du 20 septembre 1792, GARAUD et SZRAMKIEWICZ, *La révolution française et la famille*, Paris, PUF, 1978.

1905 avec la séparation des Églises et de l'État⁹.

Une fois admis le principe du divorce, surgit une question : quel type de divorce mettre en place ? On peut, de façon sommaire, distinguer quatre grands types de divorces.

9. La répudiation est le divorce par volonté unilatérale, dans lequel un époux peut mettre fin à tout moment au mariage¹⁰. Cette faculté est ouverte aux deux époux ou à l'un d'eux seulement (le mari), tantôt de façon discrétionnaire, tantôt pour tel ou tel motif déterminé, tantôt en une forme privée, tantôt sous le contrôle du juge. Cette forme de divorce était connue en droit romain¹¹. Reprenant les prescriptions du droit coranique, de nombreux pays musulmans, comme le Liban, ouvrent jusqu'à nos jours la répudiation au mari, avec ou sans intervention du juge¹². Les États occidentaux rejettent la répudiation parce qu'elle reflète une inégalité criante entre le mari et la femme, contraire aux principes fondamentaux reconnus par les droits des pays européens et consacrés par les conventions internationales¹³.

En France, les révolutionnaires créèrent un divorce pour incompatibilité d'humeur¹⁴, que les Rédacteurs du Code civil s'empressèrent de supprimer.

10. Le divorce engagé par consentement mutuel, de la même manière qu'un mariage contracté avec le consentement des deux époux, devrait être obtenu par une volonté conjointe : le « *mutus consensus* » se résout en un « *mutus dissensus* ». Connu à Rome¹⁵, ce type de divorce est aujourd'hui consacré dans un grand nombre de législations.

⁹ Sur ces débats A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996. n° 158 s.

¹⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. XVI, ch. 15 : « Il y a cette différence entre le divorce et la répudiation que le divorce se fait par consentement mutuel à l'occasion d'une incompatibilité mutuelle ; au lieu que la répudiation se fait par la volonté et pour l'avantage d'une des parties, indépendamment de la volonté et de l'avantage de l'autre ».

¹¹ J.-PH. LÉVY et CASTALDO, *op. cit.*, Dalloz, 2002, n° 114.

¹² Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité du droit musulman comparé*, tome 2.

¹³ Art. 5 du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; Art. 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations unies du 16 décembre 1966.

¹⁴ GARAUD et SZRAMKIEWICZ, *La révolution française et la famille*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁵ J.-PH. LÉVY et CASTALDO, *op. cit.*, n°114.

11. Le divorce sanction est sans doute l'une des plus anciennes formes de divorce, et la plus répandue : la rupture du lien matrimonial vient sanctionner une faute commise par un époux, la faute s'étendant comme un manquement aux obligations nées du mariage : infidélité, abandon, violences, etc. Aujourd'hui contesté, le divorce pour faute a disparu dans un certain nombre de législations au profit du divorce faillite. En France, il fut un temps menacé par les projets de réforme ; la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce l'a néanmoins conservé.

12. Le divorce faillite est loin des combats judiciaires sur des fautes réelles ou supposées. Il s'agit seulement de constater un état de fait, la faillite du mariage et d'en tirer les conséquences, la rupture du lien. Ce type de divorce est aujourd'hui très répandu dans les pays occidentaux¹⁶. Certains parlent de divorce remède.

La conception française du divorce a fortement évolué au fil des années.

II- L'évolution du divorce en droit français

13. Sous l'influence du Christianisme, l'Ancien Droit français n'avait pas admis le divorce. Le mariage était considéré comme un sacrement, il n'était pas possible de défaire ce que Dieu avait uni. Le mariage, à condition toutefois d'être consommé, était indissoluble. La rigueur d'une telle solution était cependant atténuée par la possibilité pour les époux de demander la séparation de corps ou la nullité du mariage.

14. À la Révolution française, s'appuyant sur une analyse contractuelle et laïque du mariage¹⁷, le corps législatif consacra le divorce par la loi du 20 septembre 1792. Le divorce était très largement admis, pour des causes déterminées, mais aussi par consentement mutuel, et même pour incompatibilité d'humeur.

15. Le divorce connut un immense succès. Il a été maintenu dans le Code civil, sous l'impulsion notamment de Napoléon, qui envisageait d'en faire un usage personnel et souhaitait faire œuvre de compromis entre l'Ancien Droit et les acquis de la

¹⁶ B. DUTOIT, *Le divorce en droit comparé*, tome 1 Droz, 2000.

¹⁷ Const., 3 septembre 1791, Tit. II, art. 7 : « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ».

Révolution. Cependant, il ne pouvait être prononcé que pour certaines fautes déterminées, telles que l'adultère ou en cas de consentement mutuel à des conditions très strictes. Ce sont des considérations mêlées de politique et d'idéologie religieuse qui aboutirent à la suppression du divorce, sous la seconde Restauration, par la loi Bonald¹⁸ du 8 mai 1816¹⁹.

16. Ce n'est que sous la III^e République, à la faveur d'élections remportées en 1881 par les Républicains, et grâce à la persévérance d'un député utopiste et féministe, Alfred Naquet²⁰, que le divorce fut restauré définitivement dans notre droit par la loi du 27 juillet 1884²¹. Toutefois, seul le divorce pour faute était rétabli, trois fautes étant prédéfinies : l'adultère, la condamnation à une peine affective ou infamante, ainsi que les excès et injures graves. Pour autant, après la Seconde Guerre Mondiale, l'état du droit est rapidement apparu inadapté à l'évolution des mœurs. En effet, les époux qui étaient d'accord pour divorcer devaient se prêter à une simulation devant le juge, faite de fausses lettres d'injures et d'accusations fantaisistes. Pour les autres, le divorce pour faute avait pour effet d'envenimer les conflits et de susciter un contentieux d'après divorce lancinant²².

De manière positive, il convient de souligner que le droit français a connu une évolution historique en matière de divorce. Étapes fondamentales dans la construction du droit du divorce, les lois du 11 juillet 1975 (A) et du 26 mai 2004 (B) lui ont apporté des modifications considérables.

¹⁸ Louis de Bonald propose une loi interdisant le divorce traité de « *poison révolutionnaire* » qui est votée le 8 mai 1816, qui rétablit la séparation de corps et reste en vigueur jusqu'en 1884.

¹⁹ Louis XVIII promulgua la loi pour « *rendre au mariage toute sa dignité dans l'intérêt de la religion, des mœurs, de la monarchie et des familles* ». V. F. RONSIN, « *Indissolubilité du mariage ou divorce, Essai d'une chronologie des principaux arguments mis en avant par les partisans et les adversaires de l'institution du divorce au cours de la période révolutionnaire* », in *La famille, la loi de l'État de la Révolution au Code civil* (textes réunis et présentés par I. THÉRY et C. BINET), Paris, Imprimerie Nationale, 1989, p. 322.

²⁰ Alfred Naquet, Loi du 27 juillet 1884. Le divorce est de nouveau autorisé mais seulement pour des fautes précises.

²¹ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit français depuis 1804*, PUF, Paris, 2^e éd. 2012, n° 141.

²² V. BONNET, *Droit de la famille*, Larcier, 4^e éd. 2014, n° 495.

A- La loi du 11 juillet 1975

17. Valéry Giscard d'Estaing promulgua la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, relative au divorce²³, afin d'adapter le droit à l'état des mœurs, et peut-être également pour rattraper son retard par rapport à d'autres législations européennes. Cette loi fut précédée d'une enquête sociologique et d'une étude de droit comparé. La rédaction du projet fut confiée au Doyen Carbonnier²⁴. La loi était profondément novatrice. Deux objectifs étaient poursuivis : la libéralisation et la dédramatisation du divorce. Ces objectifs furent atteints d'abord grâce à la multiplication des cas de divorce : à côté du divorce pour faute fut introduit un divorce sur requête conjointe, le divorce pour rupture de la vie commune et, enfin, le divorce sur demande acceptée, sorte de divorce hybride entre divorce d'accord, divorce faillite et divorce-sanction. Cette pluralité des causes a fait du divorce français une institution qui réunit à peu près toutes les conceptions possibles du divorce, avec l'idée qu'il faut laisser aux époux le choix dans la manière de mettre fin à leur mariage, car la situation de chaque couple est différente. L'objectif de dédramatisation a été largement atteint par une modification profonde des effets du divorce : ceux-ci ont été en grande partie dissociés de la considération des torts. Surtout, la loi du 11 juillet 1975 a créé une institution originale qui est venue remplacer la pension alimentaire : la prestation compensatoire. Son caractère forfaitaire était censé tarir le contentieux d'après divorce, puisqu'elle est fixée normalement une fois pour toutes au moment du prononcé du divorce, contrairement à l'ancienne pension alimentaire constamment révisable.

La loi du 11 juillet 1975 était certainement excellente, mais d'une part, elle comportait quelques défauts et, d'autre part, l'évolution des mœurs s'étant accélérée, elle s'est avérée assez rapidement, sinon dépassée, du moins vieillie. Une loi du 30 juin 2000 tenta vainement de remédier à ces imperfections.

B- La loi du 26 mai 2004

²³ Sur la présentation de cette Loi v. J. CARBONNIER, « *La question du divorce* », D. 1975, chron. 116.

²⁴ J. CARBONNIER, *La question du divorce, Mémoire à consulter*, Dalloz 1975, chron. p. 115.

18. Une proposition de loi avait été adoptée par l'Assemblée Nationale, en première lecture, le 10 octobre 2001. Elle bouleversait le dispositif en vigueur en supprimant le divorce pour faute. Cette proposition ayant été rejetée par le Sénat, le Gouvernement a profité du changement de législature pour établir un projet réformant l'ensemble de la législation, articulé autour de trois axes. D'une part, il était proposé de maintenir le pluralisme des cas de divorces qui caractérise la législation française et qui permet une réelle adaptation des procédures à la diversité des situations familiales. D'autre part, le projet a cherché à rendre les procédures plus efficaces et moins conflictuelles, en apaisant les relations conjugales pendant le cours de la procédure et en favorisant le règlement complet de toutes les conséquences du divorce au moment de son prononcé. Enfin, le projet a cherché à responsabiliser l'époux défaillant, à protéger le conjoint victime et à aménager le dispositif relatif à la prestation compensatoire²⁵.

19. Telles sont les grandes lignes du projet de loi qui a été adopté par le Parlement, sans modification substantielle²⁶. La loi promulguée le 26 mai 2004 est entrée en vigueur le 1^{re} janvier 2005.

Son décret d'application, daté du 29 octobre 2004, n'a pas seulement réformé les dispositions de procédures relatives au divorce et à la séparation de corps. C'est l'ensemble du contentieux familial qui a été rénové²⁷.

Si le législateur n'a pas voulu rompre avec la loi de 1975 mais seulement développer les potentialités de celle-ci, les traits marquants de la réforme révèlent que c'est bien une rupture qui a été réalisée²⁸.

20. La loi a consacré un véritable droit au divorce mais n'a pas retenu les propositions les plus radicales, telles que la suppression du divorce pour faute. Le

²⁵ P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Dalloz, Sirey, 6^e éd. 2013. s

²⁶ *Sénat* : discussion les 7 et 8 janvier 2004 et adoption, après déclaration d'urgence, le 8 janvier 2004. *Assemblée nationale* : discussion les 13 et 14 avril 2004 et adoption le 14 avril 2004. *Sénat* : projet de loi, modifié par l'*Assemblée nationale*, n° 270 (2003-2004) ; Rapp. P. GÉLARD, au nom de l'Assemblée nationale ; Rapp : P. DELNATTE, au nom de la commission mixte paritaire n° 1579 ; discussion et adoption le 12 mai 2004.

²⁷ Décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale (JO 31 octobre 2004, p. 18492), M. DOUCHY-OUDOT, D. 2005. Pan. 1824 ; C. LIENHARD, in *Mélanges PH. SIMLER*, 2005, p. 201.

²⁸ Sur la loi du 26 mai 2004, v. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *La réforme du divorce attendra-t-elle ses objectifs ?* », *Dr. fam.* 2004, n° 13,16 et 19. Adde F. BELLIVIER, *RTD civ.* 2004, p. 565 et s.

législateur a souhaité conserver le pluralisme des cas²⁹. Les cas de divorce par consentement mutuel instaurés par la loi du 11 juillet 1975 ont été maintenus mais modernisés et simplifiés, et d'autres cas de divorce furent si profondément remodelés (le divorce pour rupture de la vie commune devenu divorce pour altération définitive du lien conjugal) que le divorce a sans doute changé de nature. Le législateur a d'ailleurs poursuivi l'œuvre de dédramatisation du divorce en dissociant complètement les conséquences du divorce de ses causes, et en favorisant le divorce par consentement mutuel au détriment du divorce pour faute.

21. L'évolution du droit n'est sans doute pas achevée, et la prochaine étape pourrait consister en sa déjudiciarisation progressive, comme en témoigne le projet, envisagé un temps, puis abandonné, de confier l'enregistrement de l'accord des époux pour un divorce par consentement aux notaires³⁰, ou la proposition pour le moins surprenante du rapport Guinchard³¹ de laisser la compétence de ce divorce au juge aux affaires familiales tout en dispensant les époux de comparaître devant lui.

On peut ajouter que la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe n'a apporté aucune modification au droit du divorce. Il faut en déduire que, naturellement, le divorce des époux de même sexe ne manifesterait pas de spécificités³².

22. Il reste à souligner à quel point un droit du divorce moderne et adapté aux réalités sociales était nécessaire, tant le divorce est devenu une pratique courante, presque un évènement normal dans la vie d'un couple ou dans la vie d'une personne. On peut illustrer ce propos par quelques chiffres. Au lendemain de l'adoption de la loi Naquet, on comptait environ 4000 divorces en 1885, environ 6500 en 1890, chiffres qui sont assez faibles. Ils n'ont pas cessé d'augmenter au cours du XXe siècle. Ainsi, en 1970, on relève plus de 70 000 divorces³³. En 1985, on en comptait plus de 100 000, en

²⁹ Qui constitue moins une spécificité française que la Garde des Sceaux l'a affirmé. v. F. GRANET-LAMBRECHTS, « *L'accès au divorce : droit comparé* » *AJ. fam.* 2003, p. 225.

³⁰ B. BEIGNIER, « *Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire* » *Dr. fam.* 2008, n° 12.

³¹ S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, Paris, La Documentation française, 2008, p. 87 et s.

³² Sur la question, S. THOURET, « *Le divorce pour tous* », *Dr. fam.*, 2013, n° 22.

³³ G. CORNU, *La famille*, Montchrestien, 9^e éd., 2006, p. 502.

2004 plus de 134 000 et en 2005 155 253³⁴. On relève toutefois qu'à partir de 2006, le nombre de divorces prononcés a commencé à baisser. Il était de 139 147 en 2006 et de 130 601 en 2009, avec toutefois une recrudescence en 2010 (133 909)³⁵.

Si, en France, plusieurs lois ont consacré le droit de divorce, le droit musulman libanais a-t-il connu la même évolution ?

III- Le statut personnel dans les communautés libanaises

23. Le Liban a réussi, grâce à son confessionnalisme, à se libérer en partie des différentes règles religieuses, et à adopter un droit civil commun à tous, tout en préservant la particularité du statut personnel laissé aux bons soins de chaque communauté et des tribunaux religieux.

24. En effet, le Liban figure au nombre des pays qui sont soumis, en matière de droit des personnes, à une législation religieuse. Mais sa situation présente, à ce point de vue, des traits spécifiques. Ainsi, il existe un grand nombre de législations confessionnelles, placées les unes par rapport aux autres sur un pied d'égalité et qui s'appliquent sur l'ensemble du territoire. Le pluralisme législatif est l'un des aspects du pluralisme communautaire. L'article 9 de la Constitution libanaise³⁶ a consacré la division des libanais en communautés religieuses reconnues, constituant des entités juridiques ayant chacune son droit et ses tribunaux en matière de statut personnel.

25. Comme le système juridique libanais est un mélange d'inspiration républicaine (due au mandat français entre 1920 et 1943) et religieuse (due à la coexistence de 19 communautés religieuses différentes reconnues par la République libanaise), le droit libanais de la famille est l'illustration typique de cet enchevêtrement entre les sources du droit et leur efficacité relative.

³⁴ Annuaire statistique de la justice, 2007.

³⁵ Annuaire statistique de la justice, 2011-2012.

³⁶ Article 9, Constitution Libanaise promulguée le 26 mai 1926, modifiée par les lois constitutionnelles 24 avril 1976, et 21 septembre 1990.

26. Le Liban connaît un Code de statut personnel géré par les communautés religieuses, qui se distingue du droit civil laïc géré par l'Etat. Ce Code correspond à une période transitoire entre deux temps : l'héritage ottoman où les tribunaux religieux géraient les affaires d'État et les affaires privées (jusqu'à la laïcisation de la Turquie d'Atatürk) et un État libanais moderne laïcisé où le droit familial est un droit civil unifié affranchi du pouvoir des institutions religieuses. Le Code de statut personnel est un droit civil dans la mesure où les textes juridiques sont inscrits dans les lois des différentes religions. Le rôle de la jurisprudence³⁷ reste limité alors qu'il est souvent nécessaire³⁸.

27. La question de la référence à la loi « *hanéfite* » en droit libanais trouve son originalité dans sa marginalité même ; l'image tenace et stéréotypée du face-à-face entre l'islamique et le laïc, entre le Coran et le Code civil, l'un reculant pour que l'autre avance, s'effondre devant le caractère périphérique de la référence islamique dans les textes et les débats juridiques, hier et aujourd'hui.

28. De l'Empire, dont la religion et pendant longtemps le droit était l'Islam sunnite dans sa version hanéfite, il y a eu passage en quelques années à une forme étatique, proclamant sa bienveillante neutralité juridique à l'égard de la plupart des communautés religieuses, chrétiennes et musulmanes. De la loi de l'État ottoman, certes largement entamée par les soubresauts modernisateurs du XIXe siècle, la règle « *hanéfite* » est devenue la loi de quelques communautés parmi d'autres, toutes similairement reconnues par le nouvel État libanais. Concurrencé sur le territoire même de l'Islam par le droit de cité nouvellement acquis des communautés shiite et druze, repoussé par l'agressivité des communautés chrétiennes avides de droit et de pouvoir dans le nouvel État qu'elles ont contribué à créer, la « *communautarisation* » de l'Islam sunnite et de sa loi allait devenir irréversible³⁹. Au delà du débat entre ceux qui ne voient l'État libanais que comme une expression politique méta-communautaire nécessaire au maintien de l'ordre communautaire lui-même, et ceux qui s'attachent davantage à un antagonisme État/communautés, la réalité juridique reste gravée dans sa

³⁷ La jurisprudence libanaise en matière de divorce n'est pas publiée.

³⁸ GANNAGÉ P., *Le pluralisme des statuts personnels dans les états multicommunautaires*, Puf Saint Joseph, éd. 2001.

³⁹ E. RABBATH, *La formation historique du Liban politique et constitutionnel : essai de synthèse*, Université libanaise, Beyrouth 1986, p. 121 et s.

loi constitutionnelle : l'État libanais se situe juridiquement à égale distance de toutes les communautés religieuses, dont il reconnaît l'autonomie dans les affaires du statut personnel, en l'absence de tout droit commun en la matière.

29. Passés les moments de la révolte, le développement inexorable du système fondé sur l'égalité juridique intercommunautaire a lentement absorbé les velléités de supériorité du droit musulman ; le décret-loi n°18 du 13 janvier 1955, amendé par les lois du 28 mai 1956 et du 11 juillet 1962, est venu consacrer l'entrée de la loi dans le rang de la communauté sunnite et de sa loi⁴⁰. La loi « *hanéfite* » est devenue la loi de certaines communautés seulement, et uniquement dans les affaires du statut personnel. Les autres matières ne la concernent plus⁴¹.

30. À partir de là, il devient plus facile de suivre la référence dans les principaux textes libanais, selon un partage assez net entre ce qui relève du statut personnel, où s'appliquent les différentes lois d'origine religieuse, y compris la loi « *hanéfite* », et le reste du droit, où l'inspiration religieuse n'est en principe pas officiellement admise. Ainsi, le principal foyer de la norme islamique dans le droit libanais réside dans ce statut personnel des communautés musulmanes reconnues par l'État (sunnite, shiite, druze), même si cette norme reste elle-même éclatée entre divers courants et traditions. La communauté sunnite applique ainsi, aujourd'hui encore, le Code ottoman de la famille de 1917, lui-même inspiré de différentes traditions juridiques musulmanes⁴². La loi du 11 juillet 1962, organisant les tribunaux de la « *hanéfite* » compétents dans les affaires relative au statut personnel, a également précisé que tout ce qui échappait à ce Code devait être puisé dans la tradition « *hanéfite* », qui constitue donc aujourd'hui la référence juridique principale de la communauté sunnite. La communauté shiite, organisée à son tour par cette loi de 1962 et la loi du 19 décembre 1967, a pour référence la doctrine jaafarite et le Code de 1917. Enfin, la communauté druze a pour

⁴⁰ N. MÉOUCHY, *La réforme des juridictions religieuses en Syrie et au Liban*, raison de la puissance mandataire et raisons des communautés, 1972-1939, in P.-J. LUIZARD, *Le choc colonial et l'Islam*, La découverte, p. 359-382.

⁴¹ B. DUPRET, *La hanéfite aujourd'hui, Usages de la référence au droit islamique*, La découverte, 2012, p. 114.

⁴² C. CHEHATA, *Droit musulman*, applications au Proche-Orient, Dalloz, 1970.

droit de référence la loi du 24 février 1948, ainsi que le droit hanéfite lorsque cette loi est insuffisante⁴³.

31. Ce n'est donc que par le biais du droit étatique que l'autonomie juridique et judiciaire des communautés musulmanes s'institutionnalise progressivement et que la « *hanéfite* » parvient à son existence juridique. L'État ne se contente cependant pas seulement de reprendre certaines normes islamiques dans son droit, mais attribue aussi aux communautés des privilèges juridiques et normatifs exclusifs. Cette capacité communautaire de produire le droit peut même être utilisée contre l'appareil législatif étatique pour le neutraliser dans les affaires familiales. Le refus, en 2010, de certains députés sunnites de voir le Parlement pluricommunautaire légiférer lui-même sur ce sujet, invite à réexplorer cette tension entre l'étatique et le communautaire. L'organisation des tribunaux de la « *hanéfite* » se fait sur un modèle étatique avec des juges du premier degré et un tribunal d'appel pour chaque communauté, en contradiction avec la tradition judiciaire islamique. Contrairement aux communautés chrétiennes, totalement autonomes, les juges de la « *hanéfite* » sont des fonctionnaires de l'État, même si les processus de recrutement et de formation des juges civils et des juges religieux ne sont pas du tout les mêmes. La référence à la « *hanéfite* » au Liban se fait de manière stratégique et contextuelle, chaque acteur communautaire la mobilisant en temps voulu dans les objectifs variés et parfois contradictoires⁴⁴.

Quant aux libanais appartenant aux communautés chrétiennes, les règles applicables aux questions touchant le statut personnel sont d'inspiration religieuse comme le Code des canons des Églises orientales pour les communautés rattachées à Rome⁴⁵.

Les sources du droit musulman (A) ont conditionné la conception du divorce dans l'Islam (B).

⁴³ M. HÉCHAIME, *Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban*, Droit et cultures, 2010, p. 121 et s.

⁴⁴ B. DUPRET, *L'autorité de la référence : usages de la loi hanéfite islamique dans le contexte judiciaire*, 2004, archives de Sciences sociales des Religions, p. 189.

⁴⁵ I. NAJJAR, *Le droit de la famille au Liban au XVIIIe et XIXe siècle : contribution à l'étude du droit des non-musulmans sous l'empire ottoman*, Proche-Orient : Études juridiques, 1987, 40, p. 9.

A- Les sources du droit musulman

32. En dépit de cette diversité interne, le droit musulman obéit à des principes unitaires dans son fonctionnement et il s'est constitué sur un socle scripturaire commun. La première source est le Coran qui jouit d'un statut incomparable auprès des musulmans sunnite et chiite en tant que parole même de Dieu. La deuxième source est la sunna, regroupant les dits ou « *hadits* » et les faits du Prophète, ainsi que son assentiment parfois implicite aux actes de ses compagnons et de ses épouses. La sunna constitue un modèle de conduite pour tout musulman, bien que les textes de référence en la matière diffèrent selon les sunnites et les chiites. Enfin, le droit musulman intègre la coutume comme source du droit, ce qui autorise une certaine spécificité juridique propre à chaque société.

33. De plus, le droit musulman, à côté du corpus de traités juridiques propres à chaque rite, comprend des principes guidant l'usage de ce droit (*fikh*), lesquels permettent d'appréhender ce corpus de façon dynamique et éclairée, et non de façon littérale et dogmatique.

Le rite « *hanéfite* » est le plus répandu au Liban et de par le monde. Un tiers des musulmans l'appliquent. C'est de lui que s'inspira le Code civil ottoman. Il s'applique au Liban, en Egypte, en Syrie, en Jordanie ou encore en Irak.

On abordera maintenant la conception du divorce dans l'Islam.

B- La conception du divorce dans l'Islam

34. La question du divorce au Liban est uniquement religieuse. C'est dans le Coran et la Sunna que le divorce est envisagé.

35. « *Le divorce n'est pas une chose agréable. Si le mariage est l'occasion de joie pour ceux qui se marient et pour leurs proches, le divorce est une cause de*

tristesse »⁴⁶. C'est bien pourquoi, alors que la rumeur avait circulé selon laquelle le Prophète avait divorcé de ses épouses, les Compagnons étaient assis, attristés, dans la mosquée. L'Islam considère le divorce comme la rupture d'un sacrement car le mariage islamique est un sacrement administré par un homme de religion pour fondre deux âmes en une seule, et aussi comme un contrat conclu entre deux personnes consentantes. Cependant, ce contrat particulier doit nécessairement avoir comme objectif, au moment de sa conclusion, de durer de façon indéfinie. C'est pourquoi le mariage temporaire est strictement interdit par l'Islam.

36. Dès lors, le divorce, s'il est une chose possible, ne doit se produire entre les deux personnes qu'en dernier recours. Si l'Islam a prévu le divorce, c'est parce qu'il entend tenir compte de la nature humaine : il peut arriver que les deux personnes ayant fondé un foyer se trouvent au bout de quelque temps de vie commune incapables de vivre ensemble. La possibilité de divorcer est le moindre des maux. En effet, obliger deux personnes qui ne s'entendent absolument plus à rester ensemble serait les exposer à des dangers. Si l'Islam a rendu possible le divorce, il le considère comme « *quelque chose du dernier recours, quelque chose qui n'est pas agréable, quelque chose qui, lorsque pratiqué abusivement, constitue un problème social* »⁴⁷.

37. Le Coran conçoit le divorce d'une façon indéterminée. Dans plusieurs versets⁴⁸, il a déterminé les cas de divorce sans définir cette notion expressément. Selon certains versets coraniques, le divorce serait envisagé comme la dissolution du mariage. Quant au mariage, il est nécessairement religieux. Il se déroule devant une autorité compétente qui, chez les musulmans, est un homme de religion : un Imam.

38. N'est-ce pas la preuve que le divorce est bien une chose qui est certes permise, mais que Dieu n'aime pas ? Ibn Taymiya écrit : « *La première règle à propos du divorce est l'abstention. Il n'en a été rendu possible que la quantité nécessaire* »⁴⁹. Shah Wali ajoute: « *Sache le fait que le divorce se généralise et qu'il devienne une chose à laquelle on accorde aucune importance recèle de nombreux maux* »⁵⁰. Et de

⁴⁶ Parole attribuée au Prophète, rapporté par l'Imam Al BUKHARI, *Sahih Al-Bukhari*, tome 1.

⁴⁷ Parole attribuée à IBN TAYMIYA, *Majma al-fatawa*, tome. 33, p. 81 et s.

⁴⁸ Coran, Sourate, *al-talaq* LXV verset 1 et s. Sourate *al-nisaa* IV, verset 3-4-229.

⁴⁹ Parole attribuée à IBN TAYMIYA, *Majma al-fatawa*, tome 33 p. 81 et s.

⁵⁰ SHAH WALI, *Hujjat Allah al balligha*, Le Caire, 1321 hég. tome 2.

mentionner parmi ces maux, le fait que les gens pourraient multiplier mariages et divorces, avec la secrète intention de pouvoir vivre, sous couvert de mariage, ce qui s'apparente en réalité au libertinage. La banalisation du divorce annihile le développement des responsabilités familiales, des qualités d'entraide mutuelle et de patience face aux petites adversités de la vie de couple. En somme, on privilégie la légèreté face à la conscience du devoir. Malgré tout, si l'Islam n'a pas voulu interdire le divorce, c'est parce qu'il arrive qu'un couple ne puisse plus avoir de vie commune, les conflits étant insupportables⁵¹.

39. L'Islam considère que le divorce est possible en soi, et il est juridiquement valable. Mais c'est la mauvaise gestion de cette possibilité de divorcer qui en fait quelque chose de mauvais sur le plan moral. Le divorce doit être une institution de dernier recours. Pour l'éviter au maximum, il faut que chaque membre du couple sache se préserver de l'égoïsme et de l'individualisme. Il faut que chacun pardonne, que chacun fasse plaisir à l'autre.

40. C'est bien ce que « *Ibn Hajar* »⁵² a mis en exergue en détaillant plusieurs catégories de divorces : juridiquement valables, certains divorces ne sont pas moins mauvais, sur le plan moral. Ainsi en est-il, dit Ibn Hajar, du divorce auquel on a recours sans raison sérieuse. En revanche, il existe, d'un autre côté, le divorce devenu nécessaire: « *c'est celui auquel on a recours quand les conjoints ne s'entendent plus du tout et dont la commission de réconciliation prévue par le Coran préconise la séparation* »⁵³.

41. Le Coran recommande que, même en cas de mésentente grave et prolongée, on ait recours non pas directement à la formule du divorce mais à une commission qui tentera la réconciliation. Cette commission, composée par le juge, est constituée d'une personne de la famille de la femme et d'une autre de la famille du mari. Elle aura pour objectif de tenter la réconciliation entre les deux époux. Dans le cas où il apparaît que cette réconciliation est impossible, le juge pourra prononcer le divorce.

⁵¹ SHAH WALI, *Hujjat Allah al balligha*, Le Caire, 1321 hég .tome 2.

⁵² IBN HAJJAR, *Fath al-Bari*, Le Caire 1329 hég. tome 9, p. 322.

⁵³ Coran, Al Nissâ 4, verset 35 qui dispose : « *Si une rupture entre les deux conjoints est à craindre, susciter alors un arbitre de la famille de l'époux et un arbitre de la famille de l'épouse, si les deux conjoints ont le réel désir de se réconcilier, Dieu favorisera leur entente, car Dieu est omniscient et parfaitement informé* ».

42. La dimension du dernier recours que connaît le divorce dans l'Islam apparaît également dans d'autres sources musulmanes. Le Prophète a interdit de divorcer dans un moment de colère: « *Pas de divorce prononcé dans un moment de colère* »⁵⁴. De même, Shâh Wali-Allah a écrit que si le Prophète a interdit à l'homme de divorcer de sa femme pendant qu'elle est en période de règles, c'est à cause du principe selon lequel le divorce est un acte mûrement réfléchi. En effet, les relations intimes étant interdites en période de règles, la grande intimité que connaissent les époux en période de pureté n'existe pas. L'Islam veut que, si le recours au divorce ait lieu, ce soit malgré la possibilité d'une grande intimité et donc forcément sur la base d'une décision longuement réfléchie, ce que présume « *l'état de pureté* »⁵⁵.

43. Il faut également savoir qu'après avoir divorcé, non seulement les deux ex-époux peuvent refaire leur vie chacun de leur côté (en se mariant chacun avec une tierce personne), mais ils peuvent également, s'ils le désirent, redevenir époux en contractant un nouveau mariage ensemble. Cependant, cette règle de pouvoir refonder le même foyer ne s'applique que lorsqu'un ou deux divorces ont été prononcés. A partir du troisième divorce prononcé, les deux ex-époux ne peuvent plus contracter de mariage ensemble, sauf si l'ex-épouse s'est remariée avec un autre homme dont elle a à nouveau divorcée. Dans ce cas, elle pourra se remarier avec celui qui fut dans le passé son mari⁵⁶.

Ainsi décrit, le divorce en droit musulman libanais n'est pas sans heurter le principe d'égalité.

IV- La notion d'égalité

Ancré dans les textes internationaux, le principe d'égalité (B) ne cesse de susciter des débats qui ont parfois pris une nature philosophique (A). Objet de notre étude, le principe d'égalité entre époux (C) connaît une particularité dans un pays où le pluralisme des statuts personnels est la règle (D).

⁵⁴ Parole attribuée au Prophète, rapportée par ABOU DAWOOD, *Hujjat Allah el balligha*, tome 2, page 371.

⁵⁵ SHAH WALI, *Hujjat Allah al balligha*, le caire, 1321 hég .tome 2.

⁵⁶ Coran, Sourate Al-Nissâ, verset 229.

A- L'égalité selon une approche philosophique

44. Le XVIII^{ème} siècle nous invite à faire l'histoire de l'égalité dans l'histoire de l'humanité. C'est dans cette démarche historique que la définition variable de l'égalité va se préciser. Un dialogue s'instaure d'ailleurs à ce sujet entre deux auteurs Voltaire et Rousseau. Les œuvres de chacun sont écrites pour une bonne part en échos aux œuvres de l'autre. Sans qu'aucun des deux écrivains ne proposent une synthèse complète de sa pensée sur l'égalité, chacun fournit des éléments suffisants pour qu'un lecteur attentif saisisse les conceptions qui sous-tendent un échange souvent allusif.

45. Voltaire ne se soucie pas de prouver l'égalité de principe qui caractérise tous les hommes, il l'affirme comme une évidence universelle. Il résume, énergiquement, cette attitude, dans une variante de l'article « *Égalité, les questions sur l'Encyclopédie* ». Il est clair, écrit-il, que « *tous les hommes jouissant des facultés attachés à leur nature sont égaux* »⁵⁷. Ils le sont quand ils s'acquittent des fonctions animales, et quand ils exercent leur entendement. Tous les animaux de chaque espèce sont égaux entre eux. L'égalité naturelle liée à la condition de l'homme, aux limites de ses sens, à ses communes souffrances, à son destin de mortel, suscite chez Voltaire un lyrisme amer : « *Les mortels sont égaux, leur masque est différent. C'est du même limon que tous ont pris naissance, dans la même faiblesse, ils traînent leur enfance, et le riche, et le pauvre, et le faible, et le fort, ont tous également des douleurs à la mort* ». Cette égalité profondément ressentie crée moins des droits qu'une solidarité spontanée qui s'exprime dans la bienfaisance voltairienne, une des formes de l'activité de l'écrivain.

46. La forte intuition de l'égalité de tous les hommes, plus ou moins bien soutenue par le raisonnement, produit un autre effet chez Voltaire. Elle est le fondement d'une assurance sans faille dans la conquête sociale. Dès son séjour en Angleterre, au début de sa carrière, il note dans ses carnets, en ayant bien dans le cœur que tous les

⁵⁷ F.-M. A. VOLTAIRE, *Questions, sur l'Encyclopédie, par des amateurs : César, Égalité*, Œuvres complètes de Voltaire, Voltaire fondation 2009.

hommes sont égaux, et dans la tête que l'extérieur les distingue, on peut se tirer d'affaires. Se tirer d'affaires c'est-à-dire, réussir dans le monde, faire une carrière brillante.

47. Pour lui, l'idée d'une égalité de tous les hommes est « *une vérité dangereuse quand elle anime des êtres ordinaires sans ressources et sans avenir* ». L'historien Voltaire, dans l' « *Essai sur les mœurs* » écrit : « *Une vérité dangereuse qui est dans tous les cœurs c'est que les hommes sont nés égaux* »⁵⁸. L'égalité de naissance justifie les revendications que Voltaire juge irréalistes car elles recouvrent des différences considérables, toutes aussi naturelles qu'elles. Il y a même dans la nature de l'homme des éléments qui condamnent le rêve d'une égalité réelle. « *Tout homme naît avec un penchant assez violent pour la domination, la richesse, et les plaisirs. Ce sont donc les passions naturelles de l'homme qui créent l'inégalité universelle, éternelle. Elles sont invincibles. L'égalité sociale n'est donc qu'une chimère* »⁵⁹.

48. La véritable égalité se définit comme le droit égal au bonheur. Avoir les mêmes droits à la félicité, c'est pour nous la parfaite et seule égalité. Et heureux sont ceux qui, par leurs activités et leurs regards positifs sur l'existence, savent tirer profit de ces droits à la félicité, égaux pour tous. Le pouvoir et la richesse jettent le roi dans les soucis, et dans l'ennui. La peine et la pauvreté donnent aux journées agricoles la paix du cœur et la santé.

49. L'égalité n'a donc nullement besoin d'être conquise : elle existe entre tous les hommes mais à l'état caché. Cette philosophie consolante suggère que chacun doit tirer le meilleur parti de ce sort secrètement égal pour tous. Il s'agit de transformer les possibilités en réalités, à force de travail, d'intelligence, de vertu ou de sagesse. On voit combien Voltaire propose une conception de l'égalité adaptée à l'essor d'une économie libérale. Il mérite l'autorité et le prestige qu'il a eus dans la bourgeoisie entreprenante du XIX^{ème} siècle.

50. Rousseau dans son célèbre « *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes* », suggère que l'égalité est première, et l'inégalité un avatar de l'histoire. La

⁵⁸ F.-M. A. VOLTAIRE, *Essai sur les mœurs, et l'esprit des nations*, Une œuvre du domaine public, Book en Demand, 1900.

⁵⁹ F.-M. A. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Œuvres complètes de Voltaire, Broché, 1829.

base de l'égalité est en réalité un consensus : « *les hommes d'un commun aveu sont naturellement aussi égaux entre eux que ne l'étaient les animaux de chaque espèce, avant que diverses causes physiques eussent introduit dans quelques-uns les variétés que nous y remarquons* »⁶⁰. Mais cette égalité primitive souffre dès le début d'imperfections, chez Rousseau comme chez Voltaire. Si l'inégalité morale et politique fondée sur la richesse, l'honneur ou le pouvoir apparaît comme une usurpation, il existe déjà dans l'état de nature avant même l'organisation de la société une inégalité naturelle ou physique liée à l'âge, à l'état de santé, aux forces du corps, aux qualités de l'esprit et de l'âme. C'est alors que l'égalité disparaît progressivement à mesure que la société s'organise. On comprendra combien la différence d'homme doit être moindre, dans l'état de nature que dans celui de société, et combien l'inégalité naturelle doit augmenter dans l'espèce humaine par l'inégalité d'institution.

51. Cette sombre histoire d'égalité ne conduit pas Rousseau aux mêmes conclusions pragmatiques que Voltaire. Elle entraîne tout au contraire le rejet d'un état de fait illégitime et conduit à ne reconnaître comme acceptable qu'une autorité fondée sur une libre convention. Rousseau écrit : « *Puisqu'aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit, reste donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes* »⁶¹. On le voit, la disparition de l'égalité dans le monde moderne n'éteint nullement la soif d'égalité dans la pensée de Rousseau. Elle conduit simplement à un effort d'imagination politique pour remédier à une situation insupportable. Il s'agit d'inventer un pacte social. Dans ce pacte fondateur d'un nouvel État, tous les citoyens renoncent à faire valoir leur volonté ou leurs intérêts personnels, et s'en remettent pleinement à la volonté générale. Cet acte solennel permet de retrouver l'égalité, depuis longtemps perdue en raison de l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté. La condition est égale pour tous. Cette égalité établie est un état désirable, car la condition étant égale pour tous, nulle n'a intérêt à la rendre onéreuse aux autres, c'est-à-dire difficile à supporter.

⁶⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, Broché, 2013.

⁶¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, Broché, 2013.

B- L'égalité en droit français

52. En France, le principe d'égalité est un droit constitutionnel. Il est mentionné à plusieurs reprises dans les textes du « bloc de constitutionnalité »⁶². Le juge peut se référer notamment à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, au Préambule de la Constitution de 27 octobre 1946 ou encore à la Constitution de 1958 (préambule, article 1 et 212) pour rendre effectif ce droit.

53. Parmi les instruments à caractère universel qui consacrent le principe d'égalité en droit, on relèvera principalement la Charte des Nations Unies dont l'article 1-3 proclame « *le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, parmi les buts de l'Organisation*⁶³ ». La même formulation est reprise dans l'article 55-c qui insiste également sur l'universalité et l'effectivité de cette règle. Ces dispositions ont constitué une source d'inspiration pour la Déclaration Universelle des droits de l'Homme, dont le préambule se réfère à l'égalité des droits des hommes et des femmes, proclamée dans la Charte, avant d'énoncer, dans son article 1^{er} que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ».

54. Concernant plus particulièrement le principe d'égalité en droit, on rappellera notamment les dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966⁶⁴. L'article 3 du Pacte aborde ce principe sous l'angle spécifique de l'égalité entre hommes et femmes. L'article 26 revêt une portée générale en énonçant dans son premier alinéa que « *toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi* »⁶⁵. Et la même disposition insiste ensuite sur le principe de non-discrimination. Cette coexistence du principe d'égalité et de celui de non-discrimination dans une seule disposition démontre, si besoin en était, le lien intrinsèque entre les deux principes.

⁶² Désigne l'ensemble des normes constitutionnelles prises en compte lors du contrôle de constitutionnalité des lois exercées par le Conseil constitutionnel. Le bloc de constitutionnalité comprend également les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

⁶³ O.N.U., Art. 1-3.

⁶⁴ Art. 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New York le 16 décembre 1966, dispose " *les états parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte*".

⁶⁵ Art.26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

55. Pour reprendre les termes de l'article 1^{er} du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, l'expression « *discrimination à l'égard des femmes* » vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine.

56. Cette juxtaposition entre égalité et discrimination figure également dans les définitions contenues dans d'autres conventions à caractère universel. Il apparaît par conséquent que le principe d'égalité constitue le socle sur lequel se fonde toute une série d'instruments tendant à combattre diverses formes de discrimination.

57. Une observation analogue vaut, en règle générale, au sujet de l'article 14 de la Convention Européenne de Droits de l'Homme qui consacre le principe de non-discrimination. Égalité en droit et non-discrimination vont de pair dans la logique des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, en ce sens que la deuxième présuppose la première. Encore faut-il relever que le principe d'égalité en droit n'est pas énoncé en tant que tel dans la Convention et que la Cour n'exclut pas nécessairement toute distinction de traitement, même lorsqu'il s'agit de situations analogues ou comparables.

58. Par ailleurs, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement. Cette approche nuancée ne semble pas pouvoir être affectée par l'entrée en vigueur⁶⁶ du Protocole additionnel n°12 de la Convention Européenne des droits de l'Homme. Celui-ci tend à généraliser l'application du principe de non-discrimination dans le système de la Convention, en lui conférant une portée autonome. Le préambule du Protocole énonce « *expressis verbis* » le principe fondamental selon lequel toutes les personnes

⁶⁶ Le Protocole additionnel n°12 entre en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle dix États membres du Conseil de l'Europe auront exprimé leur consentement à être liés par le présent Protocole, conformément aux dispositions de son article 4.

sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de celle-ci⁶⁷. C'est sur cette base, précisément, que les États signataires se disent résolus « à prendre de nouvelles mesures pour promouvoir l'égalité de tous par la garantie collective d'une interdiction générale de discrimination par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales⁶⁸ ».

59. Le rapport entre le principe d'égalité en droit et le principe de non-discrimination, relation qui sous-tend l'article 14 de la CEDH⁶⁹, devient explicite dans le préambule du Protocole n° 12⁷⁰. Cela ne devrait pas entraîner un revirement jurisprudentiel quant à l'interprétation précitée de la notion du traitement discriminatoire en tant que telle.

60. Au terme d'une lente et difficile évolution, le principe est désormais celui de l'égalité des droits qui assurent, ensemble, la direction de la famille. Après être revenu sur la teneur du principe, il faudra rappeler que, à la différence de l'union libre, le mariage engendre, dans les rapports personnels entre les époux, un certain nombre de devoirs réciproques qui ont un caractère d'ordre public, ce qui signifie que les époux ne peuvent, notamment dans leur contrat de mariage, les écarter.

61. En France, l'égalité acquise entre les époux résulte d'une longue évolution⁷¹. L'effet essentiel du mariage sur le plan juridique a été pendant longtemps l'incapacité de la femme mariée et son corollaire, l'autorité maritale. C'était une création des coutumes germaniques, sans doute liée à la dureté des temps, car le droit romain, qui

⁶⁷ Son article 1, § 1, prévoit que « la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques (...) ».

⁶⁸ La Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales a été signée à Rome le 4 novembre 1950. En France n'a été ratifiée qu'en 1974. V. A. PELLET, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme », RDP, 1974, p. 1319.

⁶⁹ L'article 14 de la CEDH dispose : « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

⁷⁰ Le Protocole n°12 à la CESDH a été élaboré au sein du Conseil de l'Europe par le Comité Directeur pour les droits de l'homme (CDDH). Il est entré en vigueur après avoir été ratifié par dix États membres du Conseil de l'Europe, conformément à son article 5. Sur ce protocole, voir B. RENAUD, « Le 12^e protocole à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales : l'égalité en marche », Rev. Dr. des étrangers 2001, n° 114, pp. 341-355 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA 2000, p. 1006.

avait connu une solution proche, l'avait abandonnée dans son dernier état.

62. Le Code civil français, peu féministe sous l'influence de Bonaparte, avait consacré cette incapacité de la femme mariée dans un but de protection et non sans motifs politiques. L'article 213 du Code civil énonçait que « *le mari doit protection à sa femme, la femme doit obéissance à son mari* ». Cette incapacité devait marquer le droit pendant de nombreuses années, malgré quelques réformes de détail et ses traces fort atténuées ne disparaîtront vraiment qu'avec la loi n°85-1372 du 23 décembre 1985. Dans le cadre d'une famille hiérarchisée, le mari, doté de la puissance maritale et paternelle, orchestrait la vie du mariage. Mais c'était sans compter sur une évolution liée aux bouleversements de l'histoire⁷². En fait, depuis le Code civil, l'évolution plus ou moins rapide des mœurs et les différents événements, qui ont obligé la femme à prendre une part plus active dans la société et dans la vie du ménage, ont imposé constamment une diminution de cette incapacité, et une reconstruction du couple sur la base d'une égalité de plus en plus nette, jusqu'à conduire à la suppression des termes « *mari* » ou « *femme* », l'indication du sexe devenant sans intérêt dans un droit strictement égalitaire⁷³.

63. À cet égard, l'étape symbolique avait été franchie par la loi de 18 février 1938 et celle du 22 septembre 1942 supprimant le devoir d'obéissance de la femme et l'expression de « *puissance maritale* ». Mais faute d'une réforme globale du Code civil, les textes précisaient que l'exercice de la capacité de la femme pouvait être limité par le contrat du mariage ou la loi. La portée de la réforme était limitée d'autant plus que de nombreux textes constituant l'ancien environnement de l'incapacité de la femme, restait en place, tels ceux relatifs aux institutions tutélaires des régimes matrimoniaux ou encore à la puissance paternelle. Il faudra donc pratiquement attendre les premières réformes modernes du Code civil pour que l'ensemble du droit privé tire, enfin, les conséquences du principe de l'égalité des sexes.

64. Ce fut d'abord la loi n°64-1230 du 14 décembre 1964 qui est venue supprimer les incapacités ou les restrictions frappant la femme, même si le texte, sous le

⁷² H. FULCHIRON, *Mariage, conjugalité, parenté, parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2009.

⁷³ M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Le couple en droit civil*, Dr. fam. 2003, Chron. 22.

prétexte d'efficacité envers les tiers, a maintenu l'administration légale des biens des enfants au père, au moins dans la famille légitime. La même orientation, encore plus accentuée, se retrouvait avec la loi n°70-459 du 4 juin 1970⁷⁴ portant réforme de la puissance paternelle laquelle fut remplacée par l'autorité parentale. La qualité de chef de famille du mari a disparu et les parents devaient assurer ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Il a fallu attendre la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale pour que les dernières distinctions entre les parents disparaissent⁷⁵.

65. C'est la loi du 23 décembre 1985 qui a accordé aux époux la gestion commune de la communauté en régime légal, en supprimant toute référence au mari ou à la femme pour bien marquer l'égalité désormais totale. Cette égalité se retrouve non seulement dans le régime matrimonial légal, mais également dans le régime primaire impératif. Dans une large mesure, l'égalité des époux est devenue d'ordre public⁷⁶. Cette évolution a soulevé des protestations au nom de l'efficacité économique ou de la protection nécessaire d'un époux contre les initiatives de l'autre, et on a pu lui reprocher d'être parfois dangereuse en privant notamment la femme d'une protection dont elle ne pouvait pas toujours se passer, les mœurs n'ayant pas toujours évolué aussi vite que la loi⁷⁷. Elle a néanmoins profondément modifié les effets du mariage à l'époque moderne et ne suscite plus aujourd'hui de stigmatisations.

66. Une ultime étape a été franchie avec les lois n°2002-305 du 4 mars 2002 relative au nom de la famille et à l'autorité parentale⁷⁸. De portée beaucoup moins pratique, mais d'une valeur plus symbolique, la réforme du nom (qui de « *patronymique* » est devenu de « *famille* ») a eu pour objet principal de remédier à l'inégalité des sexes dans la transmission des noms. Pour l'essentiel, la loi permet aux parents de choisir de transmettre à leur enfant leurs deux noms, le nom de la mère ou celui du père. La disparition de la suprématie masculine qui régnait dans la transmission du nom à l'enfant né dans le mariage, s'inscrit dans un plus large mouvement de

⁷⁴ C. COLOMBET, « *Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale* », D. 1971.

⁷⁵ Recueil D. 2002, n°20, doctrine p. 1571.

⁷⁶ Protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme, article 5 qui dispose que « *les époux jouissent de l'égalité de droit et de responsabilité de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ».

⁷⁷ D. 1951. Chron. 141, chap. 2.

⁷⁸ Loi n°2002-305 du 4 mars 2002, JO. 5 mars 2002.

recherche d'une égalité parfaite dans l'ensemble du droit de la famille, au sein du couple mais aussi entre les différents types de filiation. Cette suprématie n'a toutefois pas été totalement résorbée dans la mesure où, en l'absence de choix des parents ou en cas de désaccord, le nom du père demeure, à titre supplétif, celui qui portera l'enfant⁷⁹. Pourtant, il ne semble pas que le problème de l'égalité entre les époux se situait véritablement au niveau de la transmission du nom de l'enfant. Il s'agit davantage de la question du port par les femmes du nom de leur mari à titre d'usage. En effet, alors que toute personne conserve son nom légal de naissance, la très grande majorité des femmes mariées utilisent la possibilité de porter à titre d'usage, le nom de leur mari. Cet état des faits montre le poids des mœurs que le législateur, acquis à la cause de l'égalité des sexes, ne peut renverser par sa seule volonté⁸⁰.

67. Aujourd'hui, si l'idée d'égalité entre l'homme et la femme formant le couple paraît naturelle et semble s'imposer avec la force de l'évidence, il faut tout de même souligner que l'affirmation du principe n'est, en réalité, que relativement récente. Dans le Code civil de 1804, la prééminence du mari était quasi-absolue, et l'article 213 du Code civil consacrant l'autorité maritale allait même jusqu'à imposer à la femme d'obéir à son mari et d'habiter chez lui. Le tout était d'ailleurs complété, plus généralement, par l'incapacité juridique de la femme mariée, seulement supprimée par une loi du 18 février 1938⁸¹.

68. Depuis cette réforme, la prépondérance du mari n'avait pas pour autant disparu. Certes limitée, elle subsistait, le mari choisissant, par exemple, la résidence de la famille. C'est surtout à partir du milieu des années soixante que la marche vers l'égalité entre les époux s'est faite plus nette, notamment avec la loi du 13 juillet 1965 portant réforme du droit des régimes matrimoniaux qui est venue conférer à la femme d'importants pouvoirs de gestion dans la vie du ménage. Mais le renversement, du point de vue des principes, s'est véritablement opéré avec la loi du 4 juin 1970 substituant, au sein du couple, des rapports d'égalité aux rapports de soumission. L'article 213 du Code civil, modifiée par cette loi, dispose que « *les époux assurent, ensemble, la direction*

⁷⁹ Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, JCP, n. 2002, p. 241.

⁸⁰ M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, « *La loi 26 mai 2004 relative au divorce* », Dalloz, 2004.

⁸¹ Loi du 18 février 1938 - suppression de la puissance maritale, de l'incapacité juridique de la femme mariée ainsi que de son devoir d'obéissance.

morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ».

69. Le législateur français a consacré un principe d'exercice en commun des pouvoirs par les époux avec un partage des responsabilités dans le ménage. Il faut noter que la loi du 4 juin 1970 avait laissé subsister une inégalité à propos du choix de la résidence de la famille. En cas de désaccord, la décision était prise par le mari seul. Cette séquelle d'inégalité a été supprimée par la loi du 11 juillet 1975, le nouvel article 215 du Code civil indiquant désormais que la résidence de la famille est au lieu choisi par les époux « *d'un commun accord* ». La suite n'a fait que confirmer et renforcer l'égalité des droits des époux, pleinement achevée par la loi du 23 décembre 1985.

70. Le principe suscite, à plusieurs égards, quelques difficultés de mise en œuvre. Certaines d'entre elles apparaissent en cas de désaccord entre les époux, d'autres s'expliquent par la nécessité de respecter la liberté individuelle de chacun d'eux. D'abord, les époux étant placés sur un pied d'égalité, des désaccords sur la décision à prendre dans la conduite du ménage sont possibles, désaccords qui justifient le recours au juge. Si la question ne fait pas de doute lorsque, précisément, un tel recours a été expressément envisagé par le législateur, elle est certainement plus complexe dans l'hypothèse inverse. Dans le silence de la loi, est-il possible de prévoir un recours au juge ? Les avis sont, à l'heure actuelle en doctrine, partagés, et une incertitude existe d'ailleurs en cas de désaccord entre les époux dans le choix de la résidence de la famille. L'article 258 du Code civil prévoit bien, il est vrai, qu'en cas de rejet d'une demande en divorce, le juge peut statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille, et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Cependant, l'article 215 Code civil en ne donnant pas de solution dans l'hypothèse, distincte de celle visée par l'article 258, d'un désaccord entre les époux pour fixer le lieu de la résidence de la famille en dehors de toute procédure de divorce, laisse penser que pèse sur les époux une obligation, implicite, de concertation.

71. Ensuite, la codirection de la famille, justifiée par la parfaite égalité entre les époux, n'empêche pas qu'il faille respecter l'autonomie et la liberté individuelle de

chacun d'eux⁸². La loi favorise d'ailleurs, à ce titre, l'action unilatérale de l'un des époux avec l'accord tacite de son conjoint pour les actes courants (notamment pour les actes usuels de l'autorité parentale). En outre, le mariage n'affecte pas les règles protectrices de l'intégrité physique, chacun des époux étant, par exemple, seul maître des autorisations à donner quant à son corps, de telle sorte que le conjoint n'a aucune qualité pour autoriser des interventions médicales, même si l'intéressé est hors d'état de manifester personnellement sa volonté, la décision appartenant, dans ce cas, aux médecins (article 1-3 C. civ.).

72. Plus généralement, il faut retenir que chaque époux peut agir seul non seulement pour ce qui relève de l'intégrité physique comme morale (protection du droit à l'image et à l'intimité par exemple) de sa personne, mais aussi pour ce qui relève de l'exercice d'un certain nombre de libertés fondamentales (dont la liberté d'opinions politiques, syndicales ou religieuses par exemple).

73. De ce qui précède, il en résulte que les lois successives ont progressivement instauré le principe d'égalité au sein de la famille en droit français ; si le Code civil de 1804 avait donné plus de pouvoirs au mari, considéré comme « *le chef de famille* », pour assurer la direction de cette union, aujourd'hui il en va autrement. Avec la prolifération des normes, sous l'influence des conventions internationales, la femme est dotée des mêmes droits et pouvoirs que son époux.

74. De même en matière de divorce, l'initiative de la rupture du lien conjugal appartient soit à l'épouse, soit à l'époux, quelle que soit la cause du divorce. Donnant la possibilité à chaque époux d'introduire une requête aux fins de divorce, le droit français fait du principe d'égalité une traduction concrète en matière de divorce.

Si tel est le cas en droit français, qu'en est-il en droit musulman libanais ? Le droit libanais relatif au divorce pose-t-il un principe d'égalité ?

C- L'égalité en droit libanais

⁸² F. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 4^e éd., 2011.

75. Le Liban est le seul pays où le pluralisme des statuts personnels ne s'accompagne d'aucune prédominance d'un droit sur l'autre. La neutralité de l'État à l'égard de toutes les confessions permet ainsi d'envisager avec une parfaite égalité les statuts en conflit dont la solution est tributaire de considérations purement juridiques.

76. Cette égalité favorise une meilleure réalisation de la justice conflictuelle. Celle-ci va en effet trouver son fondement, indépendamment de tout autre critère, dans le seul rattachement des situations juridiques au droit qui en est le plus proche, celui dans la sphère duquel elles se localisent le mieux.

77. En revanche, le sujet du divorce au sein des diverses communautés religieuses au Liban diffère quant à l'acceptation et la détermination de ses conditions. Chaque communauté a son propre statut personnel. L'égalité entre les personnes au Liban en ce qui concerne le mariage et le divorce, n'existe plus en raison de l'existence de plusieurs communautés. La communauté maronite, par exemple, est la plus conservatrice à ce sujet. Elle n'envisage pas le divorce mais uniquement l'annulation du mariage. La communauté druze est la plus avant-gardiste dans les conditions du divorce : elle admet le divorce pour différends irréconciliables sans faute et exige une consultation psychologique avant son prononcé.

78. Le droit de divorcer au Liban se heurte au principe d'égalité entre époux dans toutes les communautés : d'une part, les chrétiens interdisent le divorce ; d'autre part, les musulmans donnent l'exclusivité de divorcer au mari. En effet, le divorce est interdit pour les catholiques, qui n'admettent pas le divorce puisque tout mariage valide et consommé ne peut être dissous par aucune puissance humaine ni par aucune cause, sauf la mort. Ce droit admet toutefois que le mariage non consommé puisse être annulé. Dans cette hypothèse, la législation réserve au Saint-Siège le pouvoir de dissoudre le mariage pour une juste cause, à savoir la non-consommation du mariage. La non-consommation du mariage peut également donner lieu à une décision de dispense du siège apostolique pour une juste cause, à la demande des deux parties ou de l'une d'elles, même si le conjoint refuse. Il faut pour cela qu'il existe une certitude juridique de non-consommation, la non-cohabitation des époux faisant présumer cette absence de consommation. Une séparation de corps est envisageable pour séparer les couples en conflit. Cette possibilité n'est pas reconnue par la communauté musulmane.

79. Pour la Communauté grecque orthodoxe, le divorce est possible dans certains cas, tel que la non-virginité de la jeune épouse ou lorsque le mari la soupçonne de fréquenter des endroits malsains ou encore lorsque la femme détruit intentionnellement les possibilités de son mari à procréer. La femme peut également demander le divorce si son mari l'oblige à commettre l'adultère, s'il pratique la sodomie avec elle ou s'il l'accuse d'adultère sans qu'il ne puisse le prouver ou bien si elle tombe enceinte alors que le mari est absent ou impuissant. Mais de toute manière, la femme ne peut obtenir le divorce que si le mari l'accepte. L'égalité dans le divorce est loin d'être consacrée, la femme ne pouvant divorcer qu'avec l'accord de son mari⁸³. L'inégalité entre les époux se manifeste également en cas d'adultère. Une femme coupable d'adultère est susceptible d'être emprisonnée de trois mois à deux ans, sauf si le mari lui accorde son pardon. En revanche, un homme coupable d'adultère ne peut être poursuivi en justice que si l'acte s'est accompli dans le foyer conjugal ou s'il a déclaré sa relation adultère en public.

80. Quant à la communauté musulmane, elle applique au mariage et au divorce des solutions retenues par le droit musulman et dégagées par des tribunaux propres à chacune des communautés. D'un point de vue juridique, les problèmes du statut personnel sont des problèmes de la vie quotidienne qui ne peuvent rester en suspens⁸⁴. C'est la raison pour laquelle les tribunaux ont dû intervenir afin de clarifier certains textes et unifier la jurisprudence.

Fondé sur les prescriptions musulmanes, le droit libanais relatif à la famille n'est qu'une traduction de la conception musulmane du divorce, ce qui explique l'inégalité qui caractérise la famille libanaise.

81. La Constitution libanaise dispose que tous les citoyens libanais sont égaux devant la loi et jouissent des mêmes droits civils et politiques. Mais, en réalité, l'égalité au Liban reste, pour les femmes libanaises, de la pure théorie.

⁸³ HAYKAL R., *La typologie des religions au Liban*, Alpes, volume 1, p 27.

⁸⁴ F. HAGE-CHAHINE, *Droit et religion*, cedroma, éd. Bruylant, 2003.

82. Le Liban, comme de nombreux pays musulmans, a ratifié la Convention des Nations Unies pour l'élimination de toute forme de discrimination envers les femmes, mais beaucoup l'ont assortie de « *réserves* » touchant en particulier à la question de l'autorité de l'homme dans la famille. La question de la suprématie de l'homme sur son épouse est importante dans la pensée juridique musulmane. Elle trouve sa source dans le Coran⁸⁵ : « *les hommes ont autorité sur les femmes, du fait qu'Allah a préféré certains d'entre vous à certains autres, et du fait que les hommes font dépenses, sur leurs biens, en faveur de leurs femmes* ». Elle est ici justifiée par un argument divin, celui de la préférence de Dieu, mais aussi par un argument économique, puisqu'il appartient à l'homme de pourvoir aux besoins de la femme, devoir sur lequel ne sont pas revenues la plupart des réformes législatives récentes.

83. Certaines mesures du droit musulman jugées inégalitaires, comme le fait qu'une femme hérite moitié moins qu'un homme, s'expliquent par le rôle attribué à l'homme dans la famille qui consiste à devoir assurer l'entretien de son épouse et de ses enfants. Cette supériorité de l'homme fondée sur la dépendance économique des femmes pourrait être remise en cause aujourd'hui par le fait que de plus en plus de jeunes femmes dans le monde musulman font des études et travaillent, leviers intellectuels et financiers qui sont de puissants facteurs d'émancipation. Il n'en reste pas moins que, malgré cette évolution, les femmes n'ont pas autant accès que les hommes à la sphère publique du travail qui reste avant tout un espace masculin, de sorte qu'elles demeurent souvent cantonnées à l'espace domestique associé au féminin maternel⁸⁶. De plus, lorsque les femmes dépendent économiquement de leur époux, elles se retrouvent dans une situation difficile lorsque celui-ci les répudie ou lorsqu'elles divorcent, surtout dans le contexte d'urbanisation et de paupérisation croissant connu dans certains pays musulmans.

84. Il existe une autre trace d'inégalité entre les hommes et les femmes, l'adultère féminin est condamné en toutes circonstances et en tout lieu. En revanche, l'adultère commis par l'homme n'est pris en compte que s'il y a lieu au domicile

⁸⁵ Coran, Sourate 4 *Al Nisaa*, Verset 34.

⁸⁶ C. FORTIER, *Actualités du droit musulman : Genre, filiation, et bioéthique*, L'Harmattan, Droit et cultures, 59 - 2010/1, p. 22.

conjugal, ce qui autorise l'époux à pratiquer l'adultère en toute impunité en dehors de son foyer.

85. Dans le droit musulman, le fait qu'une femme musulmane ne puisse épouser qu'un musulman vient de l'importance d'agrandir la communauté musulmane, la religion se transmettant par la filiation patrilinéaire en Islam, l'enfant d'une femme musulmane qui épouserait un infidèle serait non musulman. Cet interdit ne concerne pas, en revanche, le musulman qui peut épouser une femme non musulmane de religion monothéiste puisque, quelle que soit la religion de la mère, l'enfant sera musulman par son père. En ce qui concerne les femmes mariées à un homme d'une autre nationalité, malgré la règle de la filiation patrilinéaire, les réformes récentes de certains pays musulmans comme la Tunisie et l'Égypte ont permis la transmission de la nationalité par la mère. Au Liban, la loi n° 15 de 19 janvier 1925 précise que les mères sont autorisées à transmettre leur nationalité à leurs enfants dans deux cas seulement : une mère libanaise peut transmettre sa nationalité à son enfant si celui-ci est né d'une relation hors mariage et de père inconnu ; une femme étrangère mère d'enfants mineurs nés d'un premier mariage avec un père étranger, si elle acquiert la nationalité libanaise en épousant un Libanais, peut alors transmettre sa nationalité à ses enfants mineurs non libanais, à la mort de son époux. Suite à cette situation discriminatoire envers les femmes mariées avec un étranger, plusieurs voix de la société civile se sont élevées pour demander la modification de l'arsenal juridique qui empêche la femme de transmettre à son fils sa nationalité. Ces revendications trouvent leur fondement dans la Constitution libanaise ainsi que dans les conventions internationales ratifiées par le Liban.

86. L'acte juridico-religieux du mariage en Islam, est extrêmement simple, puisqu'il exige la seule récitation de la première sourate du Coran « *la fatiha* » connu de tous les musulmans, en présence des époux ou de leurs mandataires, et de deux témoins. Mais ce lien juridique entre les conjoints n'est pas égalitaire. La femme est placée sous l'autorité de son mari, après avoir été sous l'autorité de son père. Elle dépend de son époux économiquement, par le versement de la « *nafaka* », moralement, par la sanction de l'adultère, et matrimonialement, par la facilité avec laquelle il peut la répudier.

87. Le terme désignant l'acte de mariage « *aked* », qui signifie littéralement « *attachement* », ainsi que les expressions relatives au divorce, sont tout à fait significatives de la nature du lien conjugal⁸⁷. Par ailleurs, le divorce féminin est nommé « *kûlh'* », terme qui renvoie à l'idée de « *se retirer* », en l'occurrence de défaire le lien matrimonial. Ces diverses expressions juridiques montrent que le divorce est étroitement associé à un processus de libération, la femme n'étant plus attachée à son mari. Mais, dans le même temps, elle n'est plus sous sa protection, y compris financièrement. Le divorce révèle en négatif l'essence de la relation matrimoniale qui est fondamentalement hiérarchique. L'épouse est dans une relation de dépendance vis-à-vis de son époux lors de son mariage et ne recouvre sa pleine liberté que lorsqu'elle est divorcée, n'étant plus alors sous la tutelle de son époux, ni sous celle de son père dont elle s'est définitivement affranchie depuis sa première union matrimoniale.

Après ces quelques remarques préliminaires, il convient de mettre en lumière l'intérêt qui nous permet de réaliser une étude comparative entre le droit français et le droit libanais sur la problématique de l'égalité en matière de divorce.

V- L'intérêt de notre sujet

88. Le divorce se définit comme la rupture du mariage du vivant des époux, à la demande d'un des époux ou des deux. Le divorce rompt le lien matrimonial définitivement. La dissolution du mariage produit des effets à l'égard des ex-époux et à l'égard des enfants issus de cette union. C'est pourquoi notre étude sera axée sur l'application du principe d'égalité entre les époux dans la procédure de divorce et ses conséquences dans les relations avec les enfants.

89. Principe à valeur constitutionnelle, le principe d'égalité est consacré dans les deux systèmes juridiques en question. Il a fait l'objet d'une prolifération d'études dans tous les domaines. Notre travail a la particularité de traiter ce principe dans un domaine très sensible qui est le droit du divorce. Cette particularité réside également en ce

⁸⁷ J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve, Larose, éd. 1999.

qu'elle s'attache, à travers une étude comparative, à ressortir les ressemblances et divergences des deux systèmes juridiques en question.

90. Mais, est-il raisonnable d'entreprendre une étude comparée sur l'égalité en matière de divorce en droit français et en droit libanais ? Une telle entreprise n'est pas aisée surtout lorsque l'on sait que le droit libanais relatif au divorce des musulmans est composé de règles dictées par la *Cahria* (Coran et Sunna).

91. Il faut rappeler que, pour des raisons historiques et culturelles, le droit libanais reste fortement influencé par le droit français aussi bien au niveau législatif qu'au niveau jurisprudentiel. Mais la force d'attraction exercée par le droit français reste limitée lorsqu'il s'agit d'une branche de droit qui est composée essentiellement de règles religieuses.

92. Aborder la question de l'égalité en matière de divorce nous conduit à s'interroger sur plusieurs points : qui peut introduire la requête en divorce ? L'époux ou l'épouse ? Le divorce produit-il les mêmes effets à l'égard des époux ? Les effets produits par le divorce à l'égard des enfants sont-ils les mêmes vis-à-vis des ex-conjoints ? Ce sont ces questions, parmi d'autres, auxquelles nous devons trouver des réponses en procédant à une analyse comparative des systèmes juridiques français et libanais.

93. La présente étude se propose alors de rechercher si ce principe trouve une application en matière de divorce ou non. Ainsi notre première partie envisage l'étude de l'égalité dans l'accès au divorce (Partie I).

Ensuite, notre seconde partie sera consacrée à l'égalité dans les effets produits par le divorce à l'égard des époux et des enfants (Partie II).

94. L'intérêt d'un tel travail vise à contribuer à l'enrichissement des réflexions menées sur l'application du principe d'égalité en droit de divorce au Liban en mettant en lumière les solutions tant législatives que jurisprudentielles adoptées en droit français. La présente thèse veut sensibiliser les personnes concernées par cette question et susciter leur intérêt, afin de connaître leur avis. Cette étude a pour objectif non

seulement de dégager les ressemblances et les divergences entre les deux systèmes juridiques étudiés, mais également d'éclairer tous les acteurs de la société civile libanaise sur les autres systèmes juridiques fondés sur le principe d'égalité. Ce travail pourrait être un outil pour ceux qui militent pour une application concrète du principe d'égalité, principe consacré par la Constitution libanaise.

95. Enfin, pour conclure, il convient de préciser que, nous avons décidé de traiter successivement le droit français et le droit libanais, car rien ne leur est commun juridiquement, ce qui s'explique par le fait que le droit libanais est basé sur le Coran et la *hanéfite*. Ce droit est donc profondément religieux ce qui rend peu aisée sa comparaison avec le divorce civil qu'un grand nombre de communautés de la société civile libanaise essaye d'obtenir.

PARTIE I

L'ÉGALITÉ DANS L'ACCÈS AU DIVORCE

96. En France, la loi du 26 mai 2004 a entendu se situer dans le droit fil de la réforme du divorce réalisée par la loi 11 juillet 1975, tout en renforçant les objectifs poursuivis⁸⁸. C'est ainsi qu'elle a conservé les principaux cas de divorce qui avaient été retenus par la loi du 11 juillet 1975, revenant d'ailleurs à une présentation plus proche de celle qui avait été proposée par le doyen Jean Carbonnier. Les articles du Code civil ont gardé leur numérotation d'origine et beaucoup d'entre eux n'ont pas été modifiés ou ne l'ont été que ponctuellement. Les praticiens ne pourront que se féliciter de cette manière de procéder qui évite de bouleverser les habitudes et qui a pour conséquences d'assurer la continuité de la jurisprudence relative aux textes qui n'ont pas été modifiés.

97. En revanche, au Liban, le divorce est considéré comme un système de sécurité pour la relation conjugale. C'est la raison pour laquelle toute tentative de destruction ou d'affaiblissement sera un comportement illicite. Le divorce est considéré comme une solution à n'utiliser que lorsque la situation devient explosive.

98. Incontestablement, la consécration du principe d'égalité en matière de divorce en droit français ne laisse aucun doute. Que ce soit par rapport aux causes de divorce (Titre I) ou sur le plan procédural (titre II), le droit français ne fait aucune distinction fondée sur le sexe. Quant au droit libanais, la conception traditionnelle et religieuse de l'union conjugale fait obstacle à l'application du principe d'égalité dans les rapports familiaux en général et en matière de divorce en particulier.

⁸⁸ V. notamment le rapport n°120 de Patrice GÉRALD au nom de la commission des lois du Sénat, p.14 et le rapport n°1513 de Patrick DELNATTE à l'Assemblée nationale, p.15.

TITRE I

L'ÉGALITÉ DANS LES CAUSES DU DIVORCE

99. L'égalité dans le divorce entre les époux en droit français est un droit fondamental et une valeur commune de l'Union Européenne. Mais, existe-t-il vraiment une égalité entre homme et femme en matière du divorce ? Y a-t-il des discriminations ? Tous les types de divorces organisent-ils des règles fondées sur l'égalité entre les futurs ex-époux?

100. En revanche, l'égalité des époux dans le droit libanais est loin d'être effectuée dans ce domaine. La faculté de répudier donnée uniquement à l'époux, à son gré, conduit à la méconnaissance du principe d'égalité entre les conjoints, même si le Coran a donné à l'épouse une faculté de répudiation nommée (*khûl'*). Cette faculté de répudiation reconnue à l'épouse est peu usitée, car elle est soumise à des conditions très strictes.

Cette réglementation inégalitaire entre les conjoints en droit libanais sera démontrée à travers l'étude des conditions spécifiques des causes de la répudiation (Chapitre II), après avoir abordé les conditions spécifiques des quatre cas de divorce en droit français (Chapitre I).

CHAPITRE I

L'ÉGALITÉ DANS LES CAUSES DU DIVORCE EN DROIT FRANÇAIS

101. L'un des traits dominants de la réforme réalisée par la loi du 11 juillet 1975 est la multiplication des voies d'accès au divorce. Ce pluralisme qui caractérise la législation française permet de répondre à la diversité des situations conjugales⁸⁹. Il traduit aussi un changement dans la conception même du divorce, qui devient l'affaire des époux, que la loi reconnaît comme étant les premiers concernés, même si l'intervention du juge reste nécessaire⁹⁰. Depuis cette loi, le divorce est ouvert aux femmes et aux hommes, de façon égalitaire. Les époux ont les mêmes possibilités de demander le divorce. La loi du 26 mai 2004 relative au divorce et ses décrets d'application du 29 octobre 2004 marquent une évolution fondamentale des règles de fond et de procédure en matière familiale⁹¹. Depuis le 1^{er} janvier 2005, la date d'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004, les procédures de divorce sont moins conflictuelles. La durée relativement courte des mariages (les divorces interviennent surtout entre la cinquième et la huitième année de mariage) et l'âge auquel les époux divorcent ont conduit le législateur à simplifier les procédures et à chercher des voies intermédiaires entre les causes de divorce.

102. La nouvelle architecture du divorce devrait permettre de mieux répondre aux attentes des couples et de redonner à chaque procédure sa véritable place. La loi du 26 mai 2004, en réformant le droit de divorce, avait pour objectif d'aider les époux souhaitant rompre le lien conjugal à organiser les conséquences de leur séparation le

⁸⁹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *Le démariage consensuel*, RTD civ. 1995, n° 559 : « Sans doute, le commun dénominateur de tous les divorces est-il l'échec du mariage. Mais les circonstances de cet échec diffèrent. Il y a des faillites simples et des banqueroutes, frauduleuses, des cas où les époux sont tous les deux las de leur union, et d'autres où l'un d'eux seulement veut s'affranchir tandis que l'autre espère encore. Des cas où le défendeur est jeune et bien portant, d'autres où il est âgé, malade ou invalide. Vouloir traiter tous les cas de la même manière n'est pas nécessairement réaliste et peut même être très gravement inéquitable. »

⁹⁰ P. COURBE, *Droit de la famille*, 5^e éd., Sirey, Dalloz, 2008, p. 135.

⁹¹ V. LARRIBAU-TERNERE et J.-J. LEMOULAND (ss. dir.), *La réforme du divorce, entre rupture et continuité*, Litec, 2005 ; J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, éd. Defrénois, 2005.

plus efficacement possible, dans le souci d'éviter la résurgence de conflits après le prononcé du divorce. Ces dispositions ont été prises par le législateur sans distinction fondée sur le sexe entre les époux. En apportant sa pierre à l'édifice, le législateur de 2004 a réitéré le principe d'égalité entre les conjoints. La loi réaffirme par ailleurs avec force les principes de protection et de responsabilité, indispensables à un traitement juste et équitable des séparations conjugales, avec une attention particulière dans l'hypothèse de violences conjugales.

103. Les causes de divorce sont décrites aux articles 229 à 247 du code civil. Ces articles distinguent quatre cas de divorce dont l'ordre de classement traduit la préférence du législateur. Cette qualification quadripartite masque une *summa divisio* plus générale entre, d'une part, les divorces voulus comprenant le divorce par consentement mutuel et le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage (Section I) et, d'autre part, les divorces subis comprenant le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute (Section II).

Section I. L'égalité dans les divorces voulus par les époux

104. Les divorces voulus par les époux présentent deux variantes : il peut s'agir soit d'un divorce par consentement mutuel (§ 1), soit d'un divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage (§ 2), si ces deux types de divorce peuvent être initiés par le dépôt d'une requête conjointe, le second d'entre eux peut être également demandé par un seul époux⁹².

§1. Le divorce par consentement mutuel

105. « *Faut-il toujours une cause pour divorcer ?* ». Telle est la question pertinente posée par la doctrine⁹³ qui la considère comme liée à une « *logique d'indissolubilité du mariage* »⁹⁴.

⁹² F. DEBOVE, R. SALOMAN, T. JANVILLE, *Droit de la famille*, Vuibert 2012, 8^e éd. p. 196.

⁹³ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, Montchrestien, 2014, p. 180 ; J.J. LEMOULAND, La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, D. 2004. p. 1828.

106. En effet, le principe est que, lors de la présentation de leur requête en divorce par consentement mutuel, les époux n'ont pas à faire connaître au juge les raisons qui les poussent à vouloir divorcer (art. 1090 CPC)⁹⁵.

107. Or, par définition, il y a éventuellement divorce parce qu'il y a mésentente entre les époux et cette mésentente a une origine. Il s'agit peut-être de la faute d'un époux mais également d'autres faits de nature à rendre insupportable le maintien de la vie commune. Ce divorce a donc une cause, au sens non juridique du terme. Toutefois, les époux n'ont pas à faire connaître au juge ces motifs.

108. L'idée selon laquelle le mariage est seulement un contrat pouvant être rompu par le seul accord de volontés, n'a pas empêché le législateur français, en 1975, de prévoir un cadre procédural permettant au juge d'effectuer un contrôle de la volonté au nom de l'équilibre des intérêts en présence lors du divorce par consentement mutuel.

109. Le divorce par consentement mutuel avait été admis pendant la Révolution par la loi du 25 septembre 1792 et, avec des restrictions, par le Code Napoléon⁹⁶. Il ne fut pas repris par la loi du 27 juillet 1884. Influencée par l'obscur pratique des « divorces d'accord », qui se divulguaient sous un divorce pour faute, et certaines législations étrangères⁹⁷ qui l'admettaient depuis quelques temps, la loi du 11 juillet 1975 l'a restauré en modifiant profondément son économie.

⁹⁴ Il s'agissait d'affirmer que le mariage n'était pas un contrat que le seul accord de volontés suffit à dissoudre mais, comme l'enseigne la majorité de la doctrine juridique, une institution : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, 2^e éd., Défrénois, 2005, p. 9.

⁹⁵ Le juge n'a pas la compétence pour apprécier les motifs qui poussent les époux à divorcer (F. BOULANGER, Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille, JCP 1993, I, 3665) ; « *A fortiori, le juge n'a pas à examiner si le divorce est opportun, ou si les motifs des époux sont fondés ou raisonnables, même s'il lui apparaît que le divorce convenu a pour but d'atteindre un résultat étranger à la rupture, par exemple un changement de nationalité ou un avantage fiscal* » (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Défrénois, 4^e éd., 2011, p. 261) ; Le divorce par consentement mutuel est un divorce pour cause secrète.

⁹⁶ Art. 233 du C. Napoléon : « *le consentement mutuel est préservant des époux exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouve suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe, par rapport à eux une cause péremptoire de divorce* ».

⁹⁷ D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Droz, 1980.

110. Le divorce par consentement mutuel constitue l'exemple type quant à l'égalité entre les époux, tant par la demande de divorce que par l'accord qu'ils concluent entre eux.

111. Le divorce par consentement mutuel est sans doute la cause de divorce la plus simple à mettre en œuvre, puisque les époux s'entendent sur tous les aspects de cette désunion. Ce divorce pourrait être défini comme un divorce dans lequel les époux s'accordent sur le divorce et ses conséquences. En effet, aucune distinction n'a été faite entre homme et femme pour accorder tel ou tel droit. Les deux conjoints sont soumis aux mêmes règles juridiques qui régissent les modalités de divorce et ses conséquences.

112. Le divorce par consentement mutuel doit porter, d'une part, sur la décision de divorcer et, d'autre part, sur les modalités de règlement des conséquences du divorce. Il remplace l'ancien divorce sur requête conjointe des époux qui constituait, avec le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre, l'une des variantes des divorces par consentement mutuel. Aujourd'hui, il n'y a plus qu'un seul et unique cas de divorce par consentement mutuel défini à l'article 230 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004⁹⁸.

113. En allégeant la procédure de divorce par consentement mutuel, la loi du 26 mai 2004 a encouragé la séparation amiable. Une seule comparution devant le juge est désormais suffisante pour divorcer. Cette cause de divorce relève de la matière gracieuse⁹⁹ puisqu'il n'existe pas de conflit (art. 1088 CPC).

114. L'alinéa 3 de l'article 230 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi nouvelle, précisait que le divorce par consentement mutuel ne pouvait être demandé au cours des six premiers mois du mariage. Ce délai avait été institué par le Parlement dans le souci d'affirmer le caractère sérieux de l'institution du mariage et d'éviter des mariages à l'essai. On pourrait ajouter que l'absence de tout délai et la facilité du divorce par consentement mutuel pourrait pousser à la conclusion d'unions poursuivant

⁹⁸ J.O. 27 mai 2004.

⁹⁹ Sur cette procédure, V. BONNET et A. GOUTTENOIRE, « *Divorce* », *Dalloz* 2010, n°470.

une fin étrangère à l'union matrimoniale¹⁰⁰. En effet, aujourd'hui, une demande en divorce par consentement mutuel peut être formée dès le lendemain de l'union¹⁰¹.

115. La volonté concordante des époux de dissoudre le lien qui les unit et de régler les conséquences d'une telle dissolution est au cœur du divorce par consentement mutuel¹⁰². Toutefois, cette volonté n'est efficace que si elle présente un accord total (A). À cet effet, le consentement doit non seulement exister mais aussi être global (B). En revanche cette volonté réelle et libre pour divorcer doit être encadrée par le juge (C).

A- La nécessité d'un accord total

116. L'exigence d'un accord total est révélatrice de l'aspect contractuel du divorce par consentement mutuel. En effet, le consentement des époux, pour être valable, doit présenter les caractères habituellement attachés à toute manifestation de volonté destinée à faire produire des effets juridiques. Il doit donc être exempt de tout vice.

À cet effet, l'article 232 du Code civil français rappelle que la volonté de chacun des époux ne doit être sans équivoque et doit être donnée en toute liberté (1), elle doit également être « éclairée » (2)¹⁰³.

1. Une volonté réelle et libre

117. Le consentement doit non seulement exister, mais il doit aussi être intègre. Un consentement intègre est d'abord un consentement non vicié¹⁰⁴.

¹⁰⁰ La Cour de cassation, qui semble décidée à lutter contre ce détournement d'institution, annule de telles unions sur le fondement de l'article 146 du code civil, en considérant qu'il n'existe pas de véritable consentement à mariage lorsque les deux époux n'ont pas entendu instaurer entre eux une communauté de vie. Cass. Civ. 1^{re} 28 octobre 2003, *Bull. civ. I*, n° 215, p. 169 ; *Defrénois* 2004, art. 37867, n° 8 p. 143, obs. J. MASSIP ; *Petites Affiches*, 28 avril 2004, n° 85, p.12.

¹⁰¹ P. DELNATTE, Rapp. AN, n° 1513, 2003-2004, p. 40 : consacrant pleinement la liberté des époux de divorcer, la suppression de cette disposition permet d'orienter les époux qui découvrent rapidement leur mésentente vers ce cas de divorce plutôt que vers un divorce pour faute ».

¹⁰² A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, Montchrestien, 2014, p. 189.

¹⁰³ Selon ancien l'article 232, alinéa 1° du Code civil, la volonté de divorcer devait être réelle et libre.

¹⁰⁴ P. COURBE, *op. cit.*, p. 17 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 537 et s. ; « *La femme a faussement indiqué qu'elle était sans emploi et sans moyens de subsistance. La Cour de cassation a refusé que la convention fût annulée* » (Cass. Civ. 2^e, 13 novembre 1991, *Bull. civ.* n° 303 ; *Defrénois*

118. En effet, dès l'avant-projet de loi, consacrée par la loi du 11 juillet 1975¹⁰⁵ et confirmée par la loi du 26 mai 2004¹⁰⁶, l'expression « *volonté réelle* » était interprétée dans le sens de volonté sérieuse. Cela signifie une adhésion à l'état de divorcé tel qu'il est réglementé par la loi, c'est-à-dire une réelle intention de sortir d'une institution¹⁰⁷.

119. Il en résulte que le juge va procéder à la vérification de la réalité de cette volonté et qu'il est en droit de refuser le divorce si la demande était faite « *par jeu ou ne résultait que d'un caprice, ou d'un mouvement d'humeur* »¹⁰⁸.

120. L'article 232 du Code civil exige également que la volonté de divorcer soit libre. On entend par là que le consentement n'ait pas été contraint¹⁰⁹. En particulier, il se peut que le divorce par consentement mutuel résulte d'un consentement forcé¹¹⁰, sous la pression ou le chantage exercé sur les enfants, sur l'argent, sur les biens ou sur le logement¹¹¹. Un consentement libre exclut tout consentement forcé ou surpris¹¹².

Outre une volonté réelle et libre, le divorce par consentement mutuel suppose également une volonté éclairée.

1992, art.32595, n°43, obs. J. MASSIP) ; « *La femme fait des scènes violentes à son mari et à la maîtresse de ce dernier juste avant de passer devant le juge, afin de presser son mari de signer* (Lyon, 28 novembre 1979, Gaz. Pal.1979.47) ; Il est licite qu'un partage soit forfaitaire et inégal (lésion) ; Il peut être combiné avec la prestation compensatoire et la révocation ou le maintien des donations antérieures : un partage inégal peut donc être jugé par le JAF, équilibre (art. 278, al. 2). Pour que la question de la lésion se pose, il faut supposer qu'un époux et le juge du divorce aient ignoré le caractère lésionnaire du partage » (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 266 et s.)

¹⁰⁵ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, Defrénois, 2^e éd. 2005, p. 14.

¹⁰⁶ Dans le rapport n° 1513 de M. DELNATTE à l'Assemblée nationale p. 41.

¹⁰⁷ « *Le terme de volonté réelle était interprété dans le sens de volonté sérieuse, de manière que dans la loi de 1975, le juge était en droit de refuser le divorce si la demande était faite par jeu ou ne résultait que d'un caprice, d'un mouvement d'humeur* » : J. MASSIP et G. MORIN, *La réforme du divorce*, Defrénois, 2^e éd., 1982, p. 15 et s.

¹⁰⁸ J. MASSIP, et G. MORIN, *La réforme du divorce*, Paris : Répertoire du notariat, Defrénois, 2^e éd. 1982, p. 15 et s.

¹⁰⁹ La Cour de cassation confère ainsi à la convention, une force obligatoire qu'aucun autre contrat ne possède même s'il y a fraude, immoralité, lésion, dol, violence, absence de cause, aliénation mentale, vice ou absence de consentement.

¹¹⁰ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 4^e éd., 2011, p. 258 et s.

¹¹¹ H. MAZEAUD, *Le divorce par consentement forcé*, D. 1963, chron. p. 141.

¹¹² P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 258 et s.

2. Une volonté éclairée

121. En général, l'interprétation de l'exigence d'une volonté éclairée conduit à admettre la nécessité d'une volonté saine et consciente¹¹³. Ainsi comprise, elle fait difficulté, en particulier, dans l'hypothèse dans laquelle un époux est placé, lors du divorce, sous un régime de protection.

122. Définies par la loi du 11 juillet 1975 et présentées par les lois successives du 26 mai 2004 et du 5 mars 2007, les conséquences d'un régime de protection sur une procédure de divorce tiennent compte du mode de protection mis en place, du cas de divorce en cause et enfin de la position procédurale du majeur protégé.

123. Chacun des époux doit adhérer personnellement au projet de divorce. Pour pouvoir divorcer par consentement mutuel, l'époux doit disposer de sa pleine capacité d'exercice. Il doit être apte à exprimer sa volonté. Un conjoint placé sous un régime de protection ne peut demander à divorcer par consentement mutuel. C'est l'application du droit commun des actes juridiques (art. 489, al. 1, C. civ). Il s'agit d'une incapacité spéciale de jouissance¹¹⁴.

124. Ceci posé, considérant qu'il repose essentiellement sur un consentement réel, libre et éclairé¹¹⁵, le recours au divorce par consentement mutuel est interdit lorsqu'un des époux est placé sous tutelle, sous curatelle ou sous un mandat de protection future (art. 249 C. civ.)¹¹⁶.

Mais le divorce par consentement mutuel ne suppose pas seulement l'existence d'un consentement exempt de vice. En principe, l'accord requis pour fonder le divorce par consentement mutuel doit aussi être global.

¹¹³ Il est certain que le juge doit s'assurer lors de la comparution des époux, devant lui, que la convention n'est pas entachée d'un vice du consentement : fraude, dol, erreur, violence physique ou morale.

¹¹⁴ C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des personnes et de la famille*, Gualino, Lextenso, 10^e éd. 2011-2012.

¹¹⁵ Cass. Civ. 2^e, 29 septembre 1982, Bull. civ. II, n^o 116 ; Defrénois 1983, art. 33133, n^o 75, obs. J. MASSIP : « *Tenu de s'assurer de la volonté réelle et du libre accord persistant des époux, le juge qui constate que cette condition mise par la loi au divorce sur demande conjointe n'est pas remplie, est fondé à rejeter la demande* ».

¹¹⁶ Le divorce par consentement mutuel repose sur la volonté des époux. Il en résulte que les personnes qui souffrent d'une altération de leurs facultés mentales et qui sont placées sous un régime de protection des majeurs (article 490 et suivants du Code civil) sont incapables d'exprimer une volonté saine et ne peuvent divorcer sur demande conjointe (art. 249-4 C. civ.).

B- Un accord global matérialisé dans une convention

125. Une parfaite égalité des époux existe dans le divorce par consentement mutuel qui suppose l'accord des époux sur la rupture du mariage et ses effets. Ils doivent conjointement demander le divorce et soumettre à l'homologation du juge la seule et unique convention du divorce.

126. Certes, la volonté réelle, libre et éclairée des époux matérialisée par une convention soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales porte d'abord sur le principe même du divorce¹¹⁷. En matière de divorce par consentement mutuel, l'accord des époux sur la dissolution du mariage est un consensus, autrement dit une volonté concordante¹¹⁸. Mais elle concerne ensuite les conséquences du divorce tant dans les rapports entre époux (1) qu'à l'égard des enfants (2).

1. Les rapports entre les époux

127. En cas de divorce par consentement mutuel, la convention a pour objet, à l'égard des époux, de régler l'ensemble des conséquences du divorce sous ses aspects tant personnels que patrimoniaux¹¹⁹. Il en est ainsi, par exemple, de l'usage du nom d'un conjoint par l'autre après le prononcé du divorce.

128. S'agissant des aspects patrimoniaux, il faudra régler, au titre de la liquidation du régime matrimonial, la question du sort du logement familial. Le problème des donations consenties pendant le mariage doit être résolu. Enfin, les époux

¹¹⁷ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 263 ; Le juge peut homologuer la convention et prononcer le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé, et peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou l'un des époux.

¹¹⁸ T. GARÉ, *Présentation de la réforme, La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 : pacification et simplification ?*, PUF Aix-Marseille, 2005, p. 15.

¹¹⁹ Cette convention porte le règlement complet des effets du divorce et inclut notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation. Elle doit en effet comporter un état liquidatif comme le précise l'avant-projet de décret d'application. Et, à chaque fois qu'il existe des immeubles dans le patrimoine commun ou indivis à liquider cet état liquidatif est notarié : A. BÉNABENT, *La réforme du divorce -article par article-*, Défrénois 2004, p. 39.

peuvent également prévoir, dans cette convention, le versement d'une prestation compensatoire selon les modalités qu'ils fixent librement.

129. Ces effets du divorce entre les époux, aussi bien personnels que patrimoniaux, appellent deux observations. D'une part, on peut comprendre que l'élaboration de la convention exige le recours à un avocat dont le ministère est obligatoire pour présenter la demande en divorce par consentement mutuel. Cette intervention est justifiée par les difficultés consécutives à l'élaboration d'un accord futur sur des points aussi fondamentaux et parfois en présence de biens importants¹²⁰.

130. D'autre part, parmi ces effets divers et variés, certains aspects ne pourront être remis en cause, alors que d'autres pourront faire l'objet d'une révision. S'agissant des règlements pécuniaires, telle que la prestation compensatoire, la loi du 11 juillet 1975 les avait voulu définitifs, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas susceptibles d'être remis en cause (ancien art. 279, al. 1^{er} et al. 2 C. civ.). Par la suite, les dispositions relatives à la prestation compensatoire ont subi des assouplissements.

Il faut donc reconnaître que l'objectif d'apaisement et de dédramatisation du divorce par la concentration de ses effets au moment de son prononcé s'est avéré difficile à atteindre. Outre ces effets dans les rapports entre époux, la convention doit également aborder les conséquences du divorce à l'égard des enfants.

2. Les rapports avec les enfants

131. L'exercice de l'autorité parentale est un élément faisant partie de la convention. Ayant posé en principe l'exercice en commun de l'autorité parentale, le législateur français, au nom de la coparentalité, a voulu instaurer une égalité dans le fonctionnement de l'autorité parentale, et ce, même pour les parents divorcés. Et pour que cette égalité ne reste pas lettre morte, la décision a été prise d'encourager les parents à conclure des conventions ayant pour objet les modalités d'exercice de

¹²⁰ « Il appartient aux époux de fixer la date des effets patrimoniaux du divorce dans la convention définitive » : P. COURBE, *Droit de la famille*, Dalloz, 6^e éd., 2013. p. 137.

l'autorité parentale. Il est acquis, par ailleurs, que la séparation des parents ne modifie pas l'obligation d'entretien qui leur incombe à l'égard de leurs enfants.

132. À ce propos, les parents divorcés peuvent fixer le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ainsi que les modalités d'exécution de cette contribution dans une convention qu'ils soumettent à l'homologation du juge.

133. Là encore, la loi du 11 juillet 1975, par souci d'éviter le conflit d'après divorce, disposait, à travers l'ancien article 292 du Code civil, que la révision des dispositions de la convention homologuée concernant l'exercice de l'autorité parentale n'est envisageable que pour des motifs graves.

134. Après quelques hésitations, en vertu de la loi du 4 mars 2002, toutes ces conventions peuvent être désormais « *modifiées ou complétées à tout moment par le juge* », à la demande des ou d'un parent ou du Ministère public (art. 373-2-13 C. civ.). Il appartient au juge à cette occasion d'apprécier l'intérêt de l'enfant.

135. Il convient, par ailleurs, d'observer que le double caractère juridictionnel et contractuel de la convention homologuée organisant les effets du divorce entre époux et à l'égard des enfants, a soulevé une controverse sur la question de savoir si elle peut être annulée sans que le divorce ne soit remis en cause¹²¹.

136. La Cour de cassation a tranché en faveur « *du caractère indissociable du prononcé du divorce et l'homologation de la convention* »¹²², faisant obstacle à leur remise en cause « hors des cas limitativement prévus par la loi »¹²³.

¹²¹ P. COURBE, *op. cit.*, p. 141 ; la Cour de cassation a refusé que la convention fût annulée (dol) (Cass. Civ. 2^e, 13 novembre 1991, Bull. civ. n° 303 ; Defrénois 1992, art. 32595, n° 43, obs. J. MASSIP).

¹²² La Cour de cassation a jugé qu'un vice du consentement ne permet pas la modification par le juge, sans l'accord des parties, de la convention homologuée : l'irrecevabilité de l'action paulienne exercée par un créancier (Cass. Civ. 2^e, 25 novembre 1999, Dr. fam. 2000, n° 22, note H. LECUYER), ou l'irrecevabilité de l'action subsidiaire de l'époux qui a renoncé à solliciter une prestation compensatoire (Cass. Civ. 1^{re}, 10 février 1998, Dr. fam. 1998, n° 53, note H. LECUYER). En outre, elle a décidé que l'état liquidatif compris dans la convention homologuée peut être annulé sur le fondement des nullités de la période suspecte, après ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un époux (Cass. Civ. 1^{re}, 25 janvier 2000, Bull. civ. n° 19 ; D. 2000.AJ. 103, obs. A. LIENHARD).

137. Réglant les effets personnels et patrimoniaux du couple ainsi que les questions concernant les enfants, la convention du divorce est un acte négocié entre les époux. Cet acte qui doit respecter la condition de préserver les intérêts des enfants et du couple, est une parfaite illustration de l'application du principe d'égalité dans la mesure où aucune considération n'est accordée au fait que l'époux est une femme ou un homme.

À l'inverse, certaines considérations amènent à reconnaître que le divorce n'est pas un acte privé fondé exclusivement sur l'autonomie de la volonté individuelle, mais aussi un acte public dont les époux ne devraient pas être les seuls maîtres.

C- L'intervention judiciaire et la volonté des époux

138. Toutes les procédures de divorce prévues par le droit français se déroulent devant le tribunal de grande instance et plus précisément devant le juge aux affaires familiales.

139. Nonobstant les différentes propositions visant à la déjudiciarisation du divorce, il est désormais acquis que la volonté des époux ne suffit pas à elle seule pour pouvoir divorcer. Il faut qu'intervienne le juge aux affaires familiales dont il faut toutefois préciser davantage le rôle dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel. En effet, le rôle du juge n'a pas la même nature selon que les époux sont en désaccord ou en accord¹²⁴.

140. En l'occurrence, puisque tout repose sur la volonté concordante des époux, on sait que le rôle du juge est d'abord de vérifier. Nous verrons que, concrètement, cette mission consiste à contrôler la régularité technique et juridique de la procédure et à s'assurer que les intérêts familiaux n'ont pas été méconnus par la convention proposée

¹²³ A. TISSERAND, « *L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe* », et D. HUET-WEILLER, LGDJ, 1994, p. 497 ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 265 ; P. COURBE, *op. cit.*, p. 142.

¹²⁴ I. THÉRY, *Couples, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée* : Rapport à la Ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. Paris : O. JACOB : la Documentation française, 1998, p. 122.

par les époux. C'est ensuite seulement qu'il va pouvoir homologuer la convention et, dans le même temps, prononcer le divorce.

141. Néanmoins, il faut aussitôt observer que le juge a une mission de « *contrôle lié* ». Cela signifie que si le contrôle qu'il effectue ne lui paraît pas justifier le divorce, en homologuant la convention en l'état, il ne peut que rejeter la requête et non la rectifier ou la modifier. Nous avons vu qu'on est ici en présence d'un tout indivisible. Par ailleurs, en cas de modification par le juge, on estime que la convention n'est plus le reflet sincère et exact de la volonté des époux.

142. Après avoir examiné la convention, le juge peut prononcer le divorce et homologuer la convention par la même décision et sur le champ. Il existe, au niveau procédural, une indivisibilité des deux mesures¹²⁵.

143. La question qui peut se poser à ce stade est de savoir si l'intervention judiciaire n'affecte pas la volonté réelle et libre et l'égalité des époux pour divorcer. Nous répondons par la négative. En effet, l'intervention du juge en matière de divorce a pour finalité de faire respecter les dispositions légales qui régissent la matière. Ce sont des règles d'ordre public et l'intervention du juge n'a aucune incidence sur la volonté des époux de rompre le lien conjugal. Leur liberté est intacte.

Après avoir envisagé l'égalité dans le divorce par consentement mutuel, la question de l'égalité entre époux dans le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage se pose.

§2. Le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage

144. Le constat d'une faillite de la vie conjugale que traduit l'acceptation conjointe du principe du divorce permet l'intervention du juge au cours de la procédure. L'originalité du divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, tient

¹²⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 195.

alors à la combinaison nécessaire de ces deux éléments, conférant à ce type de divorce sa nature hybride (A) et objective (B).

A- Un divorce de nature hybride

145. Le divorce accepté comprend deux phases : celle devant le juge aux affaires familiales au cours de laquelle ce dernier constate l'accord des époux sur le principe de la rupture du mariage, sans considération des faits à l'origine de celle-ci ; et durant la seconde phase, le juge va statuer sur les effets découlant du divorce qui lui est demandé. À ces deux phases correspondent deux traits caractéristiques du divorce accepté : il est à la fois amiable (1) et contentieux (2)¹²⁶.

1. Le caractère amiable du divorce accepté

146. Des dispositions de l'article 233 du Code civil, selon lesquelles seule importe la volonté concordante des époux de divorcer, se déduit le caractère amiable du divorce accepté¹²⁷. Cependant, la démarche législative reste empreinte d'un certain paradoxe¹²⁸ : décider de ne plus qualifier le divorce accepté de divorce par consentement mutuel, sous prétexte de lui accorder une autonomie, et, dans le même temps, faire de l'accord des époux le fondement exclusif, la condition unique de cette forme de divorce¹²⁹.

147. Sans doute le choix législatif était-il justifié par l'idée selon laquelle l'acceptation du principe du divorce par les époux constitue une garantie pour une procédure apaisée. C'est pourquoi afin de marquer sa faveur pour le divorce accepté, le législateur a facilité l'accès à cette voie. Ainsi, l'accord des époux peut intervenir à tout

¹²⁶ À cause de son caractère de divorce hybride, mi gracieux mi contentieux : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 22 et s.

¹²⁷ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 281.

¹²⁸ « Paradoxalement, c'est au moment où il est sorti de la catégorie des divorces « par consentement mutuel » que ce divorce s'en rapproche le plus » : A. BÉNABENT, *La réforme du divorce - article par article*- Defrénois 2004, p. 41.

¹²⁹ Le divorce accepté est prononcé par le juge aux affaires familiales sans autre considération que l'acceptation des époux (art. 1124 CPC).

moment de la procédure¹³⁰. Toutefois, pour être valable et servir de fondement au divorce accepté, l'acceptation concordante et expresse des époux doit présenter certains caractères soumis au contrôle du juge. À cette occasion, on peut s'apercevoir que le rôle du juge quant à cet accord est identique à celui qui lui est dévolu dans le divorce par consentement mutuel : s'assurer que chaque époux a donné son accord de façon libre et éclairée.

148. S'il a acquis la conviction que le double consentement présente ces deux caractères, le juge va constater l'accord. Ce constat judiciaire a alors pour effet de rendre l'accord définitif. Mieux, il ne peut plus être rétracté. C'est un accord sans retour qui est aussi perçu comme la marque d'une « *logique d'un divorce fondé sur le consentement mutuel des époux* »¹³¹.

149. Force est toutefois de constater que ces éléments qui militent en faveur de la reconnaissance du caractère essentiellement amiable du divorce accepté, n'ont pas réussi à dissiper totalement les doutes et flottements quant à la détermination de la nature de cette forme de divorce. A ce propos, initiée par la doctrine et mise en avant lors des travaux parlementaires, la qualification de consentement mutuel imparfait¹³² était finalement attachée au cas de divorce accepté. Le consentement n'est que partiel puisqu'il ne porte que sur le principe de la rupture. De même, on a fait valoir le cas où l'un des époux veut le divorce et l'autre, certes, ne s'y oppose pas. Peut-on pour autant considérer qu'il l'accepte ? Autant d'interrogations qui, finalement, ont pu convaincre que, dans ce type de divorce, on ne peut pas faire état d'un consentement mutuel complet.

En revanche, si l'accord sur le principe de la rupture est acquis, reste à régler le désaccord entre les époux sur tout ou partie de ses conséquences. C'est ce qui donne au divorce accepté son caractère contentieux.

¹³⁰ J.-J. LEMOULAND, *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce*, D. 2004, p. 1825 et s.

¹³¹ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 24.

¹³² Il s'agit de ce que Jean CARBONNIER a nommé le consentement mutuel imparfait. Cette idée est clairement mise en avant par les travaux parlementaires. Notamment l'exposé des motifs du projet de loi du gouvernement, Sénat, n° 389, p. 4 et le rapport n° 1513 de M. P. DELNATTE à l'Assemblée nationale, p. 43 et s. ; J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 22 et s.

2. Le caractère contentieux du divorce accepté

150. En dépit du caractère définitif, irrévocable de l'accord sur le principe du divorce, celui-ci ne sera prononcé que lorsque le juge aura fixé ses conséquences. En vertu de l'article 234 du Code civil, le juge doit statuer par une seule et même décision sur le prononcé du divorce et sur ses conséquences.

Cette précision acquise, l'ouverture de cette seconde phase à caractère contentieux appelle trois observations.

151. Puisque le divorce pour acceptation du principe du divorce a été écarté de la catégorie des divorces par consentement mutuel pour être intégré dans la rubrique des divorces contentieux, la phase contentieuse, quant à sa forme, va désormais suivre le droit commun de la procédure. Chacun des époux va présenter ses demandes et le juge va les trancher selon les règles communes de la procédure du divorce.

152. Dans la mesure où l'on ne tient plus compte d'un quelconque partage des torts, hérité du divorce sur demande acceptée de la loi du 11 juillet 1975, le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage prononcé sans considération des faits à l'origine de celui-ci, se caractérise, sur le fond, par la neutralité de ses effets.

153. D'une part, cela signifie, là encore, l'application du droit commun des effets du divorce. D'autre part, nous avons vu que la première phase non contentieuse ayant pour seul objet de constater l'accord des époux sur le principe de la rupture du mariage, ces derniers s'interdisent pour cette raison de se rejeter mutuellement les fautes, ce qui explique alors l'exclusion dans ce cas, de la responsabilité exceptionnelle de l'article 266 du Code civil concernant le préjudice résultant du divorce lui-même et réparé par l'attribution de dommages et intérêts.

154. Remarquons, enfin, qu'il n'y a pas nécessairement désaccord des époux sur tous les points relatifs aux conséquences du divorce. Il leur est donc permis de présenter au juge une convention réglant les effets du divorce sur certains points. Cette possibilité ainsi offerte aux époux, à laquelle il faut associer, d'une manière générale, le recours au

système de la passerelle prévu par l'article 247 du Code civil et permettant de passer à tout moment au divorce par consentement mutuel, témoigne de la faveur de la loi pour les accords entre époux, pour une procédure apaisée.

155. Malgré le désaccord entre les époux sur tous les points relatifs aux conséquences du divorce cela n'a pas d'incidence sur le principe de l'égalité. Ce dernier, comme il a été précisé plus haut, est l'indifférence des parties quant à leur appartenance à tel ou tel sexe ; les deux conjoints ont les mêmes droits de rompre le lien conjugal et peuvent négocier les conséquences du divorce. Le désaccord sur les conséquences du divorce relève plutôt de la négociation et ne peut nullement nuire au principe d'égalité.

Si le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage est caractérisé, comme nous l'avons démontré par sa nature hybride, il peut être qualifié tout de même comme un divorce objectif.

B- Un divorce objectif

156. Il résulte des termes de l'article 233 alinéa 1 du Code civil qu'à la différence du divorce sur demande acceptée, l'acceptation du principe du divorce est l'unique cause du divorce accepté. Ainsi conçu, il n'est plus qu'un cas objectif de divorce faillite (1). Par ailleurs, le second alinéa du même article précise que l'acceptation du principe de la rupture est irrévocable (2).

1. Un accord nécessaire et suffisant sur le principe du divorce

159. La requête en divorce de l'époux demandeur n'était recevable que si elle était accompagnée d'un mémoire personnel dans lequel il indiquait que la vie commune n'était plus possible pour des raisons qu'il explicitait de manière objective¹³³. Il

¹³³ Libérés, purifiés, les époux marcheraient peut-être sur la voie de la réconciliation selon J. CARBONNIER (Droit civil, *La Famille, L'enfant, Le couple*, Thémis, Quadriga, 2002, p. 574) : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 280.

s'agissait de décrire objectivement la situation conjugale, sans chercher à qualifier les faits ni à les imputer à l'un ou à l'autre.

160. Dès réception de ce mémoire, le conjoint défendeur pouvait alors adopter deux attitudes. Il pouvait rejeter le mémoire, soit expressément, soit tacitement en s'abstenant d'y répondre dans un délai d'un mois. Dans ce cas, la requête devenait caduque et la procédure ne pouvait être poursuivie. Mais il pouvait aussi accepter le mémoire sans rien y ajouter ou au contraire en joignant à la déclaration d'acceptation un mémoire où sans contester les faits, il en proposait sa version personnelle. Dans ce cas, la procédure se poursuivait.

161. Ainsi présenté, cet échange d'aveux écrits implique deux remarques. Sur la forme, on s'est aperçu que ces mémoires qui, selon les souhaits du législateur de 1975, devaient contenir une description objective de la situation conjugale, étaient dans la pratique devenus de simples documents formels. En effet, rédigés par les avocats¹³⁴, selon un modèle type¹³⁵, ces mémoires étaient loin de refléter la réalité de la situation conjugale.

162. Sur le fond, l'acceptation par l'époux défendeur du mémoire présenté par son conjoint confortait l'idée selon laquelle le divorce sur demande acceptée reposait sur l'aveu par les époux d'une situation conjugale d'échec : le double aveu des « *faits procédant de l'un et de l'autre époux et rendant intolérable le maintien de la vie commune* » (ancien article 233 C. civ.) constituait donc la cause de ce divorce.

163. C'est l'abandon de cette idée d'un double aveu objectif des faits constitutifs de la cause de divorce qui caractérise la loi du 26 mai 2004. Il suffit, pour s'en convaincre, de se référer à l'article 233, alinéa 1^{er} du Code civil selon lequel le divorce peut être demandé « *lorsque les époux acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci* ».

La formule utilisée par le législateur nous invite à faire deux observations.

¹³⁴ J. J. LEMOULAND, La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, D. 2004, p. 1831.

¹³⁵ J. RUBELLIN-DEVICHI, *Le nouveau droit du divorce : Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004*. JCP 2004, n° 24, p. 1038.

164. Concernant sa signification, il est donc acquis que c'est bien sur l'acceptation commune de la rupture, sur la volonté concordante de divorcer, que repose la cause du divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage. La suppression de la rédaction d'un mémoire exposant les raisons du divorce en est la conséquence. La seule exigence posée par le texte est que les époux acceptent le principe de la rupture du mariage et qu'il n'y a pas à prendre en considération des faits à l'origine de celle-ci¹³⁶. Les commentateurs n'ont pas manqué de relever qu'il y a là, à la fois, « *le souci du législateur de 2004 de rompre avec le système antérieur qui prévoyait au contraire un exposé des faits à l'origine de la rupture...et l'évocation de l'idée d'un divorce pour cause objective, d'un divorce constat d'échec, mais reposant sur un échec reconnu par les deux époux* »¹³⁷. On peut donc raisonnablement conclure que le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage est devenu un véritable divorce pour cause objective.

165. Par ailleurs, il convient d'observer que la formule figurant à l'article 233 du Code civil revêt une double portée : d'abord à l'égard du juge dont le rôle ne consiste ni à statuer sur un litige, ni à connaître la cause du divorce que les époux sont autorisés à tenir cachée ; ensuite à l'égard des époux eux-mêmes qui sont alors invités à ne plus se rejeter mutuellement les fautes ou les responsabilités.

2. Un accord sur le principe du divorce irrévocable

166. Une des difficultés du divorce sur demande acceptée issue de la loi du 11 juillet 1975 résultait de la rétractation de l'accord donné par l'époux acceptant le

¹³⁶ D. FENOUILLET, *La suppression du divorce pour faute ou feu le pluralisme en droit de la famille !*, AJ famille 2001, p. 144 : S'inspirant d'une proposition faite par la Commission Irène THÉRY, l'idée est sans doute que demander aux époux de déterminer quels sont les faits à l'origine de leur désunion est inutile (le pari de la loi était que cet effort psychologique d'introspection sur les causes profondes de la désunion permettrait d'éviter les rancœurs, l'expression des griefs ayant, le cas échéant, une vertu éducative ; à quoi l'on objectait qu'il ne servait à rien de chercher les causes de la désunion, la seule chose importante étant de séparer les conjoints), dangereux (cela risque de raviver le conflit), illusoire (ils manquent du recul nécessaire pour ce faire), déplacé (cela les oblige à étaler leur vie privée en public), voire hypocrite (les jurisprudences avait interdit au juge de contrôler la réalité des faits allégués, si bien que les époux pouvaient fort bien avancer n'importe quel élément).

¹³⁷ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, op. cit., p. 23 ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, op. cit., p. 280.

divorce proposé par son conjoint¹³⁸. Saisie de la question, la position adoptée par la Cour de cassation a été fortement critiquée¹³⁹. En effet, elle avait considéré que l'ordonnance constatant le double aveu pouvait être attaquée par la voie de l'appel¹⁴⁰. En revanche, une fois passé le délai requis pour exercer cette voie de recours, la règle était que l'un des époux ne pouvait contester la sincérité de son aveu, ni rétracter son acceptation du divorce¹⁴¹.

167. Devant les incertitudes nées de l'interprétation de la loi de la loi du 11 juillet 1975 par la jurisprudence, la loi du 26 mai 2004 énonce très clairement à l'article 233, alinéa 2 du Code civil que l'acceptation du principe du divorce n'est plus susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel.

168. S'agissant de justifier cette nouvelle règle, d'aucuns y ont vu « *la logique d'un divorce fondé sur le consentement mutuel des époux* »¹⁴². On n'a pas manqué non plus de relever les avantages pratiques de cette modification par rapport au droit antérieur, dans la mesure où la possibilité de rétractation était source « *de manœuvres dilatoires* »¹⁴³ et perçue comme l'une des raisons qui dissuadait les époux de recourir au divorce sur demande acceptée issu de la loi de 1975.

169. Pourtant, il peut arriver très souvent que les parties ne parviennent pas à s'entendre. Cela peut s'expliquer par de nombreux facteurs humains tels que la colère, la tristesse ou encore la dépression. Cela peut également s'expliquer par des discordances

¹³⁸ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, op. cit., p. 24 ; La Cour de cassation avait tranché que les époux ne pouvaient pas rétracter leur aveu dès lorsque le double aveu avait été constaté (D. FENOUILLET, op. cit. p.145) ; Cass. Civ. 2^e, 26 janvier 1984, JCP 1984, II, 20310, obs. A. BLAISSE.

¹³⁹ Il y avait la possibilité que l'un des époux fasse appel de la décision du juge constatant ce double aveu et invoque dans le cadre de l'exercice de cette voie de recours, un vice du consentement ou simplement son intention de ne plus divorcer : L'aveu des époux pouvait en effet être rétracté, tant que l'ordonnance du juge n'était pas devenue définitive (Cass. civ. 2^e, 16 juillet 1987, D. 1987, Jur. p. 582, note J.-C. GROSLIERE ; 4 octobre 1995, Defrénois 1996, p. 1344 ; CA Paris 4 mai 2000, Dr. fam. 2001, n° 39, note H. LÉCUYER ; CA Pau 14 octobre 2002, AJ famille 2003, p. 105).

¹⁴⁰ L'ordonnance du juge aux affaires familiales qui constatait le double aveu et prescrivait les mesures provisoires pouvait faire l'objet d'un appel. Il en résulte qu'une demande de dommages intérêts pour rétractation de l'aveu par la voie d'appel n'était pas fondée (Paris, 4 mai 2000, Dr. fam. 2001, n° 39, note H. LÉCUYER).

¹⁴¹ L'article 233, alinéa 2 du Code civil précise que cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel. La voie de l'appel reste néanmoins ouverte pour les vices du consentement, consentement qui est de l'essence même du divorce accepté (J.-J. LEMOULAND, La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, art. préc., p. 1832 et s.).

¹⁴² J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, op. cit., p. 24.

¹⁴³ Rapport n° 1513 de M. Patrick DELNATTE à l'Assemblée nationale, p. 43 et s.

de point de vue sur des questions fondamentales, telles la dévolution de l'autorité parentale sur les enfants issues du couple, la manière de procéder au partage des biens ou la détermination de la pension alimentaire. Dans ces cas, le divorce subi parvient à répondre à la discorde entre les époux. Il comprend deux situations de divorce : le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute.

Le désaccord entre les époux dans ce type de divorce influe-t-il sur leur situation d'égal à égal face à la demande de divorce ? Nous expliquerons en détail l'égalité entre les époux dans le processus du divorce subi.

Section II. L'égalité des époux dans les divorces subis par les époux

170. Sous l'application de « *divorces subis* »¹⁴⁴, sont réunis le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute. Ces divorces sont très différents dans leur cause : volonté unilatérale ou violation des obligations du mariage. Mais, dans les deux hypothèses, le juge doit trancher un conflit : conflit sur la cause du divorce et conflit sur ses conséquences.

La volonté partagée des époux dans ces causes de divorce est très réduite. Le divorce est initié par un seul conjoint. Pour démontrer l'application du principe d'égalité dans les divorces subis, nous analyserons successivement le divorce pour altération définitive du lien conjugal (§ 1) et le divorce pour faute (§ 2).

§ 1. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal

171. Parmi les innovations que l'on doit à la loi de 1975, celle qui a institué le divorce pour rupture de la vie commune a été la plus contestée. Rappelons que ce type de divorce a pour fondement la reconnaissance du droit de ne plus rester dans les liens du mariage, dès lors que celui-ci n'existe plus, faute de communauté de vie entre les

¹⁴⁴ F. DEBOVE, R. SALOMAN, T. JANVILLE, *Droit de la famille*, vuibert 2012, 8^e éd. p. 203.

époux durant un temps suffisamment long pour considérer que cette vie commune ne pourra plus se reconstituer¹⁴⁵.

172. En effet, si les anciens articles 237 et 238 du Code civil posaient des conditions strictes et contraignantes, la jurisprudence, pour sa part, n'avait pas été en reste et avait multiplié les obstacles procéduraux en se montrant très exigeante sur l'obligation faite à l'époux demandeur de prendre en charge les conséquences, notamment financières, de la séparation¹⁴⁶. On considérait parfois que l'ancien divorce pour rupture de la vie commune s'apparenterait à une répudiation, puisqu'il permettait à un époux de demander unilatéralement la dissolution du mariage.

173. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que ce type de divorce n'occupait qu'une place très marginale. Il se représentait à peine que 1, 5 % des divorces prononcés¹⁴⁷. Voulant rompre définitivement avec ce passé, le législateur de 2004 a d'abord changé jusqu'à la dénomination de ce cas de divorce, en substituant au divorce pour rupture de la vie commune, le divorce pour altération définitive du lien conjugal. En faisant évoluer les causes de cette altération dans le sens d'un assouplissement, enfin, en l'intégrant désormais dans le droit commun du divorce quant à ses effets.

174. L'innovation due à la loi de 2004 consistait donc à apporter une précision sur la notion d'altération définitive (A). Elle se traduit par la suppression de la cause spécifique fondée sur l'altération des facultés mentales (B). Dans ces conditions, l'insertion dans le droit commun du divorce pour rupture définitive du lien conjugal quant à ses effets¹⁴⁸ permet de rompre avec le droit antérieur inspiré par l'idée de faire payer à l'époux demandeur le prix de la liberté retrouvée, dans le cadre d'un divorce faillite (C).

¹⁴⁵ P. COURBE, *op. cit.*, p. 148.

¹⁴⁶ Cass. Civ. 2^e, 26 septembre 2002, Bull. civ. II, n° 188.

¹⁴⁷ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁸ Mise en œuvre par la loi du 26 mai 2004.

A- Une altération définitive du lien conjugal

175. Aux termes de l'article 237 du Code civil, le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré. Le texte suivant, l'article 238 du Code civil, apporte deux précisions quant à l'origine de l'altération définitive du lien conjugal.

Cette cause de divorce peut résulter soit d'une séparation prolongée de deux ans (1), soit, par dérogation à cette exigence de délai, du simple constat de l'échec du mariage (2).

1. Une altération définitive résultant d'une séparation de deux ans

176. Sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, l'ancien article 237 du Code civil faisait de « *la séparation de fait* » la cause même du divorce pour rupture de la vie commune. C'était aussi la cause unique, car la loi n'imposait pas d'autres conditions. Mieux, elle ne faisait pas mention d'une éventuelle imputabilité de la rupture à l'un des époux. Sans doute pour faire valoir la conception novatrice du divorce pour altération définitive du lien conjugal, le législateur de 2004 a renoncé à réutiliser les expressions de « *séparation de fait* » et de « *rupture* », au profit des termes de « *cessation de communauté de vie* » et de « *vie séparée* » visés par le nouvel article 238 du Code civil, « *en raison de leur caractère objectif* »¹⁴⁹.

177. Toutefois, le changement de vocabulaire n'a pas réussi, ni à raréfier le contentieux, ni à mettre fin aux débats relatifs aussi bien aux éléments constitutifs de la cessation de la communauté de vie qu'à sa durée. Sur la condition de la cessation de la vie commune, l'origine de la controverse remontait à une décision de la Cour de cassation¹⁵⁰ qui exigeait en matière de divorce pour rupture de la vie commune qu'elle

¹⁴⁹ En ce sens P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 285 ; P. COURBE, *op. cit.*, p. 149.

¹⁵⁰ Cass. Civ. 2^e, 30 janvier. 1980, Bull. civ. II, n° 17 ; JCP 1981.II.19521, note R. LINDON ; Defrénois 1980.1206, note J. MASSIP ; D. 1981. IR. 70, note A. BRETON.

doit à la fois revêtir un aspect matériel (l'absence de cohabitation) et un aspect psychologique (la volonté de rompre le lien)¹⁵¹.

178. Si l'accord est réalisé autour de la nécessité d'un élément matériel qui est le fait de ne plus vivre ensemble, en revanche l'élément intentionnel qui est la volonté de rompre la cohabitation faisait débat¹⁵². En effet, on reconnaît que cette intention est utile pour distinguer la cessation de la communauté de vie de certaines hypothèses dans lesquelles les époux vivent séparément sans avoir pour autant la volonté de rompre. Ainsi, est-ce le cas de conjoints qui ont des domiciles distincts pour des raisons professionnelles ou d'autres motifs qui n'ont rien à voir avec l'idée de séparation¹⁵³.

179. Toujours est-il qu'après de nombreux débats¹⁵⁴, il est acquis que, dorénavant, en vertu de la nouvelle rédaction des articles 237 et 238 Code civil, il suffit que les époux vivent séparés depuis un délai de deux ans pour que le lien conjugal soit dissous. « *Il n'est plus besoin d'apprécier l'état d'esprit passé et présent des intéressés, leurs intentions initiales ou leurs regrets* »¹⁵⁵. Seul importe donc le fait matériel, objectif, d'une vie séparée de deux ans.

¹⁵¹ « *La notion de séparation de fait supposait ainsi à la fois un élément matériel, la séparation de résidence, et un élément psychologique ou morale ou affectif, la volonté unilatérale de vivre séparé* » (P. COURBE, *op. cit.*, p. 149) ; « *La séparation matérielle risquait d'être rendue inefficace faute d'établir qu'elle s'accompagnait d'une séparation affective, preuve à l'objet incertain et subjectif. Cette précision introduisait des ambiguïtés débouchant sur une restriction* » (A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 198).

¹⁵² Cass. Civ. 2^e, 11 juillet. 1979, Bull. civ. II, n° 206 ; JCP 1980.II.19400, note R. LINDON ; D. 1981. IR. 70, note A. BRETON ; La loi parlait de séparation de fait. La Cour de cassation avait jugé qu'une séparation légale consécutive à un jugement de séparation de corps pouvait servir de fondement à une demande en divorce pour rupture de la vie commune : Cass. Civ. 2^e, 11 octobre 1989, Bull. civ. II, n° 179 ; Defrénois 1990.298, obs. J. MASSIP ; La Cour de cassation avait jugé qu'une séparation légale consécutive à un jugement de séparation de corps pouvait servir de fondement à une demande en divorce pour rupture de la vie commune, même s'il s'agissait d'une séparation de corps obtenue par la requête conjointe : Cass. Civ. 2^e, 11 déc. 1991, Bull. civ. II, n° 343 ; Defrénois 1992.724, obs. J. MASSIP.

¹⁵³ Matériellement, des époux sont séparés de fait quand ils n'habitent plus sous le même toit, car il existe des circonstances de vie séparée comme l'emprisonnement d'un époux ou l'hospitalisation ou l'expatriation, une telle séparation ne signifie pas directement la rupture entre les époux : P. COURBE, *op. cit.*, p. 149.

¹⁵⁴ MONSTALLIER, *Le divorce pour rupture de la vie commune*, RTD civ. 1980.266 ; J. MASSIP, *Le divorce pour séparation de fait et la pratique des tribunaux*, D. 1980, chron. 81 ; LINDON, *L'accueil fait par les tribunaux au divorce pour rupture de la vie commune*, JCP 1977.I.2857 et 2865 ; JCP 1978.I.2886 ; JCP 1979.I.2946.

¹⁵⁵ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 285 et s.

180. En effet, en application de l'article 238 du Code civil, la loi impose un délai minimum de deux ans pour que la vie séparée des époux caractérise une altération définitive du lien conjugal¹⁵⁶. Cette exigence, là encore, appelle quelques observations.

181. D'abord, il s'agit d'un délai préfixe. En principe, il ne peut donc être ni être interrompu, ni être suspendu. Néanmoins, en cas de reprise de la vie commune, il prend fin¹⁵⁷. Et si une nouvelle séparation intervient par la suite, le délai repart à zéro¹⁵⁸. Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt d'observer qu'il s'agit d'une réduction significative de l'ancien délai de six ans, ramené à deux ans¹⁵⁹.

182. Ensuite s'est posée la question de savoir à quel moment faut-il se placer pour vérifier si le délai imparti est écoulé. En disposant que la durée de la séparation de deux ans est acquise au jour de l'assignation, l'article 238 du Code civil fournit une réponse qui, en réalité, précise la portée de cette exigence de délai. En effet, il en résulte que le défaut d'expiration du délai de deux ans n'est pas un obstacle au dépôt d'une requête initiale en divorce. En revanche, il faut que le délai ait expiré au jour de l'assignation qui comporte la cause du divorce¹⁶⁰. D'ailleurs, l'article 1126 du Code de procédure civile mentionne que le juge ne peut pas relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai de deux ans prévu par l'article 238 du Code civil¹⁶¹.

¹⁵⁶ Après de nombreux débats, la durée de deux ans a paru suffisante du fait de l'acceptation sociale croissante de ce type de procédure : P. COURBE, *op. cit.*, p. 149.

¹⁵⁷ Deux années seront cependant nécessaires à compter de la fin de cette période de réconciliation pour que le délai exigé par la loi soit accompli, lorsque la réconciliation est rétablie. Il n'y a pas d'interruption du délai de deux ans, tant qu'une réconciliation pour régler des questions d'ordre pécuniaire ou bien pour s'occuper des enfants n'est pas intervenue.

¹⁵⁸ La preuve de la séparation est un fait juridique et pourra être faite par tous les moyens : quittances de loyers, facture d'électricité ou de téléphone, témoignages, relevés bancaires, bulletins de salaire (Cass. Civ. 2^e, 2 octobre 1980, Bull. civ. II, n^o 193 ; D. 1981. IR. 70, note A. BRETON).

¹⁵⁹ Cette preuve relève du pouvoir souverain des juges du fond : il appartient au juge aux affaires familiales de trancher, en vertu du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Cass. Civ. 2^e, 11 juillet 1979, Bull. civ. II, n^o 206 ; Cass. Civ. 2^e, 2 octobre 1980, Bull. civ. II, n^o 193 ; Cass. Civ. 2^e, 25 jan.1984, Bull. civ. II, n^o 12, mais dans la phase de la procédure (Cass. Civ. 2^e, 18 juin.1981, Gaz. Pal. 1982.1.14, note J. VIATTE).

¹⁶⁰ Il n'est nullement inconcevable que le délai de deux ans ne soit pas expiré lors de la requête en divorce : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 28 et s.

¹⁶¹ Le rejet d'une première demande en divorce en durée insuffisante de la séparation de fait ne peut interdire d'en introduire une seconde lorsque la séparation a atteint la durée légale : Cass. Civ. 2^e, 12 octobre 1988, Bull. civ. II, n^o 195 ; Cass. Civ. 2^e, 11 juillet 1979, Bull. civ. II, n^o 206 ; Cass. Civ. 2^e, 2 octobre 1980, Bull. civ. II, n^o 193 ; Cass. Civ. 2^e, 25 jan.1984, Bull. civ. II, n^o 12 ; Cass. Civ. 2^e, 18 juin.1981, Gaz. Pal. 1982.1.14, note J. VIATTE.

183. Enfin, aux termes de l'alinéa 2 du même article 238 du Code civil, le délai de deux ans n'est pas exigé dans le cas où la demande pour altération définitive du lien conjugal n'est pas présentée à titre principale comme nous venons de le voir, mais reconventionnellement à une demande principale pour faute qui est rejetée¹⁶². Ce cas particulier n'est donc pas resté sans conséquence sur la cause du divorce.

2. L'altération du lien conjugal résultant d'un constat d'échec du mariage

184. Dès l'adoption de la loi du 11 juillet 1975, de divorce par lequel un époux peut imposer une désunion à son conjoint, en se prévalant de l'absence de cohabitation, n'avait pas reçu un accueil favorable. C'est pourquoi le législateur en 1975, comme du reste celui de 2004, avait essayé de concilier les opposants et les partisans de cette forme de divorce. Aujourd'hui, le conjoint qui va subir la demande peut naturellement y résister en démontrant que les conditions requises par la loi ne sont pas remplies. Mais il dispose surtout de moyens de défense particuliers, entre autre, la demande reconventionnelle.

185. L'hypothèse est prévue par l'article 238, alinéa 2 du Code civil. En l'occurrence, le juge est saisi d'une demande principale en divorce pour faute par l'un des époux. L'époux défendeur aura riposté par une demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive. En cas de rejet de la demande en divorce pour faute, le juge prononcera le divorce pour altération définitive du lien conjugal, sans avoir à respecter le délai de deux ans exigé par l'alinéa 1er de l'article 238 du Code civil.

186. Deux précisions s'imposent à la suite de l'admission de cette nouvelle cause d'altération du lien conjugal.

¹⁶² Le fait que l'un des époux demande le divorce pour faute alors que l'autre demande aussi la dissolution du mariage pour l'altération du lien conjugal fait en effet apparaître que l'union ne peut plus être maintenue, que l'échec du mariage est irrémédiable (J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 31). Il suffit dès lors au défendeur de former une demande reconventionnelle. Cela seul montre que le lien conjugal est définitivement altéré (P. COURBE, *op. cit.*, p. 151).

187. D'une part, il est indéniable que la cause du divorce retenue est purement objective. L'altération du lien conjugal est définitivement établie par le comportement de l'époux qui a pris l'initiative de la demande principale en divorce pour faute, quoique rejetée, ajoutée à la volonté de divorcer manifestée par l'époux défendeur présentant une demande reconventionnelle. Ce cas particulier montre bien que c'est le « *caractère certain de l'échec du mariage qui est la cause profonde et véritable de ce type de divorce* »¹⁶³.

188. D'autre part, l'article 238, alinéa 2 du Code civil, en permettant au juge de prononcer le divorce sous la seule condition que l'altération définitive du lien conjugal lui apparaisse indiscutable attestée, là encore, que ce dernier dispose d'une compétence liée, d'une obligation de mise en œuvre de la procédure.

Le divorce fondé sur l'altération des facultés mentales, permettant de prononcer le divorce en raison de la rupture de la vie commune selon des conditions particulières et un régime procédural bien défini, a fait l'objet d'une suppression pure et simple.

B- La disparition de la cause spécifique fondée sur l'altération des facultés mentales

189. Nonobstant l'hostilité de principe du droit français à l'égard de cette forme de divorce¹⁶⁴, la loi du 11 juillet 1975 l'a finalement adoptée pour des « *raisons d'humanité* »¹⁶⁵, et en a fait un cas particulier.

190. D'abord, par cette expression « *altération des facultés mentales* »¹⁶⁶, entendue très largement, la loi visait tous les accidents et maladies qui provoquent une détérioration des capacités intellectuelles et affectives. Ensuite, pour justifier le prononcé du divorce, il fallait que l'altération se soit prolongée pendant six ans et qu'elle ait empêché toute communauté de vie pour le présent et pour l'avenir.

¹⁶³ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 287.

¹⁶⁴ J. CARBONNIER, *Ecrits*, PUF, 2008, p. 202.

¹⁶⁵ J. CARBONNIER, *La famille*, tome 2, PUF, 2^e éd., 1993, p. 556.

¹⁶⁶ L'altération des facultés mentales liées à une infirmité, à la maladie ou à l'âge, devait avoir duré au moins six ans et avoir détruit toute communauté de vie entre les époux sans que cette communauté ne pût se reconstituer dans l'avenir : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 286.

Autrement dit, aucune amélioration ne devrait être prévisible, dès lors toute communauté de vie s'avèrait impossible entre les époux.

191. Sur le plan des conséquences, tout était fait pour dissuader d'avoir recours à ce type de divorce. Ainsi l'époux demandeur devait-il prendre en charge les conséquences, notamment financières, du divorce.

192. Du côté du défendeur atteint de maladie mentale, il disposait de moyens de défense particuliers. Mais il pouvait aussi faire valoir l'exception de dureté, qualifiée par la pratique de « *clause de dureté* ». Aux termes de l'ancien article 240 du Code civil, le juge pouvait, en effet, rejeter la demande, si le défendeur établissait que le divorce aurait, soit pour lui, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté. Ainsi défini en termes stricts par la loi, ce moyen de défense a été, rarement admis par les tribunaux¹⁶⁷.

193. Force est toutefois de constater qu'il n'est plus question aujourd'hui de divorce pour altération des facultés mentales. L'époux défendeur ne peut plus invoquer l'exceptionnelle dureté qu'aurait le divorce tant pour lui que pour ses enfants. L'objectif clairement énoncé en 1975 était de ne pas obliger l'époux candidat au divorce à quitter le conjoint aliéné et de protéger l'incapable. Cette préoccupation a été totalement occultée par la loi de 2004¹⁶⁸.

194. À présent, le conjoint demandeur ne peut invoquer la séparation due à l'altération des facultés mentales comme cause du divorce, puisque seule est désormais recevable la cause fondée sur la cessation de la communauté de vie entre les époux¹⁶⁹. Il suffit alors au conjoint, afin de demander et obtenir le divorce pour altération définitive du lien conjugal, de suspendre avec le conjoint qui n'a plus ses facultés mentales, toute

¹⁶⁷ En effet, la dureté pouvait évoluer et même disparaître : Cass. civ. 2^e, 14 janvier 1998, Bull. civ. II, n° 13 ; Dr. Fam. 1998, n° 64, n. H. LÉCUYER ; Defrénois 1998, 1387, obs. J. MASSIP ; RTD civ. 1998, 349, obs. J. HAUSER : « *Une demande en divorce pour rupture de vie commune peut être formée une deuxième fois pour la même cause, s'il existe un fait nouveau susceptible d'entraîner une nouvelle appréciation par le juge de l'exceptionnelle dureté des conséquences matérielles et morales invoquées par l'époux défendeur* ».

¹⁶⁸ P. COURBE, *op. cit.*, p. 152.

¹⁶⁹ L'altération des facultés mentales liées à une infirmité, à la maladie ou à l'âge, devait avoir duré au moins six ans et avoir détruit toute communauté de vie entre les époux sans que cette communauté ne pût se reconstituer dans l'avenir : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 286.

communauté de vie pendant deux ans. La situation ainsi décrite suscite trois observations. D'abord, elle laisse perplexe quant à l'exécution du devoir d'assistance entre époux, notamment lorsque l'un d'eux est malade ou en détresse. Ensuite, on a pu parler de consécration du « *droit au divorce* »¹⁷⁰ pour qualifier cette profonde transformation. Enfin, il n'existe plus aucune cause de divorce spécifique lorsque le défendeur est une personne atteinte d'un trouble mental. Ce qui demeure est un divorce pour altération définitive du lien conjugal, conçu comme un simple divorce faillite.

C- Un divorce faillite

195. Le divorce pour rupture de la vie commune issu de la loi du 11 juillet 1975 était très discuté à l'époque. Il n'était guère surprenant que le but avoué du législateur était de l'éloigner le plus possible de la répudiation. Dans cette perspective, la démarche entreprise était généralement marquée par la « *recherche d'équilibre et d'arbitrage entre les intérêts opposés et des volontés contraires, la liberté de l'un dans le respect de l'autre* »¹⁷¹.

196. Sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, quand le divorce était demandé pour cause de rupture de la vie commune, non seulement l'époux défendeur disposait des moyens de défense, mais il ne devait pas non plus subir les conséquences pécuniaires du divorce qui devaient être assumées par l'époux demandeur¹⁷².

197. Cette obligation mise à la charge de l'époux demandeur s'expliquait par la situation du défendeur. Ce dernier était un époux innocent et hostile au divorce qui devait continuer à bénéficier des effets pécuniaires du mariage. À l'opposé, l'ancien article 239 du Code civil, en disposant que « *l'époux qui demande le divorce pour rupture de la vie commune en assume toutes les charges* » faisait de ce type de divorce, un divorce assumé par le demandeur¹⁷³. Concrètement, ce dernier, allait perdre un

¹⁷⁰ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 197.

¹⁷¹ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 284.

¹⁷² Maintien du devoir de secours, intégralité de la charge financière de la procédure, impossibilité de percevoir une prestation compensatoire, révocation des donations et avantages patrimoniaux dont le demandeur était bénéficiaire : P. COURBE, *op. cit.*, p. 153.

¹⁷³ En conséquence, le divorce était réputé prononcé contre l'époux qui avait pris l'initiative de la demande : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 31.

certain nombre d'avantages, à la différence du conjoint innocent, telles que les déchéances des donations et avantages matrimoniaux (ancien article 239 C. civ.)¹⁷⁴. Il devait aussi supporter les frais de procédure. Il doit continuer à assurer les charges du mariage¹⁷⁵. Il reste tenu du devoir de secours, lequel prenait la forme d'un capital ou d'une pension alimentaire qui cessait d'être due en cas de remariage du conjoint créancier.

198. Aujourd'hui, cette conception fondée sur l'idée d'un divorce assumé par le demandeur est entièrement abandonnée par la loi du 26 mai 2004¹⁷⁶. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal est désormais un divorce faillite. C'est un divorce comme un autre, soumis aux mêmes règles de procédure que les autres divorces contentieux et produisant les mêmes conséquences. Ses effets sont régis par le droit commun. Il en résulte la suppression des charges pesant sur le demandeur dans le système antérieur. Il en est ainsi de la fin du devoir de secours. L'application du droit commun au divorce pour rupture définitive du lien conjugal quant à ses effets, rend compte aussi d'un souci plus général qui inspirait l'intervention législative de 2004 : détacher les conséquences pécuniaires du divorce de la responsabilité de la rupture.

199. Conséquence logique du principe d'égalité, la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal, telle qu'elle était conçue par le législateur de 1975, ne devait pas conduire à ce que celui qui en faisait la demande doive en assumer les charges financières. Égaux, demandeur et défendeur, doivent assumer ensemble l'échec de leur lien conjugal.

200. Afin de rompre définitivement et de manière significative avec le système antérieur, il était d'abord nécessaire, de faire plus nettement référence à l'idée de divorce, constat d'échec du mariage. Ainsi a-t-il été décidé que le seul élément à prendre en compte pour apprécier la cessation de la communauté de vie est le simple fait d'une vie séparée entre les époux pendant deux ans.

¹⁷⁴ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, op. cit., p. 25.

¹⁷⁵ Par exemple : maintien du nom, du logement, du droit à une pension alimentaire en exécution du devoir de secours entre époux et des droits sociaux : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, op. cit., p. 197.

¹⁷⁶ Toutes les charges et pénalités qui pesaient sur le demandeur dans le régime de 1975, étaient supprimées.

201. Pour la même raison, il fallait ensuite faire du divorce pour altération définitive du lien conjugal un divorce moralement neutre : un divorce qui produira des conséquences identiques à tout autre divorce¹⁷⁷. L'objectif ainsi annoncé a été obtenu par la volonté de dissocier les conséquences pécuniaires du divorce des circonstances dans lesquelles il a été prononcé. A l'image de l'ancien divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, le divorce pour altération définitive du lien conjugal ne peut être que neutre dans ses effets. Il suit aussi le droit commun des effets du divorce.

202. Héritier du divorce pour la rupture de la vie commune, le divorce pour altération définitive du lien conjugal est une parfaite illustration de l'application du principe d'égalité en matière de divorce. En effet, chaque époux a le droit de recourir à ce type de divorce afin d'obtenir un jugement marquant la fin du lien conjugal. Il en va de même pour le divorce pour faute.

Souvent contesté, maintes fois menacé par d'autres types, le divorce pour faute, seul admis en France avant la loi du 11 juillet 1975¹⁷⁸, a été maintenu, malgré les opinions en faveur de sa suppression¹⁷⁹.

§ 2. Le divorce pour faute

203. Seul divorce admis par la loi du 27 juillet 1884, le divorce pour faute était au fil des ans devenu un divorce à toutes fins, jusqu'à masquer de véritables divorces d'accord, avec fausses lettres d'injures ou aveux réciproques de torts en trompe-l'œil. Cette comédie judiciaire était devenue insupportable. La loi du 11 juillet 1975 avait entendu y mettre fin en ouvrant d'autres cas de divorce et en redéfinissant la faute.

¹⁷⁷ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 29 : Cette suppression a une portée morale et philosophique importante : elle rapproche incontestablement le divorce de la répudiation unilatérale d'autant que le délai de séparation a été considérablement raccourci.

¹⁷⁸ P. COURBE, *op. cit.*, p. 154 ; J. CARBONNIER, *La question du divorce*. D. 1975. Chron. 116, spéc. 118 : « il est des conflits conjugaux que la conscience populaire continue de poser en terme de culpabilité et à résoudre en terme de sanctions ».

¹⁷⁹ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 288.

La question qui se pose depuis longtemps est celle de savoir s'il convient d'abandonner totalement la notion de divorce sanction, pour se rallier à la notion de divorce faillite.

204. La loi du 11 juillet 1975 a conservé le divorce pour faute. La loi du 26 mai 2004 a choisi la même option, d'ailleurs longuement discutée lors des travaux préparatoires à l'élaboration de la loi. Certes, il a été unanimement souhaité que le divorce pour faute ait moins d'importance dans le droit français¹⁸⁰.

205. Les parlementaires ont décidé de conserver le divorce pour faute, contrairement à ce qui envisageait la proposition de loi n°3189 formulée par François Colombet¹⁸¹. La loi du 26 mai 2004 n'ignora pas les inconvénients du divorce pour faute. Mais, par réalisme et opportunité, elle a maintenu ce type de divorce et substitué aux déchéances pécuniaires automatiques un système fondé sur l'équité.

206. Le divorce pour faute continue à être pratiqué, ce qui révèle qu'il répond à une réalité et sans doute à un besoin.

Dans cette perspective, le législateur français s'est efforcé de préciser la notion de faute conjugale, cause du divorce (A), avant de s'accorder à nouveau pour reconnaître au juge un important pouvoir d'appréciation (B).

A- La faute conjugale

207. Dans une perspective historique, on constate que la technique législative adoptée pour définir la faute est fonction de l'évolution des mœurs¹⁸². Avant la loi du 11 juillet 1975, le divorce reposait sur une énumération de fautes déterminées¹⁸³. La jurisprudence distinguait alors entre les causes péremptoires, pour lesquelles le tribunal

¹⁸⁰ Selon les statistiques du ministère de la justice, sur 128 971 divorces prononcés en 2002, 48 580 (37%) l'ont été sur le fondement de la faute.

¹⁸¹ Proposition de loi COLOMBET telle que votée en première lecture par l'Assemblée nationale le 10 octobre 2001 n'en proposait pas moins de supprimer le divorce pour faute, au profit d'un divorce faillite.

¹⁸² A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 199.

¹⁸³ « Trois causes concrètes étaient admises : l'adultère, la condamnation à une peine afflictive et infamante, et une cause regroupant les excès, services et injures graves » (P. COURBE, *op. cit.*, p. 154).

était obligé de prononcer le divorce¹⁸⁴, et les causes facultatives pour lesquelles le tribunal est libre de sa décision. En 1975, le droit français abandonne la technique énumérative au profit d'une cause générale, indéterminée, prévue dans l'ancien article 242 du Code civil. Toutefois, la cause résultant de la condamnation à une peine en matière criminelle inscrite dans l'ancien article 243 du Code civil, subsiste.

208. En 2004, l'article 242 du Code civil a été maintenu¹⁸⁵, alors que l'article 243 du Code civil a été abrogé¹⁸⁶. Désormais, la loi ne donne ni liste, ni définition précise mais parle seulement de fait présentant certains traits caractéristiques (1).

Il en résulte que la faute est constituée, non seulement par la violation des devoirs et obligations du mariage que la loi évoque de manière explicite, mais aussi par tous les comportements et les attitudes considérés comme illégitimes (2).

1. Les éléments constitutifs de la faute

209. Au sens de l'article 242 du Code civil, la faute conjugale est constituée de trois éléments.

210. D'abord, il s'agit d'un fait imputable au conjoint. Pour constituer une faute, le comportement reproché à l'époux doit avoir été accompli de façon consciente et en toute liberté. Se pose alors la question des faits accomplis sous l'empire d'un trouble

¹⁸⁴ Adultère et condamnation à une peine afflictive et infamante.

¹⁸⁵ L'article 242 du Code civil, définissant les conditions du divorce pour faute, n'a été retouché que dans l'ordre des mots : a été reprise la fameuse « double condition » dont la Cour de cassation assure un respect purement formel (un instant supprimé au cours des travaux parlementaires, l'alternative « *ou renouvelée* » a vite été rétablie). L'ensemble de la jurisprudence antérieure demeurera d'actualité (sauf à souhaiter peut-être que l'on absolve enfin les « fautes » commises durant la procédure, en particulier les « *infidélités* » postérieures à l'ordonnance de non-conciliation, qui ne sont guère à l'origine de la rupture) : A. BÉNABENT, *La réforme du divorce -article par article-*, op. cit., p. 48.

¹⁸⁶ Dans la majorité des cas, les actes criminels constitueront une violation grave des obligations du mariage et le divorce pourra être prononcé sur le fondement de l'article 242 du Code civil. Mais il n'en est pas nécessairement ainsi : on peut être un criminel et rester un époux fidèle et attentionné. Il peut néanmoins être intolérable pour le conjoint du criminel de rester marié avec celui-ci. On peut penser que les tribunaux seront sensibles à une telle situation et ne refuseront pas le divorce au conjoint du criminel en considérant que l'activité criminelle constitue une violation grave des obligations du mariage, J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, op. cit., p. 33 ; Ce cas rejoint le droit commun, certains délinquants pouvant être bons époux : « *Est supprimée la place spéciale faite à certaines condamnations pénales de l'un des époux* » A. BÉNABENT, *La réforme du divorce -article par article-*, op. cit., p. 49.

mental¹⁸⁷, de l'abus d'alcool¹⁸⁸ ou de la prise de stupéfiants. Ces faits constitutifs de la faute peuvent être reprochés à l'époux ou à l'épouse sans aucune distinction fondée sur leur sexe. C'est une parfaite application du principe d'égalité entre les conjoints.

211. Ensuite, le fait doit constituer une faute conjugale, c'est-à-dire un manquement aux obligations du mariage qui doit revêtir une certaine gravité. Dans cette conception, la faute peut se concrétiser par un fait grave, même isolé, ou dans des fautes moins graves, mais répétées¹⁸⁹.

212. Enfin, le fait fautif est celui qui rend intolérable le maintien de la vie commune¹⁹⁰. Pour justifier le prononcé du divorce, la faute conjugale commise par un époux doit avoir des répercussions sur la vie commune¹⁹¹.

213. C'est pourquoi, les juges vérifient que les conséquences de la faute conjugale soient d'une importance suffisante pour que la demande ne dissimule pas une simple incompatibilité d'humeur¹⁹².

En dernière analyse, même un comportement *a priori* non répréhensible peut donc se révéler fautif, s'il compromet la vie familiale¹⁹³.

2. La diversité des fautes conjugales

¹⁸⁷ p. COURBE, *op. cit.*, p. 335.

¹⁸⁸ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 292 ; Il faut que les faits soient imputables au défendeur. Les faits reprochés s'expliquant par l'état mental de l'épouse atteinte de psychose schizophrénique (Toulouse, 29 octobre 1997, Dr. Famille 1998, n° 51, n. H. LECUYER) ou le viol d'une femme mariée par un tiers (TGI Niort, 21 novembre 1960, D. 1961. 247 : l'accomplissement de l'acte charnel contre toute volonté libre en dehors de toute conscience exclut de lui-même l'existence d'une faute et par suite d'un adultère) perdront leur caractère fautif.

¹⁸⁹ Des manquements renouvelés suffiront, même s'ils sont légers : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 204.

¹⁹⁰ Dans la pratique, il y a peu de débat. Le plus souvent, le juge constate *in abstracto* que la vie est devenue intolérable à partir de la faute et *in concreto* pour les époux divorçant en particulier.

¹⁹¹ La condition de demander le divorce pour faute doit être rejetée lorsque la vie commune n'existe plus depuis longtemps (Cass. Civ. 2^e, 25 mars 1991, Bull. civ. II, n° 99).

¹⁹² Cass. Civ. 2^e, 8 octobre 1986, Bull. civ. II, n° 144.

¹⁹³ « Les fautes conjugales dessinant en creux les devoirs du mariage figurant aux articles 212 et suivants du Code civil, le divorce pour faute devait perdurer autant que l'institution du mariage. Il a simplement été rajouté, à l'article 220-1 du Code civil énonçant les mesures urgentes » : J. RUBELLIN-DEVICHI, *Le nouveau droit du divorce : Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004*. JCP 2004, n° 24, p. 1038 et s.

214. On sait que, d'un côté, la faute, en matière de divorce, est définie de manière abstraite. De l'autre, la définition des devoirs et obligations incombant aux époux est assez large pour permettre aux tribunaux de sanctionner une grande diversité de comportements fautifs¹⁹⁴.

215. Aussi, contrairement à ce que l'on pourrait supposer, la notion de devoirs et d'obligations susceptibles d'être méconnus par les époux ne se limite pas à ceux énumérés expressément par le Code civil. Peuvent également être considérés comme fautifs des faits non prévus par des textes qui sont indissociables du mariage, dès lors qu'ils sont graves ou renouvelés.

216. Le divorce pour faute suppose la violation des devoirs et obligations nés du mariage. On rappellera à cet égard que les articles 212 et 215 du Code civil imposent aux époux un ensemble d'obligations tant personnel tel que l'obligation de cohabitation, de fidélité, de respect, que pécuniaires, notamment l'obligation de la contribution aux charges du mariage.

217. Est alors répréhensible la violation du devoir de fidélité qui résulte généralement de l'adultère¹⁹⁵ et de l'ensemble des relations équivoques avec un tiers¹⁹⁶, qui peuvent être considérées comme injurieuses pour le conjoint¹⁹⁷.

218. De même, a été jugé fautif l'abandon définitif ou provisoire du domicile commun¹⁹⁸ pour l'un des époux sans le consentement de l'autre. Le refus de laisser l'autre accéder à ce domicile commun constitue également une violation du devoir de cohabitation¹⁹⁹.

¹⁹⁴ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 292.

¹⁹⁵ Cass. Civ. 2^e, 23 avril 1980, Bull. civ. II, n° 80. Gaz. Pal. 1981.1.89, note par J. MASSIP

¹⁹⁶ Cass. Civ. 2^e, 4 janvier. 1958, Bull. civ. II, n° 9 ; Civ. 2^e, 3 jan. 1964, Bull. civ. II, n° 4 ; pour l'entretien d'une correspondance amoureuse avec un tiers (Cass. Civ. 2^e, 31 octobre 1962, Bull. civ. II, n° 683) ; pour l'infidélité intellectuelle (Paris, 13 février 1986. Gaz. Pal. 1986.1.216).

¹⁹⁷ « *Ces relations sont, en réalité, moins retenues en elles-mêmes que comme rendant extrêmement probable l'adultère, dont la preuve directe est naturellement toujours très difficile* » : A. BÉNABENT, Droit civil : *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 202.

¹⁹⁸ Il n'existe plus de prédominance maritale par rapport au choix du domicile commun.

¹⁹⁹ Une cour d'appel apprécie souverainement que le refus de l'épouse de rejoindre son mari à l'étranger peut être retenu comme cause de divorce, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce : Cass. Civ. 1^{re}, 12 septembre 2002, Bull. civ. II, n° 180 ; Défrenois 2003.117, obs. J. MASSIP ; Dr. fam. 2003, n° 26, note H. LÉCUYER ; RTD civ. 2002.784, obs. J. HAUSER ; Il appartient au juge du fond d'apprécier si le comportement de l'époux à l'égard de son conjoint ne justifie pas la décision de ce dernier de quitter le

219. Par ailleurs, le devoir de respecter son conjoint est inscrit dans le Code civil depuis la loi du 4 avril 2006²⁰⁰. Par conséquent, les faits portant atteinte à la personne de son conjoint, non seulement à son corps mais également à sa personnalité²⁰¹, seront sanctionnés comme contraires à l'article 212 du Code civil²⁰².

220. Pour être tout à fait complet sur la faute conjugale, il importe d'observer qu'il existe également des devoirs dégagés par la jurisprudence au fil des années et dont l'inobservation par un époux peut constituer un fait fautif, cause du divorce.

221. La vie commune entre époux fait apparaître une diversité de situations conflictuelles qui ne peuvent pas être prévues et réglées d'avance par le législateur. Il incombe, en conséquence, au juge de préciser quels sont, dans chaque situation de fait, les devoirs qui s'imposent aux époux l'un envers l'autre. Ils ne sont pas inscrits dans la loi, mais sont inséparables du mariage. Ils forment un ensemble qualifié de devoirs innommés²⁰³.

222. Ainsi, il a été jugé que les injures commises par l'un des époux à l'égard de la famille ou des enfants de l'autre, constituent une faute²⁰⁴. En effet, la jurisprudence

domicile conjugal (Ce départ ne constitue pas une faute de sa part : Cass. Civ. 2^e, 30 novembre 2000, D. 2001. IR. 41 ; RTD civ. 2001.114, obs. J. HAUSER).

²⁰⁰ La loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (cf. A.-M. LEROYER, obs. RTD civ. 2006.402) : P. COURBE, *op. cit.*, p. 356 ; Ce sont les manquements au devoir de respect qui fournissent depuis longtemps les plus gros bataillons des fautes conjugales (A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 203).

²⁰¹ Ils signifient des opinions, religion, honneur et image : P. COURBE, *op. cit.*, p. 156.

²⁰² Violences physiques, scènes et propos injurieux, disputes intenses et traumatisantes (Cass. Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, D. 2007.609, obs. L. WILLIATTE-PELLITTERI), ivresse habituelle, vexations et humiliations systématiques (Cass. Civ. 2^e, 5 octobre 1960, Bull. civ. II, n° 533 ; 19 janvier 1961, Bull. civ. II, n° 55 ; 16 octobre 1964, Bull. civ. II, n° 624 ; 12 février 1987, Gaz. Pal. 1987. Pan. 217), attitude injurieuse (CA Orléans, 10 mai 2005, Dr. fam. 2006, n° 57, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; CA Metz, 28 juin 2005, JCP 2006.IV.1717), attitudes de mépris, d'indifférence ou d'ignorance (Cass. Civ. 2^e, 14 novembre 2002, Gaz. Pal. 1986. Pan. 246), accusations ou dénonciations injustifiées comme une tentative de placement sous tutelle (Cass. Civ. 2^e, 14 novembre 2002, Bull. civ. II, n° 256) ; Pour une dénonciation calomnieuse à l'employeur (Versailles, 27 février 1987, Gaz. Pal. 1987. Som. 398), délinquance (Cass. Civ. 2^e, 11 juin 1954, D. 1954.566), soustractions frauduleuses au détriment du conjoint (Cass. Civ. 2^e, 28 novembre 1951, JCP 1952II6727 ; 13 février 1963, Bull. civ. II, n° 137 ; 6 mai 1964, Bull. civ. n° 347) ; Les obligations qui ne sont pas inscrites dans la loi en terme exprès, mais sont consubstantielles à l'idée de mariage. Mais, le défaut d'affection n'est pas une faute, car le mariage n'impose pas l'obligation de s'aimer (Cass. Civ. 2^e, 2 février 1972, D. 1972.295 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Impression de recherche sur les fautes cause de divorce*, D. 1985. Chron. 223).

²⁰³ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 203.

²⁰⁴ Les injures commises par l'un des époux à l'égard de sa belle-famille ou des enfants du conjoint constituent la faute.

considère qu'il est injurieux pour l'un des époux de voir ses parents maltraités ou boudés par l'autre²⁰⁵. Les sentiments d'un époux peuvent également être atteints en raison du défaut de soins et d'attention du conjoint à l'égard des enfants²⁰⁶.

223. Par ailleurs, l'absence de loyauté est un motif fréquemment invoqué. À cet effet, la dissimulation par l'un des époux à l'autre de faits antérieurs au mariage qui ont des répercussions sur la vie conjugale a été jugée constitutive d'une atteinte au devoir de loyauté incombant aux époux²⁰⁷. Peuvent également être considérés comme fautifs les comportements portant atteinte à la solidarité devant exister entre époux²⁰⁸. Encore faut-il, selon l'article 242 du Code civil, que ces manquements, divers et variés, soient graves ou renouvelés, pour que le divorce puisse être prononcé.

224. Ainsi décrite, la faute qui justifie le recours à cette forme de divorce peut être soulevée par tout époux, homme ou femme, ce qui confirme l'égalité entre les conjoints. À titre d'exemple, l'infidélité peut être reprochée à l'époux comme à l'épouse.

Il s'agit cependant de caractériser le fait qui constitue la faute, cause du divorce. Il appartient donc au juge de vérifier dans chaque situation de fait qui lui est soumise l'existence et le bien-fondé de cette cause.

²⁰⁵ La jurisprudence a précisé qu'il était excessif que l'un des époux ait voulu imposer ses parents au domicile conjugal ou même la présence d'amis durant des vacances (Paris, 13 février 1986, Gaz. Pal. 1986.216) ; Cass. Civ. 2^e, 5 décembre 1962, Bull. civ. II, n° 772 ; 22 mai 1963, Bull. civ. II, n° 368.

²⁰⁶ Pour un refus de faire baptiser l'enfant comme il avait été promis : Versailles, 26 mars 1987, Gaz. Pal. 1987. Som. 398.

²⁰⁷ « Cette dissimulation est en réalité antérieure au mariage et elle peut difficilement apparaître comme constituant un manquement à des obligations qui n'étaient pas encore nées » : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 204 ; Dissimulation de l'impuissance du mari (Nancy, 12 mai 1958, RTD civ. 1958.585, obs. H. DESBOIS) ; Dissimulation d'une malformation physique de la femme l'empêchant de consommer le mariage (Cass. Civ. 7 mai 1951, D. 1951.472) ; Dissimulation d'une maladie grave (Cass. Civ. 2^e, 5 juillet 1956, D. 1956.609 ; 12 mai 1960, Bull. civ. II, n° 309) ; Dissimulation d'une liaison antérieure (Colmar, 13 mars 1954, D. 1954.373). Par contre, la dissimulation pendant le mariage d'événements importants : grossesse de l'épouse contre la volonté du mari (Caen, 5 janvier 2006, Dr. fam. 2006, n° 149 ; Nîmes, 21 mars 2007, Dr. fam. 2007.189) ; Concurrence déloyale envers le conjoint (Cass. Civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, D. 2008.807) ; Vie professionnelle, et financière, activités religieuses.

²⁰⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, D. 2008. Pan. 808, obs. G. SERRA et L. WILLIATTE-PELLITERI.

B- L'appréciation de la faute

225. Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation.

226. L'article 242 du Code civil subordonne le divorce au fait que le manquement aux devoirs et obligations du mariage constitue une violation soit grave, soit renouvelée. De plus, il faut que ces faits rendent intolérable la vie commune et soient imputables à l'époux demandeur. Il appartient au juge d'apprécier si ces conditions prévues par la loi sont bien réunies.

227. Avant la loi du 11 juillet 1975, une distinction était faite entre les causes péremptoires et les causes facultatives du divorce²⁰⁹. Si la cause péremptoire était invoquée à l'appui d'une demande recevable, le juge devait prononcer le divorce. En revanche, pour la cause facultative, il fallait une certaine gravité afin de justifier une sanction. Avec la loi du 26 mai 2004, la faute conjugale ne constitue qu'une cause facultative du divorce. Qualifier de facultative une cause de divorce ne signifie certainement pas que le juge ait la faculté de prononcer le divorce discrétionnairement. Il ne s'agit pas d'un pouvoir discrétionnaire voire même arbitraire. Il lui appartient seulement de reconnaître si les faits invoqués remplissent les conditions posées par la loi.

Le jeu respectif des fautes invoquées par les deux parties et soumises à l'appréciation du juge peut alors aboutir à trois situations : le rejet de la demande (1), le partage des torts (2) ou l'attribution de tous les torts à un seul des époux (3).

1. Le rejet de la demande

228. Lorsque l'époux demandeur a invoqué et prouvé les fautes commises par son conjoint, la loi donne à ce dernier la possibilité de se prévaloir de moyens de défense.

²⁰⁹ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 298.

229. Ainsi, en vertu de l'article 244 du Code civil français, l'irrecevabilité de la demande en divorce pour faute peut trouver son fondement dans l'exception de réconciliation, c'est - à- dire la réconciliation intervenue entre les époux depuis les faits invoqués. D'une manière générale, la réconciliation est analysée par le juge comme un pardon qui efface les fautes de l'époux défendeur.

230. La validité du pardon s'apprécie d'abord du côté de son auteur. Ainsi, il doit être volontaire. Le maintien ou la reprise de la vie commune n'implique pas nécessairement le pardon lorsqu'il a pu être causé par d'autres raisons qu'une volonté de pardonner²¹⁰, telle que la sauvegarde des apparences, les besoins d'éducation des enfants²¹¹. De même, le pardon doit avoir été donné par l'époux demandeur en parfaite connaissance de cause, ce qui signifie, en pratique, la connaissance de tous les faits fautifs reprochés à l'époux fautif²¹². Ensuite, du côté de l'époux fautif, le pardon doit avoir été accepté²¹³. Si le pardon est avéré,²¹⁴ le juge doit déclarer la demande irrecevable.

231. Mais il faut aussitôt ajouter que la disparition des fautes pardonnées n'est pas toujours définitive. Les faits anciens peuvent être rappelés à l'appui d'une nouvelle demande si d'autres fautes postérieures ont été commises par l'époux (art. 244, al. 2 C. civ.)²¹⁵.

232. Avant la loi du 11 juillet 1975, la jurisprudence avait admis que l'époux souhaitant obtenir le divorce mais n'ayant rien à reprocher à son conjoint, puisse provoquer, par une mise en scène, un comportement fautif de ce dernier. Bien qu'ayant

²¹⁰ Paris, 23 juin 1909, DP 1910.2.143 : « *la réconciliation, avec le pardon et l'oubli réciproque du passé, résulte de l'accord de deux volontés libres et réfléchies* » ; Cass. Civ. 2^e, 4 avril 1962, Bull. civ. II, n° 370 : « *le maintien ou la reprise de vie commune n'implique pas nécessairement la réconciliation* ».

²¹¹ Paris, 10 février 1998, Dr. fam. 1998, n° 159, 2^e esp., obs. H. LÉCUYER.

²¹² Ce qui suppose que ces fautes sont connues du demandeur (Cass. Civ. 2^e, 7 janvier 1970, Bull. civ. II, n° 2 : preuve, par la femme, que le mari a connu les griefs et a donc pardonné).

²¹³ Paris, 18 juin 1955, D. 1956.8, obs. A. BRETON.

²¹⁴ Pour l'abandon d'une procédure de divorce sur requête conjointe (Cass. Civ. 2^e, 3 mars 1983, Bull. civ. II, n° 65 ; D. 1983. IR. 137) ; Toutefois en cas de désistement d'instance sans l'acceptation du défendeur (Cass. Civ. 2^e, 3 mars 1976, JCP 1976.IV.233).

²¹⁵ Cass. Req., 3 août 1937, DH 1937. 517 : « *Il n'est pas nécessaire que les faits postérieurs à la réconciliation, pour faire revivre les anciens, soient assez grave à eux seuls pour justifier le divorce. En l'espèce, il s'agissait de faits de légèreté commis par la femme* » (Cass. Civ. 2^e, 29 octobre 1980, Bull. civ. II, n° 227) ; 24 février 1982, D. 1983. IR. 38, obs. J.-Cl. GROSLIÈRE.

encouragé l'adultère de son conjoint, il pouvait néanmoins se prévaloir de la faute ainsi provoquée pour demander le divorce²¹⁶.

233. Cette solution, critiquée par la doctrine, a été abandonnée. Désormais, la provocation délibérée de la faute de l'un des époux par l'autre, pour se ménager un grief, interdit à ce dernier de se prévaloir de ce comportement fautif qu'il a lui-même provoqué pour demander le divorce²¹⁷.

234. Parfois, le moyen de défense dont dispose l'époux défendeur correspond à une défense au fond, pouvant aboutir à un rejet de la demande en divorce. Il en est ainsi en présence de ce que l'on qualifie d'excuse. Ce moyen de défense a été repris à l'article 245 du Code civil faisant état de l'incidence des fautes du demandeur. Selon ce texte, les torts du conjoint demandeur peuvent, à l'appréciation du juge, atténuer voire effacer les torts de l'époux défendeur²¹⁸.

235. Dans tous les cas, les juges français, en retenant l'existence d'une telle excuse, ont donc la possibilité de se fonder sur les fautes du demandeur pour rejeter la demande.

Deux précisions méritent toutefois d'être apportées. D'une part, il est une limite à l'admission de l'excuse : la faute du demandeur n'excuse qu'une faute proportionnée à sa propre gravité²¹⁹. D'autre part ? il est possible au juge de retenir ces fautes respectives pour en déduire une conséquence autre que le rejet de la demande, à savoir le prononcé du divorce aux torts partagés.

2. Le prononcé du divorce aux torts partagés

236. Dans cette hypothèse, le juge estime que chacun des époux a commis une faute de nature à justifier le divorce. Tel pourra être le cas dans l'hypothèse dans

²¹⁶ Cass. Civ. 2^e, 14 juin 1950, JCP 1950.5872. note crit. JACK-MAYER.

²¹⁷ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 207.

²¹⁸ Cass. Req. 3 août 1937, DH 1937.517 ; Civ. 28 février 1950, D. 1950.299 ; Quant à l'incidence de la réconciliation sur les poursuites pénales engagées à l'encontre d'un époux pour abandon de famille (Crim. 12 octobre 1971, Gaz. Pal. 1972.1.19).

²¹⁹ Cass. Civ. 2^e, 29 mai 1963, Bull. civ. II, n° 402.

laquelle est formée une demande reconventionnelle en divorce pour faute. Ce moyen de défense offert à celui des époux auquel la faute est reprochée, présente un caractère offensif. Ainsi, en application de l'article 245, alinéa 2 du Code civil, le défendeur est admis à demander à son tour le divorce, en se fondant sur les fautes de l'époux demandeur. Dans son appréciation, le juge prend donc en considération le comportement fautif des deux conjoints²²⁰.

237. Toutefois, il importe de relever que, selon l'article 245, alinéa 3 du Code Civil, le juge peut aussi relever d'office des éléments qui font apparaître des torts à la charge des deux parties, même en l'absence d'une demande reconventionnelle que le défendeur aurait négligé de former. L'avantage de la solution est certain, lorsqu'un époux se défend mal.

238. Mais que ce soit lors d'une demande reconventionnelle ou à la seule initiative du juge, plusieurs cas de figure peuvent se présenter à l'issue de l'appréciation opérée par le juge. D'abord, il peut accueillir à la fois la demande principale et la demande reconventionnelle, et prononcer un divorce aux torts partagés²²¹. À l'inverse, il pourrait aussi rejeter les deux demandes. Enfin, le juge a également la possibilité de prononcer le divorce aux torts exclusifs de l'un des époux.

3. Le prononcé du divorce aux torts exclusifs

239. Le cas le plus courant se rencontre lorsque le débat judiciaire oppose un époux fautif et un époux innocent. Le juge prononcera alors le divorce aux torts exclusifs du conjoint coupable. De plus, le jeu respectif des fautes invoquées, soumises

²²⁰ Cass. Civ. 2^e, 15 décembre 1982, Bull. civ. II, n° 164 : « l'existence d'une séparation de fait entre deux époux, même imputable à la faute de l'un d'entre eux, et l'introduction consécutive d'une demande en divorce, ne confère pas aux époux, encore dans les liens du mariage, une immunité privant de leurs effets normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre » ; Cass. Civ. 2^e, 11 juillet 1979, Bull. civ. II, n° 208 : « les juges du fond ne sont pas tenus, en absence de conclusions les y invitant, de rechercher d'office si les torts d'un époux ne sont pas dépouillés de leur caractère fautif du fait du comportement de l'autre époux ». Cass. Civ. 2^e, 11 juillet 1979. Bull. civ. II, n° 208 ; Cass. Civ. 2^e, 23 avril 1980, Gaz. Pal. 1981.1.89, note J. MASSIP.

²²¹ « Les avantages d'un divorce aux torts partagés par rapport à un divorce prononcé aux torts exclusifs, sont réduits par la loi du 26 mai 2004, mais demeurent indéniables. D'une part, l'époux défendeur évite d'être déclaré exclusivement responsable de la rupture du mariage sur un plan moral. D'autre part, il échappe à une condamnation à des dommages et intérêts sur un plan pécuniaire. Pourtant, l'époux aux torts exclusifs peut solliciter une prestation compensatoire et n'est pas privé du bénéfice des donations et avantages matrimoniaux que les époux s'étaient consentis » : P. COURBE, *op. cit.*, p. 163.

à l'appréciation du juge, que ce soit lors d'une demande principale en divorce pour faute ou en cas de demande reconventionnelle, peut aussi conduire au prononcé du divorce aux torts exclusifs d'un des époux.

Ainsi présentée, la décision tendant à la rupture d'un mariage par la faute exclusive d'un époux appelle deux observations.

240. La première pour constater que le divorce prononcé aux torts exclusifs d'un époux constituait initialement une sanction. Dans cette conception, il entraînait un ensemble de mesures diverses présentées sous forme de déchéance, telle que la déchéance de la prestation compensatoire²²². Certes dans une perspective historique, l'idée de sanction a toujours été associée au divorce pour faute lorsqu'un seul des époux est déclaré responsable de la rupture²²³. Mais il faut aussi faire état des réformes successives allant dans le sens d'un assouplissement²²⁴.

241. La seconde observation consiste à rapporter l'inquiétude exprimée par une partie de la doctrine²²⁵ face au pouvoir reconnu au juge relativement à l'appréciation de la faute conjugale.

242. Quel que soit la nature du tort, exclusif ou partagé, l'appréciation du juge de la faute commise et justifiant le divorce ne porte aucune atteinte au principe d'égalité. Le juge apprécie les faits qui lui sont soumis sans considération de l'appartenance sexuelle de l'époux fautif.

Cette égalité entre les époux constatée dans le droit français existe-elle en droit libanais ? (Chapitre II).

²²² P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 302 ; Cass. Civ. 2^e, 26 novembre 1986, Bull. civ. II, n° 174.

²²³ Il s'agit seulement d'une faculté laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge (Cass. Civ. 2^e, 16 janvier 1991, Bull. civ. II, n° 18) ou d'une simple faculté et non d'un devoir pour le juge qui peut s'en tenir à la demande (Cass. Civ. 2^e, 21 juillet 1986, D. 1987, som. 275, obs. J.-CL. GROSLIÈRE).

²²⁴ P. COURBE, *op. cit.*, p. 163 : « *pourant, l'époux aux torts exclusifs peut solliciter une prestation compensatoire et n'est pas privé du bénéfice des donations et avantages matrimoniaux que les époux s'étaient consentis* ».

²²⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 205 et s.

CHAPITRE II

L'INÉGALITÉ DANS LES CAUSES DU DIVORCE EN DROIT LIBANAIS

243. Le mariage est la relation la plus sacrée qui puisse exister entre un homme et une femme. Dieu énonce dans le Coran : « *Comment oseriez-vous le reprendre, après que l'union la plus intime vous ait associés l'un à l'autre et qu'elle ait obtenu de vous un engagement solennel ?* »²²⁶. L'acte de mariage est un engagement solennel et sacré qui doit être préservé à vie. D'après l'Imam Al-Awza'i : « *Si l'acte de mariage n'est pas contracté avec l'intention qu'il soit éternel, il devient nul* »²²⁷.

244. Le mariage signifie partager une vie commune avec un ou une partenaire, avoir des enfants et être garant de leur avenir. Selon Al-Awza'i, « *l'acte de mariage qui n'est pas basé sur l'intention de continuité est invalide* »²²⁸. Pour autant, le divorce est permis en droit libanais.

245. La dissolution du mariage par décision de justice est l'un des domaines de prédilection des législations libanaises contemporaines (Section II), lesquelles constituent un héritage du droit libanais classique (Section I).

Section I. Dans le droit libanais classique

246. Dans le droit libanais classique, la dissolution du mariage par décision de justice peut être la conséquence d'un serment de continence (§1), ou d'anathème (§2), ou d'une inexécution des obligations issues du mariage (§3).

²²⁶ Coran, Sourate *al-nisaa* IV, verset 21.

²²⁷ AL-WAZZANI, AL-MAHDI, *Al mi'yar al-jadid*, Fès, 1328 hég. volume 11.

²²⁸ AL-WAZZANI, AL-MAHDI, *op. cit.* volume 11.

§ 1. Le serment de continence

247. C'est le serment fait par le mari de s'abstenir de toute relation sexuelle avec sa femme. Il est prévu par le Coran : « *un délai de quatre mois est prescrit à ceux qui se sont engagés par serment à s'abstenir de leurs femmes. Mais s'ils reviennent sur leur décision (...) Dieu est celui qui pardonne, il est miséricordieux* »²²⁹.

248. Jadis, le prononcé de cette formule pouvait avoir pour effet la rupture immédiate du mariage, mais il est probable qu'elle avait la valeur d'une répudiation sous condition suspensive²³⁰. Il en résultait pour la femme l'inconvénient d'une situation d'attente, que le Prophète s'est préoccupé de préciser. En l'assimilant à une répudiation simplement révocable²³¹, il lui a enlevé la plus grande partie de son intérêt.

249. Pour prêter le serment de continence, dit « *khalil* »²³², il faut être musulman, marié, pubère et sain esprit. La question se pose seulement de savoir si le serment de continence peut être prêté par un mari impuissant, car celui-ci peut avoir eu l'intention de faire injure à sa femme plutôt que de ménager sa santé. Une femme âgée fera face au même problème ; le serment de continence peut-il être pris en considération quel que soit l'âge de la femme ? Tout dépend alors de l'intention formulée lors du serment. Si par exemple, le serment s'adresse à une femme nourrissant son enfant, en état de grossesse avancée ou de maladie grave, on le considérera comme prononcé pour la ménager.

250. Nous pouvons aussi nous demander si ce serment peut s'adresser à toute femme mariée à un musulman, fût-elle chrétienne ou juive. De manière générale, la question se résout dans un sens positif.

251. Aucune procédure n'est imposée par la loi. Il n'y a pas de formule sacramentelle. Les textes se bornent à dire que le serment n'est valable et ne lie le mari

²²⁹ Coran, sourate *al bakara* II, verset 226.

²³⁰ AL-DASUKI, *Hashiya ala shareh*, Ahmad al-dardiri, Le Caire 1323 hég., volume 4.

²³¹ Répudiation révocable en arabe, « *talak raj'i* », littéralement « *retour* », signifie la rétractation par le mari de l'exercice de la faculté de rupture unilatérale du mariage.

²³² AL-HATTAB, *Commentaire du mukhtasar de Khalil*, Le Caire, 1329 hég., volume 6.

que s'il a été prononcé au nom de Dieu, s'il exclut la possibilité de toute relation conjugale, s'il exclut la possibilité indéfinie de toute relation conjugale ou si le délai prévu est supérieur à quatre mois²³³. Selon le Coran « *un délai de quatre mois est prescrit à ceux qui se sont engagés par serment à s'abstenir de leur femme* »²³⁴. Si le délai prévu est inférieur à quatre mois, le serment ne peut être invoqué par la femme contre le mari ; si le délai est de plus de quatre mois, elle est autorisée à s'adresser au juge et à lui demander de rendre un jugement le ramenant à quatre mois.

252. Si le serment a été prêté régulièrement, le délai court en principe à compter de son prononcé. S'il est conditionnel, il courra de la réalisation de la condition. Dans le cas où le délai prévu est supérieur à quatre mois et où la femme est autorisée à solliciter du juge une décision le ramenant à quatre mois, le point de départ est la notification au mari du jugement rendu par le juge.

253. Lorsque le mari n'a pas gardé la continence qu'il s'est engagé à observer pendant quatre mois au moins, le Coran prévoit : « *mais s'ils reviennent sur leur décision (...) dieu est celui qui pardonne, il est miséricordieux* »²³⁵. Il pardonne donc au mari la violation de son serment et l'injure faite à la femme, et la vie commune va pouvoir reprendre. Elle ne le pourrait, selon certains auteurs, en vertu du Coran²³⁶ qui sanctionne la violation des serments, qu'à la condition que le mari fournisse une expiation religieuse.

254. Lorsque le mari a tenu son serment et observé la continence pendant quatre mois, la femme obtient alors un droit d'option : elle peut accepter la situation ou bien réclamer la dissolution du mariage en faisant état du serment.

255. Si la femme opte pour ce dernier parti, le juge met le mari dans l'obligation de lui accorder la répudiation. Si le mari refuse de répudier, le juge prononce lui-même la répudiation.

²³³ ABDALLAH EBN MITAH, *Al-muntaza, al-mukhtar*, la caire, 1332 hég., volume 4.

²³⁴ Coran sourate *al bakara* II, verset 226.

²³⁵ Coran sourate *al bakara* II, verset 226.

²³⁶ Coran sourate *al ma'ida* V, verset 89.

256. Dans le rite malékite, la décision du juge n'emporte pas dissolution immédiate du mariage ; tout se passe comme en cas de répudiation révocable²³⁷. La femme entre en retraite de continence, et pendant ce temps, le mari aura encore la faculté de l'obliger à une reprise de la vie commune.

257. Dans le rite hanéfite, le jugement rendu a les effets d'une répudiation irrévocable, les époux pouvant se réunir par un nouveau mariage²³⁸.

L'inégalité entre époux est évidente car le serment de continence est un droit conféré à l'homme et à lui seul. Tel est également le cas du serment d'anathème.

§ 2. Le serment d'anathème

258. Le serment d'anathème n'est pas seulement une cause de dissolution du mariage. Son but principal est d'établir l'adultère de la femme, et d'empêcher que soit attribué au mari un enfant qui n'est pas le sien. Ainsi, la rupture de l'union conjugale n'en est qu'une conséquence nécessaire mais subordonnée.

259. En cas d'adultère ou de viol pendant le mariage par une tierce personne suivi d'une grossesse, celui-ci a le droit de décliner la paternité qui lui incomberait en vertu de la présomption légale. Ce moyen est « *li'an* »²³⁹, le seul mode de désaveu admis par la loi musulmane à l'égard de l'enfant dont la conception se place dans le mariage. Le serment d'anathème « *li'an* »²⁴⁰ est de rigueur, même quand le mariage est nul²⁴¹ ou irrégulier²⁴² parce que la déclaration de nullité ou la dissolution n'empêche pas l'attribution de la paternité au mari.

²³⁷ AL QUDURI MUNTASAR, traduction par G.H. Bousquet et L. Bercher, p. 124, note n°5.

²³⁸ ABDALLAH EBN MITAH, *op. cit.* volume 4.

²³⁹ *Li'an*, littéralement signifie : le serment d'anathème.

²⁴⁰ AL-KHARSHI, *Commentaire du mukhtasar de khalil*, avec glosse de Al-Adawi, Le Caire, 1317 hég. volume 4.

²⁴¹ Le mariage est nul dans les cas suivants : existence d'un empêchement légal qui prohibe le mariage (allaitement, parenté au degré prohibé) ; incapacité d'un des conjoints (le mari est déjà marié à quatre femmes, la femme est en retraite de continence).

²⁴² Le mariage est irrégulier par exemple : si la dot n'est pas due à la femme, le mariage est conclu sans tuteur matrimonial, le contrat contient des clauses contraires à l'essence du mariage etc.

260. Pour être admis à prononcer le serment d'anathème, d'après « *khalil* »²⁴³, le mari doit être musulman, marié, pubère et sain d'esprit.

261. Dans le rite hanéfite, pour que le mari puisse porter une accusation d'adultère contre son épouse, il faut que le mariage soit valable : si le mariage est entaché de nullité radicale, c'est-à-dire que la femme n'est pas mariée et n'est pas tenue du devoir de fidélité, par conséquent les accusations du mari contre sa femme ne seront pas prises en compte. En revanche, dans le rite malékite, l'anathème est permis même si le mariage est nul ou irrégulier.

262. Pourtant, pour que le serment d'anathème soit admis, il faut que le mari soit pubère, c'est-à-dire âgé de 18 ans dans le rite malékite. Chez les « *hanéfites* », il suffit qu'il soit pubère ou âgé de 15 ans. Dans la circonstance, il y a en jeu, avant tout, des intérêts pécuniaires, mais ce sont des conséquences d'intérêt subsidiaire. Il est donc naturel que l'on prononce le serment d'anathème si le mari n'a pas encore atteint la majorité légale pour jouir de ses biens.

263. Finalement, pour que le serment d'anathème soit admis, le mari doit être sain d'esprit, c'est-à-dire jouissant de ses facultés : avoir une exigence raisonnable et qu'il puisse accomplir un acte juridique.

264. Quant à la femme, les rites ne s'accordent pas sur les conditions auxquelles elle doit satisfaire pour que le serment d'anathème puisse être prononcé contre elle. Dans le rite malékite, toute femme légalement et valablement mariée à un musulman peut faire l'objet du serment d'anathème, fût-elle chrétienne ou juive. Les auteurs du rite hanéfite considèrent au contraire que la procédure du serment d'anathème ne saurait être suivie que contre la femme musulmane. Si la femme est chrétienne ou juive l'adultère ne peut être prouvé que conformément au verset 15 sourate IV du Coran, « *par les déclarations de quatre témoins mâles* »²⁴⁴.

265. Quant à la procédure du serment d'anathème, le mari se rendra devant le juge, lequel devra vérifier si sa prétention est recevable. Si les époux remplissent tous

²⁴³ AL-KHARSHI, *Commentaire du mukhtasar de khalil*, op. cit., olume 4.

²⁴⁴ Coran, sourate *al-nisaa* IV, verset 15.

deux les conditions requises, il invitera le demandeur à prononcer le serment d'anathème. Si la femme garde le silence, elle est de plein droit considérée comme coupable d'adultère. Dans ce cas, le juge rend immédiatement un jugement le constatant, déclarant que la femme est répudiée²⁴⁵.

266. En revanche, si la femme riposte par cinq serments, affirme qu'elle n'est pas coupable d'adultère et que le mari a régulièrement prêté un serment d'anathème, l'épouse est considérée comme convaincue et le juge doit constater la dissolution du mariage par la répudiation. Dans tous les cas le mariage doit être dissous et la femme est donc répudiée.

267. Selon les rites « *malékite, shaféite et hanbalite* », la répudiation est irrévocable. Il est admis que la femme convaincue d'adultère et dont le mariage est dissous pour cette cause se trouve éternellement interdite à son ancien mari.

268. En revanche, dans le rite « *hanéfite* », le mari est autorisé à rétracter son accusation après un serment d'anathème. Le mariage restera dissous, mais l'ex-époux pourra à nouveau s'unir à son ex-femme en contractant un nouveau mariage. Si le mari ne se rétracte pas, la femme lui est à jamais interdite²⁴⁶.

269. Par conséquence, les conjoints séparés par l'effet d'un serment d'anathème, tant que le délai de la retraite légale n'est pas expiré, continuent à avoir une vocation successorale réciproque. Si le mariage n'a pas été consommé, la femme a droit à la moitié de la dot. Et si le mariage a été consommé, la femme a droit à la dot entière²⁴⁷.

270. Nous avons précédemment constaté que la répudiation n'agit qu'en faveur de l'homme et que la femme contre qui elle est prononcée se retrouve en situation d'inégalité. Nous allons voir désormais que si l'homme venait à manquer à l'accomplissement de ses devoirs conjugaux, la femme peut aussi demander le divorce à son avantage, sans que l'homme ne puisse contester sa décision ou celle d'un juge.

²⁴⁵ Coran, sourate *al-nour* XXIV, verset 2.

²⁴⁶ AL-ZOUHAILI, *Al fikh al-islami w adelatahou*, Le Caire, 1321 hég. tome 4.

²⁴⁷ AL-DASUKI, *Hashiya ala shareh*, Ahmad al-dardiri, Le Caire 1323 hég. volume 4.

§ 2. L'inexécution des obligations issues du mariage

271. Le mariage, comme tout autre contrat bilatéral, peut être dissous à la requête d'un des contractants, quand l'autre ne remplit point les obligations assumées. Leur inexécution est un cas d'option ou « *khiyar* »²⁴⁸.

272. La femme est dans la nécessité de recourir à ce moyen plus que le mari, à la disposition duquel est mis la répudiation. Toutefois, dans certaines circonstances, celui-ci aura intérêt à saisir le juge, par exemple lorsque la femme aura des torts particulièrement graves qui pourraient autoriser le mari à la faire condamner à des dommages-intérêts. De même, en cas d'adultère, l'intérêt du mari sera de se procurer un titre judiciaire par lequel il pourra se soustraire à toute demande de la femme, visant à obtenir la restitution de la dot. Mais il n'en sera ainsi que dans des cas exceptionnels.

273. La femme a le droit de demander la dissolution du mariage dans tous les cas où le mari n'exécute pas les obligations auxquelles il est tenu en vertu du contrat.

Le non-paiement de la dot (A), de l'absence du conjoint (B), des griefs contre le conjoint (C) et de l'abus de l'autorité maritale (D) vont être analysés.

A- Le non-paiement de la dot

274. En premier lieu, le non - paiement de la dot constitue une cause de divorce. À la requête de la femme, le juge assigne au mari un délai plus ou moins long, divisé en périodes décroissantes (6, 4, 2, 1 mois), au maximum de treize mois. À l'expiration du délai, le juge, déclare le mariage dissous à la requête de l'épouse. Quand le mariage n'est pas consommé, le mari est débiteur de la moitié de la dot. Si le mariage est consommé, il ne peut être dissous pour défaut de paiement de la dot²⁴⁹.

²⁴⁸ Khiyar c'est-à-dire option résiliation, option pour vice rédhibitoire.

²⁴⁹ AL-KHARSHI, *Commentaire du mukhtasar de khalil, op. cit.*, volume 4.

275. L'inégalité en faveur de la femme suite à un divorce pour cause de non - paiement de sa dot transparaît d'autant plus. Cependant, l'absence du mari du foyer conjugal est une faute qui autorise purement la femme à demander le divorce.

B- L'absence du mari

276. L'absence du mari du domicile conjugal pendant une période excédant une année peut constituer un motif de divorce de la part de l'épouse. Le tribunal vérifie l'absence du mari, la durée de cette absence et le lieu dans lequel il réside. Il notifie la demande au mari, en l'avisant des conséquences : s'il ne réintègre pas le domicile conjugal, il s'expose au prononcé du divorce. Il arrive que l'adresse du mari soit inconnue. Après plusieurs recherches menées par le Ministère public, le magistrat peut désigner un curateur pour le mari, afin de le représenter dans la suite de la procédure.

277. Après avoir exposé le cas des divorces au profit de la femme pour cause d'absence du mari du foyer conjugal, qui dévoile toutefois une autre inégalité entre les époux, nous traiterons par la suite des griefs contre le conjoint.

C- Les griefs contre le conjoint

278. Le droit de demander la dissolution du mariage appartient à l'époux qui a des griefs contre son conjoint. En réalité, ce sera le plus souvent la femme qui en usera, le mari n'ayant pas besoin d'agir en justice en mouvement pour rompre le mariage. Si l'époux qui a des griefs est majeur quant à la personne, mais mineur quant aux biens, c'est à lui qu'il appartiendra d'intenter l'action en divorce, mais avec l'accord de son représentant légal, parce que l'action est susceptible de compromettre des intérêts pécuniaires. Si l'époux qui veut demander la dissolution est encore soumis au droit de *djabr*²⁵⁰, c'est à celui qui a le droit de contrainte matrimoniale qu'il appartiendra de la réclamer. C'est ainsi dans le rite malékite, où la femme n'échappe, en principe, à la contrainte matrimoniale, que par la consommation du mariage. Si une femme a été mariée et que le mariage n'a pas été consommé, elle peut prétendre avoir des griefs sérieux contre le mari. Elle est autorisée à demander la dissolution du mariage, mais

²⁵⁰ *Djabr*, littéralement signifie : contrainte matrimoniale.

c'est le père ou le tuteur qui intentera l'action. L'action en dissolution est intentée contre l'époux qui a des torts, et celui-ci doit être personnellement mis en cause. S'il est majeur quant à la personne, mais encore mineur quant aux biens, c'est le représentant légal ou le tuteur qui devra être mis en cause parce que le jugement est de nature à compromettre ses intérêts pécuniaires.

279. Cette forme de divorce est bilatérale et garantit ainsi l'égalité entre les époux. Mais dans la mesure où c'est toujours le mari qui jouit du droit exclusif de répudier sa femme à son gré, il n'a pas besoin d'inventer des griefs contre son épouse pour s'en séparer même si ce motif de divorce est majoritairement à l'initiative de la femme. Qu'en est-il de l'époux abusant de son autorité maritale ?

D- L'abus d'autorité maritale

280. Quand le mari abuse de son autorité maritale, le juge peut dissoudre le mariage à la demande de l'épouse en cas de sévices ou mauvais traitements continuels exercés contre elle. Au cas où la femme se plaint à plusieurs reprises d'être maltraitée et qu'il n'y a pas de preuves, le juge essaiera la conciliation. Les mauvais traitements sont prouvés par témoins ou de notoriété publique. Le juge commence par admonester le mari ou lui applique une peine correctionnelle. Dans les cas les plus graves, il dissout le mariage²⁵¹. Dans les cas de violences légères, le juge prononce une répudiation révocable après récidive. Si la brutalité et la méchanceté du mari font craindre des représailles contre la femme, le juge la répudie par trois, afin que le mari ne puisse révoquer sa décision.

281. Ceci est spécifique au droit malékite. Quand la vie commune est devenue difficile par suite d'intolérance du mari ou de dissentiments graves, le juge procède à l'épreuve de conciliation prévue par le Coran²⁵².

²⁵¹ AL-KHARSHI, *Commentaire du mukhtasar de khalil*, volume 4.

²⁵² Coran sourate *al nisaa* IV, verset 35 : « Si vous craignez le désaccord entre les deux [époux], envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux. Allah est certes, Omniscient et Parfaitement Connaisseur ».

282. Cette mission de conciliation est confiée à deux arbitres choisis dans la famille des conjoints, qui doivent s'efforcer de concilier les époux. Faute d'y réussir, ils auront à déterminer les torts. S'il y a une faute du mari, les arbitres prononcent la répudiation et attribuent à la femme la moitié de la dot si le mariage n'est pas consommé, et la dot entière s'il l'a été²⁵³. En cas de torts réciproques, les arbitres déclarent dissous le mariage et déterminent les indemnités dues réciproquement par les époux. La répudiation prononcée *officio judicis* est définitive et irrévocable²⁵⁴.

Tous les modes de dissolution classique par voie de justice ont été intégrés et réglementés dans les codes contemporains. Les lacunes existant en la matière dans le droit dérivé de certaines écoles ont dans la plupart des cas été judicieusement comblées par l'adoption de règles élaborées par d'autres rites.

Section II. Dans le droit libanais contemporain

283. Le droit libanais contemporain prévoit lui aussi plusieurs causes de divorce. Nous allons traiter successivement la dissolution du mariage pour vice rédhibitoire (§1), pour préjudice (§2), pour défaut d'entretien (§3) et enfin pour discorde (§4) afin de soulever les points d'égalité ou au contraire les points d'inégalité entre les époux.

§1. La dissolution du mariage pour vice rédhibitoire

284. Dans le droit « *hanéfite* » classique, la dissolution du mariage pour maladie grave chez le mari est fondée sur un nombre de cas limités comme la folie, la lèpre, le vitiligo, l'impuissance physiologique²⁵⁵. Le droit libanais contemporains, ne reprend cette liste qu'à titre indicatif, car toute autre maladie estimée aussi grave que celles mentionnées dans le texte est désormais de nature à faire rompre le mariage (Code du statut personnel du 7 décembre 1951).

²⁵³ AL-JAZIRI, *fikh al madahib al arbaa*, Le Caire, 1345 hég. tome 4.

²⁵⁴ AL-KHARSHI, *Commentaire du mukhtasar de khalil*, op. cit., volume 4.

²⁵⁵ AL-ZOUHAILI, *Al fikh al-islami w adelatahou*, op. cit., tome 4.

285. Les conditions imposées à l'action de la femme sont énoncées par l'article 10 du Code du statut personnel. Le texte envisage deux situations : lorsque l'épouse découvre chez son conjoint un vice rédhibitoire enraciné et incurable ou dont la guérison ne pourrait intervenir que dans un délai supérieur à une année, elle est en droit de demander au juge la dissolution du mariage. De même, la demande est recevable dans le cas où le mari a été atteint de ce vice avant le mariage, sans que la femme en ait eu connaissance, ou que ce vice est survenu après l'union et qu'elle ne veuille pas le supporter. Le juge est tenu d'accorder à l'époux malade un an pour se faire soigner. Passé ce délai, et à défaut de guérison, le juge prononcera le divorce. En outre, si le vice du mari affecte ses organes génitaux et que la guérison n'est pas à espérer, le juge est dans l'obligation de faire droit sans délai à la requête de la femme.

286. En revanche, la femme qui avait connaissance du vice en contractant le mariage, ou lorsque le vice était apparu postérieurement à l'union et accepté d'une façon expresse ou tacite par la femme, celle-ci ne peut l'invoquer pour demander le divorce.

287. La deuxième situation énoncée à l'article 10 du Code du statut personnel dispose que lorsque le consentement du mari a été vicié par la femme ou lorsque la femme est atteinte d'une maladie comme la démence, la lèpre, la tuberculose ou d'infirmité génitale, et que l'époux prend connaissance de ce défaut avant la consommation du mariage, l'époux a le choix entre la répudiation ou la consommation avec obligation de verser la totalité de la dot, sans être tenu à quoi que ce soit.

288. Cependant, le mari peut répudier sa femme ou la conserver, s'il découvre le vice rédhibitoire après la consommation du mariage. Dans cette seconde hypothèse, l'épouse qui l'a volontairement induit en erreur peut exiger le paiement de la différence entre la dot versée et la dot minimum admise par l'usage, mais dans le cas où c'est le « *wali* »²⁵⁶ qu'il a trompé sur l'état de l'épouse, le mari pourra réclamer la totalité de ce qu'il a versé à ce dernier. Dans tous les cas, le divorce pour vice rédhibitoire est irrévocable.

²⁵⁶ *Wali*, littéralement signifie : le mandataire ou tuteur matrimonial

Par souci d'égalité, le divorce pour vice rédhibitoire est accessible aux deux époux sans distinction, malgré des règles d'application très disparates. Que se passe-t-il alors en cas de dissolution du mariage pour préjudice ?

§ 2. La dissolution du mariage pour préjudice

289. Le divorce pour préjudice affiche une certaine inégalité entre les époux dans le droit libanais : c'est un divorce à l'initiative de l'épouse uniquement. L'article 11 du Code du statut personnel du 7 décembre 1951 accorde le divorce à la femme qui peut prouver que son mari a commis des torts tels à son égard qu'ils rendent impossible la vie commune entre eux. La formule employée dans le texte laisse au juge un pouvoir considérable d'appréciation.

290. Ce divorce peut être demandé pour tout manquement à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage, lequel est alors considéré comme un préjudice justifiant la demande. Il peut aussi être demandé pour tout acte ou comportement infamant et contraire aux bonnes mœurs émanant du mari et rendant intolérable le maintien des liens conjugaux. Les faits peuvent être établis par tout moyen de preuve, y compris les témoignages²⁵⁷.

291. Cette cause de divorce est peu utilisée compte tenu de la difficulté pour les femmes de rassembler les preuves. Ainsi, il est difficile pour une épouse d'établir des faits de violences conjugales. La question de violences conjugales est cependant une préoccupation des magistrats. Un projet de loi protégeant la femme contre les violences au sein des couples mariés a été approuvé en commission parlementaire au Liban en 2013²⁵⁸.

Réservé aux femmes, le divorce pour préjudice est une parfaite illustration d'inégalité en matière de divorce en droit libanais, inégalité que nous retrouvons également dans le cas du divorce pour défaut d'entretien.

²⁵⁷ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2^e éd., Sirey, 2001.

²⁵⁸ Un projet de loi contre les violences conjugales a été approuvé en commission parlementaire le 22 juillet 2013.

§ 3. La dissolution du mariage pour défaut d'entretien

292. L'article 12 du Code du statut personnel dispose : « *si le mari est absent et ne paie pas la nafaka²⁵⁹, la femme est autorisée à demander la rupture du lien conjugal* ».

293. Le mari est le seul à devoir entretenir sa famille. La femme n'a pas l'obligation d'entretien. Elle possède le droit de demander le divorce pour manquement à l'obligation d'entretien, de paiement de la pension alimentaire ou d'entretien de ses enfants. Dans ce cas, le juge peut impartir un délai de 30 jours au mari pour s'acquitter de la pension ainsi due, en tenant compte de l'urgence des besoins de la femme et des chances qu'a le mari de revenir à meilleure fortune. À défaut, il prononce le divorce. Il est important de souligner que le divorce ne sera pas prononcé si le tribunal qui procède à la fixation de la pension alimentaire en détermine les modalités d'exécution forcée. Si le divorce pour défaut d'entretien est prononcé, celui-ci est révoqué dès lors que le mari s'acquitte de son obligation.

294. Le divorce pour défaut d'entretien fait partie des répudiations révocables : le mari peut reprendre son épouse avant le terme de la « *idda* »²⁶⁰, s'il accepte d'assurer son entretien.

295. En accordant uniquement à la femme la possibilité de faire appel à la justice pour demander le divorce pour défaut d'entretien, le droit libanais marque une fois de plus une inégalité entre les époux.

Le divorce pour discorde marque-t-il également une inégalité entre les conjoints ?

§ 4. Le divorce pour discorde

²⁵⁹ *Nafaka*, littéralement signifie « l'entretien de l'épouse ».

²⁶⁰ *Idda*, littéralement signifie « la retraite de continence de la femme mariée ».

296. Par souci d'égalité entre les sexes, la loi libanaise a mis en place le principe de divorce pour discorde. La discorde est tout conflit profond et permanent entre époux rendant impossible la vie conjugale. Devant cette situation, les époux ou l'un d'entre eux peuvent saisir le tribunal par une requête en divorce. Il incombe au tribunal de tenter de concilier les époux. Ainsi, l'article 14 du Code du statut personnel dispose : « *lorsque les deux époux ou l'un deux demandent au tribunal de régler un différend les opposant et qui risquerait d'aboutir à leur discorde, il incombe au tribunal d'entreprendre toutes tentatives en vue de leur conciliation* ».

297. En cas d'échec de la tentative de conciliation, le tribunal prononce le divorce et statue sur les droits de l'épouse et des enfants. Le tribunal peut également dans le même jugement, accorder réparation au conjoint ayant subi un préjudice. Il appréciera souverainement la responsabilité de chacun des époux dans les causes du divorce pour évaluer la réparation du préjudice subi par le conjoint lésé.

298. Il faut signaler qu'il existe d'autres causes permettant à la femme de recourir à la procédure de discorde : si l'épouse refuse la polygamie sans demander le divorce, il est fait application de la procédure de discorde. Lorsque l'époux persiste à demander l'autorisation de prendre une autre épouse et que la première ne donne pas son accord, le tribunal applique d'office la procédure de discorde. De même, lorsque l'un des conjoints persiste à manquer aux obligations du mariage, si l'épouse persiste dans sa demande de divorce par « *khul'* »²⁶¹ et que l'époux refuse, elle peut recourir à la procédure de discorde. Enfin, la femme qui refuse la reprise de la vie conjugale, peut recourir à la procédure de discorde. On constate que le législateur a affaibli la valeur de la reprise contrairement à ce qui est prévu dans la *hanéfite*. Il est mentionné dans la sourate *al-bakara* que « *leurs époux seront en droit de les reprendre pendant cette période s'ils veulent la réconciliation* »²⁶².

299. Dans l'hypothèse dans laquelle l'un des époux saisit le tribunal pour voir régler un différend qui l'oppose à son conjoint et qui risque de dégénérer en discorde.

²⁶¹ Le *khûl* est dit « *répudiation convenue* » ou répudiation « *moyennant compensation* » terme qui renvoie à l'idée de retirer, en l'occurrence de défaire le lien matrimonial.

²⁶² Coran, sourate *Al Bakara* II, verset 228.

Ce divorce est ouvert aux deux époux, de sorte qu'il n'y ait pas de discrimination. Le tribunal doit tout entreprendre pour concilier les époux. Pour ce faire, le juge est amené à connaître les motifs de la mésentente. Toutefois, il n'est pas exigé des parties qu'elles invoquent des griefs particuliers. En effet, il suffit d'affirmer que le maintien des liens conjugaux est intolérable pour justifier au regard de la loi la décision du divorce.

300. Dans le cas où la discorde persiste, le tribunal dresse un procès-verbal et prononce le divorce dans un délai de six mois à compter de la demande. Il impose avant tout au mari, uniquement dans le cas où celui-ci est demandeur, le versement d'une consignation. Lorsque la femme est demanderesse, elle n'est jamais tenue de consigner puisqu'en effet, ce ne sont que ses droits qui sont en cause. Certains auteurs s'étonnent que la loi permette aux maris d'y recourir alors qu'ils disposent d'autres moyens pour obtenir le divorce. Ils craignent que le recours par les hommes à cette procédure ne soit qu'un moyen d'éviter de s'acquitter des droits de la femme. S'agissant de la consignation, certains juges ont trouvé la parade en exigeant du mari la consignation préalable du montant des droits de l'épouse.

On peut se demander si ce type de divorce n'a pas vocation à terme à faire perdre tout intérêt aux autres cas de divorce.

301. À travers cette étude traitant des causes du divorce dans les deux systèmes juridiques français et libanais, nous ne pouvons que constater que le droit français garantit une égalité parfaite entre les époux, tandis que le droit libanais confère le droit de divorcer principalement à l'homme, alors que la femme ne peut en jouir que dans un nombre limité de cas. Cette situation discriminatoire porte atteinte au principe d'égalité pendant toute la procédure de divorce.

TITRE II

L'ÉGALITÉ DANS LA PROCÉDURE DE DIVORCE

302. Les règles procédurales n'opèrent aucune distinction fondée sur le sexe (Chapitre I), au contraire de celles posées par le droit libanais (Chapitre II).

CHAPITRE I

L'ÉGALITÉ DANS LA PROCÉDURE DU DIVORCE EN DROIT FRANÇAIS

303. Plus que dans toute autre matière, la procédure de divorce est intimement liée au fond²⁶³, dans le divorce par consentement mutuel, mais aussi dans le cadre des divorces contentieux. Certains considèrent même qu'elle constitue une fin en soi²⁶⁴. La raison de cette importance tient à ce que le divorce ne peut être obtenu autrement que par voie judiciaire : le divorce est forcément prononcé par un juge. Il est vrai que la loi du 22 décembre 2010²⁶⁵, qui a créé la convention de procédure participative (art. 2062 et s. C. civ. et art. 1542 et s. CPC) par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend, et qui rend la saisine d'un juge irrecevable, a étendu cette technique au divorce. Néanmoins, les époux ne sont pas dispensés de saisir le Juge aux Affaires Familiales (JAF) pour faire prononcer le divorce (art. 2067 al. 2 C. civ.). Il ne s'agit donc pas d'une mesure de déjudiciarisation du divorce, mais seulement d'une technique permettant aux époux de trouver un accord. La façon dont la procédure est organisée par la loi exerce donc nécessairement une influence considérable sur la manière dont les époux vont vivre leur divorce, sur leur état d'esprit. La procédure peut ainsi favoriser ou au contraire atténuer les conflits.

309. La loi du 26 mai 2004 a simplifié et raccourci la procédure, afin de la rendre encore plus attractive²⁶⁶, en attendant peut-être une évolution vers un divorce sans juge²⁶⁷.

²⁶³ F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *La famille*, Dalloz, 8^e éd. 2011, n°322.

²⁶⁴ En ce sens, A. GOUTTENOIRE, *les nouvelles procédures du divorce*, Defrénois, 2005, n°1.

²⁶⁵ Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux deux experts judiciaires, JORF, 23 décembre 2010, p. 22552, D., 2011, obs. M. DOUCHY-OUDOT, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ?* » Dr. fam., 2012, n°12.

²⁶⁶ Sur cette idée, v. LARRIBAU-TERNEYRE, « *La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ?*, II- les moyens du changement » , Dr. fam., 2004, n°13, n°8 et 13.

²⁶⁷ C. PHILIPPE, « *Pour une réforme du divorce ?* », AJ. fam., 2013, p. 408.

Il convient de réserver le cas particulier du divorce par consentement mutuel (section I), les trois autres cas de divorce s'inscrivant dans un tronc commun procédural (section II).

Section I. La procédure du divorce par consentement mutuel

310. Le divorce par consentement mutuel repose sur l'accord des deux conjoints. Ceux-ci matérialisent cette volonté concordante par une requête conjointe au juge aux affaires familiales (§1) pour que ce dernier puisse ensuite rendre sa décision (§ 2).

§ 1. La requête conjointe

311. Dans la procédure de divorce par consentement mutuel, la requête conjointe doit être présentée par les deux époux. Cette requête correspond au document par lequel les époux extériorisent et formalisent leur volonté commune de divorcer. La requête conjointe présentée par les époux ne doit pas indiquer les faits qui sont à l'origine de la demande. En revanche, à peine d'irrecevabilité, elle doit contenir, les différentes mentions et indications visées à l'article 1090 du Code de procédure civile, dont la liste n'a pas été modifiée par la loi du 26 mai 2004 : l'identité complète de chaque époux, la date et lieu de leur mariage, l'identité des enfants, les renseignements relatifs à l'affiliation aux organisations sociaux et enfin l'indication de nom du ou des avocats chargés par les époux de les représenter²⁶⁸. La requête conjointe doit être datée et signée par chacun des époux et par leur avocat (art. 1090, al. 2 CPC).

312. Sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, la volonté concordante des époux devait être formalisée par une requête conjointe à laquelle étaient annexés deux documents complémentaires : une convention temporaire destinée à organiser pendant la durée de l'instance la situation des couples et des enfants, et un projet de convention

²⁶⁸ On relève que si les désaccords conduisaient les époux à une procédure contentieuse entre eux, l'avocat qu'ils auraient choisi d'un commun accord ne pourrait plaider ni pour l'un ni pour l'autre. Il commettrait une faute disciplinaire en s'occupant d'un des époux avec le consentement de l'autre : Cass. Civ. 1^{re}, 20 janvier 1993, Bull. civ. I n° 22 ; A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 213.

définitive. La loi du 26 mai 2004 a supprimé l'exigence de ces deux documents au profit d'une convention unique et définitive portant le règlement complet des effets du divorce tant personnels que patrimoniaux, incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial²⁶⁹ ou une déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation²⁷⁰. Par ailleurs, la convention doit régler toutes les conséquences du divorce à l'égard des enfants : les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution des époux à leur entretien et leur éducation. Cette convention doit être annexée à la requête. A travers l'élaboration de cette convention, les époux conviennent ensemble de prévoir les conséquences de leur divorce, sur un pied d'égalité. Le juge, d'ailleurs, interviendra pour homologuer, si elle respecte l'intérêt des époux et des enfants issus du mariage. Il ne l'homologuera pas dans le cas contraire. Ainsi, l'égalité entre les époux est préservée et protégée par l'homologation du juge.

Le juge aux affaires familiales, après avoir été saisi de la requête des époux, va convoquer chacun d'entre eux par lettre simple, expédiée quinze jours au moins avant la date de l'audience (art. 1092 CPC et art. 250, al. 2 C. civ.) et en avisant les avocats²⁷¹. À l'issue de la comparution des époux, le juge rendra une décision.

§ 2. Le prononcé du divorce

313. La loi du 26 mai 2004 a fortement simplifié et accéléré la procédure du divorce par consentement mutuel²⁷². Alors que la loi du 11 juillet 1975 prévoyait deux

²⁶⁹ « Si cette liquidation inclut des biens immobiliers, l'état liquidatif devra être passé par acte notarié. Cette élaboration de la convention exige le recours à un avocat dont le ministère est obligatoire pour présenter la demande. Cette intervention est justifiée par le devoir d'information et de conseil pesant sur ce professionnel dont la responsabilité pourra être ultérieurement engagée en cas de défaillance à ce devoir » : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 213.

²⁷⁰ La convention définitive doit régler avec précision les modalités de la prestation compensatoire et peut contenir toutes autres dispositions que les époux estiment utiles. La déclaration sur l'honneur n'est soumise à aucun formalisme particulier, de sorte qu'elle peut être fournie par acte authentique ou par un simple écrit qui n'est pas soumise à enregistrement (AJF 1/2001, p. 19). Dans le cas où une prestation compensatoire est prévue, chaque époux doit de plus produire une déclaration sur l'honneur indiquant ses ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie (art. 272 C. civ. et 1075-1 CPC).

²⁷¹ La comparution personnelle des époux reste donc obligatoire dans tous les types de divorce, ce qui nous paraît justifié eu égard à la solennisation, à la protection et à la sécurité juridique que doit apporter l'intervention du juge (T. GARÉ, *Les nouvelles règles applicables en matière de procédure familiale*, RJPJF n° 2, 2012, p. 9).

²⁷² A. GOUTTENOIRE, *Les nouvelles procédures de divorce*. Defrénois 2005, p. 548 : « La procédure de divorce par consentement mutuel n'est, en fait, soumise à aucune condition de délai, ni entre le mariage et la demande, ni entre la demande et la comparution, ni entre les comparutions puisqu'il n'y en a plus qu'une ».

comparutions afin de laisser aux époux un temps de réflexion suffisant de trois mois, la loi du 26 mai 2004 n'en prévoit plus qu'une seule (art. 232 C. civ.).

314. La comparution se déroule en quatre étapes : le juge entend d'abord chaque époux isolément. Il est évident que cette phase va permettre au juge de s'assurer que la volonté de chacun d'eux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé (art. 232 al.1^{re} C. civ.). Une fois cette vérification faite, le juge entend les époux ensemble (art. 250, al. 2 C. civ.). Probablement, il s'agit ici de confirmer ce qui a été dit lors de la comparution individuelle. Puis, en présence des avocats, est examinée la convention réglant les rapports des époux entre eux et dans leurs rapports avec les enfants issus du couple. Il est important de rappeler que le juge exerce un simple contrôle, car il n'a pas le pouvoir de réécrire la convention, œuvre unique des époux et reflet de leur volonté commune.

315. En dernière analyse, ces mesures vont pouvoir contribuer à la dédramatisation de divorce, dès lors qu'elles peuvent permettre de réduire le contentieux après le prononcé du divorce.

316. Si le juge a acquis la conviction que le consentement des époux n'est pas vicié, et que la convention préserve suffisamment les intérêts des époux et ceux des enfants, il rend alors une décision. Selon l'article 250-1 du Code civil, celle-ci prend la forme d'un jugement par lequel il homologue la convention définitive et prononce le divorce²⁷³. Il est à noter que le juge peut refuser d'homologuer la convention et par voie de conséquence de prononcer le divorce jusqu'à la présentation d'une nouvelle convention (art. 1110, al. 1^{re} CPC) par les époux dans un délai maximum de six mois (art. 250-2 C. civ.)²⁷⁴, sous peine de caducité de la demande en divorce²⁷⁵. Pour être tout

²⁷³ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, op. cit., p. 57 ; La convention de divorce par consentement mutuel à l'égard des époux, a pour objet de régler l'ensemble des conséquences du divorce sous ses aspects tant personnels que patrimoniaux (F. GRANET et P. HILT, *Droit de la famille*, PUG, 2006, p. 61) ; Cette décision doit constater expressément (Cass. Civ. 2^e, 27 mai 1998, RTD civ. 1998.661, obs. J. HAUSER ; 24 février 2000, Dr. fam. 2000, n° 57, note H. LÉCUYER).

²⁷⁴ « Cette position qui ne figurait pas dans l'ancien texte peut poser problème. Que se passera-t-il si les époux présentent une nouvelle convention qui prévoit des conditions ou des garanties différentes de celles demandées par le juge mais qui, bien que autres, paraissent en définitive acceptables au regard de l'intérêt des enfants et de l'intérêt des époux ? » : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, op. cit., p. 63.

²⁷⁵ Le rejet de la demande conjointe s'impose effectivement lorsque le juge constate que la convention ne préserve pas suffisamment les intérêts de chaque époux et des enfants (Paris, 10 octobre 1990, D. 1990. IR. 275).

à fait complet, relevons que la décision d'ajournement de la convention définitive est susceptible d'appel dans les quinze jours de son prononcé²⁷⁶, au motif qu'elle fait grief aux époux (art. 1102 CPC)²⁷⁷.

317. Une fois prononcé, le jugement par lequel le juge homologue la convention et prononce le divorce peut faire l'objet de plusieurs recours²⁷⁸. Le pourvoi en cassation peut être formé dans les quinze jours à compter du prononcé de la décision (art. 1103 CPC)²⁷⁹. Époux ou épouse, chacun a le droit, en toute égalité, de former le recours approprié.

318. En revanche, lorsque le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée²⁸⁰, la voie de la cassation est fermée et la convention ne peut plus être annulée, même si un époux invoque l'existence d'un vice du consentement ou d'une lésion lors du partage de la communauté. On explique la solution par le fait que la convention est indissociable du prononcé du divorce, lequel ne peut être remis en cause que par le pourvoi en cassation et la tierce opposition²⁸¹.

²⁷⁶ L'appel est formé au nom des époux puisque la poursuite de la procédure suppose que les conjoints persistent dans leur accord. Il suffirait que la volonté commune des époux s'affirme devant la Cour par l'intermédiaire de leur avoué (J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 65).

²⁷⁷ Il en résulte que cette ordonnance est susceptible d'appel dans les quinze jours à compter de son prononcé (art. 1102 CPC). Pourtant ce délai est suspendu en cas d'appel (art. 1101 CPC). C'est une menace suffisante pour qu'en pratique les époux amendent le projet initial dans le sens indiqué par le juge, dont il apparaît ainsi que le rôle va au-delà d'une simple fonction d'enregistrement (P. COURBE, *op. cit.*, p. 143).

²⁷⁸ Vivement débattue pendant un temps, la question a été tranchée en faveur de l'action en nullité du partage lésionnaire contenu dans la convention (A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, *op. cit.* p. 215) ; Cass. Civ. 2^e, 6 mars 1987, D. 1987.358, note GROSLIERE – Cass. Civ. 1^{re}, 18 octobre 1994, Bull. civ. I n° 292 ; RTD civ. 1995. 337, obs. HAUSER – Dans le même sens pour l'action en nullité pour vice du consentement : Cass. Civ. 2^e, 13 novembre 1991, Bull. civ. II n° 303 – Et pour l'action paulienne d'un créancier : Cass. Civ. 2^e, 25 novembre 1999, Bull. civ. II n° 177 ; Defrénois 2000.1051, note MASSIP.

²⁷⁹ Le délai de recours courant à compter du jour du prononcé du divorce, il n'est pas nécessaire de fournir une copie d'une signification : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 66.

²⁸⁰ L'article 255 énumère les principales mesures susceptibles d'être prescrites : recours à la médiation, décision sur les modalités de la résidence séparée des époux, fixation d'une pension alimentaire, désignation d'un notaire ou d'un autre professionnel pour faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux.

²⁸¹ Le juge ne peut homologuer la convention réglant les effets du divorce lorsque l'état liquidatif portant sur un immeuble soumis à publicité foncière est établi seulement sous seing privé (Cass. Civ. 2^e, 28 mars 1979, D. 1980.297 et Defrénois 1980, art. 32324, note J. MASSIP ; JCP 1979.II.19231, note R. LINDON ; RTD civ 1980, 557, obs. A. NERSON et R. RUBELLION-DEVICHI).

319. La tierce opposition est une voie de recours extraordinaire qui permet à un tiers, par exemple un créancier des époux, de demander que la convention qui lui porte préjudice, lui soit inopposable. L'action doit être exercée dans l'année qui suit l'accomplissement des formalités de publicité du jugement de divorce à l'état civil (art. 1104 CPC)²⁸².

320. Hormis les voies de recours offertes aux parties et aux tiers s'est posée la question de savoir si la convention homologuée peut être révisée sans que le divorce soit remis en cause, notamment en cas de vice de consentement. La question a fait longtemps débats²⁸³, mais la Cour de cassation a finalement tranché : l'indissociabilité de la convention et du prononcé du divorce empêche en principe de revenir sur la convention homologuée, « *hors des cas limitativement prévus par la loi* »²⁸⁴.

321. Si la révision de la convention n'est donc pas toujours réalisable, la loi a néanmoins prévu deux exceptions. D'une part, à la demande de l'un des époux ou du ministère public, lequel peut agir à la demande d'un tiers, membre ou non de la famille, la révision des dispositions relatives à l'autorité parentale est autorisée (art. 373-2-13 C. civ.)²⁸⁵. D'autre part, la révision de la prestation compensatoire est possible, à la

²⁸² La tierce opposition n'est pas recevable sur le prononcé du divorce, ni sur ses conséquences légales (Cass. Civ. 2^e, 7 mars 2002, RTD civ. 2002.275, obs. J. HAUSER) ; Il convient de souligner que les créanciers, pour triompher dans leur tierce-opposition, devront prouver non seulement la fraude commise par celui des époux qui est leur débiteur (Cass. Civ. 17 mai 1938, DH 1938.465, RTC civ. 1938.771, obs. G. LAGARDE ; Req. 17 mars 1943, S. 1943.I.107 ; RTD civ 1943.251, obs. G. LAGARDE ; Cass. Civ. 2^e, 3 juin 1970, Bull. civ. II, n° 196), d'une part, comme le caractère personnel, attiré, de l'action en divorce, d'autre part, conduisent à répondre par la négative (R. PERROT, obs. RTD civ. 1981.699 et 1983.199). La complicité de son conjoint puisque la liquidation du régime matrimonial, y compris le versement d'une prestation compensatoire par l'un des époux à l'autre, revêt d'un caractère onéreux (J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 66 et s. ; en ce sens, G. CORNU, Cours de droit, t. II, *Droit civil, La famille*, p. 527).

²⁸³ Cass. Civ. 2^e, 6 mai 1987, D. 1987 ; Cass. Civ. 2^e, 13 novembre 1991, Défrénois 1992, p. 721 obs. J. MASSIP ; Bull. civ. II, n° 303 ; 18 mars 1992, Bull. civ. II, n° 90 ; Défrénois 1993.644, note L. FORGEARD ; « *Elle en a déduit l'irrecevabilité d'une action en rescision pour lésion de la convention homologuée* » (P. COURBE, *op. cit.*, p. 142).

²⁸⁴ À l'inverse, la Cour de cassation a décidé que l'état liquidatif compris dans la convention homologuée peut être annulé sur le fondement des nullités de la période suspecte, après ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un époux (Cass. Civ 1^{re}, 25 janvier 2000, Bull. civ. I, n° 19 ; D. 2000. AJ. 103, obs. A. LIENHARD ; Dr. fam. 2000, n° 48, note H. LÉCUYER. *Adde* : Com. 26 avril 2000, D. 2000. AJ. 263, obs. A. LIENHARD).

²⁸⁵ Dans le même sens, les dispositions de la convention homologuée par le juge quant à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être révisées, à la demande de l'un des époux ou du Ministère public, sans l'accord du conjoint (art. 373-2-13 C. civ.) : P. COURBE, *op. cit.*, p. 141.

demande d'un époux, si une clause en ce sens a été insérée dans la convention homologuée (art. 279, al. 3 C. civ.)²⁸⁶.

La loi du 26 mai 2004 a mis en place une procédure commune aux trois autres causes de divorces contentieux.

Section II. La procédure des divorces contentieux

322. Deux objectifs majeurs ont fondé la démarche législative relative à la procédure des divorces contentieux. Il s'agissait, notamment, de simplifier et d'unifier la procédure. À ce propos, on n'a pas manqué de souligner que la principale nouveauté du dispositif mise en place par la loi du 26 mai 2004 a été la consécration d'un droit commun procédural aux divorces pour faute, pour altération définitive du lien conjugal et pour acceptation du principe de la rupture du mariage²⁸⁷.

323. Il importait, ensuite, d'aboutir à un divorce apaisé. Pour cela, au démarrage de la procédure, les époux ne doivent pas faire état du fondement de leur demande de divorce. Au moment de l'audience de conciliation, le juge demande aux époux de se rapprocher l'un de l'autre pour parvenir à un accord sur les conséquences à faire produire à leur divorce.

²⁸⁶ Mais l'accord des époux est insuffisant s'il n'est pas soumis à homologation, pour modifier la convention définitive ; Cass. Civ 2^e, 11 octobre 1989, Bull. civ. II, n° 168 ; 17 mars 1993, Bull. civ. II, n° 111 ; Audijuris 1993, n° 33, p. 8, obs. P. COURBE ; 5 janvier 1994, Bull. civ. II, n° 5 ; Audijuris 1994, n° 41-42, p. 13, obs. P. COURBE ; 26 juin 1996, Bull. civ. II, n° 184 ; 10 mars 1998, D. 1998.601, note J. MASSIP ; RTD civ 1998.888, obs. J. HAUSER ; Cass. Civ 1^{re}, 11 janvier 2005, Bull. civ. I, n° 16 ; Defrénois 2005.1050, obs. J. MASSIP.

²⁸⁷ A. GOUTTENOIRE, *Les nouvelles procédures de divorce*. Defrénois 2005, n° 7, p. 550 ; « même s'il est toujours possible de passer d'un des différents cas de divorce contentieux à ce type et si en multipliant les possibilités de faire homologuer par le juge des accords portant sur le règlement des conséquences du divorce, le législateur de 2004 a rapproché de facto et de jure les différents cas de divorce » (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, op. cit., p. 261) ; Proposée par la Commission DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, cette unification de la phase préalable partait du constat que « l'énonciation des griefs, dès la requête initiale, cristallise une atmosphère contentieuse et agressive ». L'époux se sent « personnellement mis en cause et insulté par l'énoncé de griefs outrancièrement grossis pour convaincre le tribunal de l'existence de véritables et graves fautes » ou même par l'exposé dans les mémoires du divorce sur demande acceptée des causes de l'échec du mariage.

324. Dans le même sens, afin de favoriser le règlement rapide du contentieux, le droit prévoit une mesure plus ambitieuse encore, en invitant les époux à se présenter à l'audience, avec un projet de règlement des conséquences du divorce.

La procédure désormais commune aux divorces contentieux comporte trois phases successives : une phase préliminaire caractérisée par la recherche d'une conciliation (§1), suivie d'une phase contentieuse (§2) laquelle débouche sur le prononcé d'un jugement (§ 3).

§ 1. La phase de conciliation

325. La phase de conciliation commence par le dépôt d'une requête initiale (A) et se produit par une tentative de conciliation (B).

A- La requête initiale

326. L'objectif d'une telle requête est d'apaiser l'audience de conciliation puisque les faits à l'origine de la demande n'apparaissent pas dans la requête et ne seront donc pas discutés. Il convient toutefois de noter que l'interdiction faite aux époux de ne pas mentionner dans cette requête initiale les motifs du divorce n'empêche pas les conjoints de porter à la connaissance du juge tous les éléments de nature à compléter leur demande au titre des mesures urgentes.

327. En effet, lors du dépôt de la requête initiale en divorce, l'époux peut demander au juge aux affaires familiales qu'il prescrive des mesures d'urgence destinées à être exécutées avant la mise en place des mesures provisoires prises dans le cadre de l'ordonnance de non-conciliation. Il s'agit de mesures prises après le dépôt de la requête initiale en divorce comme celles autorisant l'époux demandeur à résider séparément, s'il y a lieu avec les enfants mineurs ou, plus généralement, de toutes mesures conservatoires pour la garantie des droits d'un époux, telles que l'apposition de scellés sur les biens communs (art. 257 C. civ.)²⁸⁸. Les mesures urgentes prises en

²⁸⁸ Le juge aux affaires familiales peut ainsi prescrire des mesures conservatoires destinées à garantir les droits de l'un des époux telles que la désignation d'un séquestre relatif à un prix de vente d'un bien ou

application des dispositions de l'article 220-1 du Code civil demeurent applicables dès lors que l'un des époux met en péril les intérêts de la famille.

328. Le Code civil ne fait pas de distinction entre les époux ; chacun d'eux peut déposer une requête ou demander des mesures urgentes.

La loi du 26 mai 2004 a souhaité pacifier la procédure en prenant le parti de la neutralité de la requête initiale afin d'éviter d'envenimer les conflits²⁸⁹.

Suite au dépôt de ladite requête, une tentative de conciliation des époux va être menée.

B- La tentative de conciliation

329. Selon Alain Bénabent « *Cette phase, la conciliation, essentielle de la procédure, qui illustre autrefois l'aversion de notre droit pour le divorce, a conservé son nom mais changé de nom et d'esprit et de fonction dans la loi de 2004* »²⁹⁰. Sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, le juge de divorce avait pour mission de tenter de concilier les époux et les dissuader véritablement de divorcer (art. 252 C. civ.).

330. Désormais, elle vise uniquement à inciter les époux à la préparation consensuelle et responsable des conséquences du divorce. Plusieurs indices permettent d'étayer cette affirmation²⁹¹. Ainsi, la nouvelle rédaction de l'article 252 du Code civil

encore la nomination d'un administrateur judiciaire : M. LALOUBIÈRE, *La nouvelle procédure de divorce (2^e partie), Les mesures urgentes*, AJF Janvier 2005, p. 8 ; S'il y a lieu, le juge prescrit ces mesures d'urgence dans le cadre d'une ordonnance qui ne peut faire l'objet d'aucun recours (art. 1107, al. 3 CPC).

²⁸⁹ Selon l'article 251 du Code civil, l'époux qui forme une demande en divorce présente au juge une requête par avocat sans indiquer les motifs du divorce. La requête initiale n'indique ni le fondement juridique de la demande en divorce, ni les faits à l'origine de celle-ci : cette requête initiale doit être neutre (art. 1106 CPC).

²⁹⁰ A. BÉNABENT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 220.

²⁹¹ Les différences entre la médiation et la conciliation demeurent comme toutes, théoriques. La conciliation consiste à élaborer une décision et à recueillir l'assentiment des plaideurs et la médiation est d'aider les deux parties à élaborer elles-mêmes un accord. En revanche, d'un point de vue pratique, il est évidemment plus difficile de déterminer la frontière entre les deux notions et leurs rôles : J. MASSIP, *Chronique de jurisprudence civile générale : Conflit de juridiction*, Defrénois n° 22, 2006, p. 1767 et s.

est révélatrice des changements intervenus : « concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur les conséquences »²⁹².

331. L'audience de conciliation suppose donc la présence effective des époux. Toutefois, si l'époux défendeur ne comparait pas ou s'il est hors d'état de manifester sa volonté, le juge doit s'entretenir avec le seul demandeur. Il en résulte que cette absence, quelle que soit la cause, ne suffit pas à elle seule à paralyser la procédure.

332. Par ailleurs, dans la mesure où il peut s'écouler un temps plus ou moins long entre le début de la procédure et le prononcé du divorce, le législateur a saisi l'occasion offerte par l'audience de conciliation pour autoriser le juge à prendre des mesures provisoires. Dans ce sens, il peut statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux²⁹³, décider le versement d'une pension alimentaire en fonction des besoins et des ressources des époux ou encore fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 256 C. civ.).

333. À défaut de non conciliation des époux, le juge rend une ordonnance de non-conciliation.

334. Chacun des époux a le droit d'interjeter appel de l'ordonnance de non-conciliation, dans un délai de quinze jours à compter de sa notification.

La phase de conciliation est mise en place simultanément pour les deux époux, ce qui garantit l'égalité dans cette phase de la procédure.

Si la phase de conciliation n'aboutit pas, la phase contentieuse s'ouvre.

²⁹² V. LECLERCQ, *La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004*, Dr. famille n° 23, 2004 ; Toutefois, l'article 253 du Code civil prévoit que les époux ne peuvent accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce accepté sur le fondement de l'article 233 que s'ils sont chacun assistés par un avocat : A. GOUTTENOIR, art. préc., p. 550.

²⁹³ La date fixant la résidence séparée des époux est néanmoins importante et doit être indiquée dans l'ordonnance de non-conciliation. La loi du 26 mai 2004 a supprimé le délai de viduité qui ne correspondait plus à l'état de la société, plus tolérant à l'égard des concubinages, et qui n'apparaissait guère utile en pratique dans la mesure où il pouvait être contré par la production d'un certificat médical établissant que la femme n'était pas en état de grossesse (art. 228, al. 2 C. civ.). Cette date de résidence séparée conserve son intérêt à l'égard de la présomption de paternité qui ne s'applique pas à l'enfant né plus de trois cents jours après l'ordonnance autorisant les époux à résider séparément, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation (art. 313, al. 2 C. civ.).

§ 2. La phase contentieuse

336. Depuis la loi du 8 janvier 1993 et plus récemment celle du 12 mai 2009, le juge aux affaires familiales a vu sa compétence élargie à la phase contentieuse du divorce. Il a toutefois la possibilité de renvoyer l'affaire en audience collégiale du tribunal. Ce renvoi est de droit à la demande d'une partie.

337. Les deux parties peuvent demander le renvoi de l'affaire en audience collégiale du tribunal. L'ordonnance de non conciliation, les autorise, tous deux, à introduire l'instance de divorce. L'égalité entre les époux dans le divorce transparait également sur le plan de l'assistance et de la représentation ; chaque époux doit être assisté et représenté par un avocat.

L'ordonnance de non-conciliation autorise les époux à introduire l'instance (A), dont il convient d'étudier le déroulement de la procédure et des pouvoirs conférés au juge aux affaires familiales (B).

A- L'introduction de l'instance

338. L'instance en divorce peut être introduite par voie d'assignation à l'initiative du seul époux demandeur ou par requête conjointe, ce qui suppose que les époux forment une demande de divorce accepté²⁹⁴. Il est à noter que l'époux qui n'était pas demandeur au divorce peut aussi former une demande reconventionnelle.

339. Cette introduction de l'instance est naturellement soumise à des conditions de délai. Ainsi, la règle est que pendant les trois mois suivant le prononcé de l'ordonnance de non-conciliation, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut assigner le défendeur (art. 1113 CPC). À l'expiration de ce délai, cette faculté est ouverte à l'époux le plus diligent. En tout cas, l'assignation en divorce doit être délivrée

²⁹⁴ En effet, l'époux demandeur ne peut présenter une demande subsidiaire fondée sur un autre cas ni, sauf exceptions, modifier en cours d'instance le fondement de la demande : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 86.

dans un délai maximum de trente mois après l'ordonnance de non-conciliation (art. 1113 CPC).

340. Sous peine d'irrecevabilité, la demande ne peut être fondée que sur un seul des cas prévus à l'article 229 du Code civil. En application du principe posé par le décret du 29 octobre 2004, l'époux demandeur a un choix absolu, mais celui-ci ne peut porter que sur un seul fondement et l'application d'un autre cas de divorce ne pouvait pas être demandée subsidiairement (art. 1077 CPC)²⁹⁵.

341. La recevabilité de la demande introductive d'instance est aussi subordonnée à la production d'une proposition de règlement des conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales du divorce. Cette condition implique que le demandeur du divorce doit, à ce stade de la procédure, avoir une idée assez précise de ce qu'il souhaite pour les différents aspects des conséquences du divorce, tel que le partage de la communauté ou éventuellement les demandes ou les propositions au titre de la prestation compensatoire.

342. Si le fondement de la demande de divorce est ainsi précisé dès l'introduction de l'instance, la question se pose de savoir s'il est possible de le modifier pendant le cours de l'instance.

343. Dans le but de pacifier les procédures de divorce, de nouvelles passerelles sont instituées permettant aux époux de passer d'un cas à un autre, ces passerelles pouvant être utilisées à tout moment de la procédure. Ces innovations introduites par la loi du 26 mai 2004 tendent à favoriser l'évolution de l'instance vers une forme plus consensuelle.

344. L'ensemble des actes réalisés pendant l'instance est marqué par le sceau de l'égalité. Les dispositions légales ne font aucune distinction entre les époux. Toutes les demandes, qu'elles soient introductives ou incidentes (reconventionnelle, additionnelle et intervention) sont à la disposition à tout justiciable sans distinction de sexe.

²⁹⁵ Lorsqu'un époux a présenté une demande en divorce, il peut en tout état de cause, et même en appel, lui substituer une demande en séparation de corps (art. 1076 CPC). Mais, l'époux qui a formé une demande en séparation de corps ne peut lui substituer une demande en divorce. Les demandes concurrentes en divorce et en séparation de corps peuvent être toutes deux fondées sur la faute.

Par ailleurs, le législateur reconnaît au juge un pouvoir d'information afin que ce dernier puisse examiner le bien fondé de la demande en divorce.

B- Le pouvoir du juge

345. Nonobstant le principe de la liberté de la preuve selon lequel les faits invoqués, en tant que causes de divorce ou comme défense à une demande, peuvent être établis par tous les moyens de preuve (art. 259 et 262-1, al 1^{re} C. civ.), le législateur a estimé indispensable de reconnaître au juge un pouvoir d'information pour lui permettre de réunir tous les renseignements nécessaires et utiles pour rendre sa décision.

346. La loi confère au juge des pouvoirs particuliers, en lui permettant de faire injonction aux époux de fournir certains documents (art. 1075-2 CPC) et même d'obtenir lui-même des renseignements de tiers, nonobstant le secret professionnel (art. 259-3 C. civ.)²⁹⁶.

347. Chaque époux doit communiquer à l'autre partie et au juge tous les renseignements utiles afin de fixer les prestations et pensions, et liquider le régime matrimonial (art. 259-3, al. 1^{re} C. civ.)²⁹⁷. Par ailleurs, le juge peut 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 lui être opposé (art. 259-3, al. 2 C. civ.).

349. Sans préjudice de toute autre mesure d'instruction et sous réserve des dispositions prévues au troisième alinéa de l'article 373-2-12 du Code civil, le juge peut, même d'office, ordonner une enquête sociale s'il s'estime insuffisamment informé par les éléments dont il dispose (art. 1072, al. 1^{er} CPC). L'enquête sociale porte sur la

²⁹⁶ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 233.

²⁹⁷ Les époux doivent, à la demande du juge, justifier de leurs charges et ressources, notamment par la production de déclarations de revenus, d'avis d'imposition et de bordereaux de situation fiscale. Ils doivent également, à sa demande, produire les pièces justificatives relatives à leur patrimoine et leurs conditions de vie, en complément de la déclaration sur l'honneur permettant la fixation de la prestation compensatoire (1075-2 CPC).

situation de la famille, ainsi que, le cas échéant, sur les possibilités de réalisation du projet des parents, ou de l'un d'eux, quant aux modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 1072, al. 2 CPC). Elle donne lieu à un rapport dans lequel sont consignées les constatations faites par l'enquêteur et les solutions proposées par lui (art. 1072, al. 3 CPC). Le juge donne communication du rapport aux parties en leur fixant un délai dans lequel elles auront la faculté de demander un complément d'enquête ou une nouvelle enquête (art. 1072, al. 4 CPC).

Toutes les informations ainsi recueillies doivent permettre au juge de prendre sa décision, au moyen d'un jugement.

§ 3. Le jugement

350. Cette phase de jugement se déroule, comme la précédente, devant le juge aux affaires familiales. Toutefois, l'affaire peut être renvoyée devant la formation collégiale à l'initiative du juge ou de l'une des parties.

351. Ainsi, au cas où un croisement entre les demandes principale et reconventionnelle se produit, le dispositif mis en place par la loi du 26 mai 2004, prévoit un ordre de priorité pour examiner chacune d'entre elles et propose d'aboutir au prononcé du divorce²⁹⁸.

352. Le jugement est précédé de débats qui doivent avoir lieu en chambre du conseil, c'est-à-dire à huis-clos (art. 248 C. civ.)²⁹⁹. Le jugement rendu par le juge peut être soit un jugement de rejet (A), notamment lorsque l'époux défendeur a remis en cause chacune des preuves produites par l'autre, soit un jugement de divorce (B) auquel cas le juge fait droit à la demande et prononce le divorce.

²⁹⁸ Si la demande principale est fondée sur la faute et que la demande reconventionnelle est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, après avoir rejeté la demande fondée sur la faute, le juge statue sur la demande fondée sur l'altération définitive du lien conjugal et prononce le divorce sur ce fondement (art. 246 C. civ.).

²⁹⁹ En revanche, par dérogation au droit commun, les débats ne sont pas publics (art. 248 C. civ.). L'exception est justifiée par des considérations évidentes de protection de la vie privée, et celle-ci n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme qui impose pourtant en principe la publicité (Cass. Civ. 1^{re}, 28 février 2006, Bull. civ. I. n° 112).

A- Le jugement de rejet

353. Si le juge estime que la demande en divorce n'est pas fondée, il la rejette et déboute l'époux demandeur³⁰⁰. Mettant fin à l'instance, le jugement par lequel le juge rejette la demande en divorce rend alors irrecevable une demande fondée sur les mêmes griefs. Néanmoins, le renouvellement de la demande est possible sur la base de faits nouveaux. De même, une nouvelle demande peut être formée si elle respecte les conditions exigées par les dispositions légales. On pense notamment au délai de deux ans, en cas d'altération définitive du lien conjugal.

354. Une conséquence autrement plus délicate résulte du prononcé d'une décision de rejet de la demande en divorce. En effet, les mesures provisoires édictées par le juge dans l'ordonnance de non conciliation prennent fin, la décision de rejet de la demande en divorce a acquis force de chose jugée.

355. Or le problème est que, rarement, il en résulte une reprise immédiate de la vie commune entre les époux. C'est pourquoi, pour résoudre les difficultés liées à cette probable prolongation de la séparation de fait, le législateur a décidé que le juge, en prononçant le jugement de rejet, puisse ordonner, éventuellement d'office, certaines mesures relatives, par exemple, à la résidence de la famille³⁰¹, à la contribution aux charges du mariage, ou encore aux modalités d'exercice de l'autorité parentale³⁰². Il est vrai aussi que cette possibilité offerte au juge par l'article 258 du Code civil permet d'éviter une procédure supplémentaire, source éventuelle de nouveaux conflits.

Si la demande des époux n'est pas rejetée, le juge prononce le divorce.

³⁰⁰ « Le juge peut parfaitement refuser d'homologuer la convention, ce qui obligera alors les époux à soumettre un nouveau projet de liquidation dans un délai de six mois maximum » : J. CASEY, Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial. Le divorce de la raison et du possible? Dr. fam. (n° 1), 2008, p. 7 et s.

³⁰¹ La jurisprudence a ajouté la résidence de la famille (Cass. Civ. 1^{re}, 31 mars 1992, Bull. civ. I n° 97 ; RTD civ. 1993.105, obs. J. HAUSER). Ces mesures, qui organisent une séparation de fait, sont essentiellement provisoires (Cass. Civ. 2^e, 15 janvier 1987, Bull. civ. II n° 8 – Cass. Civ. 1^{re}, 11 juin 2006, Bull. civ. I n° 380 ; Defrénois 2006.1773, note J. MASSIP ; RTD civ. 2006.743, obs. J. HAUSER), de sorte qu'elles pourront faire l'objet à tout moment d'une demande de révision ou de suppression : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 239.

³⁰² A. ABITBOL, *Essai sur la nouvelle séparation judiciaire instituée par l'article 258 du Code civile*, RTD civ. 1981, p. 37.

B- Le jugement de divorce

356. Le jugement vise, d'une manière générale, non seulement à respecter la vie privée des époux mais aussi et surtout à éviter que les conflits continuent après le prononcé du divorce. Ainsi, même si le jugement prononçant le divorce est lu en audience publique, seule la lecture du dispositif est autorisée.

357. Ainsi, en cas de divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, le juge prononce le divorce sans autre motif que le visa de son ordonnance constatant l'acceptation du principe du divorce par les époux. De même, si le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal, le jugement ne doit pas faire référence à la cause du divorce. D'une manière générale, dans tous les cas de divorce, si les deux époux le demandent, le jugement peut ne pas être motivé en application des articles 245-1 du Code civil et 1081 du Code de procédure civile. Dans ce cas, le juge peut seulement constater l'existence de faits constituant une cause de divorce, sans pour autant les énoncer.

358. Certes, le jugement de divorce obéit, en principe, aux règles ordinaires de la procédure sous réserve de quelques exceptions dans certains domaines. Il en est ainsi de la mention du divorce à l'état civil en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance des époux (art. 1082 CPC). Ce n'est qu'à partir de cette mention que le divorce produit ses effets à l'égard des tiers.

359. Concernant l'appel formé à l'encontre du jugement de divorce, le délai est d'un mois à compter de la signification du jugement par voie d'huissier. En revanche, l'exercice de cette voie de recours produit un effet suspensif, selon le droit commun de la procédure civile.

360. Le pourvoi en cassation, dans le cadre d'une procédure de divorce, présente des particularités. D'une part, le délai pour agir est de deux ans à compter de la signification par huissier de l'arrêt rendu par la Cour d'appel, ce qui constitue une dérogation par rapport au droit commun de la procédure civile.

361. D'autre part, le pourvoi en cassation qui, en droit commun n'a pas d'effet suspensif c'est-à-dire qu'il ne s'oppose pas à l'exécution de l'arrêt d'appel, emporte ici, à titre dérogatoire, un tel effet (art. 1086 CPC).

Cette égalité des époux dans la procédure de divorce ne trouve pas de similitudes en droit musulman libanais (Chapitre II).

CHAPITRE II

L'INÉGALITÉ DANS LA PROCÉDURE DU DIVORCE EN DROIT LIBANAIS

362. La répudiation islamique comporte plusieurs variantes et elle connaît un formalisme particulier. Dès lors, ce chapitre sera consacré à l'étude de la faculté de répudier reconnue au mari et quelques cas ouverts à la femme (Section I). Les formalités de la répudiation seront également étudiées (Section II).

Section I. La faculté de répudier

363. Le droit de répudiation octroyé au mari est expliqué, en droit libanais, par le fait qu'il est responsable de l'entretien de sa femme et de sa famille. L'époux répudiant sa femme doit lui verser le reste de sa dot, un don de consolation et une pension pendant la période de solitude (§1). Quant à la femme, elle a le droit de racheter sa liberté en renonçant à une partie de ses droits ou à tous ses droits, selon l'accord conclu avec son mari (§2).

§ 1. Les variantes de la répudiation prononcé par le mari

364. Avant de parler de la répudiation prononcée par le mari, il est évidemment nécessaire de savoir ce que l'on entend par la période post maritale ou « *idda* »³⁰³. La période d'attente post maritale est une période pendant laquelle la femme attend, afin de s'assurer qu'elle ne porte pas d'enfant. Lorsque le mariage n'a pas été consommé, la femme n'a pas à observer une période d'attente³⁰⁴.

³⁰³ *Idda* littéralement : retraite de continence de la femme mariée

³⁰⁴ AL QUDURI MUNTASAR, traduction par G.H. Bousquet et L. Bercher, p. 124, note n°5.

365. À l'époque du Prophète, on faisait un usage immodéré de la répudiation en répudiant avec ou sans prétexte, voire par simple plaisanterie, l'époux se réservant souvent une faculté de rétractation qui plaçait la femme dans une situation d'attente indéfinie, intermédiaire entre la rupture et l'union, sans espoir de libération. Il en résultait des inconvénients sociaux auxquels le Prophète proposa de porter remède.

366. Le Prophète commença par déclarer que la répudiation était « *la pire des choses licites* », qu'il avait en horreur ; et il menaça des malédictions du ciel ceux qui répudiaient leurs femmes pour le seul motif du plaisir³⁰⁵. S'étant ensuite aperçu que ses recommandations étaient inefficaces, il élaborait une réglementation : c'est la répudiation sunnite.

367. Dans ce système, l'expression, par le mari, d'une volonté de séparation ne saurait être suivie d'effet immédiat ; un délai de deux mois à trois mois est imposé, pendant lequel l'époux peut revenir sur une répudiation mal avisée ou prononcée sous le coup de la colère. C'est la répudiation révocable, qui dans l'esprit de la loi, doit rendre moins fréquente la dissolution du mariage. Qu'elle revête la forme solennelle des serments coutumiers de continence et de malédictions, ou qu'elle résulte d'un accord, la décision de répudiation sera donc, autant que possible, soumise à un temps de réflexion, susceptible d'amener le mari à résipiscence³⁰⁶. Si celui-ci laisse passer le temps prescrit sans rétracter, la rupture deviendra définitive, il est alors considéré que la vie commune est désormais impossible. C'est la répudiation irrévocable.

368. Encore faut-il éviter que l'exercice de la faculté de rétractation ne dégénère en abus. La répétition des répudiations révocables transformerait la vie de la femme en une insécurité perpétuelle. Il est équitable de la soustraire à la fantaisie et aux accès de mauvaise humeur d'un homme qui ne l'aime ni ne la respecte plus, et de lui permettre de refaire sa vie avec un autre époux. Pour que le droit du mari ne serve pas à opprimer, la troisième répudiation sera définitive et irrévocable, elle aussi.

369. La répudiation révocable est donc conçue comme un moyen de protéger le mariage, la répudiation irrévocable comme une protection de la femme. Envisagée du

³⁰⁵ EBN AL QAYYIM, *zad al miad de hadi kheir al ibad*, Le Caire, 1382, tome 5.

³⁰⁶ AL-DASUKI, *Hashiya ala shareh*, Ahmad al-dardiri, Le Caire 1323 hég. Volume 4.

point de vue de l'intérêt de l'épouse, la répudiation par la femme signifie une restauration de sa liberté, principe toujours encouragé par le droit musulman³⁰⁷.

370. Toute cette réglementation parut intolérable pour les musulmans qui s'efforcèrent de revenir aux usages et aux pratiques de l'époque, notamment obtenir que la dissolution immédiate du mariage pût résulter d'une seule répudiation prononcée par le moyen d'une seule formule, considérée comme enfermant trois répudiations successives.

371. Ces efforts ont été couronnés de succès. La pratique de la répudiation triple par une seule formule a été sanctionnée par une jurisprudence commune à tous les pays musulmans. C'est un cas typique de règle jurisprudentielle enfrenant directement un principe fondamental posé par le Coran et les *hadiths*³⁰⁸. Ce n'est pas une règle d'*idjmaa*³⁰⁹; les juristes n'ont jamais cessé d'y voir une « *bidaa* »³¹⁰, c'est-à-dire une innovation blâmable, une pratique hétérodoxe due à l'impiété des hommes et à la dureté des temps. Mais elle s'est invétérée et, de bonne heure, tous les auteurs ont accepté, tout en la déplorant, d'en reconnaître la validité.

La répudiation uniquement à l'initiative de l'homme dans l'Islam est une parfaite illustration de l'inégalité entre les époux. Elle présente trois formes différentes : la répudiation révocable (A), la répudiation irrévocable (B) et la répudiation innovée (C).

A- La répudiation révocable

372. La répudiation révocable doit être unique. Elle doit avoir lieu pendant l'état de pureté de la femme³¹¹, être prononcée avant toute relation conjugale depuis cet état de pureté. Enfin, elle ne peut pas être formulée pendant une retraite de répudiation.

³⁰⁷ Coran sourate *al-bakara* II, verset 229.

³⁰⁸ AL-DASUKI, *Hashiya ala shareh, op. cit.*, volume 4.

³⁰⁹ *Idjmaa*, littéralement signifie: accord législatif, assentiment de la communauté consensus.

³¹⁰ *Bidaa*, littéralement signifie : innovation.

³¹¹ L'état de pureté de la femme signifie que la femme n'est pas atteinte de son indisposition périodique et que le mari n'éprouve aucune répulsion physique provenant de ce fait.

373. En exigeant que la répudiation soit unique, il fut interdit au mari d'englober trois répudiations en une seule formule, dans le but d'obtenir l'effet de trois répudiations successives par la prononciation de cette seule formule³¹².

374. La répudiation révocable n'implique pas par elle-même la dissolution du mariage. Elle produit tout d'abord les effets d'une séparation de corps. La femme ainsi répudiée doit se séparer de son conjoint et entre donc en retraite de continence, sans pour autant quitter le domicile conjugal. Pendant toute sa durée, elle aura droit à l'entretien sans contestation possible, puisque le mariage subsiste encore³¹³. La femme conserve également pendant le même délai les droits qu'elle avait à la succession de son mari, de même que l'époux conserve tous les droits qu'il avait à la succession de sa femme.

375. La durée de la retraite de continence ainsi imposée à la femme est de trois périodes de pureté menstruelle. Chez les « *hanéfites* », la retraite a une durée de trois « *khur* »³¹⁴ entiers. Il n'y a pas de retraite de continence de moins de soixante jours (quarante jours représentant trois périodes de pureté menstruelle et vingt jours représentant trois menstruations). Dans le rite malékite, cette exigence ne concerne que les deuxième et troisième « *khur* » ; le premier n'étant pas nécessairement une période de pureté menstruelle, les juristes disent que l'on doit compter pour un « *khur* » l'intervalle de temps qui sépare la répudiation et l'apparition des menstrues, même si cet intervalle de temps est très court, dit « *khalil* »³¹⁵ ; mais le second et le troisième sont des périodes complètes de pureté.

376. Il existe aussi des femmes n'ayant plus de menstrues à cause de leur âge et qui viennent à être répudiées. La durée est alors déterminée par le verset 4, sourate LXV, du Coran : « *la durée d'attente sera de trois mois, même pour celles de vos femmes qui n'espèrent plus la menstruation, si vous avez des doutes à ce sujet* ».

377. Il peut arriver qu'au moment de la répudiation, la femme soit en état de grossesse constatée. Si l'accouchement n'est pas intervenue à l'expiration des délais

³¹² AL-KHARSHI, *Commentaire du mukhtasar de khalil*, volume 4.

³¹³ AL-KHARSHI, *Commentaire du mukhtasar de khalil*, *op. cit.*, volume 4.

³¹⁴ *Khur*, littéralement signifie « flux menstruel, sa cessation intervalle de deux indispositions ».

³¹⁵ AL-HATTAB, *Commentaire du mukhtasar de Khalil*, Le Caire, 1329 hég., volume 6.

normaux de la retraite « *idda* », la femme demeure en retraite de continence jusqu'au moment de son accouchement. « *La période d'attente des femmes enceintes se terminera avec leur accouchement* »³¹⁶. Si l'accouchement se produit avant l'expiration des délais normaux de la retraite de continence, la femme est immédiatement affranchie de l'attente.

378. Quoi qu'il en soit, pendant toute la durée de la retraite « *idda* », il y a une simple séparation de corps entre les conjoints, mais le mariage subsiste et le mari conserve tous les droits qu'il a sur sa femme. Par conséquent, rien ne s'oppose à ce qu'il rétracte la répudiation qu'il a prononcée et oblige la femme à reprendre la vie commune.

379. En principe, tout mari a le droit de rétracter la répudiation et d'obliger sa femme à reprendre la vie commune. Les juristes malékites estiment que ce droit appartient au mari, même s'il est en état « *d'ihram*³¹⁷ » ; or il ne s'agit pas, pour le mari, de contracter un nouveau mariage, mais simplement d'assurer la continuation d'un mariage légalement existant³¹⁸.

380. Le mari peut contraindre sa femme à la reprise de la vie commune sans avoir à prendre le consentement de celle-ci puisqu'il ne s'agit pas d'une nouvelle union ; Cependant, il ne peut le faire qu'à la condition d'avoir rétracté la répudiation, ou au moins d'en avoir eu l'intention d'une façon certaine et indiscutable. La preuve de cette intention doit être rapportée.

381. Les « *hanéfites* » admettent que cette intention peut résulter d'un fait ou d'un pacte quelconque du mari. Il n'y a pas de formalités prescrites par la loi pour cela et aucune solennité n'est édictée. Cette intention résulte notamment de la reprise par le mari de la vie commune et des rapports conjugaux. Elle peut donc se manifester d'une façon quelconque, explicite ou implicite³¹⁹.

382. Chez les « *malékites* », le principe est le prononcé d'une formule. On admet toutefois que la rétractation de la répudiation suppose simplement l'intention du mari de

³¹⁶ Coran, sourate *al-talaq* LXV, verset 4.

³¹⁷ *Ihram*, littéralement signifie « un empêchement au mariage ».

³¹⁸ AL-JAZIRI, *fikh al madahib al arbaa*, Le Caire, 1345 hég. tome 4

³¹⁹ AL-ZOUHAILI, *Al fikh al-islami w adelatahou*, Le Caire, 1321 hég. tome 4.

se manifester d'une façon indiscutable. Nonobstant, les « *malékites* » n'admettent pas la reprise des rapports conjugaux ou de la vie commune : la répudiation subsiste.

383. Ainsi, il n'y a pas de rétractation de répudiation sans une déclaration du mari ni dans le rite malékite ni, dans le rite hanéfite. Tous les juristes recommandent le prononcé de cette déclaration, qui n'a pas besoin d'être réalisé en présence de témoins. « *Toutefois la femme fera bien de se refuser au mari tant qu'il n'aura pas prononcé la formule de rétractation en présence de témoins, et qu'il n'aura pas déclaré publiquement rétracter la répudiation* »³²⁰ écrit « *Khalil* ».

384. Chez les « *hanéfites* », la formule de retour doit être pure et simple. Elle ne comporte pas l'apposition d'un terme ou encore d'une condition. Chez les malékites, ni le terme extinctif ni la condition résolutoire ne sont admis, mais on discute la formule de retour ne peut pas être affectée d'un terme suspensif ou d'une condition suspensive. Si, par exemple, le mari a dit à la femme « *je te reprendrai demain* », deux interprétations sont possibles : selon « *Khalil* », la formule serait nulle³²¹ et d'après « *Al-zouhaili* », la clause portant le terme, serait réputée non écrite, et la formule serait considérée comme pure et simple³²².

385. Si le mari a prononcé la formule de retour en bonne et due forme, la rétractation intervenant après la répudiation révocable qui n'a pas emporté dissolution du mariage ne constitue pas un nouveau mariage, car elle n'a eu comme conséquence que celle d'entraîner la séparation de corps entre les conjoints. Le mariage originel subsiste dans les conditions dans lesquelles il a été conclu. Il n'y a donc pas besoin de nouvel échange de consentements, ni de constitution d'une nouvelle dot à la femme. Le mariage continue par l'effet de la rétractation de la répudiation.

386. À l'expiration de la retraite de continence, le mari peut, au lieu de reprendre sa femme, persister dans son intention de répudier, tout en se réservant un nouveau délai de réflexion. Il réalisera son désir en prononçant une deuxième répudiation dans les mêmes formes que la première et qui produira les mêmes effets, c'est-à-dire, retraite de

³²⁰ AL-HATTAB, *Commentaire du mukhtasar de Khalil*, Le Caire, 1329 hég., volume 6.

³²¹ AL-HATTAB, *Commentaire du mukhtasar de Khalil*, *op. cit.*, volume 6.

³²² AL-ZOUHAILI, *Al fikh al-islami w adelatahou*, *op. cit.*, tome 4.

continence, simple séparation de corps et possibilité de rétractation pendant toute sa durée.

La deuxième forme de la répudiation prononcée par le mari est la répudiation irrévocable. Cette forme de répudiation est frappée d'une irrévocabilité majeure lorsqu'elle a été précédée de deux répudiations successives, peu importe que celles-ci aient été anéanties ou non³²³.

B- La répudiation irrévocable

387. Si la retraite de continence prend fin sans que le mari se soit rétracté ou ait prononcé une nouvelle répudiation révocable, le mariage se trouve dissous de plein droit³²⁴. Les liens qui unissaient les époux sont alors rompus. Le mari se trouve sans droits sur sa femme et la vocation héréditaire réciproque disparaît. La femme peut se remarier immédiatement puisqu'elle a subi une retraite de continence. Rien ne s'oppose, d'ailleurs, à ce qu'elle épouse son ancien mari, mais il faudra un nouveau mariage, un nouvel échange de consentements et la constitution d'une nouvelle dot. C'est la forme de répudiation la plus recommandable, puisqu'elle donne à l'époux un temps de réflexion.

388. La situation est identique si le mariage n'a pas encore été consommé au moment où la répudiation est prononcée. Lorsque le mari se manifeste ainsi, le mariage se présente alors sous de mauvais auspices. Mieux vaut donc le rompre alors qu'il n'a pas encore produit d'effets. *Khalil* écrit : « *le retour n'est pas valable que lorsque la consommation a eu lieu* »³²⁵, et son commentateur *Al-Dardiri* précise : « *le retour n'est pas valable si l'on n'est pas certain qu'il y a eu cohabitation physique entre les époux* »³²⁶.

³²³ Art. 237 du code de Qadri Pacha (doctrine *Hanéfite*).

³²⁴ AL-NABOULSI, *Al fikh al islami*, Le Caire, 1329 hég. tome 5.

³²⁵ KHALIL IBN ESHAK, AL-DARDIR, AL-DASUKI, *Commentaire du Muktasar de Khalil*, avec glose de Al-Adawi, Le Caire 1317 heg. Volume 4.

³²⁶ KHALIL IBN ESHAK, AL-DARDIR, AL-DASUKI, *Commentaire du Muktasar de Khalil op. cit.*, volume 4.

389. Pour ce qui est du rite hanéfite³²⁷, il est certain que la répudiation d'une femme dont le mariage n'est pas consommé est « *ba'in* »³²⁸. Elle entraîne une dissolution immédiate du mariage. Au moment même où la formule de répudiation a été prononcée, les droits du mari sur sa femme s'éteignent. La femme peut se remarier immédiatement sans avoir à subir une retraite de continence puisque le mariage n'a pas été consommé et que la retraite n'a pas de raison d'exister dans ce cas. Rien n'empêche à la femme de se remarier avec son ex-mari. Mais, pour ce faire, elle devra épouser d'abord un autre homme et consommer le mariage avec lui, puis être répudiée par ce dernier.

390. En dehors de ce cas exceptionnel, le mariage peut être dissous dans un délai de trois mois, après que le mari ait manifesté pour la première fois son intention de rompre. La dissolution du mariage arrive au plus tard après trois répudiations qui représentent le délai d'attente le plus long que l'époux puisse imposer à sa femme.

391. Ces répudiations doivent être distinctes, chacune d'elles étant unique et successive. En pratique, la deuxième sera séparée de la première et la troisième de la deuxième par un intervalle plus ou moins long de vie commune qui aura suivi la première, puis la deuxième rétractation du mari. Le retour n'efface donc pas complètement le passé, la troisième répudiation faisant revivre les deux anciennes.

392. Cette répudiation par trois formules distinctes et successives est dite « *parfaite* »³²⁹. Elle est considérée comme satisfaisante parce qu'elle comporte un délai de réflexion. Définitive et irrévocable, elle met fin aux droits réciproques des époux, mais ne les empêche pas de se réunir à nouveau par un mariage régulier.

393. Le mari peut d'ailleurs renoncer à cette prolongation du délai d'attente qui n'est, pour lui, qu'une faculté. Il peut revenir au minimum légal qui lui est imposé, en donnant à la première formule prononcée, la valeur de deux répudiations. C'est la répudiation dite « *par deux* »³³⁰. La répudiation suivante est une troisième formule.

³²⁷ Art. 237 du code de Qadri Pacha (doctrine hanéfite).

³²⁸ Ba'in littéralement signifie : divorce express.

³²⁹ AL-DASUKI, *Hashiya ala shareh*, Ahmad al-Dardiri, Le Caire 1323 hég., volume 4.

³³⁰ AL-DASUKI, *Hashiya ala shareh*, *op. cit* volume 4.

394. Quand le mari emploie une formule de répudiation triple sans observer la règle de l'unicité et sans égard à l'état de pureté et de retraite de continence de la femme, la répudiation est alors irrévocable.

Mais si la formule est formelle, c'est-à-dire contient le mot « *talaq* » ou un de ses dérivés, ou si le mari ne l'appuie pas de son serment, la femme est considérée comme répudiée par la répudiation triple et les effets qui en résultent sont ceux de la répudiation irrévocable³³¹.

C- La répudiation innovée

395. Outre les effets ordinairement attachés à la répudiation, la répudiation dite innovée a un effet qui lui est particulier : le mari ne pourra reprendre la femme, même au prix d'un nouveau mariage, à moins qu'elle ait épousé un autre homme et aura consommé avec lui le mariage et s'en sera ensuite régulièrement séparée³³².

396. « *Si un homme répudie sa femme (trois fois), elle n'est plus licite pour lui, tant qu'elle n'aura pas été remariée à un autre époux. S'il la répudie, et qu'ensuite, tous deux se réconcilient, aucune faute ne leur sera imputée, à condition qu'ils croient observer ainsi les lois de Dieu* »³³³. La lettre de verset n'ordonne pas que le second mariage soit consommé. Mais les juristes exigent la consommation et renchérissent sur ce point : si le second mari n'était qu'un mari de complaisance et qu'il aurait consommé le mariage pour que la femme redevienne légitime à son premier mari, le second mariage serait considéré comme nul³³⁴.

397. Enfin dans le rite malékite, lorsque la répudiation triple a été motivée par l'adultère de la femme, celle-ci est éternellement interdite à son mari, et la vie commune entre l'ex-époux ne pourrait reprendre, quand bien même la femme aurait épousé un

³³¹ AL-ZOUHAILI, *Al fikh al-islami w adelatahou*, op. cit. tome 4.

³³² Selon Aicha, Bukhari avait répudié sa femme définitivement (par trois). Celle-ci se remaria et fut de nouveau répudiée. Le Prophète, interrogé sur le point de savoir si elle pouvait de nouveau épouser le premier mari, répondit : « *Non, pas avant que le second ne goûte son petit miel (c'est-à-dire consomme le mariage), comme l'avait goûté le premier* ». AL-BUKHARI, *L'authentique tradition musulmane*, traduction par G.H. Bousquet, Fasquelle, 1964, p. 223.

³³³ Coran sourate al-bakara II, verset 230.

³³⁴ Al-Bukhari, Sahih, traduct. Hondas, III, p. 633.

autre homme, aurait consommé avec lui le mariage et s'en serait ensuite régulièrement séparée. Les hanéfites, moins intransigeants, déclarent que la femme peut redevenir légitime au mari si, par la suite, celui-ci rétracte son accusation d'adultère.

398. Ce mode de répudiation demeure en vigueur au Liban au sens de la communauté sunnite³³⁵.

Les causes de divorce à l'initiative de l'homme affirment l'inégalité existante entre les époux. Toutefois, la femme jouit aussi de ce droit mais sous différentes conditions qui en rendent difficile l'obtention dans la majorité des cas.

§ 2. La répudiation à l'initiative de la femme

399. On parle de répudiation à l'initiative de la femme lorsqu'elle offre ou accepte de remettre à son mari un bien quelconque afin que celui-ci la répudie. Cette opération est dénommée « *khûl'* »³³⁶.

400. C'est le Coran qui a introduit cette forme de dissolution du mariage : « *Si vous craignez qu'ils ne soient pas capables d'observer les limites de Dieu, nulle faute ne sera imputée à l'un ou l'autre, si l'épouse offre une compensation* »³³⁷, et « *quand une femme redoute l'abandon ou l'indifférence de son mari, nul péché ne leur sera imputé, s'ils se réconcilient vraiment* »³³⁸.

401. Le terme « *khûl'* » signifie « *répudiation convenue* » ou répudiation « *moyennant compensation* »³³⁹. Les deux formules ne sont pas équivalentes. Elles sont néanmoins toutes deux exactes dans une certaine mesure. Une divergence existe en effet entre les écoles de *fikh* sur le point de savoir si la contrepartie est une condition de

³³⁵ Art. 108 de la loi du 2 novembre 1917.

³³⁶ Pour une étude de ce mode de rupture du mariage, voir par exemple N. Bernard-Maugiron, "Normes et pratiques en matière de statut personnel : la « loi sur le khûl' » en Egypte.

³³⁷ Coran sourate *al-bakara* II, verset 229.

³³⁸ Coran sourate *al-nisaa* IV, verset 128.

³³⁹ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman*, tome 2, n°1065 ; A. Colomer, *Droit musulman*, tome 1, p. 114.

forme de cette répudiation, ou si le consentement mutuel des époux suffit en dehors de toute contrepartie.

402. Selon les écoles hanéfite et malékite, il y aurait en réalité deux variantes de « *khûl'* », avec ou sans contrepartie. Il faut néanmoins préciser qu'en vertu de la doctrine hanéfite, le défaut de stipulation d'une contrepartie est cependant extinctif des créances réciproques entre époux. Si l'on remarque que la femme est le plus souvent créancière du reliquat de sa dot et des arriérés de la pension d'entretien, on constate une absence de contrepartie.

403. Le « *khûl'* » donne à l'épouse la possibilité de rompre son union conjugale sans préjudice, en échange de sa renonciation à tous ses droits financiers. Il lui suffit de déclarer au tribunal qu'elle ne souhaite plus être mariée, que la vie conjugale lui est devenue intolérable et qu'elle craint d'enfreindre les prescriptions de Dieu en cas de poursuite de la vie commune. Elle n'aura pas à justifier sa requête ni à prouver son bien-fondé, et le juge ne pourra lui refuser la rupture de son mariage même en cas d'opposition de son époux. En contrepartie, toutefois, l'épouse ne pourra prétendre à la pension alimentaire (*nafaka al-idda*)³⁴⁰ qui est versée pendant une durée maximale d'un an après le prononcé d'un divorce. Elle ne pourra prétendre non plus à la compensation financière que l'épouse divorcée peut toucher sans son consentement, et en dehors de toute responsabilité et dont le montant doit être au moins égal à deux années de pension alimentaire. Enfin, l'épouse qui recourt à la procédure de « *khûl'* » devra rembourser le montant de la dot qui lui a été versée au moment du mariage et renoncer à l'arriéré non versé³⁴¹. Ses autres droits ne sont toutefois pas atteints, en particulier son droit à obtenir la garde des enfants, de même que l'obligation qui pèse sur le mari de lui verser une pension alimentaire pour l'entretien de ses enfants ou le droit d'occuper avec eux le domicile conjugal pendant toute la durée de la garde. Cette forme de rupture du mariage est plus rapide à obtenir qu'un divorce judiciaire. Mais les conséquences financières sont lourdes pour la femme. Ne trouvant dans les écoles sunnites classiques aucun

³⁴⁰ Al-Zouhaili, *Al fikh al-islami w adelatahou*, Le Caire, 1321 hég. tome 4.

³⁴¹ Le mari doit verser une dot à sa femme, somme d'argent qui lui appartient en propre. Au Liban, la coutume est de diviser la dot en deux montants, l'un étant versé au moment du mariage et l'autre lors de sa dissolution (décès de l'époux ou rupture du mariage).

auteur préconisant de passer outre à l'opposition du mari, le législateur a recouru à un *hadith* du Prophète, connu sous le nom d'affaire de « *habiba* »³⁴².

404. Quant à sa nature juridique, on a comparé cette variante de répudiation au divorce par consentement mutuel. Cette comparaison est justifiée dans la mesure où à l'inverse de la répudiation de droit commun, elle suppose le consentement de l'épouse qui doit accepter la proposition de la répudiation que lui adresse son mari, ou bien elle lui propose elle-même de la répudier³⁴³. Il faut néanmoins préciser la portée de cet échange de consentements en soulignant qu'en tout état de cause, c'est toujours le mari qui répudie, il est le dernier qui prononce la dissolution du lien conjugal, ce qui remet de nouveau la femme en situation d'inégalité par rapport à son époux.

405. Il a toujours été statué qu'en cas de divorce entre une femme et son mari impubère le consentement ne pourrait être donné que par le père ayant sur lui le droit de « *djabr* » ou par son tuteur testamentaire « *al wasi* »³⁴⁴.

406. Si la femme soumise au droit de « *djabr* » au moment où elle désire divorcer a néanmoins consenti elle-même à son divorce moyennant une compensation que le mari a touchée, le divorce est maintenu bien que, du côté de la femme, le consentement ait été donné par une personne non qualifiée. Le divorce sera maintenu, mais, suivant certains auteurs, le mari restituera la compensation qu'il a touchée³⁴⁵.

407. De même, quand il s'agit d'un époux interdit pour aliénation mentale caractérisée, démence, fureur ou imbécillité, il lui est interdit pour ce motif de consentir à une répudiation moyennant compensation. Le consentement devait être donné par la personne ayant sur lui le droit de « *djabr* ». En revanche, si l'époux est atteint d'une maladie mortelle, son consentement à la répudiation convenue est valable.

³⁴² *Hadîth* selon lequel l'épouse de Thâbit b. Qays, qui ne supportait plus de vivre avec son époux, s'adressa au Prophète afin qu'il lui offre une solution. Ce dernier lui demanda de restituer un terrain que lui avait offert son mari au moment du mariage, en échange de la rupture du mariage, et s'adressa ensuite à Thâbit b. Qays pour lui ordonner d'accepter le terrain et de répudier son épouse.

³⁴³ Y. LINANT De BELLEFONDS, *Traité du droit musulman comparé*, T. 2, n°1063

³⁴⁴ *Al wasi*, littéralement signifie : le tuteur testamentaire.

³⁴⁵ AL-NABOULSI, *Al fikh al islami*, Le Caire, 1329 hég. tome 5.

Les effets de la répudiation convenue dépendent naturellement des accords intervenus.

408. En principe, dans le rite malékite, la répudiation emporte la dissolution du mariage comme par l'effet d'une répudiation irrévocable. Le mariage est dissous immédiatement et le mari n'a plus de droits sur son ex-épouse, celle-ci peut se remarier. S'ils se réconcilient, ils devront contracter un nouveau mariage avec la constitution d'une nouvelle dot.

409. Dans certain cas, les effets sont ceux d'une répudiation révocable. Il en est ainsi, dit « *khalil* »³⁴⁶, lorsque les époux l'ont expressément stipulé et que le divorce a été conclu sans compensation, ou bien lorsque c'est le mari qui s'est engagé à payer une compensation à son épouse.

L'inégalité au profit de l'homme apparaît clairement dans les variantes de la répudiation prononcée par le mari. Cette faculté de répudier se caractérise d'une certaine formalité qui la distingue.

Section II. Le formalisme de la répudiation

410. En tant que mode de résiliation unilatérale du mariage islamique, la répudiation ne saurait être exercée que si un contrat de mariage islamique a été effectivement conclu. Seul le mariage islamique peut être rompu par répudiation. Il importe de faire une distinction tranchée entre le formalisme de la répudiation exigé par le droit musulman et son enveloppe procédurale. Quant au premier aspect évoqué, la répudiation du droit musulman est un acte solennel. Aussi, l'exercice par le mari de la faculté de répudier doit revêtir certaines formes sous peine de nullité de la répudiation (§1)

³⁴⁶ Khalil ibn Eshak, Al Dardir, Al Dasuki, *Commentaire du du Muktasar de Khalil*, avec glose de Al Adawi, Le Caire 1317 heg. volume 4.

§ 1. Les conditions communes de validité

411. Pour que la répudiation prononcée par le mari envers sa femme soit valable, elle doit réunir trois conditions qui sont communes à toutes les répudiations : le pouvoir de répudier (A), l'intention de répudier (B) et l'emploi d'une formule répudiaire (C).

A- Le pouvoir de répudier

412. Le pouvoir de répudier appartient, en principe, à tout mari musulman pubère. Le mari ne peut répudier sa femme tant qu'il n'a pas atteint la puberté. Toutefois, la loi ne sanctionne plus la répudiation prononcée par le mari impubère³⁴⁷. De même, Elle ne sanctionne pas la répudiation prononcée par le père ou le tuteur testamentaire de cet impubère, marié en vertu du droit de « *djabr* ». S'il a pu le marier, il ne peut plus répudier sa femme, la répudiation ne peut être voulue que par lui. Le droit de répudier apparaît ainsi comme un droit essentiel attaché à la personne du mari.

413. Ce principe ne fait pas obstacle à l'exercice du droit de répudier par l'intermédiaire d'un mandataire, car le droit musulman admet la représentation. Dans la répudiation prononcée par le mandataire du mari, on ne saurait donc voir une dérogation à la règle, la répudiation doit être voulue par le mari et ne peut être voulue que par lui³⁴⁸.

414. Le mari peut même transmettre le droit de répudier qui lui appartient à une autre personne. C'est ainsi qu'il est autorisé à céder à sa femme le droit de se répudier elle-même, se dépouillant de son droit de répudiation en sa faveur. C'est le « *tafwid* » ou le mandat fiduciaire irrévocable. Quant à la cession proprement dite du droit, elle intervient sous deux formes : le mari peut donner à la femme un droit d'option ou une faculté de répudiation discrétionnaire.

415. La question est discutée pour savoir s'il est permis, au moment de la conclusion du mariage, de modifier les rapports juridiques établis par la loi. Mais il est

³⁴⁷ Art. 248 du code de Qadri Pacha (doctrine hanéfite).

³⁴⁸ AL-NABOULSI, *Al fikh al islami*, Le Caire, 1329 hég. tome 5.

certain qu'une fois le contrat conclu, le mari peut renoncer dans son application à telle ou telle faculté qu'il a acquise. Ce résultat peut être assuré en l'obligeant à prononcer aussitôt après l'accord. Une répudiation conditionnée par toute une série d'évènements, tels que mauvais traitements, refus d'entretien, bigamie, dont la réalisation entraîne automatiquement la dissolution de l'union conjugale. C'est un pacte adjoind.

416. Le mari peut d'abord donner à la femme un droit d'option, elle optera alors entre le maintien du mariage et la répudiation. Si elle choisit la répudiation, celle-ci est nécessairement une répudiation triple, et il n'appartient pas au mari d'en restreindre les effets³⁴⁹.

417. Si le mari a concédé à la femme une faculté de répudiation discrétionnaire, la femme peut encore choisir entre le maintien du mariage ou la répudiation et dans ce dernier cas, adopter la formule simple, double ou triple. Toutefois, le mari peut décider de ne pas faire en sorte que sa femme soit répudiée si elle a opté pour la dissolution du mariage.

418. Il s'agit d'une véritable cession du droit de répudier. Lorsqu'il aura donné mandat simple à sa femme de se répudier, le mari pourra révoquer ce mandat et rendre la répudiation impossible. Lorsqu'il y aura eu cession consentie et non pas mandat, il ne pourra plus se rétracter.

419. Dans le cas où un certain délai aurait été concédé à la femme pour exercer son droit d'option ou sa faculté de répudiation discrétionnaire, le mari peut acquérir du juge une décision obligeant la femme à prendre parti sans délai. Quel que soit le délai qu'il a consenti, il peut obtenir une décision retirant à la femme le bénéfice du délai accordé, et si la femme ne prend pas parti immédiatement, la faire considérer comme déchu de son droit.

420. Dans le rite hanéfite, il est admis que le mari peut céder à la femme le droit de se répudier elle-même. Pour les malékites, le mari peut faire une même cession, mais il commet alors une action blâmable.

³⁴⁹ AL-JAZIRI, *fikh al madahib al arbaa*, Le Caire, 1345 hég. tome 4

421. S'il n'est pas frappé d'interdiction pour cause de démence, tout mari est réputé sain d'esprit et considéré comme capable de répudier sa femme. Ainsi en est-il du mari interdit pour cause de prodigalité seulement, pour la plupart des législateurs, tous rites confondus, il en va de même de l'ivresse. Mais l'état de maladie, même susceptible d'entraîner la mort ne fait pas présumer l'insuffisance de discernement ou de volonté. La question est toutefois discutée : aucune des deux opinions n'est admise d'une manière absolue et sans réserve. Pour les partisans de la nullité de la répudiation, la femme ne sera plus admise à venir à la succession de son mari. À l'inverse, parmi ceux qui tiennent la répudiation pour valable, certains décident que la femme sera néanmoins admise à succéder, comme si le mariage n'avait pas été rompu par la répudiation³⁵⁰.

Ce pouvoir de répudier reconnu au mari suppose que celui-ci ne l'use qu'avec une intention sincère.

B- L'intention de répudier

422. Le mari doit avoir l'intention de répudier sa femme. Pour la manifestation de cette intention, il n'est pas besoin de formalités déterminées, ni de forme solennelle. Tout ce qu'exige la loi musulmane, c'est que cette intention existe. Elle peut être expresse, mais également³⁵¹ tacite. Il suffit qu'elle existe et que son existence soit prouvée.

423. La répudiation suppose l'emploi d'une formule prononcée par le mari. Elle sera révélatrice de son intention de répudier.

424. Les formules sont celles qui contiennent le mot « *talaq* » ou un dérivé de ce mot³⁵². Il n'y a pas besoin de prouver l'intention de répudier. Elle est de plein droit réputée exister et cette présomption ne supporte pas la preuve contraire. Le mari ne serait pas admis à venir déclarer, fût-ce sous la foi du serment, que c'est par dérision ou

³⁵⁰ AL-JAZIRI, *fikh al madahib al arbaa*, op. cit., tome 4

³⁵¹ Art. 237 du code de Qadri Pacha (doctrine hanéfite).

³⁵² Par exemple « *tu es répudiée* », « *je te répudie* », « *tu es l'objet d'une répudiation* ».

plaisanterie qu'il a prononcé cette formule. C'est une application du *hadith* : « *tout est sérieux dans le mariage* »³⁵³.

425. Il est possible que le mari ait prononcé la formule sous l'action d'une contrainte de menaces ou de violences. Les malékites considèrent qu'en pareil cas, la répudiation est entachée de nullité lorsque la contrainte subie par le mari résulte de menaces ou de violences dirigées contre sa personne ou contre ses biens, ou contre la personne ou les biens de personnes qui lui sont parentes en ligne directe, ascendants ou descendants.

426. La répudiation peut aussi avoir été prononcée par le mari sous l'action d'une contrainte indirecte, par exemple en exécution d'un serment forcé. Si, à ce moment, le mari n'était plus sous l'action de la contrainte, certains juristes malékites décident que la répudiation doit être néanmoins tenue pour nulle et non avenue³⁵⁴.

427. Dans le rite hanéfite, quelles que soient les circonstances dans lesquelles la répudiation a été prononcée, la répudiation est encourue dès l'instant que la formule a été prononcée, même en cas de contrainte ou de menaces.

428. Les formules équivalentes sont celles de nature à laisser supposer chez le mari l'intention de répudier, mais qui ne contiennent ni le mot « *talaq* » ni un dérivé de ce mot³⁵⁵. Les formules équivalentes sont d'apparence répudiaire et font présumer chez le mari l'intention de répudier. Tandis que les formules formelles ne supportent pas la preuve contraire, les formules équivalentes l'admettent. Le mari est présumé avoir eu la volonté de répudier sa femme, mais il peut affirmer qu'il n'en a pas eu l'intention. Dès lors la répudiation n'est pas encourue.

Le mari, en toute inégalité, fait part de son intention de répudier son épouse par l'emploi d'une formule spéciale afin que le divorce soit jugé valable.

³⁵³ IBN RUSHD AL-QURTUBI, *Bidâyah Al-Mujtahid*, le caire 1231 hég., volume 2, chapitre du talaq.

³⁵⁴ AL-JAZIRI, *fikh al madahib al arbaa*, *op.cit.*, tome 4.

³⁵⁵ Par exemple : « *je te rends ta liberté* », « *retourne chez tes parents* », « *rentre dans ta famille* ».

C- L'emploi d'une formule

429. La formule employée par le mari est le plus souvent pure et simple. Mais rien ne s'oppose à ce qu'elle soit conditionnelle ou à terme. Les auteurs ne prévoient ni n'autorisent le terme extinctif et la condition résolutoire³⁵⁶. Le mari peut retarder la répudiation jusqu'à l'arrivée d'un évènement futur et certain, ou futur et incertain.

430. La condition doit être possible lorsqu'elle est suspensive. Si elle n'a pas de cause, la répudiation est tenue pour nulle et non avenue. Tout se passe comme si le mari n'avait rien dit. Cette solution est raisonnable, car si la répudiation est subordonnée à un évènement qui ne doit pas se réaliser, c'est que le mari n'a pas l'intention de répudier sa femme, et aucune importance ne doit être attachée aux paroles qu'il a prononcées.

431. Il se peut aussi que la répudiation ait été subordonnée à un terme suspensif, c'est-à-dire à un fait qui doit inéluctablement s'accomplir. Le terme suspensif doit alors être considéré comme effacé et la répudiation comme pure et simple.

432. De même, les auteurs prévoient le cas où la répudiation aurait été subordonnée à une condition suspensive appelée à se réaliser fatalement³⁵⁷. Dans ce cas, la condition se confondant avec le terme suspensif est effacée et la répudiation est encourue immédiatement.

433. Les auteurs prévoient enfin le cas où la répudiation aurait été subordonnée à la réalisation d'une condition dont il est impossible de constater l'accomplissement ou le non-accomplissement. La condition doit alors être tenue pour inexistante et la répudiation considérée comme pure et simple³⁵⁸. De même, dans le cas où la répudiation aurait été subordonnée à l'abstention d'un acte illicite par le mari, la condition étant appelée à se réaliser nécessairement, la répudiation doit être considérée comme encourue immédiatement.

³⁵⁶ IBN RUSHD AL-QURTUBI, *Bidâyah Al-Mujtahid*, op. cit., volume 2.

³⁵⁷ Par exemple, si le mari dit à sa femme « *je te répudie si je fais ma prière* ». Le mari pourrait ne pas faire sa prière, mais étant musulman, il la fera certainement.

³⁵⁸ AL-JAZIRI, *fikh al madahib al arbaa*, op.cit., tome 4.

434. Toutes ces solutions sont rationnelles, si le mari a subordonné la répudiation à un évènement qui doit se réaliser normalement. Il est tout naturel de considérer comme non écrite la clause portant cette condition ou ce terme, car l'intention du mari de répudier est formelle³⁵⁹.

435. Le contrat de mariage, selon le droit libanais, peut être alourdi de certaines clauses. Ces clauses adjointes sont admises par le droit musulman. La clause est classiquement soumise à des conditions de validité. On distingue la clause valable et la clause viciée. La clause est viciée lorsqu'elle est contraire aux prescriptions impératives de la loi, c'est-à-dire, généralement, lorsqu'elle a pour effet de dénaturer la loi hanéfite qui régit le contrat. Quels sont les effets de ces clauses sur le divorce ? Entraînent-elles une inégalité de fait entre les époux ?

§ 2. Les clauses adjointes

436. Même si elle n'a pas été reprise par les codifications, la répudiation féministe survit dans les législations positives d'obédience hanéfite par le truchement de l'application de la doctrine hanéfite³⁶⁰. Quant aux législations d'obédience malékite, elles lui consacrent des développements exprès. Au Liban, le « *khûl'* » est pratiqué malgré l'absence de dispositions législatives au sens formel.

437. Le mot « *chart* » signifie littéralement « *condition* ». Il est employé dans ce sens pour désigner les conditions résolutoires et suspensives. Lorsqu'il s'accompagne des mots « *takyid* »³⁶¹ ou « *muktarin* »³⁶², il désigne la clause « *adjointe* ». On parle également de pacte adjoint qui vise à aménager le contrat conformément à la volonté des parties.

³⁵⁹ Par exemple : si le mari dit à sa femme « *tu seras répudiée dans vingt-quatre heures* », c'est qu'il a l'intention de la répudier, puisque cette intention est certaine.

³⁶⁰ F-P. BLANC, *Le droit musulman*, Dalloz 2007, 2^e éd., p. 74.

³⁶¹ *Takyid*, littéralement signifie : lier ou obliger.

³⁶² *muktarin*, littéralement signifie : adjoint.

438. La question de la validité de ces clauses a été très débattue en doctrine, et les auteurs ont hésité quant à l'étendue à accorder à l'autonomie de la volonté en droit musulman. La portée de cette controverse demeure théorique.

439. L'école « *hanbalite* » est la plus libérale en la matière, puisqu'elle autorise généralement tout ce qui n'est pas expressément interdit par la loi. La singularité de la clause adjointe viciée réside dans la sanction. En effet, la clause viciée n'affecte pas toujours le contrat en entier : seule la clause viciée tombe. L'étendue de la nullité sera plus ou moins énergique suivant la nature du contrat.

440. À titre d'exemple, les auteurs hanéfites font ainsi une distinction entre les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit : la clause adjointe affecte les premiers ; elle est simplement supprimée dans les seconds. Au demeurant, toutes les écoles ne s'accordent pas sur cette classification, pas plus qu'elles ne s'accordent sur le caractère impératif ou non des règles régissant tel ou tel contrat.

441. L'idée d'insérer dans le contrat de mariage une clause adjointe stipulant par exemple la monogamie ou la renonciation à la faculté de répudier est directement issue du droit commun des contrats. S'agissant de la clause de monogamie, elle est généralement admise et prévue par diverses législations positives. Le Code ottoman de la famille du 25 octobre 1917, entré en vigueur au Liban, le prévoit dans son article 38. Cette clause pose néanmoins la question de son effectivité. Loin de s'être transformée en clause de style comme on pourrait le penser, elle est souvent ignorée de ses destinataires et n'en demeure pas moins valable quand elle a été stipulée³⁶³.

442. En revanche, le cas de la renonciation à la faculté de répudier est différent. Si on peut admettre qu'il est dans la nature même du contrat de mariage d'être susceptible de résiliation unilatérale, la renonciation pure et simple par le mari à cette faculté par une clause adjointe ne peut produire aucun effet. Cette clause serait viciée. Aussi a-t-on imaginé le recours à divers procédés de nature à paralyser la faculté de répudiation en la déléguant à l'épouse, voire même en la lui cédant.

³⁶³ TRABOULSI (I.), *Les derniers développements en matière de statut personnel au Liban et en Egypte*, CEDROMA, 2006.

443. Plusieurs variantes de clauses adjointes ont ainsi été imaginées par les différents rites, allant du mandat révocable à la cession pure et simple de la faculté de répudier. Au-delà des nombreuses divergences doctrinales, on peut recenser au-moins trois variantes hétérogènes de clauses adjointes, tous rites confondus : « *tawkil* », « *tafwid* » et « *tamlík* ».

444. Le « *tawkil* » est un mandat spécial ordinaire et donc révocable tant que la mission n'est pas exécutée. Il ne prive pas le mandant de la faculté d'exécuter lui-même la mission dont il a chargé le mandataire. Quand la femme est désignée par son mari, les deux époux deviennent titulaires du droit de répudier, le mari en son nom propre et la femme par procuration, tant que le mari n'a pas révoqué le mandat. Ce mandat est identique au mandat conféré à un tiers. En pratique, il ne présente aucune garantie véritable pour l'épouse. L'école hanéfite qui admet le mandat de répudier lorsqu'il est confié à un tiers l'exclut quand l'épouse elle-même est désignée. La sanction est énergique et dans l'intérêt de la femme, puisque si un tel « *tawkil* » a été stipulé, il est présumé irrévocable³⁶⁴.

445. Le « *tafwid* » est un mandat de répudiation irrévocable conféré à l'épouse et admis par l'école hanéfite. La femme prononçant elle-même sa propre répudiation au nom de son mari. Si le mandat est irrévocable, il semble que la répudiation elle-même soit révocable.

446. Le « *tamlík* », bien que classé par les juristes parmi les variantes de *tafwid* (littéralement mandat), est une véritable cession puisqu'il confère à la femme la faculté de prononcer elle-même la répudiation en son nom propre. La répudiation prononcée par la femme, dans cette hypothèse, est irrévocable sans créer d'empêchement à mariage³⁶⁵.

447. Ces clauses adjointes restent relativement inconnues du grand public en raison de leur complexité et du raffinement de leurs structures juridiques. Elles

³⁶⁴ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, tome 2, n°948.

³⁶⁵ TRABOULSI (I.), *Les derniers développements en matière de statut personnel au Liban et en Egypte*, CEDROMA, 2006.

demeurent tributaires du consentement du mari qui souvent ne souhaitera pas se départir de ses prérogatives. C'est pourquoi les clauses adjointes conférant à la femme la faculté de répudiation restent peu utilisées en pratique. En principe, le mari a souvent seul le droit de répudier, sauf dispositions contraires. Lors du mariage (ou selon certains auteurs après le mariage mais par exemple aussitôt après sa conclusion), le mari peut céder son droit de répudiation soit discrétionnairement, soit seulement pour les cas où il commettrait certaines fautes. Mais même dans ce cas, c'est toujours la femme et non le mari qui pourra être répudiée.

CONCLUSION PARTIE I

448. Au terme de cette étude consacrée aux causes de divorce, on peut dire que le droit français connaît une parfaite application du principe d'égalité entre les époux, ce qui n'est pas le cas pour le droit musulman libanais.

La comparaison des deux systèmes juridiques nous a permis de relever quelques données fondamentales.

449. La reconnaissance du droit au divorce a connu une évolution dans la législation française.

450. La législation française a été marquée par des étapes successives d'interdiction et de rétablissement du « *droit de divorcer* ». Sous l'influence de l'église catholique qui prônait l'indissolubilité du lien conjugal, le divorce était prohibé pendant l'ancien régime et plus tard lors de la restauration de la monarchie. En revanche, sous l'influence des philosophes du siècle des Lumières, pour qui la liberté individuelle ne pouvait être aliénée par un engagement perpétuel, le droit intermédiaire a admis très largement le divorce. Passant ainsi de l'excès à l'absolu, il a fallu attendre la promulgation du Code civil en 1804, œuvre de compromis, pour assister à la consécration des différentes causes de divorce déterminées par la loi.

451. Et, depuis la loi de 11 juillet 1975, le divorce est ouvert à toute personne, femmes et hommes, sans distinction. Ils ont les mêmes possibilités pour demander le divorce. La loi du 26 mai 2004 relative au divorce et ses décrets d'application du 29 octobre 2004 marquent une évolution fondamentale des règles de fond et de procédure en matière familiale. Cette réforme du droit de la famille a également permis de renforcer l'égalité entre époux.

452. Dans cette perspective, le choix législatif fondamental s'articule autour de deux objectifs. Le premier objectif suivi par le législateur français est la pluralité dans les cas de divorce. On relève la coexistence de deux catégories de divorce. Le divorce par consentement mutuel et le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage où les époux sont d'accord sur le principe du divorce. Ils responsabilisent les époux qui vont eux-mêmes réaliser leur divorce et la catégorie du divorce subi, soit à titre de sanction des fautes conjugales commises, soit parce qu'on ne veut pas maintenir artificiellement le mariage qui est faillite. Ce pluralisme dans l'accès au divorce constitue en fait une réponse à la diversité des situations de crise conjugale.

453. Le second objectif poursuivi par le législateur français a été de dédramatiser le divorce, ce qui explique la volonté de simplifier la procédure. Ainsi, le changement notable opéré par la loi du 26 mai 2004 résulte notamment de la suppression du délai de six mois à compter du mariage et du délai de réflexion de trois mois dans la procédure.

454. En revanche, le droit libanais prône un système profondément inégalitaire. Cette inégalité apparaît entre l'homme et la femme dans les modes de dissolution du mariage. D'une part, le mode de dissolution est à l'initiative de l'homme dans le droit classique ; d'autre part le non paiement de la dot et le défaut d'entretien profitent à la femme dans le droit contemporain, afin de la remettre, sur un pied d'égalité dans les modes de dissolution du mariage.

455. Si la femme peut demander la dissolution du mariage pour les causes déjà précitées, la question qui se pose est de savoir si la femme a un droit équivalent à celui de la répudiation.

456. D'une part, l'Islam a reconnu à l'homme le pouvoir de répudier et en a conféré un usage limité à la femme dans quelques cas précis.

457. La répudiation à l'initiative de l'homme constitue donc la marge qui consacre cette inégalité entre les époux en matière de divorce. L'époux peut répudier son épouse par caprice et sans avoir son consentement. Le Coran a donné la pleine

capacité à l'homme de répudier sa femme quand bon lui semble. Cependant, si l'homme a répudié sa femme une ou deux fois, il peut la reprendre en mariage, avant la fin de la période d'attente post maritale.

458. D'autre part, d'après Ibn Rushd Al-Qurtubî³⁶⁶, le « *khûl'* » est une solution équivalente à ce que l'homme peut faire par le biais de la répudiation unilatérale : « *Tout comme un homme peut avoir recours à la répudiation (talaq) lorsqu'il n'aime pas sa femme, la législation islamique (Hanéfite) donne à la femme le droit de mettre fin à son mariage si elle n'aime pas son mari* ».

459. Pour conclure, dans les deux systèmes juridiques, il n'est plus question aujourd'hui d'interdire le divorce. Chacun s'accorde à reconnaître qu'il n'est qu'un mal nécessaire. Autrement dit, le prononcé du divorce est considéré par les deux systèmes comme le moyen juridique de remédier aux mésententes conjugales.

460. Il convient de dire que les deux systèmes juridiques étudiés connaissent des divergences fondamentales quant à l'application de l'égalité en matière de divorce. Ces divergences s'expliquent par la conception accordée à l'union conjugale au sein de chaque système juridique.

La question de l'égalité entre les époux ne se limite pas uniquement aux causes de divorce, mais se pose également au niveau des effets produits par celui-ci dans les deux systèmes juridiques français et libanais (Partie II).

³⁶⁶ Ibn Rushd Al-Qurtubî, *Bidâyah Al-Mujtahid*, volume 2, chapitre « le *Talaq* ».

PARTIE II

LES EFFETS PRODUITS PAR LE DIVORCE

461. Le divorce met fin au mariage. Celui-ci cesse pour l'avenir, sans rétroactivité³⁶⁷.

La dissolution du mariage va entraîner des conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales. La présence d'enfants mineurs aura des incidences sur les effets du divorce. Il convient donc d'envisager ces effets, aussi bien à l'égard des enfants (Titre II) que dans les rapports entre les époux eux-mêmes (Titre I).

³⁶⁷ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 131.

TITRE I

LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ÉPOUX

462. En droit français comme en droit libanais, le divorce emporte la dissolution du lien conjugal. Cette dissolution concerne à la fois les rapports personnels et les rapports pécuniaires entre les époux. En l'absence de tout lien commun entre les deux systèmes juridiques étudiés, nous allons traiter la question des effets produits à l'égard des époux de façon séparée. Dès lors, le premier chapitre sera consacré au droit français (chapitre I) et le second chapitre sera réservé au droit libanais (chapitre II).

CHAPITRE I

LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ÉPOUX EN DROIT FRANÇAIS

463. Dans un esprit d'apaisement et de responsabilisation des époux, les conséquences du divorce sont presque totalement dissociées de la réparation des torts. Même dans un divorce contentieux, les époux sont incités à fixer eux-mêmes les conséquences patrimoniales de leur séparation. Pour aboutir à une solution équilibrée, toutes les conséquences du divorce doivent être anticipées. Il en est ainsi, notamment, de l'organisation familiale et de ses implications, de l'autorité parentale, de la résidence des enfants, du sort du logement familial, des relations financières entre les époux, de versement d'une prestation compensatoire, ou encore de la liquidation du régime matrimonial et le partage des biens.

464. Le divorce fait disparaître le mariage et ses conséquences. Mais il est vrai aussi qu'on ne peut pas totalement effacer ce qui a existé parfois pendant plusieurs années³⁶⁸. La rupture du lien conjugal provoquée par le divorce produit alors deux séries de conséquences dans les rapports entre époux divorcés : la première est relative à leurs rapports personnels ; la seconde concerne leurs rapports patrimoniaux.

En droit français, les effets du divorce sont marqués par le sceau de l'égalité, tant au plan personnel (section I) que patrimonial (section II).

Section I. L'égalité quant aux effets personnels

465. Les effets personnels sont de deux natures : d'une part, le divorce fait disparaître le mariage et ses conséquences, à travers la dissolution du lien matrimonial

³⁶⁸ Le mariage produit quelques séquelles : A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 238.

(§1) ; d'autre part, ce mariage ne peut pas être totalement oublié du fait de certains rejaillissements, illustrés notamment par le sort réservé au nom des époux (§2).

§1. La dissolution du lien matrimonial

466. Lorsque le divorce est prononcé définitivement, la qualité d'époux est supprimée. Chacun retrouve la liberté de se remarier (B), le divorce entraîne la disparition des devoirs conjugaux (C).

A- La disparition du lien conjugal

467. Dès lors que la décision prononçant le divorce a acquis force de chose jugée, celle-ci met fin aux devoirs et obligations issus du mariage³⁶⁹.

468. Parce que le lien d'alliance qu'avait créé le mariage entre chaque époux disparaît, les droits et obligations qui en résultaient ainsi que de toutes les conséquences qui étaient issues, sur le plan personnel, disparaissent. Les deux époux ne sont naturellement plus tenus à l'obligation de cohabitation qui était déjà suspendue par l'ordonnance de non-conciliation. Ils ne sont plus tenus non plus au devoir de fidélité, ni à l'obligation d'assistance, ni au devoir de secours³⁷⁰.

469. Le divorce entraîne la disparition de toutes les obligations qui existaient entre les époux au cours du mariage. Les obligations de cohabitation et de fidélité n'ont plus aucune raison d'être. Le devoir d'assistance et le devoir de secours prennent également fin par l'effet du divorce. Tous les autres devoirs et droits produits par le mariage³⁷¹ disparaissent à partir du jour où la décision de divorce devient définitive.

B- La liberté de se remarier

³⁶⁹ F. GRANET et P.HILT, *op. cit.*, p. 79.

³⁷⁰ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 239.

³⁷¹ Les articles 826, 827, 829, 830, 831, 832, et 833 du Code civil prévoient les devoirs de communauté de vie, d'assistance, de secours et de fidélité pour les époux durant le mariage.

470. Le divorce, en faisant disparaître le mariage, a pour effet de replacer chacun des époux à l'état de célibataire. Il en résulte que les époux divorcés peuvent se remarier.

471. L'époux divorcé peut depuis le début du 20^{ème} siècle se remarier avec le complice de l'adultère. Il peut aussi, depuis la loi du 11 juillet 1975, se remarier avec son ex-beau-frère ou son ex-belle-sœur sans qu'une dispense du Président de la République soit nécessaire. Finalement il ne reste que la prohibition du mariage à l'égard des alliés en ligne directe (beau-père et belle-mère, belle-fille et gendre), laquelle ne peut être levée par une dispense que lorsque le mariage qui créait l'alliance a été dissous par le divorce (art. 164 C. Civ).

472. Selon les principes traditionnellement inscrits dans le Code civil français à l'ancien article 228, la femme ne pouvait se remarier qu'à l'expiration d'un délai de 300 jours après la dissolution définitive d'un précédent mariage. C'était le délai de viduité destiné à éviter tout risque de confusion concernant une éventuelle grossesse.

473. Cette exigence était inégalitaire. L'homme en cas de divorce avait le droit de se remarier immédiatement. Il n'avait pas à attendre un délai de 300 jours après la dissolution du mariage. La femme, au contraire, n'avait le droit de se remarier qu'à l'expiration du délai de 300 jours. Cette règle créait une inégalité entre les hommes et les femmes.

474. Ce délai de viduité était applicable en cas de dissolution du mariage par le divorce (art. 261 C. civ. anc.), et il courrait à compter du jour de l'ordonnance autorisant les époux à résider séparément ou homologuant, en cas de requête conjointe, la convention temporaire de divorce (art. 261-1 C. civ. anc.). Il n'était pas applicable en cas de divorce pour rupture de la vie commune (art. 261-2 C. civ. anc.) ou en cas d'accouchement de l'épouse. Il prenait également fin lorsque la femme produisait un certificat médical attestant qu'elle n'était pas enceinte et pouvait être levé par une ordonnance du Président du tribunal³⁷².

³⁷² L'ancien article 228 du Code civil prévoyait que la femme ne pouvait se remarier qu'à l'expiration d'un délai de 300 jours après la dissolution d'un précédent mariage : J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 131 et s.

475. La loi du 26 mai 2004 a corrigé cette inégalité entre époux en abrogeant les dispositions des articles 261, 261-1 et 261-2 et 228 Code civil et en supprimant le délai de viduité. Désormais, la femme, comme le mari, peut se remarier³⁷³, dès que le divorce a acquis force de la chose jugée ou dès la dissolution du mariage par décès³⁷⁴. Le divorce permet aux époux de contracter une nouvelle union, y compris entre eux. La loi prévoit seulement que si « *les époux veulent contracter entre eux une autre union, une nouvelle célébration du mariage est nécessaire* » (art. 263 C. civ). Ce droit reconnu aux ex-époux n'est qu'une application du principe fondamental de la liberté au mariage³⁷⁵.

476. Cette suppression doit être approuvée. Elle va dans le sens d'une égalité complète entre les sexes, tant prisée aujourd'hui, encore qu'elle puisse se fonder sur une justification raisonnable fondée sur les lois de nature. Mais, surtout, elle met fin à des règles complexes qui avaient perdu une grande part de leur utilité en raison des assouplissements apportés depuis 1972 au droit de filiation. On sait, en effet, que la femme mariée peut déclarer son enfant à l'état civil, même s'il est né au cours du mariage, sans indication du nom du mari (ancien art. 313-1 C. civ.) et que, dans ce cas, la présomption de paternité se trouve écartée. Dans un tel cas, la présomption de paternité ne jouait qu'à l'égard du second mari lorsque le remariage a eu lieu avant la naissance de l'enfant.

En supprimant le délai de viduité, le législateur français a instauré les mêmes règles pour l'homme et la femme, sans distinction fondée sur le sexe. Mais qu'en est-il pour l'usage du nom du conjoint ?

§2. L'usage du nom du conjoint

³⁷³ La liberté du mariage est un principe fondamental garanti par l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : CEDH 18 décembre 1987, RTD civ. 1989.408, obs. O. GUILLOD et Ph. SCHWEIZER.

³⁷⁴ J. BPSQUET-DENIS, « Le remariage », RTD civ. 1979, p. 524. Au niveau international, V. l'article de A.-N. MAKAROV, « Le remariage en droit international privé », Rev. Crit. DIP 1968, p. 643.

³⁷⁵ A. BENABENT, « *La liberté individuelle et le mariage* », RTD civ. 1973, p. 440.

477. Toute personne possède un nom de famille³⁷⁶. Ce nom figure sur l'acte de naissance. Il peut s'agir du nom du père ou de la mère. Il est néanmoins possible d'utiliser, dans la vie quotidienne, un autre nom appelé nom d'usage. Ce nom d'usage ne remplace en aucun cas le nom de famille qui reste le seul nom mentionné sur les actes d'état civil (acte de naissance, mariage, livret de famille). La possibilité d'utiliser un nom d'usage est totalement facultatif et n'a pas de caractère automatique. En se mariant, chaque époux a la liberté de porter à titre d'usage le nom de son conjoint ou un double-nom composé des noms de chacun d'eux, dans l'ordre de son choix.

478. Si les textes du Code civil français n'ont plus, par la suite, établi de différence entre l'homme et la femme dans l'usage du nom³⁷⁷, il n'en était pas de même en ce qui concernait la possibilité pour les époux divorcés de conserver l'usage du nom de l'autre³⁷⁸. Il était difficile alors de croire que les époux étaient traités de la même façon quant à la possibilité d'utiliser le nom du conjoint à titre d'usage. Ceci était confirmé par la circulaire du 26 juin 1986 relative à la mise en œuvre de l'article 43 de la loi n°85-1372 du 23 décembre 1985³⁷⁹.

479. La circulaire débute par un rappel de la distinction entre le nom inscrit dans l'acte de naissance et le nom d'usage. Figurent ensuite les différentes possibilités d'usage du nom du conjoint qui distinguent clairement la femme mariée ou veuve et l'homme marié ou veuf. Il est clairement posé tout d'abord que la femme mariée ou veuve peut, par adjonction ou par substitution à son nom de famille, user du nom de famille de son mari ou du nom dont il fait usage. Il est ensuite indiqué que l'homme marié ou veuf peut adjoindre à son nom de famille celui de sa femme ou celui dont elle fait usage (arrêt 26 juin 1986). De ce texte, il est possible de déduire une grande diversité de noms d'usage dont l'utilisation est offerte aux époux³⁸⁰.

480. La loi du 26 mai 2004 relative au divorce ne fait plus apparaître de distinction entre le mari et la femme. Désormais, l'article 264 du Code civil énonce

³⁷⁶ Sur le nom V. T. DUBAELE, *Le nom de la femme*, Thèse, Lille, 1991 ; G. LOISEAU, *Le nom, objet du contrat*, Thèse Paris, LGDJ, 1997 ; O. LALIGANT, « La double fonction de l'usage du nom des époux divorcés », RRJ, 1986, p. 29.

³⁷⁷ L'article 264-1 du Code civil dispose « à la suite du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom ».

³⁷⁸ V. A. BRETON, « *Le nom de l'épouse divorcée* », in Mél. R. RODIERE, Dalloz, 1981, p. 17.

indifféremment que chacun des époux perd, en cas de divorce, l'usage du nom de son conjoint et que l'un des époux peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre.

481. De même, l'article 300 du Code civil français ne vise plus la femme mais énonce que chacun des époux séparés conserve l'usage du nom de l'autre. On pourrait en déduire que la faculté d'adjoindre ou de subsister à titre d'usage le nom de son conjoint au sien, est également ouverte à la femme comme au mari. Le maintien de la solution ancienne au détriment du mari pourrait en effet paraître contraire au principe d'égalité entre époux protégé par l'article 5 du protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'usage du nom du mari a été admis comme étant un droit pour la femme³⁸¹. Toute liberté est laissée à l'époux, et surtout, en pratique à la femme de porter ou pas le nom de son conjoint à titre d'usage. Il ne saurait dès lors être reproché à la femme mariée de ne pas porter le nom de son mari, ne pourrait constituer une faute cause de divorce au sens de l'article 242 du Code civil.

482. Une nouvelle loi du 17 mai 2013³⁸² introduit dans le Code civil un nouvel article 225-1 dont l'objet est de conférer explicitement à chacun des époux un droit d'usage du nom de son conjoint. Ce texte vise exclusivement les personnes unies par le mariage, à l'exclusion des partenaires de pacs et des concubins. Il bénéficie indifféremment à chacun des époux, homme ou femme, et non seulement à cette dernière, comme c'était le plus souvent le cas selon la coutume et ce, même si, en réalité, des textes conféraient implicitement déjà un tel droit aux deux conjoints. L'article 225-1 du Code civil permet à chacun des époux de porter le nom de l'autre, soit par substitution à son nom de naissance soit par adjonction à celui-ci. Ce droit, déjà présent depuis longtemps sous la forme d'une coutume puis implicitement dans les textes, est désormais explicitement inscrit à l'article 225-1 du Code civil. Il ouvre une possibilité, qui n'est pas une obligation, et dont chacun des époux dispose de façon individuelle et indépendante.

484. Si le principe en matière de divorce est celui de la perte de l'usage du nom du conjoint, le maintien de cet usage n'est toutefois pas exclu. La possibilité de

³⁸¹ Cass. Civ. 1^{er}, 12 juillet 1972, D. 1973.

³⁸² Loi du 17 mai 2013, entrée en vigueur le 19 mai 2013, ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. Elle a été examinée par le Conseil constitutionnel qui a formulé une réserve relative à l'agrément en vue de l'adoption de l'enfant.

conserver l'usage du nom du conjoint peut résulter de l'accord de celui-ci ou bien d'une autorisation du juge, si le requérant justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants³⁸³. Il en va toutefois différemment en ce qui concerne l'usage des titres de noblesses en raison de l'autonomie des règles régissant ces titres qui interdisent l'existence concomitante de deux personnes portant le titre de duchesse par l'effet d'un divorce suivi d'un remariage, la femme n'ayant sur le titre de son mari qu'un droit d'usage limité, accessoire au mariage et lié à l'existence réelle, ou fictive en cas de deuil de ce dernier³⁸⁴.

485. Inspiré par l'idée d'égalité des sexes³⁸⁵, le législateur français a donc assorti le principe ainsi posé de la perte du droit d'usage du nom de son ex-conjoint de deux cas d'exception dans lesquels le conjoint divorcé peut continuer de porter le nom marital. On parle successivement de l'autorisation judiciaire (A) et de l'autorisation du conjoint (B).

A- L'autorisation judiciaire

486. L'article 264 du Code civil dispose que l'un des époux peut conserver l'usage du nom de son ancien conjoint dont il a divorcé avec l'autorisation du juge, s'il

³⁸³ L'expression "*d'intérêt particulier*" dont use l'article 264, alinéa 3, permet de recourir à des situations diverses : généralement, il s'agit d'un intérêt professionnel: une commerçante, une artiste ou une femme écrivain avait acquis une notoriété sous le nom de son mari et subirait un préjudice si elle changeait de nom de famille. Cette condition n'est pas nécessaire: Cass. Civ. 2^e 16 juillet 1982, bull. Civ. II, n^o 106; D. 1982, IR 426, Defrénois 1983, art. 33082, n^o 42, obs. J. MASSIP: cassation d'un arrêt qui avait décidé que "*l'intérêt particulier auquel se réfère le texte (article 264, al. 3) doit s'entendre de l'utilisation du nom dans une profession ou une activité où la femme a acquis une certaine renommée sous le nom de son mari*". Souvent aussi "*l'intérêt particulier*" vient de l'habitude, tendant à la durée du mariage. Ex. Paris, 2 mars 1989, D. 1989, IR 112, maintenu par Cass. Civ. 2^e mars 1989. Ou à une raison religieuse: TGI Boulogne, 7 mars 1977, D. 1978, IR 37, 2^e esp., obs. A. BÉNABENT. Ou l'intérêt des enfants confiés à la garde de la mère, qui vivent ainsi dans un symbolique foyer conjugal: TGI Paris, 18 janvier 1977, D. 1978, IR 37 ; Aix-en-provence, 13 juin 1979, D. 1981, IR 271, obs. A. BÉNABENT : "*l'intérêt pour l'épouse et l'enfant vivant avec elle d'être connus sous un seul et même nom ne répond pas, à défaut d'autres circonstances de fait, à la notion d'intérêt particulier visé par l'article 264, alinéa 3*".

³⁸⁴ C.A. Bourges 24 février 1998, n^o Juris-Data n^o 1998-990083 ; JCP G. éd. 1998, 19, jurisp. 10072.

³⁸⁵ Les solutions antérieures étaient incompatibles avec le principe d'égalité de l'homme et de la femme. Elles n'étaient pas non plus conformes à l'article 5 du protocole n^o 7 à la Convention européenne des droits de l'homme (P. COURBE, Droit de la famille, *op. cit.*, p. 195). La jurisprudence, qui a établi que l'autorisation de l'usage de nom pouvait être donnée par le mari lui-même. Mais elle avait restreint les effets d'une telle autorisation en décidant que cette autorisation était donnée à titre précaire et pouvait être, à tout moment, être révoquée (R.-F. LE BRIS, art. préc., p. 141 et s.). À défaut de bénéficier d'une de ces dérogations, la femme pouvait se voir interdire l'usage de nom de son ex-mari sous astreinte (TGI Paris, 7 mars 1990, Gaz. Pal. 23 janvier 1991, p. 20).

justifie d'un intérêt particulier pour lui-même ou pour les enfants³⁸⁶. Cette autorisation peut être donnée dans le jugement qui prononce le divorce. Mais elle pourrait être aussi donnée par une décision postérieure.

487. L'autorisation du juge n'est subordonnée qu'à une seule condition : l'existence d'un intérêt particulier pour l'époux qui la sollicite ou pour les enfants. Il en est ainsi, lorsque la femme s'était fait connaître sous le nom du mari dans l'exercice d'une profession commerciale, artisanale, artistique ou en une libérale³⁸⁷. Il pourrait également s'agir simplement de l'intérêt qui s'attache pour le conjoint à porter le même nom que ceux des enfants résidant avec lui³⁸⁸.

488. Cela peut également consister à autoriser un époux après le divorce à continuer à user le nom du conjoint, le juge peut en limiter l'usage à une durée, voir limiter l'usage du nom à l'exercice de l'activité professionnelle. Pour qu'il y ait autorisation du juge en ce sens, le conjoint divorcé, qui souhaite en bénéficier, doit en faire la demande et motiver celle-ci en apportant la preuve de l'existence d'un intérêt particulier, soit pour lui-même, soit pour ses enfants à user du nom du conjoint après le prononcé divorce³⁸⁹. L'appréciation de cet intérêt relève du pouvoir souverain des juges du fond qui doivent se placer au jour où ils statuent³⁹⁰.

489. Généralement, on reconnaît un intérêt particulier à l'usage du nom lorsque le mariage a eu une durée importante, ou lorsque le conjoint divorcé a acquis une notoriété professionnelle sous ce nom. La conservation du nom est une éventualité ouverte aux deux époux. L'égalité est donc parfaite dans ce cas là, tout comme dans celui de l'autorisation du conjoint.

B- L'autorisation du conjoint

³⁸⁶ P. COURBE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 195.

³⁸⁷ C.A. Paris 1^{er} juin 1978 et 13 novembre 1978, *Juris-Data* n° 0196 et 0711.

³⁸⁸ TGI Paris, 18 janvier 1977, *JCP G* 1977, D. 1978.

³⁸⁹ La Haute juridiction considère que l'intérêt de cette autorisation est une question de fait (Cass. Civ. 2^e, 25 mai 1994, *Bull. civ. II*, n°135).

³⁹⁰ Pour des exemples d'autorisation accordée par le juge V. Cass. Civ. 1^{re}, 16 novembre 1978, n° 77-13570, *bull. civ.*, n° 235 ; Cass. Civ. 1^{re}, 26 mars 1980, D. 1980, IR 438, obs. A. BENABENT. *RTD civ.* 1981, p.619, obs. NERSON et RUBBELLIN-DEVICHI. Pour un exemple de refus. Cass. Civ. 2^e, 25 mai 1994, n° 93-10873, *Bull. civ. II*, n° 135.

490. L'autorisation de conserver l'usage du nom peut être donnée directement par le conjoint lui-même. Cependant, ce dernier est toujours susceptible de retirer cette autorisation.

491. Antérieurement à la réforme du divorce opérée par la loi du 26 mai 2004, dans le cadre du divorce dit pour rupture de la vie commune, l'épouse avait la possibilité, de plein droit, de conserver l'usage du nom marital. Autrement dit, aucune autorisation du juge ou de l'époux n'était nécessaire. Avec la réforme du divorce, ce type de divorce n'existant plus, cette possibilité a, elle aussi, disparu par la force des choses.

492. On observera cependant que, sans remettre en cause le principe posé, le nouveau texte en inverse l'énoncé : au lieu de dire « *chacun des époux perd l'usage du nom de son nom* », le nouvel article 264 du Code civil dispose que « *chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint* ». Cette rédaction est juridiquement plus exacte puisque le mariage n'a pas pour conséquence de faire perdre aux époux l'usage de leur nom de naissance. Mais elle a aussi pour conséquence de donner une assise législative aux coutumes ci-dessus décrites, non seulement à celle très généralisée qui confère à la femme la possibilité de n'utiliser que le seul nom de son mari, mais aussi à celle, beaucoup moins répandue, qui consiste pour le mari à ajouter à son nom de naissance le nom de son épouse.

493. L'article 264 Code civil, tel qu'il avait été rédigé par la loi du 11 juillet 1975, prévoyait au profit de la femme, trois exceptions au principe selon lequel, après le divorce, les époux reprenaient l'usage de leur nom. La femme était en droit de continuer à porter le nom de son mari lorsque le divorce avait été prononcé, à la demande de celui-ci, pour rupture de la vie commune. Dans les autres cas, elle pouvait conserver l'usage de ce nom, soit avec l'accord du mari, soit avec l'autorisation du juge.

494. La loi du 26 mai 2004 a d'abord supprimé l'exception prévue auparavant par la loi en cas de divorce pour rupture de la vie commune.

495. La loi a ensuite bilatéralisé les deux autres exceptions qu'elle a conservées. Ainsi le mari, même divorcé, va pouvoir conserver l'usage du nom de son épouse lorsqu'il l'avait ajouté au sien. La solution a été justifiée par le souci de respecter le

principe d'égalité entre les sexes³⁹¹. Cette considération abstraite et théorique ne recouvre actuellement aucune réalité sociologique. Elle pourrait cependant présenter un intérêt compte tenu des réformes apportées au droit du nom, par les lois du 4 mars 2002 et 18 juin 2003. En application de l'article 311-21 du Code civil, l'enfant pourra en effet, à la demande des père et mère, porter leurs deux noms accolés.

496. La conservation par le mari divorcé du nom de son épouse ajouté à son nom de naissance pourrait ainsi lui permettre de continuer à porter le même nom que ses enfants, ce qui pourrait apparaître souhaitable au conjoint divorcé lorsque les enfants demeurent avec lui. Il nous semble cependant que, tout au moins dans un avenir proche, le jeu de l'une des deux exceptions au profit du mari devrait être très exceptionnel.

497. La conservation du nom d'usage avec l'accord du conjoint était déjà prévue au profit de la seule épouse, par l'ancien article 264 du Code civil. On doit en déduire que les règles qui avaient été dégagées, tant par la doctrine que par la jurisprudence, à propos de l'ancien texte, sont maintenues. Il convient dès lors d'admettre que la convention des époux quant à l'usage du nom doit être considérée comme liant ceux qui l'ont conclue. Toutefois, l'accord passé par les conjoints n'a pas autant de force qu'une convention ordinaire. Parce qu'il porte sur un attribut de la personne, il pourrait être révoqué par l'un des époux si l'autre faisait un usage abusif ou préjudiciable du nom ou même, selon certains auteurs³⁹², si celui qui a donné l'autorisation peut faire valoir un intérêt légitime et n'agit pas par pur caprice. Conformément aux principes qui régissent le droit de la preuve, c'est à celui qui veut révoquer l'autorisation qu'il a donnée, d'établir l'usage abusif qui en est fait.

498. Bien entendu, l'accord des époux peut, comme toute convention, préciser les modalités dont sera assorti l'usage du nom. Il est ainsi possible de limiter cet usage dans le temps, par exemple jusqu'à la majorité des enfants ou de préciser qu'il ne pourra être fait usage du nom que dans la vie professionnelle³⁹³. Il peut cependant être difficile de faire la distinction entre la vie professionnelle et la vie privée, de sorte que les

³⁹¹ Rapport n°120 de M. P. GELARD au Sénat, p.97 ; Rapport n° 1513 de M. P. DELNATTE à l'Assemblée Nationale, p. 78.

³⁹² Cass. civ. 2^e, 4 juin 1986, *Bull. civ.*, II, n° 86, p. 59.

³⁹³ Paris, 31 octobre 1989, D. 1990, somm. 115, obs. A. BÉNABENT : cet arrêt a refusé d'assimiler la vie politique à la vie professionnelle.

clauses limitant l'usage du nom de l'ancien conjoint au seul domaine professionnelle sont souvent source de contentieux³⁹⁴.

499. Il convient encore de relever que, comme tout contrat, l'accord des époux quant à l'usage du nom du conjoint dont on a divorcé, est susceptible d'interprétation³⁹⁵. En cas de divorce par consentement mutuel, c'est tout naturellement dans la convention de divorce que sera réglé l'usage du nom. Dans les autres cas de divorce, un accord sur le nom peut parfaitement intervenir au cours de l'instance³⁹⁶. Mais rien ne s'opposerait non plus, quelle que soit la cause du divorce, à ce que l'accord des époux intervienne ou soit modifié postérieurement à la dissolution du mariage.

500. De ce qui précède, nous pouvons dire que le droit français accorde les mêmes droits aux deux époux de manière égalitaire. Suite au divorce, l'ex-épouse, tout comme l'homme, peut se remarier sans condition liée à un délai. De même, chaque époux peut conserver l'usage du nom de son conjoint, à condition de respecter les exigences de l'article 264 du Code civil, et ce, sans discrimination fondée sur le sexe.

501. Les effets patrimoniaux produits par le divorce à l'égard des époux sont les mêmes, tant pour la femme que pour l'homme. Soucieux de maintenir l'égalité, le législateur français a introduit des règles qui traitent de la même manière les ex-époux suite au divorce.

Section II. L'égalité quant aux effets patrimoniaux

502. La rupture du lien conjugal entraîne inévitablement des conséquences patrimoniales. On peut classer ces effets patrimoniaux en deux catégories. D'une part, le mariage crée un état matrimonial qui soumet les époux à des obligations réciproques et

³⁹⁴ C. A. Paris 4 mars 2004, Gaz. Pal. 2004, 1, 1214, note J. MASSIP.

³⁹⁵ L'interprétation de la convention des époux relative au nom relève de l'appréciation souveraine des juges au fond, la Cour de cassation ne sanctionnant que la dénaturation des clauses claires et précises : Paris, 4 mars 2004.

³⁹⁶ Pourtant, rien ne s'opposerait non plus, quelle que soit la cause du divorce, à ce que l'accord des époux intervienne- ou soit modifié- postérieurement à la dissolution du mariage : J. MASSIP, Le nouveau droit du divorce, *op. cit.*, p. 135.

impératives³⁹⁷. En revanche, les époux peuvent librement choisir le régime matrimonial qui les unira. Au moment du divorce, il faut donc organiser les conséquences de la liquidation de ces deux régimes. La liquidation du régime matrimonial a alors pour objet de régler les intérêts pécuniaires des époux³⁹⁸.

503. Il en est ainsi de l'attribution de dommages et intérêts à l'un des époux, qui doit être distinguée de la prestation compensatoire qui permet, quant à elle, d'éviter les conséquences parfois dramatiques de la disparition du devoir de secours et de la contribution aux charges du mariage³⁹⁹.

504. Sur tous ces points, la loi ne laissait guère aux époux la faculté de régler eux-mêmes leur divorce. Désormais la situation a radicalement changé. La priorité est, notamment avec la loi du 26 mai 2004, d'apaiser les relations des époux en favorisant le règlement consensuel des conséquences patrimoniales et de faire en sorte que ce règlement soit, autant que possible, achevé lors du prononcé du divorce.

Ceci posé, il convient donc d'analyser dans une première phase, la liquidation du patrimoine des époux (§1), et d'examiner, dans une seconde, le versement de somme(s) d'argent à l'un des époux, postérieurement à la dissolution du mariage (§2).

§1. La liquidation du patrimoine des époux

505. Outre la liquidation du régime matrimonial des époux (A), liquider le passé consiste aussi à décider du sort des donations et avantages matrimoniaux (B) et déterminer le sort du logement familial (C).

³⁹⁷ « *Quelle que soit la forme de vie en couple, les conséquences de la séparation sont tempérées par un minimum de solidarité, mais ses modalités et ses finalités ont changé : elle n'est plus le prolongement d'une obligation juridique et morale qui lierait le couple au-delà de la rupture ; elle manifeste plutôt le souci d'assurer un minimum d'équité lors de la rupture* » : H. FULCHIRON, Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ? Recueil Dalloz, 2009, p. 1703.

³⁹⁸ « *Il rétroagit quant à la liquidation des effets pécuniaires entre époux et, ses effets sont au contraire repoussés à l'égard des tiers au jour où la publicité du jugement a été opérée* » : J. MASSIP, Le nouveau droit du divorce, *op. cit.*, p. 121.

³⁹⁹ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 139.

A- La liquidation du régime matrimonial

506. En principe, le divorce en même temps qu'il opère la dissolution du lien conjugal dissout aussi le régime matrimonial en tant que communauté d'intérêts ayant existé entre les époux durant la vie commune. C'est pourquoi cette liquidation doit être organisée et suivie, pour le régime de communauté, d'un partage des biens communs.

507. La confusion des intérêts pécuniaires peut être telle que le législateur a estimé qu'il convient de tout faire pour régler au mieux et au plus vite cette liquidation⁴⁰⁰. Pour satisfaire ce double objectif, non seulement la préférence a été donnée aux conventions entre époux, mais les pouvoirs des juges ont été aussi augmentés, et la durée des opérations de liquidation a été rigoureusement encadrée.

508. Ainsi la loi tente par différents moyens d'inciter les époux à régler à l'amiable leurs intérêts financiers. D'abord, la possibilité d'un règlement amiable avant le prononcé du divorce figure à l'article 265-2 du Code civil. Il faut, dans ce cas, que la convention soit passée avant l'introduction de l'instance, en la forme authentique si elle porte sur des biens soumis à publicité foncière.

509. En cas de divorce par consentement mutuel, les modalités de liquidation résultent de la convention réglant les effets du divorce⁴⁰¹.

510. Cependant, dans les autres cas de divorce, les conventions amiables organisant la liquidation et le partage du régime matrimonial sont aussi permises et même encouragées durant l'instance de divorce⁴⁰². Ce n'est qu'à défaut d'un règlement

⁴⁰⁰ Interdites avant la loi du 11 juillet 1975 au prétexte qu'elles pourraient favoriser le divorce, les conventions amiables organisant la liquidation et le partage du régime matrimonial sont permises et même encouragées durant l'instance en divorce (A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille*, op. cit., p. 244).

⁴⁰¹ « Il est traditionnellement admis que les époux disposent en la matière d'une grande liberté : non seulement ils ne sont pas tenus de suivre les règles de leur régime matrimonial, mais encore il leur est loisible de renoncer à tel ou tel de leurs droits » : J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2001, p. 451.

⁴⁰² F. GRANET et P. HILT, op. cit., p. 80 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2001, p. 468 ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, op. cit., p. 315.

conventionnel des époux que le juge devra intervenir pour ordonner la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux (art. 267, al. 1^{re} C. civ.).

511. Il peut désormais également statuer, en sus, sur les demandes de maintien en indivision ou d'attributions préférentielles, ou accorder à chacun des époux une avance sur sa part de communauté ou de biens indivis (art. 267, al. 2 et al. 3 C. civ.). La compétence du juge a ainsi été élargie par la loi du 26 mai 2004.

512. Quel que soit le régime matrimonial, les conventions entre époux visent à liquider leur patrimoine en amont.

513. Au plan de la liquidation du régime matrimonial, le droit français ne contient pas de dispositions déséquilibrant les rapports patrimoniaux entre époux. De manière égalitaire, chaque époux procède à la liquidation du régime matrimonial.

En outre, le législateur a consacré des dispositions particulières quant au sort des donations entre époux et avantages matrimoniaux, lors du prononcé d'un divorce.

B- Le sort des donations et avantages matrimoniaux

514. Il n'est pas rare que les époux se consentent des donations ou avantages matrimoniaux. Ceux - ci se définissent comme les avantages qui résultent pour l'un ou l'autre époux d'un aménagement du régime matrimonial. Le régime légal fondé sur l'égalité des époux n'est pas source en lui-même de tels avantages. Ils peuvent apparaître lorsque les époux ont introduit une clause modificative du régime légal ou ont choisi un autre régime matrimonial par contrat de mariage. Jusqu'à la loi du 26 mai 2004, le Code civil faisait dépendre le sort de ces donations et avantages des torts de chaque époux dans le divorce.

515. Dans le but de pacification, cette loi a complètement modifié le sort des donations et avantages matrimoniaux en cas de divorce⁴⁰³.

⁴⁰³ F. SAUVAGE, « *Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux* » Defrénois 2004, p. 1425 ; S. SIEDELIÈVRE, « *L'aménagements de libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004* », D. 2004, p. 2512 ; S. VALORY « *Les mesures postérieures à la*

516. Pour les donations de biens présents, l'article 265 du Code civil dispose que le divorce est sans incidence. La cour de cassation a décidé que cette règle est d'ordre public⁴⁰⁴. En principe, les donations sont irrévocables (art. 894 C. civ.). Cependant, ce principe supportait une exception importante : les donations entre époux étaient librement irrévocables (art. 1096 al. 2 C. civ.). En cas de divorce, un époux qui regrette son geste de générosité, n'a donc aucun moyen de revenir en arrière.

517. Pour les avantages matrimoniaux, l'article 265 du Code civil instaure une distinction entre ceux qui prennent effet au cours du mariage et ceux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du mariage. Les premiers sont maintenus, tandis que les seconds sont révoqués de plein droit.

La question du logement familial fait l'objet d'une protection juridique spécifique⁴⁰⁵, initiée par différentes interventions législatives.

C- Le sort du logement de famille

518. La loi s'est à plusieurs reprises préoccupée de préserver le logement de celui des époux qui apparaît comme subissant les conséquences du divorce ou de celui auquel les enfants ont été confiés.

519. À l'issue d'un divorce, il peut s'avérer extrêmement difficile pour l'un des époux de se reloger, pour des raisons pécuniaires. C'est pourquoi le législateur a prévu des dispositions qui permettent au juge de maintenir l'époux en difficulté dans le logement de la famille. Plusieurs cas de figure sont envisagés.

520. D'abord, le logement de la famille peut avoir été assuré par un bail. Les deux époux en sont alors co-titulaires (art. 1751 Code civ.) et le juge peut décider de

réforme 2004 sur les donations entre époux et les avantages matrimoniaux », Dr. Patr., 2007 n° 164, p. 62.

⁴⁰⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 14 mars 2012, p. 812, obs. J. MARROCHELLA ; AJ. fam. 2012, p. 223, obs. S DAVID ; RTD civ. 2012, p. 357, obs. M. GRIMALDI ; JCP-G, 2012, §1, obs. MEKKI ; 607, obs. C. BRENNER.

⁴⁰⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 252.

l'attribuer à l'un ou à l'autre, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause.

521. Ensuite, le logement de la famille peut avoir été acquis par les époux en communauté de biens ou être un bien indivis des époux dans le cadre d'une séparation de biens. Dans ce cas, aux termes des dispositions de l'article 813-2 du Code civil, l'un des époux peut en demander l'attribution préférentielle lors du partage des biens. Si le bien attribué a une valeur supérieure à sa part, il devra verser une soulte à son conjoint.

522. Enfin, le logement peut appartenir en propre à l'un des époux. Selon l'article 285-1, le juge peut le concéder à bail à son conjoint. Pour en bénéficier, le conjoint doit avoir l'exercice de l'autorité parentale et les enfants doivent résider habituellement dans ce logement⁴⁰⁶.

523. De ces règles légales, il ressort que l'attribution du logement familial est faite sans distinction fondée sur le sexe même si, en pratique, c'est souvent la femme qui conserve le logement familial pour des raisons sociales et familiales.

524. Outre le règlement du patrimoine des ex-époux, le législateur a prévu une réparation particulière, par l'octroi de dommages et intérêts à l'un des époux exposant avoir subi un préjudice, en prouvant celui-ci, une faute de la part de l'autre époux, et un lien de causalité.

§ 2. Le versement de sommes d'argent postérieurement au prononcé du divorce

La demande d'une prestation compensatoire sert à compenser la disparité que le divorce a créé dans les conditions de vie respectives des ex-conjoints (A). L'octroi de dommages et intérêts consiste à réparer un ou des préjudices (B).

⁴⁰⁶ V. BONNET, *Droit de la famille*, 4^e éd. Larcier 2014, p. 227.

A- La prestation compensatoire

525. Suite à la dissolution du mariage, les obligations d'assistance et de secours entre conjoints disparaissent. La prestation compensatoire compense alors la disparité du train de vie de l'époux la demandant.

526. La prestation compensatoire est destinée « à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives » (art. 270, C. Civ.). Sa raison d'être est d'atténuer la disparité que le divorce a pu provoquer⁴⁰⁷. Elle remplace le devoir de secours auquel le mariage a mis fin et essaie de maintenir les anciens époux dans les conditions matérielles qu'ils avaient avant le divorce. Du moins tente-t-on d'atténuer la chute de niveau de vie qu'entraîne très souvent le divorce, notamment pour la femme. Elle se substitue à l'ancienne pension alimentaire, avec laquelle le législateur a voulu, sans toutefois y parvenir complètement, établir deux différences. D'une part, elle est accordée sans distinction entre l'époux coupable et l'époux innocent. D'autre part, elle est forfaitaire et versée, si possible, une fois pour toutes et sous forme d'un capital. Elle tend à éviter les relations difficiles qu'ont les anciens époux après le divorce.

527. L'ancienne pension alimentaire avait une double nature, indemnitaire et alimentaire⁴⁰⁸. Le législateur a voulu donner à la prestation compensatoire une nature différente : compensatoire, comme le dit son nom, indépendantes des fautes et des besoins. Elle continue, cependant, à avoir des caractères indemnitaire et alimentaire.

528. Elle a conservé le caractère indemnitaire. Ainsi, elle était refusée au conjoint qui avait tous les torts (art. 281-1 al. 1 C. civ. anc.) ; en principe seulement, car la loi conférait au juge un pouvoir (art. 281-1 al. 2 C. civ. anc.) lui permettant d'accorder au demandeur, une indemnité compensatoire, nouvelle expression de son pouvoir modérateur. La loi du 26 mai 2004 a inversé la règle.

⁴⁰⁷ Les juges du fond doivent constater la disparité quand ils condamnent un époux à une prestation compensatoire, ex : Cass. Civ. 1^{re}, 12 juillet 1984, *Bull. civ. II*, n° 133 ; la cour d'appel avait dit que la rente allouée à la femme à titre de prestation compensatoire prendrait fin au jour de la vente de l'appartement commun, car « la réalisation de cet immeuble était propre à supprimer l'actuelle disparité pesant sur Mme M. » ; la Cour de cassation affirme que : « Le produit de la vente de l'immeuble commun devait être reparti pour moitié entre les époux ».

⁴⁰⁸ A. SÉRIAUX, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *RTD civ.* 1997, p. 53.

529. La prestation compensatoire a aussi un caractère alimentaire⁴⁰⁹, car son étendue dépend des besoins du créancier et des ressources du débiteur. Elle est donc insaisissable⁴¹⁰ et n'est pas susceptible de compensation, ce qui était également vrai de l'ancienne pension alimentaire.

530. En principe, le droit à une prestation compensatoire existe dès lors qu'est caractérisée la disparité dans les conditions de vie, telle que visée à l'article 270 alinéa 2 du Code civil. Toutefois, il est loisible à l'époux potentiellement créancier d'y renoncer tacitement ou expressément, dans la convention soumise à l'homologation du juge ou dans ses conclusions. De même, il est admis que les ex-époux peuvent renoncer en tout ou partie aux effets d'une prestation judiciairement fixée⁴¹¹. De façon générale, la du 26 mai 2004 a considérablement accru la liberté des époux en leur permettant de régler dans les conventions soumises à homologation le principe, le montant et les modalités de la prestation, échappant ainsi aux contraintes que la loi imposait au juge⁴¹². La prestation compensatoire, à la différence des pensions alimentaires, n'est pas indisponible. Le juge pourrait seulement refuser d'homologuer la convention s'il estime que les intérêts des époux ne sont pas préservés. Il ne peut y avoir de prestation compensatoire que si une partie l'a demandée, le juge n'est pas tenu de la suggérer aux époux⁴¹³.

⁴⁰⁹ Cass. soc., 25 novembre 1993, *Bull. civ.* n° 289 ; D. 1996, somm. 67, obs. E. Blary-Clément : le Code de la sécurité sociale prévoit que le conjoint divorcé n'a droit à une rente viagère au cas du décès de son ex-époux que s'il avait obtenu une « *pension alimentaire* ». Or la Cour d'appel s'est prononcée sur la demande de Mme X. au motif « *qu'il résulte de la jurisprudence... que la prestation compensatoire a un caractère mixte, indemnitaire et alimentaire* » ; en l'espèce, cette femme avait obtenu une prestation compensatoire sous forme d'une rente. Cassation.

⁴¹⁰ Cass. Civ. 2^e, 27 juin 1985, *Bull. civ. II*, n° 131 ; D. 1989, p. 230, obs. BÉNABENT : « *après avoir exactement relevé que la prestation compensatoire présentait un caractère indemnitaire, c'est à bon droit que, faisant application de l'article 2092-2-2°, à la rente allouée à Mme B. à titre de prestation compensatoire, l'arrêt l'a déclaré insaisissable et prononcé la nullité de la saisie* ».

⁴¹¹ Cass. Civ. 1^{re}, 8 février 2005, *Bull. civ. I*, n° 62 ; *Defrénois* 2005 art.1841, n° 1841, note J. MASSIP. En revanche, précise l'arrêt, ils ne peuvent transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire hors de toute instance en divorce.

⁴¹² J. HAUSER et Ph. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « *volonté et ordre public : un divorce entré dans le champ contractuel ?* », *Defrénois* 2005, n°15.

⁴¹³ Cass. Civ. 1^{re}, 23 janvier 2008, *Bull. civ. I*, n° 18 ; Dr. fam. 2008. p. 40, n. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *Defrénois* 2008 art. 1110, obs. J. MASSIP : « *en l'absence de demande par l'une des parties du versement d'une pension alimentaire ou d'une contribution aux charges du mariage, la Cour d'appel peut prononcer le divorce des époux sans les avoir invités à expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire* ».

531. Pour en déterminer l'étendue, le juge ne doit pas seulement s'attacher aux besoins et aux ressources actuelles⁴¹⁴ des parties, mais aussi prévoir ce qui se passera dans un futur prévisible en tenant compte de leur situation au moment du divorce (art. 271, al. 1, C. civ.). Affinant les éléments dont le juge doit tenir compte pour procéder à cette anticipation raisonnable, les législateurs de 2000 et de 2004 ont précisé que le juge prend en considération, notamment, la durée du mariage⁴¹⁵, l'âge et l'état de santé des époux ; leur qualification et leur situation professionnelles⁴¹⁶, les conséquences résultant des choix professionnels fait par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants (ainsi que le temps qu'il faudra encore y consacrer) ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne⁴¹⁷, le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenus⁴¹⁸ après la liquidation du régime matrimonial⁴¹⁹ ; leurs droits existants et prévisibles et leur situation respective en matière de pension de retraite. Aujourd'hui comme hier, cette énumération n'est nullement limitative⁴²⁰. Il faut savoir si les ressources probables qu'aura un conjoint créancier après le divorce seront dans un avenir prévisible équilibrées avec celles du conjoint débiteur.

532. L'évaluation de la prestation compensatoire est d'autant plus délicate que le juge ne dispose souvent que de renseignements partiels. Pour faciliter sa tâche, le législateur de 2000 a exigé des parties qu'elles fournissent « *une déclaration certifiant*

⁴¹⁴ La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, a précisé, à l'article 272, alinéa 2, que « dans la détermination des besoins et des ressources, le juge ne prend pas en considération les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap ». En revanche, a précisé la cour de cassation (Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2009, *JCPG* 2009, 451, obs. A ; DEVERS ; *Dr. fam.* 2009, 151, n. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *RTD civ.* 2010, p. 91, obs. J. HAUSER), il peut prendre en considération l'allocation aux adultes handicapés, cette allocation, à la différence de la prestation de compensation, étant destinée à garantir un minimum de revenus à l'allocation de non à compenser son handicap ».

⁴¹⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 16 avril 2008, n° 07-17652, D. 2008, p.1271, obs. V. AVENA-ROBARDET, *Dr. fam.* 2008, 83, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE, *RTD civ.* 2008, p. 463, obs. J. HAUSER.

⁴¹⁶ La référence au marché du travail, opportunément introduite en 2000, a disparu en 2004 au motif qu'elle serait « *intitule* » rapp. DELNATTE p. 84.

⁴¹⁷ Mais la paresse ne paye pas. Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2007, *RJPF* 07-6/21, obs. TH. GARÉ ; *RTD civ.* 2007, p. 553, obs. J. HAUSER ; refus de la prestation proclamée par le mari, au motif que s'il se trouvait dans le besoin, c'était qu'il avait peu travaillé pendant sa vie professionnelle.

⁴¹⁸ De façon plus contestable, la cour de cassation, dispense les juges du fond d'une analyse approfondie de la situation des époux après liquidation du régime matrimonial (Cass. civ. 1^{re}, 1 juillet 2009, *Dr. fam.*, 125, n. V. LARRIBAU-TERNEYER ; *RTD civ.* 2010, obs. J. HAUSER).

⁴¹⁹ Cass. Civ. 2^e, 14 janvier 1998, *Bull. civ.* II, n° 12 ; *RTD civ.* 1999, 172, obs. B. VAREILLE.

⁴²⁰ Cass. Civ 2^e, 1^{re} avril 1987, *Bull. civ.* II, n°77.

sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie » (art. 272 C. civ.).

533. Si elle a pour objectif de compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans des conditions de vie respectives des époux, il est tout à fait logique que son attribution ne soit pas liée au sexe de la personne qui la demande. Le Code civil n'a pas fait de distinction entre l'homme de la femme : les deux peuvent solliciter une prestation compensatoire dès lors que les conditions fixées par la loi sont satisfaites⁴²¹.

534. Une prestation compensatoire est envisageable dans toutes les procédures de divorce. Elle peut être versée au bénéfice de celui qui engage la procédure comme de celui qui la subit, et au bénéfice de l'épouse comme du mari.

535. Il faut qu'il existe une disparité dans les conditions de vie respectives des époux, pour qu'une prestation puisse être soit ordonnée. La disparité dans les conditions de vie s'apprécie à la date à laquelle la décision du divorce est devenue irrévocable. Lorsque l'appel ne porte que sur les conséquences financières du divorce, le principe du divorce est définitivement acquis dès la première instance. C'est donc à cette date que la disparité dans les conditions de vie doit s'apprécier⁴²².

Le versement d'une prestation compensatoire est une des causes de versement de sommes d'argent postérieurement à la dissolution du mariage, lorsque que les époux ne sont plus liés par les liens du mariage.

L'octroi de dommages et intérêts vise également à verser une somme d'argent postérieurement au divorce à l'un des époux, pour la réparation de préjudice(s) subi(s).

⁴²¹ Cass. Civ. 1^{re}, 24 mai 2007, Bulletin 2007, I, n 209 : « *Le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait. Viole l'article 1315 du Code civil, la Cour d'appel qui, pour allouer une prestation compensatoire, se fonde sur des allégations de l'épouse qui n'ont pas été contredites par l'époux* ».

⁴²² Cass. Civ. 1^{re}, 31 mars 2010, D. 2010, p. 2392 : « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation et sans violer l'article 1 du protocole additionnel n° 1 de la CEDH, qu'une cour d'appel retient que la rupture du mariage créera dans les conditions de vie respectives des époux, une disparité au détriment de l'épouse justifiant de lui allouer une prestation compensatoire par l'attribution en pleine propriété du bien immobilier constituant le domicile conjugal, en partie composé par un propre appartenait au mari* ».

B- L'octroi de dommages et intérêts : la réparation de préjudice(s)

536. Le législateur a prévu la réparation du préjudice subi du fait du divorce (1) et la réparation d'autres préjudices que ceux nés de la rupture lorsqu'ils ont pour origine la faute d'un époux (2).

1. La réparation du préjudice subi du fait du divorce

537. La loi du 11 juillet 1975 a réglementé la réparation des préjudices nés de la rupture dans l'article 266 du Code civil, et le législateur de 2004, tout en conservant le principe d'une telle réparation⁴²³, s'est aussi efforcé de le concilier avec la nouvelle règle qui vise à dissocier les conséquences du divorce de l'attribution des torts.

538. À ce propos, aux termes de l'article 266 du Code civil français « *sans préjudice de l'application de l'article 270 du Code civil, les dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait du divorce* ». L'objectif de la loi est clairement énoncé. Elle vise d'abord à permettre au conjoint d'obtenir la réparation du préjudice résultant du divorce. Ensuite, le code confirme que la prestation compensatoire et l'octroi de dommages et intérêts de l'article 266 du Code civil sont cumulables. Enfin, il s'agit d'une mesure exceptionnelle, car même en cas de divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, les dommages et intérêts prévus par l'article 266 du Code civil ne peuvent être attribués que dans les circonstances exceptionnelles.

539. S'agissant de l'application de l'article 266 du Code civil, deux nouveautés mises en œuvre par la loi du 26 mai 2004 peuvent être relevées. En premier lieu, et relativement à son domaine d'application, le conjoint de l'époux fautif n'est plus le seul à pouvoir bénéficier de cette disposition⁴²⁴. Le législateur a attribué également ce droit à

⁴²³ La Cour de cassation a admis l'application de l'article 266 du Code civil en cas de la séparation de corps aux torts exclusifs (Cass. Civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, n° 04-12755) ; Dans le cas du divorce aux torts partagés, la réciprocité des fautes entre deux époux efface l'idée de sanction que le divorce est un échec : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 297.

⁴²⁴ L'article 266 du Code civil ne fournit aucune autre directive, mais la Cour de cassation a précisé pour la première fois ce critère (Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2009, n° 08-17.825, Bull. civ. I, n° 145 ; D. 2009. AJ

l'époux défendeur dans un divorce pour altération définitive du lien conjugal, dès lors qu'il n'a formé aucune demande en divorce⁴²⁵. Cette mesure est justifiée par le fait que ce conjoint ne peut plus désormais invoquer la clause d'exceptionnelle de dureté et bénéficier du maintien du devoir de secours.

540. La seconde nouveauté a trait au préjudice réparable⁴²⁶. Pour que ces dommages et intérêts soient accordés, il faut qu'il y ait un préjudice résultant de la rupture du mariage, mais distinct de celui de la prestation compensatoire⁴²⁷. Par ailleurs, les dommages et intérêts de l'article 266 du Code civil peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage.

541. Cette dernière affirmation suscite trois observations. D'abord, pour accorder des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 266 du Code civil, les juges du fond doivent rechercher en quoi le préjudice indemnisé résulte de la rupture du lien conjugal⁴²⁸.

1897, obs. C. LE DOUARON ; AJ fam. 2009. 347, obs. S. DAVID ; RTD civ. 2009. 705, obs. J. Hauser ; RJPf 2009-11/25, obs. T. GARE ; Dr. fam. 2009. Comma. 103, note V. LARRIBAU- TERNEYRE ; RLDC 2009/64, n° 3583, obs. E. POULIQUEN ; adde D. PIWANICA, Les dommages et intérêts de l'article 266 du code civil dans la loi du 26 mai 2004, JCP n° 45, 2009. 407) ; P. COURBE, Droit de la famille, op. cit., p. 222.

⁴²⁵ En pratique, ce sont essentiellement des préjudices moraux qui sont réparés (pour des violences répétées contre une épouse) : Paris, 14 janv. 2009, Dr. fam. 2009. Comm. 54 (1re esp), note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

⁴²⁶ L'attribution de dommages-intérêts, sur le fondement de l'article 266 du Code civil, peut encore aujourd'hui être justifiée par les convictions religieuses d'un conjoint (N. NEFUSSY-VENTA, Convictions religieuses et ruptures familiales, AJ Famille 2011 p. 39) ; Dans l'espèce soumise à la Cour d'appel de Bordeaux du 24 novembre 2009, le jugement de divorce, prononcé aux torts exclusifs du mari coupable d'adultère, avait attribué à l'épouse la somme de 4000 € à titre de dommages-intérêts pour le préjudice moral occasionné par la dissolution de l'union, en raison de ses convictions religieuses. En effet, le mari, catholique, et la femme, protestante, avaient établi une profession de foi manuscrite lors de leurs engagements dans une église. Tout en reconnaissant que ce document est sans portée en droit français, la Cour d'appel de Bordeaux a considéré qu'il atteste néanmoins du sérieux de l'engagement matrimonial et de la fermeté des époux à s'engager dans une union stable et durable, ce qui rend sa fin particulièrement douloureuse dans un contexte de tromperie et justifie l'attribution de dommages et intérêts à l'épouse (Bordeaux 24 novembre 2009, RG n° 08/07378, Dr. fam. février 2010, n° 19, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE).

⁴²⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 14 décembre 2004, Bull. civ. I, n° 1866 ; JCP éd. G 2005, IV, n° 1214 ; Cass. Civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, JCP G 2005, IV, n° 2967 ; Dr. fam. 2005, n° 212, obs. V. LARRIBAU- TERNEYRE ; Cass. Civ. 1^{re}, 9 janvier 2007 ; Dr. fam. 2007, n° 37, note V. LARRIBAU- TERNEYRE ; AJ fam. 2007, p. 272, note S. DAVID ; RTD civ. 2007, p. 321, note J. HAUSER.

⁴²⁸ Le conjoint souffre particulièrement de la déconsidération qui s'attache à la situation de divorce (Cass. Civ. 1^{re}, 5 mai 1976, D. 1976. IR. 226) ; Le conjoint est gravement affligé par l'épreuve de la rupture (Cass. Civ. 2^e, 5 juin 1984, Bull. civ. II, n° 106 ; 27 janvier 2000, Bull. civ. II, n° 17 ; Cass. Civ. 1^{re} 14 février et 28 mars 2006, D. 2007.616, obs. G. SERRA).

542. Ensuite, le préjudice né de la rupture n'est pris en compte que s'il présente un caractère de gravité exceptionnelle⁴²⁹. La réparation prévue ne peut concerner que des « *conséquences d'une particulière gravité* » dont un époux serait victime à la suite de la rupture du mariage⁴³⁰.

543. Enfin, s'il s'agit d'un préjudice matériel, c'est pourquoi le préjudice le plus souvent invoqué est d'ordre moral⁴³¹. Il peut s'agir du désarroi lié à une vie solitaire⁴³² ou encore la souffrance qu'a causée la rupture, et la réprobation qui s'attache parfois encore à l'état de divorcé. Dans tous les cas, la notion de préjudice d'une particulière gravité, peu explicite dans la loi du 26 mai 2004, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond⁴³³.

544. Ces dommages et intérêts ne peuvent être demandés que lors de l'action en divorce⁴³⁴. Une fois de plus, l'objectif du législateur français a été la concentration des effets, afin d'éviter les conflits de l'après-divorce.

⁴²⁹ La notion des conséquences d'une particulière gravité est ainsi peu explicite dans la loi du 26 mai 2004, de sorte que cette gravité dépendra de l'appréciation des juges du fond : P. COURBE, *Droit de la famille*, op. cit., p. 223.

⁴³⁰ Lorsque l'épouse se trouvait isolée dans un pays étranger (Paris, 20 février 2008, Dr. fam. 2008 n° 55, obs. V. LARRIBAU- TERNEYRE ; Par contre, il n'était pas présumé comme la gravité de la faute mais celle de préjudice en cas d'abandon après 39 ans de mariage (Cass. Civ. 1^{re}, 1er juillet 2009, n° 08- 17825 ; D. 2009.1897 obs. C. LE DOUARON ; AJ fam. 2009. 347, obs. David; J. HAUSER, Les dommages-intérêts nouveaux sont arrivés !, RTD Civ. 2009, p. 705) ou de la conjugaison de violences et d'adultère (Cass. Civ. 1^{re}, 14 octobre 2009, n° 08-20037).

⁴³¹ Bordeaux 24 novembre 2009, RG n° 08/07378, Dr. fam. février 2010, n° 19, obs. V. LARRIBAU- TERNEYRE.

⁴³² Cass. Civ. 1^{re}, 5 mai 1976, D. 1976. IR. 226 ; Cass. Civ. 2^e, 5 juin 1984, Bull. civ. II, n° 106 ; 27 janvier 2000, Bull. civ. II, n° 17 ; Cass. Civ. 1^{re}, 14 février et 28 mars 2006, D. 2007.616, obs. G. SERRA.

⁴³³ Paris, 9 septembre 2010 : juris-data n° 2010-016323 relève que la rupture du lien conjugal aux torts exclusifs du mari a des conséquences d'une particulière gravité pour l'épouse vietnamienne qui se voit contrainte de rester en France après avoir abandonné tout ce qui l'attachait à son pays d'origine. La règle de droit au Vietnam ne lui permet pas de trouver la situation familiale et sociale qui était la sienne (professeur de langue) au sein d'une famille considérée ; La dissolution du mariage pour une épouse, gravement malade, atteinte d'une maladie évolutive et âgée de 66 ans qui ne peut plus désormais compter sur son époux pour l'assister dans sa vie quotidienne et qui doit recourir aux services de tiers (Paris, 9 septembre, 2010, n° 2010-016447).

⁴³⁴ La demande pour les dommages et intérêts ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce et non ultérieurement. Mais cette demande peut être formée seulement en cause d'appel (Cass. Civ. 2^e, 16 janvier 1980, Bull. civ. II, n° 10), à condition que le divorce ne soit pas définitivement acquis : Cass. Civ. 1^{re}, 25 avril 2007, D. 2008. Pan. 815, obs. G. SERRA et L. WILLIATTE-PELLETTERI ; RTD civ. 2007.552, obs., J. HAUSER.

2. La réparation du préjudice causé par la faute de l'époux

545. D'abord, s'agissant de la titularité de l'action, le droit désigne l'époux qui invoque un préjudice différent de celui qui résulte de la rupture du lien conjugal.

546. Concernant ensuite le fondement de l'action, il est acquis que la possibilité de réparer ce préjudice distinct de la rupture du mariage subsiste dans les conditions du droit commun de la responsabilité civile délictuelle, en application de l'article 1382 du Code civil⁴³⁵.

547. En effet, en pratique, l'époux innocent va agir pour obtenir réparation du préjudice subi à raison des fautes de son conjoint. Dès lors, devant le juge, les violences physiques, les humiliations, les injures, les infidélités, voire le refus de contribuer aux charges du mariage peuvent être à l'origine d'un préjudice matériel et / ou moral dont la réparation peut être demandée⁴³⁶.

548. Toutefois, il s'agit d'une action en responsabilité. Il est aussi admis que l'époux demandeur doit rapporter la preuve de la faute commise par son conjoint. De même, il convient de relever que la demande peut être formée non seulement à l'occasion de l'action en divorce mais aussi postérieurement au divorce.

Après avoir étudié la situation en droit français, nous verrons que le législateur libanais pourrait adopter la même approche que son homologue français concernant les effets patrimoniaux produits par le divorce. Qu'en est-il des effets extrapatrimoniaux produits à l'égard des époux ?

⁴³⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 11 janvier 2005, Bull. civ. I, n° 13 ; La possibilité d'obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil n'est pas remise en cause. Alors les dommages et intérêts prévus par l'article 1382 du Code civil réparent le préjudice résultant de toute autre circonstance : T. GARÉ, Quels sont les domaines d'application des articles 266 et 1382 du Code civil ?, art. préc., p. 18.

⁴³⁶ Paris, 30 avril 2003, RTD civ. 2003,486 obs. J. HAUSER ; Cass. Civ 1^{re}, 30 octobre 2006, Défrénois 2007, p. 302, obs. J. MASSIP.

CHAPITRE II

LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ÉPOUX EN DROIT LIBANAIS

549. Marqué par une forte influence de la conception traditionnelle et religieuse du mariage, le droit libanais, comme nous l'avons démontré précédemment, ne connaît pas d'égalité entre les époux dans la procédure de divorce. Cette situation concerne-t-elle également les effets du divorce ?

Pour répondre à cette question, nous allons, dans un premier temps, aborder les effets personnels produits par le divorce à l'égard des époux (Section I) et dans un second temps, nous verrons qu'en droit libanais, le principe d'égalité entre les époux est controversé quant aux effets patrimoniaux (Section II).

Section I. L'inégalité des époux quant aux effets personnels produits par le divorce

550. À l'issue d'une répudiation prononcée par le mari ou par le juge, les obligations nées du mariage disparaissent. Les devoirs de fidélité, de cohabitation et d'obéissance, imposés à la femme tout au long du mariage, vont disparaître. De même, la femme perd l'usage du nom de son conjoint qu'elle a porté au cours du mariage.

La suppression de la qualité d'époux et donc le retour au célibat, donnent aux époux le droit de se remarier. Toutefois, le Coran impose-t-il aux deux époux les mêmes règles pour pouvoir se remarier ? (§1).

En revanche, lors du mariage, le Coran impose au mari une obligation d'entretien envers sa femme. Quel est le sort de cette obligation lors de la dissolution du mariage ? (§2).

§ 1. La liberté de se remarier

551. L'inégalité constatée en droit libanais, sur le plan des effets personnels produits par le divorce, se traduit par la liberté de contracter plusieurs mariages (la polygamie) simultanément (A), ainsi que l'obligation faite à la femme d'attendre un certain moment avant qu'elle puisse se remarier (B).

A- Le droit de mariage attribué à l'homme

552. Dans la loi islamique, les règles témoignent d'une certaine inégalité entre les époux. Même avant le divorce, l'homme a le droit de contracter un nouveau mariage. Il a le droit de se marier avec quatre femmes simultanément. La femme ne possède pas ce droit. Elle n'a le droit de se remarier que dans le cas dans lequel le jugement de divorce est devenu définitif et après avoir respecté le délai de viduité. L'homme et la femme dans la loi musulmane libanaise ne sont pas égaux. D'ailleurs, l'homme a le droit de se remarier à n'importe quel moment, même avec sa maîtresse. Mais il n'a le droit de se marier avec sa belle-sœur, que dans l'hypothèse d'un divorce ou du décès de sa femme.

553. La monogamie est la forme originelle et essentielle du mariage car Dieu a voulu que la vie conjugale soit un mouvement humain vers l'établissement d'une relation équilibrée fondée sur le climat de l'amour et de la compassion. C'est ce que mentionne un verset coranique : « *elles sont un habillement pour vous et vous êtes un vêtement pour elles* »⁴³⁷.

554. La règle la plus idéale dans l'Islam est d'avoir une seule femme durant sa vie. Toutefois, la religion musulmane a permis aux seuls hommes de se remarier trois fois, dans des conditions très restreintes. Selon un verset coranique, « *si vous craignez d'être injustes pour les orphelins, épousez des femmes qui vous plaisent. Ayez-en deux,*

⁴³⁷ Coran sourate II *al bakara*, verset 187.

trois ou quatre. Mais si vous craignez d'être injustes, une seul ou bien des esclaves de peur d'être injustes »⁴³⁸.

L'étude approfondie du Coran et de la Sunna montre que l'Islam n'incite pas les musulmans à avoir plus d'une femme, sauf dans certains cas bien délimités.

555. L'Islam a permis à l'homme d'avoir plusieurs épouses dans le seul cas où ces dernières ne peuvent pas subvenir aux différents besoins de la vie conjugale, notamment pour des raisons de santé. Dans cette hypothèse, l'homme doit être parfaitement impartial envers toutes ses épouses, sur tous les plans, bien que cela soit souvent difficile, ce que révèle le verset suivant : *« vous ne pouvez jamais être juste envers vos femmes, même si vous le désirez ardemment »⁴³⁹*. Contrairement à ce que pensent beaucoup de personnes, l'Islam ne confère pas plus de droits à l'homme qu'à la femme, mais il oblige l'homme à des devoirs desquels la femme est exemptée.

556. Nous estimons que l'inégalité entre époux organisée par l'Islam est trop large. L'homme est considéré comme le chef de la famille. Il a le droit de se remarier pour des raisons précises. Il a même le droit de se remarier. L'Islam a donné à l'homme la pleine liberté de se remarier avec ou sans l'acceptation de son épouse. À l'inverse, cette liberté est limitée pour la femme, dans la mesure où elle ne peut avoir qu'un seul mari au cours du mariage.

557. On ne peut pas moderniser l'Islam, mais la société a changé et l'espèce humaine a évolué, ce qui a rendu la polygamie aujourd'hui très rare et souvent difficile, l'homme devant subvenir aux besoins de toutes ses femmes.

Suite aux différentes interrogations et informations bien trop propagées parmi les femmes sur le remariage de la femme divorcée ou veuve, il est important de préciser les règles relatives à ce type de mariage à la lumière du Coran et de la Sunna.

⁴³⁸ Coran sourate IV *al nisaa*, verset 3.

⁴³⁹ Coran sourate IV *al nisaa*, verset 3.

B- Le remariage de la femme divorcée et le délai de viduité

558. Ce qui est important de comprendre en amont, c'est que la majorité des juristes (Al Chafii, Malik et Ahmad Ibn Hanbal)⁴⁴⁰ estiment qu'il n'est pas permis à la femme, qu'elle soit divorcée ou veuve, de se remarier sans tuteur. Au contraire, *Abu Hanifa* pense que la femme peut se remarier sans tuteur car le prophète a dit que « *la femme divorcée ou veuve est plus en droit de se prononcer pour elle que son tuteur* ». Ibn Uthayma⁴⁴¹ explique que cette parole est faible, car le *hadith* pris comme preuve n'indique pas que la femme puisse se remarier seule, mais plutôt qu'il faut obtenir son accord pour le mariage. Ce qui renforce cette analyse, c'est qu'il faut obligatoirement un tuteur pour garantir la validité du mariage. Aussi, la majorité des juristes, considèrent qu'il est obligatoire pour la femme qui souhaite se remarier d'avoir un tuteur⁴⁴².

559. Le divorce de la femme en période de menstrues (règles) fait également l'objet d'une divergence entre les juristes, et il y a eu un long débat quant au fait de savoir si le divorce est valable ou non. La majorité de la doctrine est d'avis que le divorce reste valable, mais l'homme doit reprendre son épouse et la laisser jusqu'à ce qu'elle redevienne pure de ses menstrues, puis qu'elle ait ses menstrues une deuxième fois et qu'elle redevienne pure. Ensuite, il la garde et divorce. C'est l'avis de la majorité des juristes dont les Imâms Ahmad Al-Chafii, Malik et Abou Hanifa. Ceci dit, le point de vue qui semble le plus juste est le choix qu'a fait Sheikh al-islam Ibn Taymiya. Selon lui, le divorce prononcé lors des menstrues n'est pas valable et ne produit aucun effet car il contredit l'ordre d'Allah et de son messenger. Al Sheikh⁴⁴³ ajoute que le délai durant lequel Allah a ordonné de répudier la femme est celui pendant lequel la femme est pure, ce qui implique qu'il n'y ait pas eu de rapports intimes. De ce fait, si l'homme

⁴⁴⁰ AL CHAFII, AHMAD IBN HANBAL, *Fatawa al-maraa al mouslima*, Le Caire 1543 hég. Tome 2.

⁴⁴¹ IBN RUSHD AL-QURTUBI, *Bidâyah Al-Mujtahid*, le caire 1231 hég., volume 2, chapitre du talaq.

⁴⁴² Coran, sourate al talak LXV verset 1 : « *et quand vous divorcer d'avec vos épouses, et que leur délai expire, alors ne les empêchez pas de renouer avec leurs époux s'ils s'agrément l'un l'autre, et conformément à la bienséance* ».

⁴⁴³ *Fatawa al-maraa al mouslima*, " le délai durant lequel Allah a ordonné de répudier la femme consiste a ce que l'homme la répudie quand elle est pure, et qu'il n'y ait pas eu de rapports intimes. De ce fait, s'il la répudie alors qu'elle a ses menstrues (règles), il ne l'aura pas répudiée conformément a l'ordre d'Allah ..." T. 2 p. 958.

la répudie alors qu'elle a ses menstrues, il ne l'aura pas répudiée conformément à l'ordre d'Allah.

560. L'idée générale est que le délai de viduité est de trois mois, alors qu'en réalité, sa durée varie en fonction de plusieurs critères. Elle dépend de la cause de dissolution du mariage (décès du mari, divorce) et de la situation de la femme concernée (femmes enceintes, femmes qui a ses règles menstruelles ou non).

561. La période de viduité de la femme enceinte prend fin dès qu'elle accouche. Allah, dans un verset coranique, énonce : « *quant aux femmes enceintes, leur délai prend fin à leur accouchement* »⁴⁴⁴. Pour la femme qui n'est pas enceinte, deux situations sont envisageables ; si la période de viduité est causée par la mort de son époux, elle sera de quatre mois et dix jours car les paroles d'Allah sont : « *ceux des vôtres que la mort frappe et qui laissent des épouses : celles-ci doit observer une période d'attente de quatre mois et dix jours* »⁴⁴⁵ ; si la période de viduité est causée par le fait qu'elle est séparée de son mari de son vivant suite à un divorce ou à une annulation du mariage par le juge, sa durée varie alors selon plusieurs considérations.

562. La femme divorcée n'a pas à observer une période d'attente si son mari n'a pas consommé le mariage ou bien ne s'est pas isolé d'elle. Allah a dit : « *Ô vous qui croyez ! Quand vous épousez des croyantes et que vous les répudiez avant de les toucher, vous n'avez pas à leur imposer une période de viduité. Faites-leur des dons, selon le bon usage, et veillez à les faire partir d'une manière élégante* »⁴⁴⁶. La femme qui n'a pas de règles menstruelles parce qu'elle est trop vieille (ménopausée) ou trop jeune (n'ayant pas encore de règles) doit observer un délai de viduité de trois mois. Allah a énoncé que « *le délai de femmes ayant dépassé l'âge des menstrues est de trois mois* ». *Il en va de même pour celles qui n'ont pas encore atteint la puberté* »⁴⁴⁷.

563. Quant à la femme qui a ses règles menstruelles régulièrement, son délai de viduité est fixé à trois menstrues. Allah a dit : « *les femmes divorcées observent un*

⁴⁴⁴ Coran, sourate LXV *al talaq* verset 4.

⁴⁴⁵ Coran, sourate II *al bakara*, verset 234.

⁴⁴⁶ Coran, sourate XXXIII *al-ahzab*, verset 49.

⁴⁴⁷ Coran, sourate LXV *al- talaq* verset 4.

délai d'attente de trois périodes menstruelles avant de se marier »⁴⁴⁸. D'autres délais existent. Ainsi la période de viduité de la femme dont les menstruations se sont arrêtées, doit observer un délai de viduité d'un an⁴⁴⁹.

Après la dissolution du lien matrimonial, l'obligation d'entretien imposée à l'homme persiste-t-elle au profit de son ex-femme ?

§2. Le sort de l'obligation d'entretien imposé au mari

564. En principe, l'obligation d'entretien imposée au mari par le droit libanais perdure autant que le mariage et cesse de peser sur lui dès que le mariage est dissous.

Toutefois, dans certains cas, l'obligation d'entretien reste due pour la femme même après la dissolution du mariage.

565. Le premier cas, si la femme a encouru une répudiation révocable dans ce cas, elle a le droit à l'entretien. Pendant les délais de la retraite de continence, le mariage subsiste.

566. Dans le cas où le mariage est dissous par une répudiation prononcée par le mari et que la femme répudiée est soumise à une retraite de continence, les auteurs lui reconnaissent, pendant ce délai, le droit au logement et à la nourriture, aux frais du mari. Le Coran stipule que « *les femmes répudiées ont un droit à une pension convenable : la leur assurer est un devoir pour ceux qui craignent Dieu* »⁴⁵⁰ et « *faites habiter ces femmes là où vous demeurez et suivants vos moyens* ». Toutefois, si la répudiation est imputable à une faute de la femme, celle-ci est déchue de tout droit à l'entretien⁴⁵¹. L'obligation d'entretien existe donc uniquement au profit de la femme, ce qui implique une inégalité entre les époux.

⁴⁴⁸ Coran, sourate II *al-bakara*, verset 228.

⁴⁴⁹ AL-HATTAB, *Commentaire du mukhtasar de Khalil, op. cit.*, volume 6

⁴⁵⁰ Coran sourate *al-bakara* II, verset 241.

⁴⁵¹ AL-DASUKI, *Hashiya ala shareh, op. cit.*, volume 4.

567. Si, au cours de la retraite de continence, la femme était enceinte et si elle n'accouche pas avant l'expiration des délais de la retraite qui, en conséquence, se prolongent au-delà des délais normaux, la femme aura encore droit à l'entretien jusqu'à la naissance de l'enfant, par application du Coran : « *Si elles sont enceintes, pourvoyez à leurs besoins jusqu'au moment de leur accouchement* »⁴⁵².

568. Enfin, si la femme répudiée allaite un enfant commun, elle aura droit à la nourriture et à l'entretien pendant toute la durée de l'allaitement. « *Si elles allaitent l'enfant né de vous, versez - leur une pension* »⁴⁵³ et comme la période de l'allaitement peut durer deux ans, par application du verset 233, sourate II, l'obligation d'entretien survivre à la dissolution du mariage pendant deux ans au maximum.

L'étude des effets personnels du divorce confirme l'idée d'inégalité entre époux et épouse, qui caractérise le droit musulman libanais. Observons désormais les effets patrimoniaux du divorce en droit libanais.

Section II. L'inégalité des époux quant aux effets patrimoniaux produits par le divorce

569. En se mariant, l'homme doit payer à la femme une dot. Cette dot est divisée en deux parties. Une première partie doit être payée lors du mariage ; la deuxième partie doit être payée lors de la dissolution du mariage.

570. En revanche, la femme n'a rien à payer à son mari, ni au moment du mariage, ni lors de sa dissolution. La dot payée lors du mariage est considérée comme un cadeau offert à la femme pour avoir accepté le mariage. La dot payée à la femme lors de la dissolution du mariage peut être considérée comme une sorte de prestation compensatoire.

⁴⁵² Coran sourate *al-talaq* LXV, verset 6.

⁴⁵³ Coran sourate *al-talaq* LXV, verset 6.

571. Aucune communauté religieuse libanaise ne connaît de régime matrimonial à proprement parlé. La séparation totale des biens entre époux est la règle. Il n'y a pas de régime matrimonial *a minima*. Les époux conservent la gestion indépendante de leurs biens tout au long du mariage.

572. Malgré l'absence de régime matrimonial entre les époux en droit libanais, nous devons aborder le sujet des biens de la femme et des cadeaux présentés par l'époux lors du mariage. La première moitié de la dot "*al muqaddam*", et lors de la dissolution du mariage, la deuxième moitié de la dot "*al mu'akhar*". Ainsi nous pouvons distinguer une atteinte certaine à l'égalité entre époux car l'homme ne reçoit pas de dot, la femme libanaise est alors favorisée à l'issue du divorce, tandis qu'en droit français, la prestation compensatoire est fondée sur la disparité du train de vie des époux, sans différencier l'un d'entre eux.

De ces remarques préliminaires, il convient de relever le caractère inégalitaire des règles de droit libanais, quant aux effets patrimoniaux du divorce entre les époux, notamment quant à la dot offerte (§1) et le don de consolation, versés uniquement par le mari à son épouse (§2).

§1. La dot offerte par le mari

573. Allah a énoncé, que lors de la conclusion d'un mariage en Islam, l'homme attribue une dot à celle qu'il souhaite épouser. Cette dot est un devoir pour le futur mari et c'est un bien auquel a droit la future épouse : « *Et donnez aux épouses leur dot de bonne grâce. Si de bon gré, elles vous en abandonnent quelque chose, disposez-en alors à votre aise et de bon cœur* »⁴⁵⁴.

La dot peut être une somme d'argent ou un bien matériel. L'Islam recommande que la dot soit modeste. Le Prophète a dit : « *La meilleure dot est la plus modeste* »⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Coran, sourate IV *al-nisaa*, verset 4

⁴⁵⁵ OQAB BEN AMIR a rapporté que le Prophète a dit "*la meilleur dot est la plus modeste*", *Kitab al daawa, al fatawa*, p. 166.

574. La dot est due à la femme uniquement, ce qui est inégalitaire. Le mari doit verser à la femme une somme d'argent, ou un bien lors de la conclusion du mariage. Cette dot est divisée en deux parties : une partie doit être payée directement, lors de la conclusion du mariage. L'autre partie est due à la femme lors de la dissolution du mariage.

575. L'octroi de la partie restante de la dot lors de la dissolution du mariage n'est pas la seule manifestation de l'inégalité constatée entre les conjoints mariés sous le régime de la communauté de biens ou sous le régime de la séparation de biens.

576. Le Coran indique : « *Donnez-leur toutefois quelque bien convenable dont elles puissent jouir, l'homme aisé selon sa capacité, l'indigent selon sa capacité. Ceci est un devoir pour les bienfaisants* »⁴⁵⁶.

577. Le Coran a pris en considération la situation de la femme divorcée, en la laissant profiter des biens et des cadeaux qu'elle a eu pendant le mariage. Les juristes divergent quant à savoir si cette jouissance est accordée à toute femme divorcée ou bien seulement à celle pour laquelle le mariage n'a pas été encore consommé et la dot non encore fixée. Selon certains auteurs, cette jouissance profite à toutes les femmes divorcées en raison de la généralité de la parole de Dieu⁴⁵⁷.

578. En revanche, au moment de la dissolution du mariage, les contrats du mariage peuvent prévoir le versement d'une dot à terme. Ce versement constitue une garantie pour la femme en cas de divorce et de succession. Dans ce dernier cas, la dot est versée en sus de la part successorale réservée à l'épouse et constitue une créance privilégiée sur la succession.

579. Pendant longtemps, la dot était fixée à l'avance. Comme elle était décidée longtemps avant que le mariage ne prenne fin, elle était diminuée proportionnellement en valeur, au moment de son versement effectif où elle ne correspondait plus à la fortune actuelle du mari. Plusieurs ménages sunnites ont pris la mesure de cette

⁴⁵⁶ Coran sourate II *al-bakara*, verset 236.

⁴⁵⁷ KHALIL-IBN-ESHAK, AL-DARDIR, AL-DASUKI, *Commentaire du Muktasar de Khalil*, op. cit. volume 4.

situation. Dans le cadre d'une action collective, ils ont demandé au tribunal communautaire sunnite de Beyrouth de modifier le montant de la dot en prenant en compte, non seulement la dévaluation monétaire, mais aussi la contribution de l'épouse à la constitution de la fortune actuelle du mari. La demande a été déclarée recevable et la réévaluation a été accordée. Le fait que le tribunal a été saisi collectivement par les différents ménages et ait retenu l'argument qui tient à la contribution morale ou matérielle mais non monétaire de l'épouse dans le ménage est une grande nouveauté dans la jurisprudence des tribunaux sunnites au Liban⁴⁵⁸.

580. L'évolution reste cependant incomplète, puisque l'espèce concernait des époux qui ont fait une demande conjointe. On ne sait pas si, en cas de répudiation, la demande formulée par la femme toute seule serait pareillement recevable.

581. Ibn Jarir Al-Tabari a dit que « *la femme divorcée peut jouir des vêtements, dépenses, servants, et d'autres choses encore* »⁴⁵⁹. Il ajoute : « *donnez-leur ce dont elles peuvent jouir, selon vos capacités, de vos biens, et vos demeures* ».

L'inégalité envers la femme existe en droit libanais, et ce, même si un don de consolation lui est fait par le mari.

§2. Le don de consolation

582. En cas de dissolution du mariage par la répudiation, les juristes recommandent au mari de faire à sa femme un don, dit de consolation (*mutaa*), selon ses moyens⁴⁶⁰. Ce don doit être fait immédiatement si la femme n'est pas soumise à la retraite de continence, au moment de sa sortie de retraite si elle y a été soumise. Au cas où la femme viendrait à mourir en cours de retraite, le don de consolation devrait être payé immédiatement après son décès à ses héritiers.

⁴⁵⁸ Ces faits ont été recueillis auprès du secrétaire général du Dar-Al-Fatwa, Cheikh Mohamad Nokkari.

⁴⁵⁹ Ibn Jarir, *fatawa al maraa al mouslima*, T. 2.

⁴⁶⁰ Al-Zouhaili, *Al fikh al-islami w adelatahou*, *op. cit.*, tome 4.

583. Cette donation est destinée à indemniser la femme du préjudice matériel et moral que la répudiation va entraîner pour elle. Aussi n'est-elle recommandée que lorsque la condition de l'épouse mérite de pareils égards. Si, par exemple, la répudiation avait été prononcée par la femme elle-même, en vertu du droit que le mari lui aurait conféré, elle ne pourrait pas prétendre au don de consolation, car elle n'aurait pas lieu de se plaindre, puisqu'elle avait la faculté de ne pas se répudier. Si la femme a été répudiée pour adultère, sa conduite ne justifie aucun don de consolation⁴⁶¹.

584. Les malékites s'interrogent si le don de consolation est obligatoire ou simplement recommandé, mais la grande majorité des juristes se prononcent pour l'obligation. Le don est une véritable dette du mari quand la répudiation n'a pas été motivée par la conduite de la femme. Le mari a abusé de son droit. En droit musulman, la loi peut priver quelqu'un de ses droits quand il les exerce contre l'esprit de la loi elle-même.

585. Si la répudiation a eu lieu après la consommation du mariage, la femme se trouve avoir définitivement droit à la totalité de la dot. La répudiation confirme son droit et le rend immédiatement exigible.

586. Si le mariage n'est pas consommé, la répudiation a pour effet de réduire le droit de la femme à la moitié de la dot⁴⁶².

Si la femme est répudiée pour faute grave, adultère par exemple, elle ne peut rien garder la dot dans sa totalité, quand bien même le mariage aurait été consommé. Elle ne peut rien réclamer si elle n'a rien reçu. Elle ne peut pas non plus prétendre au reliquat si quelque chose lui reste dû. Enfin, si elle a reçu la totalité ou une partie de la dot elle doit restituer le montant qu'elle a touché.

⁴⁶¹ AL-Naboulsi, *Al fikh al islami*, op. cit., tome 5.

⁴⁶² Coran, sourate II, verset 237.

*
* *

587. Au terme de ce premier titre consacré à l'étude de l'égalité par rapport aux effets personnels produits par le divorce à l'égard des époux, nous avons constaté que, si le législateur français a pris le soin d'instaurer l'égalité quant aux effets personnels produits par le divorce, il en va autrement en droit libanais.

588. Caractérisé par son aspect inégalitaire, le droit libanais prive la femme de son droit au remariage directement après son divorce. En effet, elle doit respecter un certain délai pour pouvoir se remarier. Cette situation nous rappelle les dispositions du Code civil français qui prévoyait que la femme ne pouvait se remarier qu'à l'expiration d'un délai de 300 jours après la dissolution définitive d'un précédent mariage.

589. En droit libanais, la femme n'est pas la seule à faire l'objet d'un traitement différent, il en va de même pour l'homme. Ainsi, lors de la dissolution du mariage, l'homme est tenu de verser la part restante de la dot à son ex-épouse. Pendant le délai de viduité, le droit libanais impose à l'ex-époux de lui payer une pension alimentaire et assurer son logement. Prolongement de cette inégalité, l'homme, contrairement à la femme, est privé du droit de faire usage du nom de famille de son ex-épouse.

590. Ces exemples témoignent d'une grande inégalité existante en droit musulman libanais relatif au divorce, quant aux effets du divorce produits à l'égard des époux, mais également quant aux effets produits à l'égard des enfants.

TITRE II

LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ENFANTS

591. S'il supprime le lien entre les parents, le divorce ne supprime pas celui établi entre les parents et les enfants. La disparition de la communauté de vie entre les époux va toutefois générer des conséquences d'ordre extrapatrimonial et patrimonial.

592. La question des enfants a toujours été au cœur du divorce : les encyclopédistes estimaient que le mariage devrait durer tout le temps nécessaire à l'éducation des enfants avant de devenir dissoluble. Rousseau voyait même dans leur existence une raison invincible contre le divorce⁴⁶³.

L'étude de ces effets à la lumière du principe d'égalité fera l'objet d'un chapitre réservé au droit français et d'un autre chapitre consacré au droit libanais.

⁴⁶³ Dans *La Nouvelle Héloïse* : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 307 ; « *La parenté dure toujours, même si les parents se séparent. Un proverbe chinois enseigne que si on vous appelle une fois maman, vous devenez mère toujours* » : F. VAUVILLÉ, *Du principe de coparentalité et sa mise en œuvre, L'autorité parentale en question*, F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et C. CHOAIN (ss. dir.), éd. Septentrion, 2003, p. 127.

CHAPITRE I

LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ENFANTS EN DROIT FRANÇAIS

593. Le divorce produit incontestablement d'importantes conséquences sur la situation des enfants. Les litiges relatifs aux modalités d'exercice de l'autorité parentale et à la contribution des parents à leur entretien revêtent parfois un caractère très conflictuel et font partie intégrante de l'instance en divorce. Les dispositions du Code civil tendent notamment à promouvoir l'égalité des droits et devoirs des parents pour l'exercice d'une véritable coparentalité (art. 371 et 381 C. civ.). L'ordonnance de non conciliation puis le jugement de divorce statue sur les modalités de l'autorité parentale, notamment sur la résidence des enfants et sur les pensions alimentaires.

594. L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables⁴⁶⁴.

Les règles françaises n'opèrent aucune discrimination, ni sur le terrain de la dévolution de l'autorité parentale (Section I), ni sur celui de l'entretien des enfants (Section II).

⁴⁶⁴ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples des personnes de même sexe, chapitre II dispositions relatives à la filiation adoptives et au maintien des liens avec l'enfant.

Section I. L'égalité des parents dans la dévolution de l'autorité parentale

595. Les dispositions du Code civil français tendent à promouvoir l'égalité des droits et devoirs des parents par l'exercice d'une véritable coparentalité⁴⁶⁵. L'autorité parentale⁴⁶⁶ est confiée aux deux parents. Comme l'avaient précisé Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, « *parentale, car cette fonction n'est plus un monopole du père : elle appartient à égalité aux père et mère qui, en principe l'exerce en commun* »⁴⁶⁷.

596. La procédure de divorce suivie et l'imputation des torts dans la séparation sont sans incidence sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 373-2 C. civ.).

En cherchant ainsi à créer de la stabilité au-delà de la désunion, le législateur était conscient de la difficulté de l'entreprise. Il suffit pour s'en convaincre, une fois exposé le contenu du principe d'exercice en commun de l'autorité parentale après divorce (§1), de se livrer à une étude des moyens proposés par la loi pour le rendre effectif (§2).

§1. Le contenu du principe de coparentalité

597. Depuis l'entrée en vigueur des lois successives du 8 janvier 1993 et du 4 mai 2002, il n'est plus question pour les ex-époux de choisir entre l'exercice en commun et l'exercice unilatéral ou encore l'exercice par un tiers. L'exercice en commun est la règle. Le principe est posé par l'article 373 alinéa 1 du Code civil. La

⁴⁶⁵ Art. 286, renvoyant à l'art. 371 C. civ.

⁴⁶⁶ Il convient de rappeler que la loi du 4 juin 1970 du Code Napoléon a remplacé la puissance paternelle par les termes autorité parentale. V. R. LEAGEAIS, *L'autorité parentale*, Defrénois, 1973, (préf. J. CARBONNIER) ; Ph. BONFILS et A. GOUTTE-NOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2008, n° 470. Il est à noter que le Conseil de l'Europe, dans sa recommandation 974 (1979) relative à une charte européenne des droits de l'enfant, adoptée le 4 octobre 1979, il préconise la substitution du terme « *responsabilité parentale* » au terme « *autorité parentale* ».

⁴⁶⁷ Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, op. cit., p. 599.

séparation des parents est désormais sans incidence sur les règles de la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale⁴⁶⁸.

598. Il importe d'abord de constater que l'autorité parentale conjointe en cas de séparation des parents est née de la pratique. Initialement, elle a été prévue dans le divorce sur requête conjointe. Malgré les termes contraires de la loi du 11 juillet 1975, la Cour de cassation l'avait expressément validée⁴⁶⁹.

599. Les interventions législatives postérieures ont entériné cette évolution : la loi du 22 juillet 1987 a consacré l'exercice en commun de l'autorité parentale après divorce ; la loi du 8 janvier 1993⁴⁷⁰ en a fait le principe⁴⁷¹ et la loi du 4 mars 2002 l'a reconnu comme système de référence et a achevé sa généralisation⁴⁷². Ensuite, il convient d'observer que cette préférence donnée à l'exercice en commun de l'autorité parentale en cas de séparation répond à un parti législatif très affirmé : chacun des parents divorcés doit avoir une attitude responsable⁴⁷³.

600. Le législateur de 2002 a jugé utile de rappeler que « *chacun des père et mère doit entretenir des relations personnelles avec l'enfant, et respecter les liens de*

⁴⁶⁸ « *Lorsqu'il y a vie familiale effective, les effets de la protection de cette vie se poursuivent bien évidemment, même s'il y a séparation ou divorce du couple : la présence d'enfants maintient le couple parental au-delà du couple conjugal* » : M. LEVINET, *Couple et vie familiale*, Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, F. SUDRE (dir.), Bruxelles, éd. Nemesis-Bruylant, coll. « *Droit et Justice* », n° 38, 2002, p. 107.

⁴⁶⁹ Cass. Civ. 2^e, 21 mars 1983, Bull. civ. II, n° 86 ; D. 1984,53, note T. MOUSSA ; JCP G 1984, II, 20163, note A. DEKEUWER ; Defrénois 1983, art. 33174, n° 119, obs. J. MASSIP ; RTD civ. 1984,95, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

⁴⁷⁰ « *Cette loi se met en conformité, en légalisant la pratique de la résidence alternée, avec la Convention internationale des droits de l'enfant (art. 7. 1 et 9. 3) et s'aligne sur les législations et pratiques outre Atlantique et européennes* » : F. BOULANGER, *Les rapports entre parents et enfants, Perspectives comparatives et internationales*, Economica, 1^{re} éd. 1998, p. 86 et s. ; P. HILT, *La résidence alternée*, AJF 2001, p. 43.

⁴⁷¹ « *La loi de 1993 a inversé cette règle et a prévu que désormais l'exercice en commun est le principe et que l'exercice unilatéral n'est plus que l'exception* » : H. FULCHIRON, *La généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents divorcés à l'épreuve des pratiques judiciaires, Sociologie judiciaire du divorce*, Economica, 1999, p. 69.

⁴⁷² La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 a de plus ouvert aux parents de nouvelles possibilités d'accord : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 308 ; C'est le renforcement du principe de coparentalité : F. VAUVILLÉ, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁷³ La séparation ne doit plus apparaître comme une coupure dans l'exercice de l'autorité parentale mais plutôt comme une simple donnée rendant nécessaire un aménagement des modalités d'exercice de celle-ci : F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille*. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au Garde aux sceaux, Ministre de la justice, La documentation française, 1999, p. 77.

celui-ci avec l'autre parent » (art. 373-2, al. 2 C. civ.)⁴⁷⁴. On parle alors « *d'une sorte de charte des bonnes pratiques(...) pour cultiver des liens dans la séparation* »⁴⁷⁵.

601. Et pour montrer que ces directives ne sont pas des vœux mais des devoirs, la loi, de manière concrète, impose au parent qui envisage de déménager (surtout, s'il s'agit de celui chez lequel l'enfant réside), d'en informer préalablement l'autre parent en temps utile⁴⁷⁶.

602. S'il y a de ce fait un désaccord, le juge aux affaires familiales va statuer selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Il s'agit ici de parvenir à un aménagement judiciaire de l'exercice en commun de l'autorité parentale (article 373-2 C. civ.). Soulignons, ainsi, dans ces conditions, l'exercice unilatéral, perçue comme une atteinte à la coparentalité, doit rester exceptionnel. C'est pourquoi l'autorité parentale n'est exercée par un seul parent que dans le cas où le juge décide de déroger au principe pour confier l'exercice à un seul parent, ce qu'il ne peut faire que « *si l'intérêt de l'enfant le commande* » (art. 373-2-1 C. civ.), et à condition de motiver sa décision⁴⁷⁷.

603. Ainsi, une telle solution est-elle retenue lorsqu'un conflit très vif opposait les parents. Ainsi, lorsqu'elle permet de mettre l'enfant à l'abri de certains dangers comme la violence du père, ou la menace de déplacement de l'enfant à l'étranger. Le plus souvent aussi, l'exercice unilatéral s'impose en raison de la défaillance de l'un des parents.

604. Par ailleurs, cet exercice unilatéral invite à préciser les droits de l'autre parent qui n'est pas privé du droit lui-même, mais qui ne peut plus exercer l'autorité parentale. À cet effet, le législateur a posé en principe qu'il conserve le droit de maintenir des relations personnelles avec l'enfant. Le juge peut même prendre certaines mesures garantissant la continuité et l'effectivité de ce lien (art. 373-2, al. 2 C. civ.).

⁴⁷⁴ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 242 : « *Ce qui se marque symboliquement par le déplacement de la matière au sein du Code civil. Elle disparaît les effets du divorce où ne demeure qu'un simple renvoi (art. 286 C. civ) pour se situer au chapitre consacré à l'autorité parentale* ».

⁴⁷⁵ G. CORNU, *La famille, op. cit.*, p. 178.

⁴⁷⁶ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce, op. cit.*, p. 205.

⁴⁷⁷ Cass. Civ 2^e, 31 mai 1995, Bull. civ. II, n° 165.

605. Enfin, l'autre parent bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement qui ne peut lui être refusé que pour motifs graves. Pour être tout à fait complet, il faut ajouter que, lorsque l'autorité parentale continue à être en commun après le divorce, et que l'un des parents décède, elle est dévolue en entier au parent survivant (art. 373-1 C. civ.).

606. Au terme de cette analyse, on peut constater que la séparation des parents implique plus naturellement l'exercice en commun n'a pas d'incidence sur l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, ce qui assure l'égalité entre les deux parents.

C'est pourquoi, le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale, une fois posé, le législateur a aussi prévu des moyens divers et variés pour faciliter sa mise en œuvre et par voie de conséquence permettre d'assurer l'égalité des parents.

§2. La mise en œuvre du principe de coparentalité

607. Sur le fondement de la coparentalité, le législateur a voulu instaurer une égalité dans le fonctionnement de l'autorité parentale, pour les parents divorcés. Et pour que cette égalité ne reste pas lettre morte mais effective, le problème de la fixation de la résidence de l'enfant (A) revêt une importance majeure. C'est pourquoi le législateur a encouragé les parents à conclure des conventions concernant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, soumises à l'homologation du juge (B).

A- La recherche d'un consensus parental

608. L'objectif avoué des lois du 4 mars 2002 et du 26 mai 2004 a été de renforcer le caractère conjoint des responsabilités parentales même en cas de divorce. Pour satisfaire cet objectif, le législateur a été amené à faciliter la conclusion de conventions entre les futurs ex-époux.

609. La démarche législative appelle plusieurs observations. En premier lieu, la place de plus en plus importante reconnue aux accords passés par les père et mère, non seulement pendant la vie commune mais aussi et, surtout, en cas de séparation, constitue

une évolution qui s'inscrit dans un mouvement plus général qualifié de «*contractualisation* »⁴⁷⁸ du droit de la famille.

610. En deuxième lieu, il convient d'observer que la possibilité de conclure des accords relatifs à l'autorité parentale, autrefois réservée aux seuls époux divorçant sur requête conjointe, est désormais, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, ouverte par égalité à tous les parents qui se séparent.

611. On peut justifier l'initiative du législateur par la volonté de distinguer les problèmes de couples et les problèmes de parents. Peut-être une telle démarche est-elle aussi animée par l'idée selon laquelle des solutions élaborées en commun seront mieux respectées par les parents que des décisions imposées de l'extérieur.

Toutefois, et en troisième lieu, le juge conserve aussi dans ce domaine sa mission de protecteur de l'intérêt de l'enfant et de la liberté du consentement donné par les parents.

612. Parmi toutes les questions faisant l'objet de la convention homologuée par le juge, figure en bonne place la fixation de la résidence de l'enfant. À cette occasion, la possibilité de recourir à la résidence alternée au domicile de chacun des parents en cas de divorce, a été finalement reconnue par la loi du 4 mars 2002⁴⁷⁹.

En outre, la résidence alternée de l'enfant au domicile de chacun des parents, dont on va parler, est l'illustration parfaite de l'égalité entre eux.

B- Le choix de la résidence des enfants

⁴⁷⁸ A.-M. LEROYER, *Autorité parentale et droit, La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 153 et s.

⁴⁷⁹ Lors des travaux préparatoires de la loi du 4 mars 2002, a souvent été mis en évidence le lien entre la résidence alternée et la coparentalité. Ainsi, le rapporteur de la proposition devant l'Assemblée Nationale y a vu une application concrète du principe de coparentalité (M. Dollez, Déb. Parlem. Ass. Nat. Session ordinaire 2000-2001, séance du 14 juin 2000). De même, devant le Sénat, il s'agissait d'une condition essentielle à une coparentalité (Déb. Parlem. Sénat, 21 novembre 2001, Intervention de Madame Olain ; H. FULCHIRON, Comment peut-il vraiment y avoir « *coparentalité* » s'il n'y a pas de partage de la vie quotidienne ?, CA Lyon 5 octobre 1993, JCP 1994, II, 22231) : F. VAUVILLÉ, *op. cit.*, p. 131.

613. Une fois admis que les parents divorcés exercent ensemble l'autorité parentale, se pose la question de savoir où va vivre l'enfant et avec qui⁴⁸⁰.

L'initiative appartient aux parents eux-mêmes, s'ils s'accordent sur ce point. À défaut, au juge, soit accessoirement au divorce, soit par une décision autonome à la demande d'un parent ou du Ministère public, qui peut lui-même être saisi par tout intéressé.

614. Le bon fonctionnement du système suppose que les parents s'entendent un minimum pour permettre à celui chez qui l'enfant n'a pas la résidence, de contribuer avec efficacité à l'éducation puisque, par définition, les parents doivent accomplir ensemble les actes relatifs à la vie de l'enfant⁴⁸¹. La difficulté concrète issue du respect des droits de ce parent a conduit à un déplacement du contentieux ; chaque parent voulant que l'enfant réside officiellement avec lui. La loi a espéré résoudre le problème en proposant une option : « *la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* » (art. 373-2-9 C. civ.).

615. Le choix législatif en faveur de la résidence alternée suscite deux remarques. D'une part, la résidence alternée apparaît comme l'un des moyens visant à assurer un rôle égal entre les parents séparés dans toutes les décisions à prendre quant à l'éducation de l'enfant. À ce propos, il est généralement admis que le parent chez qui l'enfant avait sa résidence principale avait, en réalité, plus de droits que l'autre. D'autre part, la question de la résidence alternée restait globalement controversée⁴⁸². Sa consécration a été assortie de certaines précautions.

Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 373-2-9 du Code civil prévoit la possibilité pour le juge d'ordonner à titre provisoire cette résidence alternée.

⁴⁸⁰ Les décisions concernant les enfants mineurs sur non seulement leur résidence mais également sur le droit de visite et d'hébergement sont provisoires, donc toujours sujettes à modification en fonction de l'intérêt de l'enfant (P. COURBE, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 189)

⁴⁸¹ Pourtant, la doctrine a pu faire remarquer que le partage de l'hébergement tendrait à être la solution la moins mauvaise, à condition que cette mesure ne soit pas imposée, que les parents aient dépassé le conflit et que leurs résidences ne soient pas trop géographiquement éloignées l'une de l'autre (JO déb. Parlem. Ass. Nat. Session ordinaire 2000-2001, 14 juin 2001 ; F. VAUVILLÉ, *op. cit.*, p. 133).

⁴⁸² Toutefois, l'alternance n'exige pas un partage de temps rigoureusement égal : Cass. Civ. 1^{re}, 25 avril 2007, Bull. Civ. I. n° 156.

616. Par ailleurs, une fois reconnue légalement, elle n'a été admise par les tribunaux, dans un premier temps, qu'avec prudence⁴⁸³. L'attitude du juge s'explique par le fait que l'admission de la résidence alternée suppose que soient réunies des conditions nombreuses et variées. C'est pourquoi, certaines juridictions refusent purement et simplement de prononcer un partage de l'hébergement soit parce qu'elles considèrent qu'une telle mesure est contraire à l'intérêt de l'enfant⁴⁸⁴, soit en raison des difficultés de mise en place d'une résidence alternée sur le plan financier et fiscal⁴⁸⁵. La résidence alternée a des conséquences en matière de sécurité sociale, les enfants pouvant être rattachés en qualité d'ayant cause à chacun de leurs deux parents et en matière fiscale, l'article 194-1 du Code général des impôts disposant que le quotient familial est partagé entre les deux parents⁴⁸⁶.

617. Dans tous les cas, résidence alternée ou résidence au domicile d'un des deux époux divorcés, le changement de domicile d'un des parents doit être porté préalablement à la connaissance de l'autre dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale⁴⁸⁷. Cette information a pour finalité le respect du principe du maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents.

618. Les décisions concernant les enfants non seulement sur leur résidence mais également le droit de visite et d'hébergement sont provisoires, donc toujours sujettes à modification en fonction de l'intérêt de l'enfant⁴⁸⁸. Le législateur a résolu la question

⁴⁸³ P. HILT, Loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : les juges ne suivent pas toujours, AJ fam., sep. 2003, p. 288 et s. ; C. LIENHARD, Résidence alternée : première évaluation, AJ fam. 2004, p. 182 ; Innovation majeure de la réforme de 2004, la résidence alternée a connu immédiatement un net engouement dans la pratique judiciaire : en 2005, la proportion des enfants faisant l'objet d'une résidence en alternance s'est située autour de 10,8 %, la résidence a été fixée chez la mère 78,3 % des cas, chez le père dans 10,3 % et chez un tiers 0,6 % (Rép. min. n° 107379, JOANQ 9 janvier 2007, p. 359).

⁴⁸⁴ CA Nîmes, 3 juillet 2002, AJ fam. 2002, p. 339, obs. F. B ; La contrariété du système à l'intérêt de l'enfant avait déjà été soulevée par de nombreuses juridictions avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002. (P. HILT, La résidence alternée : le point sur une jurisprudence partagée, AJ fam., novembre 2001, p. 43).

⁴⁸⁵ CA Riom, 25 juin 2002, Juris-Data, n° 2002-187117, Dr. fam. 2003, n° 2, note F. Oudin ; Il est vrai que la loi du 4 mars 2002 ne précise pas les conséquences de l'alternance. Tout juste affirme-t-elle que les enfants de parents tous deux assurés d'un régime d'assurance maladie et maternité peuvent être rattachés en qualité d'ayants droit à chacun des père et mère (Art. 12 de la loi du 4 mars 2002 devenu l'art. L.161-15-3 du code de la sécurité sociale) : P. HILT, Loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : les juges ne suivent pas toujours, AJ fam., sep. 2003, p. 288 et s.

⁴⁸⁶ J. SCHMITT, Résidence alternée et quotient familial, AJ famille, 2003, p. 23 ; N. GONZALES-CHARBI, Coparentalité, résidence alternée et partage du quotient familial : la réponse du législateur fiscal, RJPF, févr. 2003, p. 19 ; J. MASSIP, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁸⁷ J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁸⁸ P. COURBE, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 189.

des modalités d'exercice de l'autorité parentale après divorce par le principe de l'exercice en commun, assorti d'une exception, l'exercice unilatéral, pour atteindre un objectif majeur celui de l'égalité entre les parents.

L'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever les enfants est la première des obligations découlant du mariage. Perdure-t-elle en cas de divorce, au-delà de la rupture du lien matrimonial ? Quel époux supportera cette obligation ?

Section II. L'égalité des parents quant à l'entretien de l'enfant

619. L'obligation d'entretien est la traduction patrimoniale du devoir d'éducation à la charge des deux parents. Cette conception n'est pas restée sans conséquence tant dans son objet, que dans son fondement. L'obligation d'entretien a un objet plus large que l'obligation alimentaire. Il ne s'agit pas simplement de pourvoir à la subsistance de l'enfant, mais plus largement de lui assurer les moyens d'avoir une éducation correcte⁴⁸⁹.

Pour assurer une aide au parent chez qui réside l'enfant, l'époux chez qui l'enfant ne réside pas doit participer à l'obligation d'entretien de l'enfant en lui payant une pension alimentaire.

Ainsi, les deux parents participent à l'entretien de l'enfant. On parlera successivement de l'égalité entre les deux parents quant au paiement de la pension alimentaire (§1) et l'extinction de la pension alimentaire (§2).

§1. L'égalité des parents quant au paiement de la pension alimentaire

⁴⁸⁹ A. BÉNABENT, *Droit civil : Droit de la famille, op. cit.*, p. 470.

620. Le droit pour un parent de demander à l'autre de lui verser une pension alimentaire au titre de sa contribution à l'entretien et l'éducation des enfants suppose que ces derniers soient à la charge effective du demandeur. Par exemple, si la résidence de l'enfant est fixée chez un tiers, ce sont les deux parents qui devront verser à ce dernier une pension, compte tenu de leurs ressources respectives.

621. La contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants prévue à l'article 373-2-2 du Code civil prend la forme d'une pension alimentaire versée à la personne chez laquelle les enfants ont leur résidence habituelle ou la personne à laquelle les enfants ont été confiés. Les modalités et les garanties de cette pension sont fixées par la convention des parents, homologuée par le juge ou, à défaut, par le juge. Cette pension ne peut pas faire l'objet d'une renonciation, car il n'appartient pas à celui qui reçoit cette pension de disposer de sommes qui ne lui sont pas destinées. Elle est incessible, insaisissable et intransmissible en cas de décès.

622. La loi prévoit désormais que cette pension peut en tout ou en partie prendre la forme d'une prise en charge directe de frais exposés pour l'enfant, ou être servie sous forme d'un droit d'usage et d'habitation. Cette hypothèse vise plus précisément les cas de résidence alternée de l'enfant chez chacun de ses parents. Il est en effet fréquent, si les parents ont des revenus du même ordre, qu'aucune pension alimentaire à la charge de l'un ou de l'autre ne soit fixée, dans la mesure où les parents supporteront financièrement leur enfant à parts égales.

623. Lorsque la consistance des biens du débiteur s'y prête, la pension alimentaire peut être remplacée, sous des modalités et garanties prévues par la convention homologuée ou par le juge, par le versement d'une somme d'argent entre les mains d'un organisme accrédité chargé d'accorder en contrepartie à l'enfant, une rente indexée, ou encore par l'abandon de biens en usufruit, ou l'affectation de biens productifs de revenus.

624. Le montant de la pension est fixé en fonction des besoins de l'enfant, compte tenu de son âge, de son état de santé, des études qu'il poursuit, de son milieu social, de son train de vie avant le divorce, et chaque époux doit contribuer à l'entretien à proportion de ses facultés. Mais, avant de condamner le débiteur de la pension, le

tribunal doit rechercher et préciser quelles sont ses ressources⁴⁹⁰. La jurisprudence considère par ailleurs que lorsque le débiteur est remarié ou vit en concubinage, il faut apprécier les revenus du couple de façon globale, pour tenir compte du fait que le débiteur de la pension partage ses charges avec une tierce personne.

625. Il n'existe, dans le Code civil français, aucun barème, aucune liste des ressources et charges à prendre en compte pour apprécier le montant de la contribution qui peut être mise à la charge d'un parent, de sorte que la fixation de celle-ci est soumise à l'appréciation subjective du magistrat qui se penche sur le dossier.

626. Néanmoins, au regard de la jurisprudence dominante, de grandes lignes se dessinent sur les critères à prendre en compte pour apprécier le montant de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. Concernant les revenus de chaque époux, c'est en principe le salaire net annuel qui est pris en compte, soit le montant du salaire tel qu'il figure sur la déclaration de revenus ou l'avis d'imposition, divisé par douze, qui permet d'apprécier le revenu mensuel moyen de l'époux. Sont également pris en compte les revenus annexes à l'activité professionnelle du conjoint, comme par exemple, les revenus locatifs, les droits d'auteur, les revenus de capitaux, les rentes d'accidents du travail ou d'éventuelles pensions alimentaires, perçus dans une année et, là aussi, divisés par douze pour apprécier leur montant mensuel. Les charges fixes mensuelles prises en compte sont les charges de logement, les différents impôts acquittés, les factures, les différentes assurances contractées, les frais de mutuelle, les frais médicaux non remboursés par la sécurité sociale ou une mutuelle, les crédits à consommation contractés, les charges spécifiques pour l'enfant pour le parent chez lequel vit l'enfant.

627. Il est donc fait, pour chaque époux, sur une base mensuelle, la différence entre ses revenus et l'ensemble des charges ainsi mentionnées, ce qui permet de chiffrer le disponible qui reste à chacun pour faire face aux charges vitales de nourriture et d'habillement, en fonction de nombre de personnes vivant au foyer.

⁴⁹⁰ Civ. 2^e, 17 octobre 1985, D. 1987, Somm., p. 43.

628. Enfin si, en principe, la charge de la pension incombe à celui des parents chez lequel l'enfant ne réside pas, une pension complémentaire peut être mise à la charge des grands parents s'ils ont des ressources suffisantes et si le père ou la mère n'ont pas les moyens nécessaires⁴⁹¹. Dans une telle hypothèse, les parents doivent démontrer qu'ils sont dans l'impossibilité matérielle ou financière de s'acquitter de la pension⁴⁹².

629. La pension pourra être ultérieurement révisée par le juge à la demande d'un époux pour tenir compte des besoins de l'enfant ou d'une modification de la situation financière ou familiale de l'un des parents. Elle pourra donc être augmentée, diminuée ou même supprimée. La condition, pour que cette modification puisse intervenir, est la survenance d'un nouvel événement⁴⁹³, comme, par exemple, un licenciement ou, au contraire, une promotion professionnelle ou encore le remariage de l'un des parents ou la naissance d'un nouvel enfant dans le foyer de l'un des parents.

630. Cette révision est possible même si la pension résulte d'une convention homologuée. Il en est ainsi même lorsque, au lieu d'accorder une pension alimentaire pour les enfants, le juge aux affaires familiales a décidé de la remplacer par un capital (art. 208 et 373-3 C. civ.), par le paiement d'une somme d'argent, abandon de biens en usufruit, affectation de biens productifs de revenus). Dans cette hypothèse, si le capital ainsi versé, devient insuffisant pour couvrir les besoins de l'enfant, la personne qui a hébergé l'enfant, peut demander l'attribution d'un complément sous forme de pension alimentaire. On peut également demander la révision de la convention lorsque, par suite d'un oubli, aucune pension n'a été fixée pour contribuer aux besoins de l'enfant commun⁴⁹⁴. Le juge peut, même d'office et selon les circonstances de l'espèce, assortir la pension alimentaire d'une clause de variation permise par les lois en vigueur. En matière de dettes d'aliments, la loi permet de prendre pour base, par exemple, le salaire minimum de croissance ou le niveau général des prix ou des salaires. Cette disposition permettra une augmentation annuelle automatique de la pension primitivement allouée

⁴⁹¹ Cass. Civ. 1^{er}, 6 mars 1990, Bull. civ. n° 58.

⁴⁹² Cass. Civ. 2^e, 18 mars 1992, Bull. civ., n° 91.

⁴⁹³ Cass. Civ. 2^e, 26 novembre 1980, Bull. civ., n° 245.

⁴⁹⁴ Cass. Civ. 2^e, 4 mars 1987, 86-10453, Bull. civ. II, n° 60, p. 34.

et sera donc de nature à éviter des demandes successives de révision qui sont une source de procès, de lenteur et de frais.

631. Afin de faciliter les démarches et l'information de l'époux créancier, depuis le 1^{er} janvier 1986, une notice concernant les procédures pour obtenir le paiement des pensions est automatiquement jointe au jugement fixant la pension alimentaire. Le créancier dispose aussi de toutes les voies d'exécution de droit commun pour faire exécuter la décision exécutoire fixant une pension alimentaire à son profit. Il pourra donc, par exemple, faire procéder à une saisie-attribution sur le compte bancaire du débiteur. De plus, le JAF peut prendre à titre préventif différentes mesures dans le jugement de divorce ou même en cours de procédure par exemple, une inscription d'une hypothèque sur un bien immobilier du débiteur.

632. Le créancier a également la possibilité de mettre en œuvre la procédure de paiement direct. La pension alimentaire est alors prélevée chaque mois sur le salaire ou le compte bancaire du débiteur de la pension. Il bénéficie enfin de la procédure de recouvrement public des pensions alimentaires qui permet l'intervention du Trésor public et la mise en place des procédures de recouvrement fiscales, à l'encontre du débiteur de la pension.

633. La pension alimentaire est attribuée en fonction des ressources des ex-conjoints, ce qui atteste d'une certaine égalité entre les époux. Si elle ne concerne pas seulement les enfants mineurs, la pension alimentaire ne s'éteint pas automatiquement à la majorité de l'enfant. Cependant, l'allongement des études et le taux élevé de chômage chez les jeunes, qui retardent l'entrée dans la vie active, rendent très rares les cas dans lesquels un jeune de dix-huit ans révolus n'est plus à la charge de ses parents.

§2. L'extinction de la pension

634. L'obligation d'entretien des parents vis-à-vis de leurs enfants tire son fondement de l'article 203 du Code civil français. Par là même, elle ne se confond pas avec l'obligation alimentaire, tirée des articles 205 et 207 du Code civil. Elle est plus large que cette dernière, dans la mesure où elle permet à l'enfant de réclamer des

besoins qui ne sont pas strictement alimentaires ou vitaux, comme par exemple la possibilité de poursuivre des études. L'enfant dispose à sa majorité d'une action propre pour engager une procédure contre l'un de ses parents, en contribution à son entretien.

635. En effet, l'enfant est juridiquement créancier de la pension, destinée à financer ses besoins. La jurisprudence est établie en ce sens depuis 1971. Cependant, le parent qui assume à titre principal la charge d'enfants majeurs qui ne peuvent eux-même subvenir à leurs besoins peut demander à l'autre parent de lui verser une contribution à leur entretien et à leur éducation. Dans une telle hypothèse, le parent doit justifier qu'il a la charge effective de l'enfant⁴⁹⁵.

636. La loi du 4 mars 2002 a modifié les lois précédentes en prévoyant que cette pension pouvait être, sur décision du juge, versée en tout ou partie entre les mains de l'enfant (art. 373-2-5 C. civ.)⁴⁹⁶. Lorsque le parent qui paye la contribution à l'entretien d'un enfant majeur en demande la suppression, ce sera à lui qu'incombe la charge de rapporter la preuve des circonstances permettant de l'en décharger.

637. En prévoyant la possibilité de demander la suppression, sous certaines conditions, du paiement de l'obligation alimentaire à l'un des ex-conjoints sans distinction fondée sur le sexe, le droit français, contrairement au droit libanais, affirme une fois de plus le principe d'égalité quand aux effets du divorce sur les rapports parents/enfants.

⁴⁹⁵ Cass. Civ. 2^e, 22 octobre 1980, n° 79-10545, Bull. civ. II, n° 215.

⁴⁹⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 22 mars 2005, AJ fam. 2005, p. 200.

CHAPITRE II

LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ENFANTS EN DROIT LIBANAIS

638. Contrairement à l'expression utilisée depuis un certain temps en France, le Liban parle toujours de la « *puissance paternelle* » car le père, comme nous allons le voir, reste le seul détenteur de cette autorité.

L'attribution de l'autorité parentale (S1) va être étudiée dans un premier temps, et dans un second temps du contenu de l'autorité parentale (S2).

Section I. L'attribution de l'autorité parentale

639. L'autorité paternelle en droit musulman est définie comme l'ensemble des droits et des devoirs que le Coran et du rite choisi, reconnaissent au père ou autres titulaires sur la personne et les biens de l'enfant jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Ces droits et devoirs résultent de la filiation, ils existent dans le but d'élever et de protéger physiquement et moralement l'enfant. En contrepartie, le titulaire de l'autorité paternelle sera civilement responsable des dommages causés par son enfant.

640. Au Liban, l'autorité parentale est exclusivement paternelle, le centre de la famille musulmane étant la lignée paternelle ou agnatique. Les législations occidentales critiquent cette vision en indiquant que l'intérêt de l'enfant est ignoré et que la mère fait l'objet d'une discrimination abusive. Les auteurs musulmans s'empressent de rétorquer que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant doit se faire *in abstracto*, dans le cadre de l'intérêt de la communauté dont il fait partie. Ainsi, la discussion sur le droit de garde de l'enfant de parents séparés pour le droit musulman ne comprend pas la question de savoir qui aura l'autorité sur l'enfant. Même pendant la période pendant laquelle la

mère exerce le droit de garde, le père conserve la tutelle⁴⁹⁷. Les obligations d'entretien et d'éducation étant assumées exclusivement par le père ou à défaut la personne au rang de tuteur dans la lignée agnatique, seul le droit de garde de l'enfant est reconnu à la mère. Et c'est une situation particulièrement difficile car la mère n'exerce aucune autorité sur l'enfant.

641. Les auteurs⁴⁹⁸ ont expliqué que la meilleure éducation possible est celle que l'enfant reçoit par les soins de ses père et mère, car ils lui donnent protection et assurent son développement physique, intellectuel et psychologique. S'il arrive que des époux se séparent après avoir eu un enfant, ce qui est le cas de beaucoup de personnes, la mère mérite la garde plus que le père à moins que la situation de la mère ou de l'enfant commande une autre solution. La mère est prioritaire parce qu'elle assure les premiers instants de la vie. C'est pourquoi il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il bénéficie de sa garde les premières années de sa vie. C'est le juge islamique qui étudie l'affaire afin de voir ce qui sera le plus conforme à l'intérêt de l'enfant.

Conçue comme un ensemble de droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant, l'autorité paternelle, si elle requiert certaines conditions pour celui qui l'exerce (§1), n'est pas sans susciter de vifs débats entre les différentes écoles musulmanes (§2).

§1. Les conditions de l'attribution de l'autorité parentale

642. La capacité en droit est de deux sortes : la capacité de jouissance et la capacité d'exercice. La première réside dans l'aptitude à se voir reconnaître un droit sur l'enfant et dans l'intérêt de ce dernier. La seconde se définit comme l'aptitude à mettre en œuvre un tel droit et assumer les obligations qui l'accompagnent. Cette dernière requiert de son titulaire d'avoir la majorité. Par conséquent, les incapables ne peuvent en aucun cas se voir reconnaître la capacité d'exercice de l'autorité paternelle. Dans une telle situation, c'est leur tuteur qui s'en charge, et sur ce point, trois sortes de régimes se présentent : la tutelle légale, la tutelle judiciaire et la tutelle testamentaire.

⁴⁹⁷ AL-ZOUHAILI, *Al fikh al-islami w adelatahou*, op. cit., tome 4.

⁴⁹⁸ AL-KHARSHI, *Commentaire du mukhtasar de khalil*, op. cit., volume 4.

643. En droit libanais, la dévolution de la tutelle sur le patrimoine de l'enfant est fixée selon un ordre de priorité décroissant : par le père, tuteur légal sur la personne et les biens ; par le tuteur nommé par le père de son vivant ; par le tuteur nommé par le tuteur du père de son vivant ; par le grand-père paternel qui dispose aussi de la tutelle sur la personne ; par le tuteur nommé par le grand-père de son vivant ; le tuteur nommé par le tuteur du grand-père; et en dernier vient le juge ou le tuteur par lui désigné.

Le juge peut disposer aussi de la tutelle sur la personne en cas d'absence du père et du grand-père paternel.

644. Trois conditions sont exigées pour disposer de l'autorité parentale sur la personne ou sur les biens de l'enfant, à savoir : la majorité, la possession de la raison et la religion musulmane. Par conséquent, sont privés de l'exercice de l'autorité, les mineurs, les déments, les fous, et les non-musulmans. Cependant, il n'est pas toujours exigé que le tuteur soit du sexe masculin. La mère ou quelqu'un d'autre de sa lignée peut, dans certains cas, être nommé tuteur sur la personne, mais seulement en l'absence d'agnat. Elle peut être instituée par testament, soit par jugement légal, du moins durant la période d'allaitement et de garde. Le principe est que tout acte de tutelle sur le patrimoine est sous le contrôle des tribunaux religieux. Le Code des obligations libanais impose un gage général sur l'ensemble du patrimoine du tuteur en garantie des droits du mineur placé sous son autorité.

645. Il est interdit à tout tuteur, qu'il soit légal, testamentaire ou judiciaire, d'acheter lui-même les biens de l'enfant ou de grever ces biens de quelque garantie à son profit. Par ailleurs, il lui est interdit de vendre les biens de l'enfant ou de les donner en hypothèque. En outre, il ne peut contracter aucun emprunt auprès de l'enfant, ni lui consentir un prêt, sauf autorisation du juge qui désignera, le cas échéant, un « *wasi* »⁴⁹⁹ (tuteur) *ad hoc* pour la conclusion du contrat. En toute hypothèse, ils ne peuvent consentir une donation sur les biens de l'enfant, même avec charge. Chez les Druzes, le tuteur testamentaire doit avoir atteint l'âge de la majorité légale soit 18 ans et le tuteur judiciaire l'âge de 21 ans. Pour l'exercice de la tutelle, les autres rites se limitent à la majorité légale, soit 18 ans.

⁴⁹⁹ ABU DAOUD, *Sunan Abou Daoud*, le Caire 1392. volume 5, n° 2277.

Le fait que l'autorité sur l'enfant soit paternelle instaure une distinction entre le père et la mère de l'enfant. Cette condition n'exclut pas la mère, mais ne la désigne pas en premier ressort. C'est pourquoi l'attribution de l'autorité paternelle est controversée.

§2. La controverse autour de l'attribution de l'autorité paternelle

646. Pour être plus précis, rappelons qu'il y a deux sortes d'autorité (tutelle) : sur la personne de l'enfant et sur le patrimoine de l'enfant.

647. Le père, seul détenteur de l'autorité paternelle dispose à la fois d'une autorité sur la personne et d'une autorité sur les biens de l'enfant⁵⁰⁰. Une distinction s'opère quand la tutelle se transmet à quelqu'un d'autre, soit par la voie légale, soit par la voie judiciaire. En effet, une différence entre les deux rites « *hanéfite* » et « *jaafarite* » existe⁵⁰¹. L'exercice de la tutelle sur l'enfant est assuré de la manière suivante : par le père et le grand-père paternel qui se partagent la tutelle sous ses deux formes (sur la personne et les biens de l'enfant), et par le juge. Cependant, ce dernier ne peut nommer un tuteur pour le remplacer à sa mort. Il peut seulement le faire en cas d'inexistence d'un tuteur nommé par le père ou le grand-père de son vivant.

648. Pour le rite « *hanéfite* », la tutelle sur la personne est toujours imposée par la religion et destinée aux agnats⁵⁰². En revanche, la tutelle sur le patrimoine peut être assurée par les personnes désignées par la religion (père, grand-père et juge) ou par la personne nommée par le père dans son testament (tuteur testamentaire) ou par celle nommée par le juge (tuteur judiciaire). La raison qui justifie que le législateur libanais ait privé les agnats de la tutelle sur le patrimoine, est qu'ils figurent le plus souvent dans l'ordre successoral, et il ne serait point logique de voir leur intérêt aller contre celui de l'enfant. Ajoutons que la tutelle sur le patrimoine exige une certaine expérience chez la personne titulaire, qui doit être à la fois capable et responsable. D'où la nécessité de faire le bon choix.

⁵⁰⁰ IBN RUSHD AL-QURTUBI, *Bidâyah Al-Mujtahid, op. cit.*, volume 2.

⁵⁰¹ AL-JAZIRI, *fikh al madahib al arbaa, op.cit.*, tome 4.

⁵⁰² AL-NABOULSI, *Al fikh al islami*, le Caire, 1329 hég. tome 5

649. La puissance paternelle inclut en droit musulman la tutelle et la curatelle. La première revient en principe au père, d'où son nom (autorité paternelle). En effet, dans tous les rites musulmans, le chef de la famille est le père et lui seul⁵⁰³. Par conséquent, il est le tuteur de ses enfants, le premier et le principal. Il ne cède sa place qu'en cas d'absence ou de déchéance, et cela selon les règles établies par le statut personnel.

650. Dans les deux rites principaux qui nous intéressent, le rite « *hanéfite* » et le rite « *jaafarite* », la situation est la même. Le père, quelle que soit sa situation de fortune, est le tuteur *wali* de ses enfants des deux sexes, mineurs ou majeurs incapables, même s'ils sont encore sous la garde de leur mère ou d'un autre parent. Si l'enfant majeur devient aliéné par la suite, la tutelle du père reprend mais par décision du juge. L'exercice de l'autorité paternelle sur la personne de l'enfant se présente comme suit, et par ordre décroissant de priorité : au père, au grand-père paternel, au frère germain, au demi-frère consanguin, au neveu germain (fils du frère), au neveu consanguin (fils du demi-frère), à l'oncle et au cousin⁵⁰⁴

651. En l'absence de tous ces agnats (soit la famille du père), la tutelle sur la personne de l'enfant sera confié à la mère, suivie de la grand-mère paternelle, ensuite le grand-père maternel, les sœurs, etc. À défaut, la tutelle est dévolue au juge ou à la personne désignée par ce dernier. Les agnats sont les parents en ligne masculine. Enfin, il convient de souligner que la mère, dans ces deux rites, peut disposer de la tutelle sur le patrimoine de son enfant dans l'hypothèse où elle serait nommée pour ce rôle par le père, le grand-père paternel, par les tuteurs nommés par ces derniers, ou par le juge.

652. Dans le rite « *Jaafarite* » existe une restriction quant à la dévolution de l'autorité paternelle. La tutelle revient en premier lieu au père, suivi du grand-père paternel. En leur absence, elle est attribuée au tuteur choisi par l'un d'eux ou par le juge. Nul autre agnat n'aura ce droit.

653. L'autorité paternelle peut être attribuée à plusieurs personnes : le père, le grand-père et le juge. Ils l'exercent de deux manières distinctes : sur la personne et sur

⁵⁰³ EBN AL QAYYIM, *Zad al-miad fi hadi kheyr al-ibad* le Caire 1382 hég., tome 5, p.479.

⁵⁰⁴ AL-JAZIRI, *fikh al madahib al arbaa, op.cit.*, tome 4.

les biens de l'enfant. Par contre, le tuteur nommé n'a que la tutelle sur le patrimoine, alors que les agnats (les frères et oncles paternels) exercent l'autorité sur la personne de l'enfant en l'absence de parents de rang préférable.

Les controverses touchant à l'attribution de l'autorité paternelle sur l'enfant rejoignent également des controverses touchant à son contenu.

Section II. Le contenu de l'autorité parentale

654. Tout père doit prendre soin de l'éducation de son enfant et lui faire apprendre un art ou un métier selon son état et sa vocation. Il doit pourvoir à la conservation de ses biens. Si le père n'a point de ressources, le régime est distinct selon le sexe de l'enfant. Si l'enfant est un garçon, le père doit remplir ses devoirs jusqu'à ce que son fils soit en mesure de gagner sa subsistance par un travail rémunérateur. *A contrario*, le père doit assumer les obligations mentionnées précédemment jusqu'au mariage de sa fille.

Ainsi, l'autorité sur la personne de l'enfant comprend des devoirs qui incombent aux parents, à savoir l'éducation, l'entretien et la garde. Nous parlerons de l'obligation d'entretien en premier lieu (§1) ensuite de la perte de l'autorité parentale en deuxième lieu (§2).

§1. L'inégalité entre les parents quant à l'obligation d'entretien

655. L'autorité parentale, crée une obligation d'entretien pour l'époux (B). La mère, quant à elle, doit veiller à la garde de son enfant (A).

A- Le droit de garde

656. Le droit de garde autrement appelé « *droit de maternité* »⁵⁰⁵ est une obligation en droit musulman. Nulle ne peut s'y dérober sous peine d'emprisonnement.

⁵⁰⁵ EBN AL QAYYIM, *Zad al-Miad fi hadi kheyr al-ibad*, op. cit., p.907 « Ainsi, la préférence pour la mère quand il s'agit de garde et de maternité est en vertu de la législation et relève du discernement et de

Ce droit revient en premier lieu à la mère, ce qui limite l'autorité du père, tant que l'enfant a besoin des soins des femmes. La raison essentielle réside dans le fait que la mère est à la fois considérée comme plus affective et plus compétente dans l'éducation de l'enfant.

Il y a donc à nouveau une distinction opérée par le législateur entre la mère et le père.

657. D'après l'école « *hanéfite* », c'est jusqu'à l'âge où il parvient à se débrouiller par lui-même que le garçon relève de la garde de sa mère⁵⁰⁶ ; ensuite, il est confié à son père. La fille est sous la garde de sa mère jusqu'à l'âge de la puberté. Elle est ensuite sous la garde de son père jusqu'à ce qu'elle se marie⁵⁰⁷. Ces juristes ne donnent pas le choix à l'enfant parce qu'ils le considèrent susceptible de choisir celui de ses parents qui est le plus laxiste à son égard. Selon eux, dans le hadith relaté par Abû-Hourayra, si le prophète a donné le choix à l'enfant, c'est parce que le père ne supportait pas qu'on le sépare de son enfant⁵⁰⁸. Il fallait donc que l'enfant lui-même fasse le choix, et le Prophète avait prié Dieu pour qu'il guide l'enfant vers le parent.

658. Le Conseil islamique sunnite a décidé, lors d'une réunion, qui s'est tenue au mois juin 2011, de relever l'âge de la garde des enfants. La période pendant laquelle la mère conserve automatiquement la garde de ses enfants a ainsi été relevée à douze ans pour les garçons et les filles, contre sept ans pour les garçons et neuf ans pour les filles. À moins d'un accord entre les deux ex-conjoints dans le cas d'un divorce, le père est en droit de reprendre la garde de ses enfants.

659. La communauté chiite n'est pas concernée par cette décision. Ces autorités religieuses maintiennent le droit de garde à deux ans pour les filles et sept ans pour les garçons. De leur côté, les instances représentatives druzes réclament un vote parlementaire pour modifier la loi du 24 février 1948 sur les statuts personnels de la communauté. Aujourd'hui, les règles qui s'appliquent pour la communauté druze sont

l'attention qui est portée aux enfants, et la préférence dans ce cas pour le père s'impose surtout quand il s'agit de gérer leurs biens, et d'assurer leur mariage ».

⁵⁰⁶ ABU DAOUD, *Sunan Abou Daoud*, *op. cit.*, n° 2277

⁵⁰⁷ AL ZOUHAILI, *Al Fikh al-islami w adelatahou*, *op. cit.*, p.7322-7323

⁵⁰⁸ ABU DAOUD, *Sunan Abou Daoud*, *op. cit.*, volume 5, n° 2277

les mêmes qu'en droit sunnite, soit sept ans pour les filles et neuf ans pour les garçons. Elles entendent prolonger l'âge de la garde maternelle des enfants à dix-huit ans pour les garçons et les filles, mais en exigeant un renouvellement de ce droit tous les deux ans jusqu'à la majorité. On observe ainsi une harmonisation des règles concernant l'âge de la garde des enfants.

660. Lorsque le délai de la garde vient à échéance, le père a la garde de l'enfant. À défaut de père ou d'aïeul paternel, le garçon est remis au plus proche agnat. La fille, quant à elle, peut seulement être confiée à un homme qui lui est interdit en mariage. À défaut d'agnats, l'enfant reste chez la personne qui en avait la garde, sauf si le juge lui trouve une parente plus proche. Ainsi, la mère prime toute autre personne pour la garde de l'enfant et son éducation, tant au cours du mariage qu'en cas de divorce, pourvu qu'elle réunisse les qualités requises. En effet, toute personne chargée de la garde d'un enfant doit remplir un certain nombre de critères, à savoir : être majeure, raisonnable, digne de confiance, saine de corps et être en mesure d'éduquer et de protéger l'enfant. Si elle est mariée, son mari doit être parent de l'enfant à un degré emportant empêchement à mariage au risque d'en être privé au profit de la titulaire subséquente, sauf si elle venait à divorcer. Il faut souligner qu'à *priori* sur la question de la garde, il n'est fait mention à aucune unité de religion qui soit exigée.

661. La garde revient en principe aux femmes⁵⁰⁹, le père ayant alors un simple droit de visite⁵¹⁰. C'est ce qui explique que l'on suit la ligne maternelle dans l'ordre des degrés de parenté. À égalité de degrés, les parentes utérines priment les consanguines. Si la mère décède, qu'elle avait épousé un étranger ou si elle ne présente pas les qualités requises, son droit de garde passe à sa mère, à défaut, à l'aïeule paternelle, puis aux sœurs de l'enfant, la sœur germaine, puis la sœur utérine, puis la sœur consanguine, puis aux filles des sœurs. À défaut de toute cette lignée, la garde passe aux agnats dans l'ordre successoral, soit le père, l'aïeul, frère germain, frère consanguin puis fils du frère.

⁵⁰⁹ EBN AL QAYYIM, *Zad al-Miad fi hadi kheyr al-ibad*, op. cit., tome 5, p. 435

⁵¹⁰ AL ZOUHAILI, *Al-Fikh al-islami w adelatahou*, op. cit. tome 10, p. 73

662. Pendant toute la période de la garde, il est interdit au père de sortir l'enfant du pays de la mère sans l'accord de celle-ci. Toutefois, elle peut sortir l'enfant vers son pays d'origine sans l'accord du père, à la condition que le mariage ait eu lieu dans ce pays, et que ce pays soit assez proche du pays de résidence du père afin que l'aller et le retour soient effectués le même jour.

663. L'attribution de la garde dans l'hypothèse où il s'agit du droit de toute femme autre que la mère qui en est titulaire, doit être distinguée de l'obligation alimentaire. Cette dernière incombe en principe au père de l'enfant, sauf si ce dernier dispose de biens personnels. Dans ce cas, le père se trouve déchargé sans préjudice des versements bénévoles.

B- L'obligation d'entretien

664. Le père a une obligation alimentaire à l'égard de son jeune enfant, jusqu'à ce que le garçon soit en âge et en mesure de gagner sa vie et tant que la fille n'est pas mariée. De même, l'obligation alimentaire incombe au père à l'égard de son fils adulte, mais sans ressources et s'il ne peut gagner sa vie en raison d'une infirmité quelconque. Nul ne concourt avec lui à cette charge, à moins qu'il ne soit sans ressources et hors d'état de gagner sa vie. Dans ce cas précis, la charge de l'obligation passe à celui qui aurait remplacé le père à sa mort.

665. La pension alimentaire est due pour les ex-épouses et pour les enfants. L'ex-mari doit continuer à la verser pour les frais de logement, nourritures, vêtements, scolarité, etc., si l'ex-épouse garde les enfants.

666. L'obligation de payer une pension alimentaire repose uniquement sur père. Le père est tenu d'assurer l'entretien de l'enfant même s'il relève de la garde de sa mère et de verser à la mère une pension jusqu'à la fin de la garde. Cette pension comprend la nourriture, les vêtements, l'habitation et l'éducation, et ceci quel soit le sexe de l'enfant. Si la mère est obligée d'assurer l'entretien de l'enfant, pour n'importe quelle raison, elle devient alors la créancière du père de l'enfant qui sera tenu au remboursement de la dette aussitôt que sa situation financière le lui permettra. La somme de cette prise en

charge est appréciée selon le patrimoine du mari et selon chaque pays. Elle peut également être fixée d'un commun accord.

667. En ce qui concerne l'ex-épouse, pendant le délai de viduité, l'ex-époux doit lui payer une pension alimentaire et assurer son logement. Après l'écoulement de ce délai de viduité, elle percevra du père (d'après l'école hanéfite), une compensation financière pour la garde de leur enfant⁵¹¹ : Que le garçon relève de la garde de son père ou de sa mère, la pension alimentaire qui lui est due incombe à son père jusqu'à l'âge de la puberté ou bien jusqu'à l'âge où les jeunes de la région acquièrent en général leur indépendance financière⁵¹².

668. En ce qui concerne la fille, qu'elle relève de la garde de son père ou de sa mère, la pension alimentaire qui lui est due incombe à son père jusqu'à ce qu'elle se marie⁵¹³. Cependant, si elle décide d'exercer un travail qui est rémunéré, le père n'est plus obligé de l'entretenir financièrement. En revanche, si ce qu'elle perçoit ne suffit pas aux besoins normaux d'une jeune fille, le père est tenu d'apporter sa contribution pour compléter ce qu'elle perçoit⁵¹⁴.

669. Dans toutes les communautés, les jugements sur les pensions alimentaires s'accompagnent de moyens d'exécution coercitifs. La femme a le droit de pratiquer une saisie conservatoire et exécutoire sur les biens du mari. De même, elle peut demander l'incarcération de son mari s'il ne verse pas la pension alimentaire qui lui est due. L'épouse peut également demander au juge de contraindre l'époux à déposer une garantie bancaire ou d'autres garanties sous peine d'être soumis à une interdiction de quitter le territoire libanais. En outre, la dette résultant de la pension alimentaire autorise, comme les dettes dues à l'Etat, une saisie des salaires, traitements et pensions de retraite à concurrence de leur moitié⁵¹⁵.

⁵¹¹ AL-WAZZANI, AL-MAHDI, *Al mi'yar al-jadid*, Fès, 1328 hég., volume 11.

⁵¹² KHALIL-IBN-ESHAK, AL-DARDIR, AL-DASUKI, *Commentaire du Muktasar de Khalil*, op. cit. volume 4.

⁵¹³ AL NABOLSI, *Al fikh al-islami*, op. cit., p. 7435.

⁵¹⁴ AL ZOUHAILI, *Al fikh al-islami w adelatahou*, op. cit., p.7414.

⁵¹⁵ Art. 864 du code de procédure civile libanais.

670. L'exercice de l'autorité parentale disparaît de différentes manières. La perte de l'autorité paternelle peut être à l'origine de la majorité de l'enfant ou de la déchéance. La perte l'autorité paternelle peut être prononcée suite à la mauvaise gestion du patrimoine de l'enfant.

§ 2. La perte de l'autorité paternelle

L'autorité paternelle cesse de plein droit à la majorité de l'enfant. Elle peut cesser également pour une cause de déchéance (B).

A- La majorité de l'enfant

671. En droit musulman, la majorité diffère d'un rite à un autre. Selon le Coran, cet âge correspond à la majorité naturelle avec ses stigmates. A défaut, l'âge fixé par le rite « *Jaafarite* » est de 15 ans pour le garçon et 9 ans pour la fille.

672. Pour le rite « *hanéfite* », la majorité est atteinte à 18 ans pour le garçon et à 17 ans pour la fille⁵¹⁶. Contrairement à la loi française, le mariage dans les pays musulmans n'a aucun effet sur la capacité juridique du mineur et ne libère nullement le père de son autorité paternelle avant la majorité de l'enfant. C'est aussi la position de la jurisprudence libanaise.

673. En droit positif libanais, et conformément au Code des obligations⁵¹⁷, la majorité d'exercice de la capacité est fixée à 18 ans. Toutes les communautés l'ont adoptée dans leur statut personnel.

674. Quant à la validité du mariage, le droit ottoman de la famille applicable aux Sunnites du Liban, exige l'âge de 18 ans pour le garçon et 17 ans pour la fille pour atteindre la majorité, sauf dérogation spéciale accordée par le tribunal religieux dans le cas où la fille est pubère.

⁵¹⁶ Zad al-Miad fi hadi kheyr al-ibad, Ebn al Qayyim. p. 922.

⁵¹⁷ Art. 24, Code des obligations libanaises, ord. n°89- 126, du 14 septembre 1989.

B- La déchéance

Outre la majorité de l'enfant, la perte de l'autorité paternelle peut se produire en raison du prononcé de la déchéance par les juridictions.

675. La déchéance de la puissance paternelle ou de la tutelle emporte privation de tous les droits sur la personne et sur les biens de l'enfant. Elle peut être totale ou partielle, générale ou restreinte à un ou plusieurs enfants. Lorsque la déchéance est prononcée, l'exercice de la puissance paternelle ou de la tutelle est dévolue à un tuteur conformément aux prescriptions du statut personnel. Le Code pénal libanais a reconnu la déchéance de la puissance paternelle comme mesure de sûreté. L'article 91 dispose que *« pourront être privés de la puissance paternelle ou de la tutelle, les père, mère ou tuteur, condamnés à une peine criminelle et reconnus indignes d'exercer leur autorité sur leur enfant ou pupille »*⁵¹⁸. Quant à l'article 92, *« les dites personnes peuvent encourir la même mesure :1° Si elles sont condamnées à une peine criminelle ou correctionnelle pour une infraction commise à l'encontre de leur enfant ou descendant, ou de leur pupille, ou concurremment avec lui. 2° Si le mineur dont elles ont la garde commet un crime ou un délit qui soit imputable à une négligence dans son éducation ou à un manque habituel de surveillance »*⁵¹⁹.

676. L'article 93 du même code dispose que *« la déchéance de la puissance paternelle ou de la tutelle est perpétuelle ou temporaire de trois à quinze ans. Elle ne peut toutefois être prononcée pour une durée moindre que celle de la peine ou de la mesure de sûreté privative de liberté encourue par les père, mère ou tuteur »*⁵²⁰.

678. Dans le cadre des mesures de correction prononcées à l'encontre d'un délinquant mineur, un article concerne la puissance paternelle qui peut être suspendue sous certaines conditions. En effet, l'article 127 du Code Pénal libanais, tel qu'il a été complété par la loi du 5 février 1948, dispose que *« les mesures d'éducation autres que la remise aux père, mère ou tuteur, entraînent la suspension du droit de ces derniers à la garde et à l'éducation du mineur. Le droit de garde et d'éducation est exercé au nom*

⁵¹⁸ Art. 91, Code pénal libanais.

⁵¹⁹ Art. 92, Code pénal libanais.

⁵²⁰ Art. 93, Code pénal libanais.

du tribunal tutélaire par la personne, le chef de famille, ou le directeur de l'institution de la maison de rééducation ou de l'établissement disciplinaire à qui le mineur a été remis»⁵²¹.

679. Rappelons ici l'article 50 du Code pénal libanais, qui reconnaît que tout condamné aux travaux forcés ou à la détention sera, durant l'exécution de sa peine en état d'interdiction légale, donc privé de l'exercice de ses droits sur ses biens. On peut en déduire que le condamné sera légalement déchu de la puissance paternelle ou de la tutelle. Cette déchéance se poursuivra à sa libération si le jugement le précise en tant que mesure de sûreté.

680. En effet, il est signalé par tous les rites qui existent au Liban que le père ayant un mauvais jugement et qui s'avère être mauvais administrateur ou qui est condamné à une peine qui lui interdit pour une longue période d'exercer les charges de la tutelle, ne peut vendre les biens du mineur, même quand l'opération ne pourrait que profiter à celui-ci, si ce n'est avec l'autorisation du juge. D'un autre côté, si le père est prodigue des biens de son enfant et qu'il est incapable de les conserver, le juge désignera un tuteur et retirera les biens des mains du père pour les lui remettre à fin de conservation.

⁵²¹ Loi 5 février 1948, Art. 127, Code pénal libanais.

CONCLUSION PARTIE II

681. Au terme de cette deuxième partie consacrée à l'étude de l'égalité des époux à l'égard des effets produits par le divorce, nous sommes une nouvelle fois arrivés à la conclusion que le droit musulman libanais relatif au divorce est moins soucieux du principe d'égalité que le droit français.

682. Caractérisé par son aspect inégalitaire, le droit libanais prive la femme de son droit au remariage directement après son divorce, puisqu' elle doit respecter un certain délai pour pouvoir se remarier. Cette situation nous rappelle les dispositions du Code civil français qui prévoyait que la femme ne pouvait se remarier qu'à l'expiration d'un délai de 300 jours après la dissolution définitive d'un précédent mariage.

683. Toutefois, ce qui caractérise les inégalités en droit libanais est que la femme n'est pas la seule à faire l'objet d'un traitement différent. Il en va de même pour l'homme. Lui aussi subit des inégalités quant aux effets pécuniaires de la dissolution du mariage. La femme, quant à elle, est privée de certains droits, soit temporairement, concernant le remariage après l'écoulement du délai de viduité, soit quant à l'exercice de l'autorité parentale, dont elle n'est pas écartée, mais qu'elle ne peut exercer que subsidiairement.

684. Lors de la dissolution du mariage, l'homme est tenu de verser la part restante de la dot et le don de consolation à son ex-épouse. Pendant le délai de viduité, le droit libanais impose à l'ex-époux de lui payer une pension alimentaire (*al-nafaka*) et assurer son logement. Prolongement de cette inégalité, l'homme, contrairement à la femme, est privé du droit de faire usage du nom de famille de son ex-épouse.

685. Il convient de rappeler que le régime matrimonial qui résout les problèmes qui naissent lors de la séparation entre époux existe au Liban sous le régime de la

séparation totale des biens entre époux est la règle. Les époux conservent la gestion indépendante de leurs biens tout au long du mariage et, au moment du divorce, chaque époux reprend ses biens.

686. Ces exemples témoignent d'une parfaite inégalité existante en droit musulman libanais relatif au divorce. Cette situation ne se limite pas seulement aux effets produits à l'égard des époux, acteurs du divorce, mais atteint également les effets produits à l'égard des enfants. Contrairement au droit français, en droit libanais, l'ex-époux est tenu d'assurer l'entretien de l'enfant, même s'il relève de la garde de sa mère, et de verser à cette dernière une pension jusqu'à la fin de la garde de l'enfant. Cette situation discriminatoire découle de la qualité de chef de famille du mari qui se traduit au niveau patrimonial par le pouvoir de gestion dont il est investi et la contribution aux charges qui lui incombent.

687. Selon le droit musulman, le mariage et le divorce entraînent de lourdes responsabilités qui pèsent sur le mari. Si, en droit français, les époux doivent assumer ensemble les charges qui découlent du lien conjugal ou de sa rupture, en droit libanais, les époux n'assument pas les mêmes responsabilités, ni entre eux, ni envers les enfants. Le mari est tenu d'assurer les frais de logement, des vêtements et de la nourriture à sa famille. Cependant, le Coran lui a donné la faculté de répudier sa femme à son gré, et il a privé la femme de ce droit. Cette hiérarchie dont le but est d'assurer la paix et l'ordre au sein de la cellule familiale était d'ailleurs connue par l'ensemble des droits européens il y a une quarantaine d'années encore.

688. À noter que dans l'opinion publique libanaise, des règles comme celles qui autorisent le mari à fixer le domicile conjugal ou qui réservent au seul père le droit de donner son nom à ses enfants, apparaissent moins choquantes, car elles correspondent à un mode d'organisation de la famille dans lequel la fonction de chef de famille est assumée par le mari et le père, ce qui lui confère des prérogatives qu'il doit exercer dans l'intérêt de la famille, tout en mettant à sa charge de lourdes obligations.

CONCLUSION GÉNÉRALE

689. Au terme de ce travail, la comparaison des deux systèmes juridiques français et libanais en matière de dissolution du mariage met en exergue des divergences significatives.

690. L'égalité entre les hommes et les femmes est un principe fondamental de la société française qui s'applique à tous ceux et toutes celles qui résident sur le territoire français. Les hommes et les femmes ont les mêmes droits et devoirs. Au sein de la famille, le mari et la femme sont égaux devant la loi.

691. En France, les règles juridiques prévoyant les conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales découlant du divorce, issues de la loi 26 mai 2004, a pour ambition de mieux réguler et organiser les relations entre les époux après le prononcé de la rupture du lien matrimonial et afin d'affirmer l'aspiration des citoyens à plus de liberté et d'affirmer les références essentielles qui constituent le socle de la société, au rang desquels la valeur de l'engagement, de la solidarité et de la responsabilité. C'est ainsi que les objectifs de simplification et de pacification sont devenus les objectifs majeurs poursuivis par le législateur dans la loi du 26 mai 2004 afin de moderniser les règles afférentes à la procédure de divorce conformément aux objectifs poursuivis en matière familiale.

692. En revanche, au Liban, l'égalité entre homme et femme est loin d'être effective et cela, à plusieurs niveaux : dans la vie familiale, au travail ou en politique. Au sein de la famille, c'est la conception patriarcale qui demeure dominante. Au Liban, les rapports familiaux, encore inégalitaires, reposent sur des discriminations fondées sur le sexe. La femme libanaise a, semble-t-il, besoin d'être représentée par son époux. Dans la société libanaise, l'homme s'arroge un pouvoir de domination sur la femme, en contrepartie de la protection qu'il lui apporte. Une telle conception de la femme, victime de cette discrimination, est réductrice de la personne humaine. Pourtant, La Convention

sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁵²², ratifiée par le Liban le 16 avril 1997, invite les Etats parties à la Convention, à prendre toutes les mesures appropriées pour « *modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes* »⁵²³.

793. En droit de la famille, une discrimination certaine existe toujours à l'égard de la femme libanaise, qui peine à jouir de certains de ses droits les plus fondamentaux. L'inégalité constatée en droit musulman libanais relatif au divorce découle de l'influence du droit musulman. Le droit libanais du divorce est régi essentiellement par les règles de la loi « *hanéfite* ». Le principe d'égalité confirmé par la Constitution libanaise ne s'applique pas, nous le regrettons, en matière de divorce. L'exemple type de cette entorse au principe d'égalité constatée en droit musulman libanais est bien évidemment la répudiation. Celle-ci constitue une institution fondamentale et problématique du droit musulman classique. La répudiation correspond au droit reconnu au mari de mettre fin unilatéralement et de façon discrétionnaire ou quasi discrétionnaire, au lien conjugal. C'est cette répudiation, prérogative maritale, symbole de l'inégalité entre l'homme et la femme que la Cour de cassation libanaise a condamnée dans les arrêts du 17 février 2004.

794. Aujourd'hui, les couples qui désirent échapper à ce diktat religieux décident de se marier civilement à l'étranger. Le mariage civil au Liban est la seule solution pour assurer l'égalité entre les hommes et les femmes et pour aboutir à un droit du divorce commun à tous les citoyens libanais. Plusieurs procédures légales ont été entreprises pour permettre l'organisation du mariage civil au Liban. Le projet est maintenant entre les mains de l'autorité consultative au Ministère de l'Intérieur, dans l'attente de le faire adopter officiellement. Talal Husseini, qui est à l'origine de ce projet, a expliqué que ce mariage a été scellé conformément au décret 60 L.R. de 1936. Ce décret qui remonte au mandat français, constitue la norme qui continue à régir jusqu'aujourd'hui l'existence et le fonctionnement des communautés non musulmanes au Liban en les répartissant en

⁵²² Elle a été adoptée le 18 décembre 1979.

⁵²³ Art. 5, a)

deux catégories distinctes : « *les communautés de statut personnel* » et « *les communautés de droit commun* ».

795. Pour terminer, il convient de rappeler que le Liban a adhéré à la Charte des Nations Unies, qui dispose que tous les hommes sont libres et égaux. Ils ont les mêmes droits sans aucune discrimination. Ils sont égaux durant le mariage et lors de sa dissolution. Le Liban, en adhérant à cette Charte, s'est engagé à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'égalité des droits et des devoirs entre les hommes et les femmes. Cependant, l'adhésion à la Charte des Nations-Unies et la signature d'autres traités internationaux, il excite jusqu'à présent, une grande discrimination au détriment des femmes dans les lois en vigueur.

796. Afin de tirer toutes les conséquences découlant du principe d'égalité consacré par la Constitution libanaise, il convient d'accorder à la femme les mêmes prérogatives que celles attribuées à l'homme en matière de divorce. Dès lors, une intervention législative est nécessaire et indispensable. Cette intervention ne peut se faire sans consultation des associations qui militent pour une égalité effective. Il faut également s'inspirer des autres systèmes juridiques qui ont une expérience avancée en la matière, comme le droit français par exemple, d'où l'intérêt de cette étude qui met en lumière les avantages de ce système juridique, sans pour autant établir Cette une transposition des règles françaises en droit libanais, mais plutôt à travers une adaptation de la société libanaise pour établir des règles instaurant une égalité entre homme et femme. Jean-Etienne Marie Portalis affirmait « *les lois sont faites pour les Hommes et non les Hommes pour les lois* »⁵²⁴.

⁵²⁴ Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801.

Bibliographie

- De droit français

I. Traités et ouvrages généraux : traités, manuels, dictionnaires

- **ALLAND (D.) et RIALS (S.)** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.
- **AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.)**, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 15^e éd., 2014.
- **BATTEUR (A.)**
Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille, LGDJ, 2013.
Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés, LGDJ, 7^e éd., 2013.
- **BÉNABENT (A.)**, *Droit de la famille*, Montchrestien, 2014.
- **BERNARD-XÉMARD (C.)**, *Droit civil, Les personnes, La famille*, Gualino, 2013-2014.
- **BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.)**, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^e éd., 2014.
- **BONNET (V.)**, *Le droit de la filiation*, L'Harmattan, 2012.
- **BOULANGER (F.)**, *Droit civil de la famille, Aspects comparatifs et internationaux*, 3^e éd., tome 1, Economica, 1997 ; tome 2 Economica, 1994.
- **BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.) et LABORDE-LACOSTE (M.)**, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947.
- **BRUN-WAUTHIER (A.-S.)**, *Régimes matrimoniaux*, Paradigme, 4^e éd., 2014.
- **BRUSORIO-AILLAUD, (M.)**, *Droit des personnes et de la famille*, 1^{re} éd., Paradigme, Larcier, 2014.
- **BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**, *Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Dalloz, 18^e éd., 2013.
- **CADIET (L.) et JEULAND (E.)**, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2013.
- **CAPITANT (H.), TERRÉ (F.) et LAQUETTE (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008.
- **CARBONNIER (J.)**
Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, tome 1, PUF, 2004.
La famille, L'enfant, Le couple, PUF, 21^e éd. 2002.
La famille, tome 2, PUF, 2^e éd., 1993.

- **CHAMPENOIS (G.)**, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., A. Colin, 2001.
- **CICCHELLI-PUGEAULT (C.) et CICCHELLI (V.)**, *Les théories sociologiques de la famille*, La Découverte, 1998.
- **COMMAILLE (J.), STROBEL (P.) et VILLAC (M.)**, *La politique de la famille*, La Découverte, 2002.
- **CORNU (G.)**
(dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014.
Introduction au droit, Montchrestien, 13^e éd., 2007.
La famille, Montchrestien, 9^e éd., 2006.
- **COURBE (P.)**, *Droit de la famille*, Dalloz, 6^e éd., 2013.
- **COURBE (P.) et GOUTTENOIRE (A.)**, *Droit de la famille*, 6^e éd., A. Colin, 2013.
- **DÉCHAUX (J.-H.)**, *Sociologie de la famille*, La découverte, 2007.
- **DOUCHY-OUDOT, (M.)**, *Droit civil, Introduction, Personnes, Famille*, 7^e éd., Dalloz, 2013.
- **ESMEIN (A.)**, *Le mariage en droit canonique*, t. 1 et 2, par R.GÉNESTAL, 2^e éd., Sirey, 1929.
- **FAVOREU (L.) et PHILIP (L.)**, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz, 17^e éd., 2013.
- **FENET (A.)**, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 1, 1827.
- **FOSSIER (T.)**, *L'autorité parentale*, 2^e éd., Thiron, ESF, 2002.
- **GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.)**, *Introduction générale*, LGDJ, 1990.
- **GRANET (F.) et HILT (P.)**, *Droit de la famille*, 4^e éd., PUG, 2014.
- **HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.)**
La famille, Fondation et vie de la famille, LGDJ, 2^e éd., 1993.
La famille, Dissolution de la famille, LGDJ, 1991.
La famille, Fondation de la famille, LGDG, 1^{re} éd. 1989.
- **LEFEBVRE-TEILLARD (A.)**, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1998.
- **LELEU (Y.-H.)**, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2^e éd., 2010.
- **MALAUURIE (PH.)**
Les successions. Les libéralités, Défrenois, 5^e éd. 2012.
La famille, Cujas, 6^e éd., 1998.
- **MALAUURIE (PH.) et FULCHIRON (H.)**, *La famille*, Défrenois, 4^e éd., 2011.
- **MALAUURIE (PH.) et MORVAN (P.)**, *Introduction générale*, Défrenois, 5^e éd., 2014.
- **MASSIP (J.)**
Le nouveau droit de la filiation, Défrenois, 2006.
Le nouveau droit du divorce, 2^e éd., Défrenois, 2005.
- **MAZEAUD (H., L. et J.)**
Introduction à l'étude du droit privé, Droits, preuves, personnes, famille, incapacités, Montchrestien, 3^e éd., 1995.

Leçons de droit civil, Famille, incapacités, tome 1, par M. DE JUGLART, Montchrestien 4^e éd., 1967.

- **MIRKOVIC (A.)**, *Droit civil, Personnes, Famille*, 3^e éd., Studyrama, 2010.
- **MURAT (P.)** (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz, 6^e éd., 2013.
- **MURAT-SEMPIETRO (M.-P.) et TRAMBOUZE (V.)**, *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*, Litec, 2006.
- **OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.)**, *Histoire du droit privé, Le droit familial*, tome 3, PUF, 1968.
- **REY-DEBOVE (J.) et REY (A.)**, *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015.
- **SEGALEN (M.)**, *Sociologie de la famille*, A. Colin, 6^e éd. 2008.
- **DE SINGLY (F.)**
Sociologie de la famille contemporaine, A. Colin, 4^e éd. 2010.
Sociologie de la famille contemporaine, A. Colin, 3^e éd. 2007.
- **SZRAMKIEWICZ (R.)**, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, 1995.
- **TERRÉ (F.) et FENOUILLET (D.)**
La famille, Dalloz, 8^e éd., 2011.
Les personnes, La famille, les incapacités, Dalloz, 8^e éd., 2012.
- **TERRÉ (F.) et SIMLER (P.)**, *Les régimes matrimoniaux*, 6^e éd., Dalloz, 2012.
- **THÉRY (I.)**, *Le démariage Justice et vie privée*, 3^e éd., Odile Jacob, 2001.

II. Ouvrages spéciaux : monographies, thèses et travaux collectifs

- **ARIÉS (PH.)**, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien régime*, Seuil, 1973.
- **ASSOCIATION H. CAPITANT**
Aspects de l'évolution récente du droit de la famille, Economica, 1990.
La protection de l'enfant, Economica, 1981.
- **AUNE (A.-C.)**, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, PUAM, 2007.
- **BARRÉ-PÉPIN (M.) et COUTANT-LAPALUS (C.)** (dir.), *Logement et famille : des droits en question*, Dalloz, 2005.
- **BERTHET (P.)**, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, L'Harmattan, 2001.
- **LE BORGNE-UGUEN (F.) et REBOURG (M.)** (dir.), *L'entraide familiale : régulations juridiques et sociales*, PU Rennes, 2012.
- **DE BOYSSON (B.)**, *Mariage et conjugalité, Essai sur la singularité matrimoniale*, thèse, Lyon III, 1992.
- **BERTHET (p.)**, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, L'Harmattan, 2000.

- **BRANLARD (J.-P.)**, *Le sexe et l'état des personnes, Aspects historique, sociologique et juridique*, LGDJ, 1993.
- **BRUNETTI-PONS (C.)** (dir.), *La notion juridique du couple*, Economica, 1998.
- **BURGUIÈRE (A.), KLAPISCH-ZUBER (C.), SÉGALEN (M.) et ZONABEND (F.)**
(dir.), *Histoire de la famille, Mondes lointains, mondes anciens*, A Colin, 1986.
(dir.), *Histoire de la famille, Le choc des modernités*, A. Colin, 1986.
- **BONNET (V.)**, *Le mariage à l'épreuve de la volonté des époux*, thèse, Lyon III, 1995.
- **CARBONNIER (J.)**
Sociologie juridique, PUF, 2004.
Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 2001.
Essais sur les lois, Défrenois, 1995.
- **CHOQUET (L.-H.) et SAYN (I.)** (dir.), *obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, LGDJ, 2000.
- **DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.)**
Les droits de l'enfant, PUF, 2006.
L'égalité des sexes, Dalloz, 1998.
Rénover le droit de la famille, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la justice, Paris, La documentation française, 1999.
- **DELECOURT (F.)**, *L'enfant dans les recompositions familiales*, thèse, Lille II, 1994.
- **DELFOSSÉ (M.-L.)**, *Le lien parental*, LGDJ, 2003.
- **DERRIDA (F.)**, *L'obligation d'entretien : obligation des parents d'élever leurs enfants*, Dalloz, 1952.
- **FERRAND (J.)**, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire... le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle (1789-1889)*, thèse, Grenoble 11, 2000.
- **FULCHIRON (H.)** (dir.), *Mariage_ Conjugalité_ Parenté_ Parentalité, coll. Thèmes et commentaires*, Paris, Dalloz, 2009.
- **LE GALL (D.) et MARTIN (C.)** (dir.), *Familles et politiques sociales, Dix questions sur le lien familial contemporain*, L'Harmattan, 1996.
- **GANGHOFER (R.)** (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, PU Strasbourg, 1992.
- **GARAUD (M.)**, *La révolution française et la famille, Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804)*, PUF, 1978.
- **GRATALOUP (S.)**, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, LGDG, 1998.
- **LAMARCHE (M.)**, *Les degrés du mariage*, thèse, Bordeaux IV, 1997.
- **LELEU (Y.-H.) et PIRE (D.)** (dir.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 janvier 2007*, Larcier, 2007.
- **LEVENEUR (L.)**, *Situations de fait et droit privé*, LGDG, 1990.

- **LEVY (M.-F.)** (dir.), *L'enfant et la famille et la révolution française*, O. Orban, 1990.
- **NEIRINCK (C.)** (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008.
- **PÉLISSIER (J.)**, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, LGDJ, 1961.
- **TERRASSON DE FOUGÈRES (A.)**, *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction (essai de droit comparé interne)* thèse, Paris II, 1994.
- **VASSEUR-LAMBRY (F.)**, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000.

III. Articles et chroniques

- **BATIFFOL (H.)**, « *Existence et spécificité du droit de la famille* », APD 1975, tome 20, p.7
- **BELLIOT (N.) et DELMEIRE (Y.)**, « *La place contemporaine du mariage dans la vie de couple* », in *les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, C. Neirinck (dir), PUAM, 2008, p. 29.
- **BELLIVIER (F.)**, « *Divorce, Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce* », RTD civ. 2004, p. 565.
- **BÉNABENT (A.)**, « *La réforme du divorce article par article* », *Défrenois* 2004, p.49 et p.76.
- **BOSSE-PLATIÈRE (H.)**
« *La réforme du divorce et les textes de procédure civile* », *Procédures* 2006, Étude 13.
« *L'autorité parentale après la loi du 4 mars 2002* », *IS* 2003, p. 62.
- **BOULANGER (F.)**, « *Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002* », *D.* 2002, p. 1571.
- **BRAZIER (M.)**, « *Le nouveau divorce : l'échec conjugal sans faute* », *Gaz. Pal.* 17 février 2002, p. 300.
- **BRIÈRE (C.)**, « *La coparentalité : mythe ou réalité ? (Commentaire de la loi n° 2002-305 DU 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale)* », *RDSS* 2002/3, p. 567.
- **BRUNETTI-PONS (C.)**
« *Reflétions autour de l'évolution du droit de la famille, 1^{re} partie* », *Dr. fam.* 2003. Chron. 15.
« *Reflétions autour de l'évolution du droit de la famille, 2^e partie* », *Dr. fam.* 2003. Chron. 17.
- **CRUEGE (M.-D.)**, « *Propos critique sur le divorce pour rupture de la vie commune : du mariage-sanction au divorce-lésion* », *Gaz. Pal.* 1977. doct. 441.

- **DANDOY (N.)**, « *La réforme du divorce : les effets alimentaires* » RTDF 2007/4, p.1065.
- **DAVID (S.)**, « *La fixation de la prestation compensatoire* », AJ fam. 2007, p. 108.
- **FULCHIRON (H.)**, « *L'autorité parentale rénovée (Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale)* », Défrenois 2002, art. 37580.
- **FULCHIRON (H.) et DAUBRICOURT (R.)**, « *La prestation compensatoire, mythes et réalités* » D. 2010, p. 2170.
- **GRANET (F.)**, « *Les préoccupations dominantes dans les législations européennes actuelles en matière d'autorité parentale* » in *l'autorité parentale en question*, F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (dir.), PU Septentrion, 2003, p. 189.
- **HAUSER (J.) et DELMAS-SAINT-HILAIRE (PH.)**, « *Volonté et ordre public dans le nouveau divorce* », Défrenois 2005, art. 38115.
- **HILT (P.)**
La résidence alternée : le point sur une jurisprudence partagée, AJ fam., novembre 2001, p. 43.
Loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : les juges ne suivent pas toujours, AJ fam., sep. 2003, p. 288 et s.
- **HENAFF (G.)**, « *La communauté de vie du couple en droit français* », RTD civ. 1996, p. 551.
- **LAMARCHE (M.)**
« *Que restera-t-il du mariage ?* », Dr. fam. 2010. Alerte 72.
« *L'obligation d'assistance entre époux* », Dr. et patr. 2000, n° 85, p. 67.
- **LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**, « *La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code Civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste* », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etude offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 83.
- **LASBATS (M.)**, « *Le maintien des liens avec les parents* », AJ fam. 2007, p. 72.
- **LEMOULAND (J.-J.)**
« *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce* » D. 2004, p. 1836.
« *Le couple en droit civil* » Dr. fam. 2003. Chron. 22, p.11.
- **MASSIP (J.)**, « *Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille* », Défrenois 1990, art. 34682, p. 149.
- **MAYAUX (L.)**, « *L'égalité en droit civil* » JCP 1992. I. 3611.
- **MEULDERS-KLEIN (M.-T.)**
« *La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale* », in « *La personne la famille et le droit, 1968-1998, Trois décennies de mutations en occident* », Bruylant/LGDJ, 1999, p. 53.
« *L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat et au-delà* », in « *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours* », R. Ganghofer (dir.), PU Strasbourg, 1992, p. 215.

« *La problématique du divorce dans les législations d'Europe* », RIDC 1989, p. 7.

- **MURAT (P.)**

« *Les régimes matrimoniaux et les régimes pacsimoniaux à l'épreuve de la rupture des couples* », JCP 2001, p. 1206.

« *La puissance paternelle et la révolution française : essai de régénération de l'autorité des pères* », in *La famille, la loi, l'État. De la Révolution au Code Civil*, I. Théry et C. Biet (dir.), Centre G. Pompidou, 1989, p. 390.

- **PETERKA (N.)**, « *Le nouveau visage des libéralités familiales au lendemain de la loi du 23 JUIN 2006* », Gaz. Pal. 9 novembre 2006, doct. 3555. p. 4-11.

- **POUMARÈDE (J.)**, « *De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution* », LPA 9 mars 2012, n° 50, p. 13.

- **RENAUD (B.)**, « *Demain la famille : quel concept ?* », LPA 28 avril 1999, n° 84, p. 22.

- **VAUVILLÉ (F.)**, « *Du principe de coparentalité* », LPA 18 octobre 2002, n° 209, p.

- De droit Libanais

I. Ouvrages en langue française

- **AMIRMOKRI (V.)**, *L'islam et les droits de l'homme*. L'islamisme, le droit international et le modernisme islamique, P.U. Laval, 2004.
- **AI-DEEB ABU-SAHLEIH (S.)**, *Manuel de droit musulman et arabe*, Centre de droit arabe et musulman, 2012.
- **AL-MOKHTAR (H.)**, *Le mariage mutaa entre l'intégrisme et le rejet de la société*, al Nahar, 6 juin 1998.
- **AOUN (S.)**
Mots clés de l'islam, Médiapaul, 2007.
Aujourd'hui l'islam. Fractures, intégrisme et modernité, Médiapaul, 2007.
L'islam entre tradition et modernité. Varia, 2007.
- **BOTIVEAU (B.)**, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*. Direction de la recherche de ministère de l'éducation nationale. éd. 1993.
- **BOUSQUET (G.-H.) et EL-BOKHARI**, *L'authentique traduction musulmane*, Fasquelle, 1964.
- **BILANI (B.)**, *Droit et religion*, CEDROMA, éd. Bruylant, 2003.
- **CHARBONNEAU-BLOOMFIELD (A.)**, *L'islam en France*. De l'image vécu (centre nationale de formation européenne) éd. 2002.
- **CHEHATA, (C.)**, *Droit musulman*, applications au proche orient, Dalloz, 1970.
- **DUPRET (B.)**
La hanéfite comme référant législatif: du droit positif à l'anthropologie du droit, 1996, Egypte, monde arabe, 25, p. 121.
La hanéfite aujourd'hui, Usages de la référence au droit islamique, La découverte, 2012, p. 114.
- **EL HOUEISS (R.)**
Le régime des biens des époux dans le droit libanais, thèse Paris, 1978.
Conflits internes de lois et de juridictions. Revue de droit international et de droit comparé, 1981, p. 105.
- **FAUROUX (R.)**, *L'islam dans la république*, Haut Conseil a l'intégration 2000.
- **GANNAGÉ (P.)**
L'évolution de la législation du statut personnel au Liban et ses dangers, Revue égyptienne de droit international, éd. 1952.
Droit intercommunautaire et droit international privé, journal du droit international 1983, p. 479 et S.
La famille, in *Le droit libanais*, éditions L.G.D.J. 1963, tome 1, p. 84.
- **GANNAGÉ (L.)**
Droit et Religion, CEDROMA, Ed. Bruylant, 2003.

Mots-clés de l'Islam. Éditions Médiapaul, 2007.

Aujourd'hui l'Islam. Fractures, intégrisme et modernité. éd. Médiapaul, 2007.

L'Islam entre tradition et modernité. Éditions Varia. 2007.

- **HUSSEINI-BEGDACHE (R.)**, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Paris LGDJ., Coll. thèse, 2002.
- **HAGE-CHAHINE (F.)** *Droit et religion*, CEDROMA, éd. Bruylant, 2003.
- **HAYKAL (R.)** *La typologie des religions au Liban*, Alpes, volume 1, p 27.
- **KANAFANI-ZAHAR (A.)**, *Les tentatives d'instaurer le mariage civil au Liban : l'impact des Tanzimat et des reformes mandataires*, 2006, in LUIZAR P.-J, *Le choc colonial et l'Islam, La découverte*, paris, p. 427.
- **LAVOREL (S.)**, *Les constitutions arabes en islam (les enjeux du pluralisme juridique)*, P.U. Québec, éd. 2005.
- **LEMINE (B.)**, *La femme en islam guide pratique de droit de successions*, éd. 2010.
- **LINANT DE BELLEFONDS (Y.)**
Traité de droit musulman comparé, tome 2, Paris, La Haye, Mouton et Cie, 1966.
La répudiation dans l'islam aujourd'hui, RTD, 1962.
- **MILLIOT (L.) et BLANC (F.-P.)**, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2^e éd., Sirey, 2001.
- **MOUKARZEL-HOUCHAIME (A.)**
Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban, Droit et cultures, L'Harmattan, 2010, p. 121 et s.
Les règles de base en matière de succession, Le Commerce du Levant, Hors-série, 2010.
- **MAHMASSANI (S.)**, *Les principes du Chareh et du droit*, Beyrouth, 6^e édition, 1977.
- **MAGHNIEH (M.-J.)**, *Les règles du Chareh*, El maktaba el adhliya, Beyrouth, 1961, 2^e éd., pp.89.
- **MÉOUCHY (N.)**, *La réforme des juridictions religieuses en Syrie et au Liban, raison de la puissance mandataire et raisons des communautés, 19721-1939*, in P.-J. Luizard, *Le choc colonial et l'Islam, La découverte*, p. 359-382.
- **NAJJAR (I.)**
Le droit de la famille au Liban au XVIIIe et XIXe siècle : contribution à l'étude du droit des non-musulmans sous l'empire ottoman, Proche-Orient : Etudes juridiques, 1987, 40, p. 9.
Droit patrimonial de la famille, droit matrimonial et successions, éd. 2003.
Le nouveau projet de loi successorale au Liban, éd 2001.
- **RABBATH (E.)**, *La formation historique du Liban politique et constitutionnel*, P.U. libanaise, Beyrouth, 1973, p.38.
- **RAJEH (A.)**, *Les Biens Wakfs dans les législations: vision historique et commentaires à la législation en vigueur*, Editions de l'Université Antonine, 2007.
- **SCHACHT (J.)**, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve, Larose, éd. 1999.

- **TRABOULSI (I.)**, *Les derniers développements en matière de statut personnel au Liban et en Egypte*, CEDROMA, 2006.

II. Ouvrages en langue arabe

- **ABDALLAH EBN MITAH**, *Al-muntaza, al-mukhtar*, la Caire, 1332 hég., volume 4.
- **ABU DAOUD**, *Sunan Abou Daoud*, le Caire 1392 hég. volume 5, n° 2277.
- **AL CHAFII, AHMAD IBN HANBAL**, *Fatawa al-maraa al mouslima*, le Caire 1543 hég. Tome 2.
- **AL-WAZZANI, AL-MAHDI**, *Al mi'yar al-jadid*, Fès, 1328 hég. Volume 11.
- **AL-DASUKI**, *Hashiya ala shareh*, Ahmad al-dardiri, le Caire 1323 hég. Volume 4.
- **AL-HATTAB**, *Commentaire du mukhtasar de Khalil*, le Caire, 1329 hég. Volume 6.
- **AL-KHARSHI**, *Commentaire du mukhtasar de khalil*, avec glosse de Al-Adawi, le Caire, 1317 hég. Volume 4.
- **AL-ZOUHAILI**, *Al fikh al-islami w adelatahou*, le Caire, 1321 hég. tome 4.
- **AL-NABOULSI**, *Al fikh al islami*, le caire, 1329 hég. tome 5.
- **AL-JAZIRI**, *Fikh al madahib al arbaa*, le Caire, 1345 hég. tome 4.
- **AL-HUSSEINI (T.)**, *Al zawaj al madani*, Dar al-saqi, 2013.
- **ABOU BAKER AL BAQILLANI**, *AL Hidaya*, le Caire 1432 hég. tome 1.
- **EBN AL QAYYIM**, *Zad al miad de hadi kheir al ibad*, le Caire, 1382, tome 5.
- **IBN HAJJAR**, *Fath al-Bari*, le Caire 1329 hég. tome 9, p. 322.
- **KHALIL-IBN-ESHAK, AL-DARDIR, AL-DASUKI**, *Commentaire du du Mukhtasar de Khalil, op. cit.* volume 4.
- **IBN RUSHD AL-QURTUBI**, *Bidâyah Al-Mujtahid*, le Caire 1231 hég., volume 2, volume 2, chapitre du talâq.
- **SHAH WALI**, *Hujjat Allah al balligha*, le caire, 1321 hég. tome 2.
- **TAKIEDDINE (S.)**, *Al-Qadaa fi Lubnan*, Dar Al Jadid, 1996.
- **YAGHHI (A.-H)**, *Al-Zawaj al dini fi Lubnan*, Dar al Hadi, 2000.

Table de jurisprudence

(Classement par ordre chronologique)

I. Juridictions françaises

A. Cour de cassation

- Civ. 1^{er}, 17 mai 1938, DH 1938.465, RTC civ. 1938.771, obs. G. LAGARDE ; Req. 17 mars 1943, S. 1943.I.107 ; RTD civ 1943.251, obs. G. LAGARDE.
- Civ. 2^e, 14 juin 1950, JCP 1950.5872. note crit. JACK-MAYER.
- Civ. 2^e, 28 novembre 1951, JCP 1952II6727 ; 13 février 1963, Bull. civ. II, n° 137 ; 6 mai 1964, Bull. civ. n° 347.
- Civ. 2^e, 11 juin 1954, D. 1954.566
- Civ. 7 mai 1951, D. 1951.472
- Civ. 7 mai 1951, D. 1951.472
- Civ. 2^e, 5 juillet 1956, D. 1956.609 ; 12 mai 1960, Bull. civ. II, n° 309
- Civ. 2^e, 5 juillet 1956, D. 1956.609 ; 12 mai 1960, Bull. civ. II, n° 309
- Civ. 2^e, 4 janvier. 1958, Bull. civ. II, n° 9
- Civ. 2^e, 5 octobre 1960, Bull. civ. II, n° 533 ; 19 janvier 1961, Bull. civ. II, n° 55 ; 16 octobre 1964, Bull. civ. II. n° 624 ; 12 février 1987, Gaz. Pal. 1987. Pan. 217.
- Civ. 2^e, 7 novembre 1962, Bull. civ. II, n° 699.
- Civ. 2^e, 4 avril 1962, Bull. civ. II, n° 370
- Civ. 2^e, 29 mai 1963, Bull. civ. II, n° 402
- Civ. 2^e, 11 avril 1964, Bull. civ. II, n° 276.
- Civ. 2^e, 3 janvier. 1964, Bull. civ. II, n° 4.
- Civ. 2^e, 5 décembre 1962, Bull. civ. II, n° 772 ; 22 mai 1963, Bull. civ. II, n° 368.
- Civ. 2^e, 31 octobre 1962, Bull. civ. II, n° 683
- Civ. 2^e, 7 janvier 1970, Bull. civ. II, n° 2
- Civ. 2^e, 3 juin 1970, Bull. civ. II, n° 196
- Civ. 2^e, 2 février 1972, D. 1972.295 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, D. 1985. Chron. 223.
- Civ. 2^e, 3 mars 1976, JCP 1976.IV.233.
- Civ. 1^{er}, 16 novembre 1978, n° 77-13570, bull. civ., n° 235.
- Civ. 2^e, 11 juillet 1979, Bull. civ. II, n° 206.
- Civ. 2^e, 11 juillet. 1979, Bull. civ. II, n° 206 ; JCP 1980.II.19400, note R. LINDON ; D. 1981. IR. 70, note A. BRETON.
- Civ. 2^e, 11 juillet 1979, Bull. civ. II, n° 206.

- Civ. 2^e, 28 mars 1979, D. 1980.297 et Defrénois 1980, art. 32324, note J. MASSIP ; JCP 1979.II.19231, note R. LINDON ; RTD civ 1980, 557, obs. A. NERSON et R. RUBELLION-DEVICHI.
- Civ. 2^e, 11 juillet 1979, Bull. civ. II, n° 208.
- Civ. 2^e, 11 juillet 1979, Bull. civ. II, n° 208.
- Civ. 2^e, 2 octobre 1980, Bull. civ. II, n° 193 ; D. 1981. IR. 70, note A. BRETON.
- Civ. 2^e, 2 octobre 1980, Bull. civ. II, n° 193 ; Cass. Civ. 2^e, 25 jan.1984, Bull. civ. II, n° 12.
- Civ. 2^e, 2 octobre 1980, Bull. civ. II, n° 193 ; Cass. Civ. 2^e, 25 jan.1984, Bull. civ. II, n° 12.
- Civ. 2^e, 23 avril 1980, Gaz. Pal. 1981.1.89, note J. MASSIP.
- Civ. 1^{re}, 26 mars 1980, D. 1980, IR 438, obs. A. BENABENT. RTD civ. 1981, p.619.
- Civ. 2^e, 23 avril 1980, Bull. civ. II, n° 80. Gaz. Pal. 1981.1.89, note par J. MASSIP.
- Civ. 2^e, 30 janvier. 1980, Bull. civ. II, n° 17 ; JCP 1981.II.19521, note R. LINDON ; Defrénois 1980.1206, note J. MASSIP ; D. 1981. IR. 70, note A. BRETON.
- Civ. 2^e, 29 octobre 1980, Bull. civ. II, n° 227 ; 24 février 1982, D. 1983. IR. 38, obs. J.-Cl. GROSLIÈRE.
- Civ. 2^{ème}, 22 octobre 1980, n° 79-10545, Bull. civ. II, n° 215.
- Civ. 2^e, 18 juin.1981, Gaz. Pal. 1982.1.14, note J. VIATTE.
- Civ. 2^e, 18 juin.1981, Gaz. Pal. 1982.1.14, note J. VIATTE.
- Civ. 2^e, 29 septembre 1982, Bull. civ. II, n° 116 ; Defrénois 1983, art. 33133, n° 75, obs. J. MASSIP.
- Civ. 2^e 16 juillet 1982, bull. civ. II, n° 106; D. 1982, IR 426, Defrénois 1983, art. 33082, n° 42, obs. J. MASSIP.
- Civ. 2^e, 15 décembre 1982, Bull. civ. II, n° 164.
- Civ. 2^e, 21 mars 1983, Bull. civ. II, n° 86 ; D. 1984,53, note T. MOUSSA ; JCP G 1984, II, 20163, note A. DEKEUWER ; Defrénois 1983, art. 33174, n° 119, obs. J. MASSIP ; RTD civ. 1984,95, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.
- Civ. 2^e, 3 mars 1983, Bull. civ. II, n° 65 ; D. 1983. IR. 137.
- Civ. 2^e, 26 janvier 1984, JCP 1984, II, 20310, obs. A. BLAISSE.
- Civ., 12 juillet 1984, Bull. civ. II, n° 133.
- Civ. 2^e, 27 juin 1985, *Bull. civ. II*, n° 131 ; D. 1989, p. 230, obs. BÉNABENT
- Civ. 2^e, 8 octobre 1986, Bull. civ. II, n° 144.
- Civ. 2^e, 4 juin 1986, *Bull. civ.*, II, n° 86, p. 59.
- Civ. 2^e, 26 novembre 1986, Bull. civ. II, n° 174.
- Civ. 2^e, 21 juillet 1986, D. 1987, som. 275, obs. J.-CL. GROSLIÈRE.
- Civ. 2^e, 16 juillet 1987, D. 1987, Jur. p. 582, note J.-C. GROSLIERE ; 4 octobre 1995, Defrénois 1996, p. 1344.

- Civ. 2^e, 6 mars 1987, D. 1987.358, note GROSLIERE
- Civ. 2^e, 15 janvier 1987, Bull. civ. II n° 8
- Civ. 2^e, 12 octobre 1988, Bull. civ. II, n° 195.
- Civ. 2^e, 11 octobre 1989, Bull. civ. II, n° 179 ; Defrénois 1990.298, obs. J. MASSIP.
- Civ. 2^e, 11 octobre 1989, Bull. civ. II, n° 168 ; 17 mars 1993, Bull. civ. II, n° 111.
- Civ. 2^e, 11 déc. 1991, Bull. civ. II, n° 343 ; Defrénois 1992.724, obs. J. MASSIP.
- Civ. 2^e, 13 novembre 1991, Bull. civ. II n° 303
- Civ. 2^e, 16 janvier 1991, Bull. civ. II, n° 18
- Civ. 2^e, 13 novembre 1991, Défrénois 1992, p. 721 obs. J. MASSIP ; Bull. civ. II, n° 303 ; 18 mars 1992, Bull. civ. II, n° 90 ; Defrénois 1993.644, note L. FORGEARD.
- Civ. 2^e, 13 novembre 1991, Bull. civ. n° 303 ; Defrénois 1992, art. 32595, n°43, obs. J. MASSIP.
- Civ. 2^e, 25 mars 1991, Bull. civ. II, n° 99
- Civ. 1^{re}, 31 mars 1992, Bull. civ. I n° 97 ; RTD civ. 1993.105, obs. J. HAUSER
- Civ. 1^{re}, 20 janvier 1993, Bull. civ. I n° 22 ; A. BÉNABENT.
- Civ. 2^e, 25 mai 1994, Bull. civ. II, n° 137 ; JCP 1995.I.3816, obs. F. FERRÉ - ANDRÉ ; 19 octobre 1994, Bull. civ. II, n° 198 ; 10 juillet 1996, Bull. civ. II, n° 199 et 200 ; 4 mars 1998, Bull. civ. II, n° 68.
- Civ. 2^e, 25 mai 1994, n° 93-10873, Bull. civ. II, n° 135.
- Civ. 1^{re}, 18 octobre 1994, Bull. civ. I n° 292 ; RTD civ. 1995. 337, obs. HAUSER
- Civ. 2^e, 31 mai 1995, Bull. civ. II, n° 165.
- Civ. 2^e, 14 janvier 1998, Bull. civ. II, n° 13 ; Dr. Fam. 1998, n° 64, n. H. LÉCUYER ; Defrénois 1998, 1387, obs. J. MASSIP ; RTD civ. 1998, 349, obs. J. HAUSER.
- Civ. 2^e, 14 janvier 1998, *Bull. civ. II*, n° 12 ; RTD civ. 1999, 172, obs. B. VAREILLE.
- Civ. 2^e, 4 mars 1998, Bull. civ. II, n° 67
- Civ. 2^e, 27 mai 1998, RTD civ. 1998.661, obs. J. HAUSER ; 24 février 2000, Dr. fam. 2000, n° 57, note H. LÉCUYER.
- Civ. 2^e, 25 novembre 1999, Bull. civ. II n° 177 ; Defrénois 2000.1051, note MASSIP.
- Civ. 2^e, 25 mai 1994, *Bull. civ. II*, n°135
- Civ. 2^e, 30 novembre 2000, Bull. civ. II, n° 157.
- Civ. 2^e, 30 novembre 2000, D. 2001. IR. 41 ; RTD civ. 2001.114, obs. J. HAUSER

- Civ 1^{re}, 25 janvier 2000, Bull. civ. I, n° 19 ; D. 2000. AJ. 103, obs. A. LIENHARD ; Dr. fam. 2000, n° 48, note H. LÉCUYER.
- Civ. 2^e, 13 décembre 2001, Dr. fam. 2002, n° 43, obs. H. LÉCUYER ; 7 février 2002, RJPF 2002-4/23, Chr. M. GUERDER ; 7 mai 2002, RDT civ. 2002.491, obs. ; J. HAUSER.
- Civ. 2^e, 13 décembre 2001; Dr. fam. 2002, n° 43, obs. H. LÉCUYER ; 7 mai 2002, Bull. civ. II, n° 88
- Civ. 2^e, 21 déc. 2000, D. 2001, somm. 84, p. 32.
- Civ. 1^{re}, 12 septembre 2002, Bull. civ. II, n° 180 ; Défrénois 2003.117, obs. J. MASSIP; Dr. fam. 2003, n° 26, note H. LÉCUYER ; RTD civ. 2002.784, obs. J. HAUSER.
- Civ. 2^e, 14 novembre 2002, Gaz. Pal. 1986. Pan. 246.
- Civ. 2^e, 14 novembre 2002, Bull. civ. II, n° 256.
- Civ. 2^e, 7 mars 2002, RTD civ. 2002.275, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1^{re} 28 octobre 2003, *Bull. civ. I*, n° 215, p. 169 ; *Defrénois* 2004, art. 37867, n° 8 p. 143, obs. J. MASSIP.
- Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, D. 2005, p. 232, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1^{re}, 14 décembre 2004, Bull. civ. I, n° 1866 ; JCP éd. G 2005, IV, n° 1214
- Civ 1^{re}, 11 janvier 2005, Bull. civ. I, n° 16 ; *Defrénois* 2005.1050, obs. J. MASSIP.
- Civ. 1^{re}, 22 mars 2005, AJ fam. 2005, p. 200.
- Civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, JCP G 2005, IV, n° 2967 ; Dr. fam. 2005, n° 212, obs. V. LARRIBAU- TERNEYRE.
- Civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, n° 04-12755
- Civ. 1^{re}, 8 février 2005, Bull. civ. I, n° 62 ; *Defrénois* 2005 art.1841, n° 1841, note J. MASSIP.
- Civ. 1^{re}, 11 janvier 2005, Bull. civ. I, n° 13.
- Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, D. 2007.609, obs. L. WILLIATTE-PELLITTERI.
- Civ. 1^{re}, 11 juin 2006, Bull. civ. I n° 380 ; *Defrénois* 2006.1773, note J. MASSIP ; RTD civ. 2006.743, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1^{re}, 28 février 2006, Bull. civ. I. n° 112.
- Civ 1^{re}, 30 octobre 2006, *Défrénois* 2007, p. 302, obs. J. MASSIP.
- Civ. 1^{re}, 14 février et 28 mars 2006, D. 2007.616, obs. G. SERRA.
- Civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, D. 2008.807.
- Cass. Civ. 1^{re}, 9 janvier 2007 ; Dr. fam. 2007, n° 37, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; AJ fam. 2007, p. 272, note S. DAVID ; RTD civ. 2007, p. 321, note J. HAUSER.
- Civ. 1^{re}, 24 mai 2007, Bulletin 2007, I, n 209.
- Civ. 1^{re}, 6 mars 2007, RJPF 07-6/21, obs. TH. GARÉ ; RTD civ. 2007, p. 553, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, D. 2008. Pan. 808, obs. G. SERRA et L. WILLIATTE-PELLITTERI.

- Civ. 1^{re}, 25 avril 2007, D. 2008. Pan. 815, obs. G. SERRA et L. WILLIATTE-PELLETTERI ; RTD civ. 2007.552, obs., J. HAUSER.
- Civ. 1^{re}, 25 avril 2007, Bull. Civ. I. n° 156.
- Civ. 1^{re}, 23 janvier 2008, Bull. civ. I, n° 18 ; Dr. fam. 2008. p. 40, n. V. LARRIBAU-TERNEYER ; *Defrénois* 2008 art. 1110, obs. J. MASSIP.
- Civ. 1^{re} 14 février et 28 mars 2006, D. 2007.616, obs. G. SERRA).
- Civ. 1^{re}, 16 avril 2008, n° 07-17652, D. 2008, p.1271, obs. V. AVENAROBARDET, Dr. fam. 2008, 83, obs. V. LARRIBAU-TERNEYER, RTD civ. 2008, p. 463, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1^{re}, 28 octobre 2009, JCPG 2009, 451, obs. A ; DEVERS ; *Dr. fam.* 2009, 151, n. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; RTD civ. 2010, p. 91, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1^{re}, 1^{re} juillet 2009, n° 08-17.825, Bull. civ. I, n° 145 ; D. 2009. AJ 1897, obs. C. LE DOUARON.
- Civ. 1^{re}, 1 juillet 2009, *Dr. fam.*, 125, n. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *RTD civ.* 2010, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1^{ère}, 31 mars 2010, D. 2010, p. 2392
- Civ. 1^{re}, 14 mars 2012, p. 812, obs. J. MARROCHELLA ; AJ. fam. 2012, p. 223, obs. S. DAVID ; RTD civ. 2012, p. 357, obs. M. GRIMALDI ; JCP-G, 2012, §1, obs. MEKKI ; 607, obs. C. BRENNER.

B. Juridictions du fond

- Colmar, 13 mars 1954, D. 1954.373.
- Colmar, 13 mars 1954, D. 1954.373.
- Paris, 18 juin 1955, D. 1956.8, obs. A. BRETON.
- Nancy, 12 mai 1958, RTD civ. 1958.585, obs. H. DESBOIS.
- Nancy, 12 mai 1958, RTD civ. 1958.585, obs. H. DESBOIS.
- Niort, 21 novembre 1960, D. 1961. 247.
- Boulogne, 7 mars 1977, D. 1978, IR 37, 2e esp., obs. A. BÉNABENT.
- Paris, 18 janvier 1977, D. 1978, IR 37.
- Paris, 18 janvier 1977, JCP G 1977, D. 1978.
- Paris 1^{er} juin 1978 et 13 novembre 1978, *Juris-Data* n° 0196 et 0711.
- Lyon, 28 novembre 1979, *Gaz. Pal.*1979.47.
- Aix-en-Provence, 13 juin 1979, D. 1981, IR 271, obs. A. BÉNABENT.
- Paris, 13 février 1986, *Gaz. Pal.* 1986.216.
- Paris, 13 février 1986. *Gaz. Pal.* 1986.1.216.
- Versailles, 26 mars 1987, *Gaz. Pal.* 1987. Som. 398.

- Versailles, 27 février 1987, Gaz. Pal. 1987. Som. 398.
- Paris, 31 octobre 1989, D. 1990, somm. 115, obs. A. BÉNABENT.
- Paris, 10 octobre 1990, D. 1990. IR. 275.
- Paris, 7 mars 1990, Gaz. Pal. 23 janvier 1991, p. 20.
- Aix, 14 octobre 1993, JCP 1994. IV .625
- Lyon 5 octobre 1993, JCP 1994, II, 22231.
- Bourges 24 février 1998, n° Juris-Data n° 1998-990083 ; JCP G. éd. 1998, 19, jurisp. 10072.
- Paris, 10 février 1998, Dr. fam. 1998, n° 159, 2° esp., obs. H. LÉCUYER.
- Toulouse, 29 octobre 1997, Dr. Famille 1998, n° 51, n. H. LECUYER.
- Paris, 4 mai 2000, Dr. fam. 2001, n° 39, note H. LECUYER.
- Paris, 4 mai 2000, Dr. fam. 2001, n° 39, note H. LECUYER.
- Pau 14 octobre 2002, AJ famille 2003, p. 105.
- Nîmes, 3 juillet 2002, AJ fam. 2002, p. 339.
- Riom, 25 juin 2002, Juris-Data, n° 2002-187117, Dr. fam. 2003, n° 2, note F. OUDIN.
- Paris, 30 avril 2003, RTD civ. 2003,486 obs. J. HAUSER
- Paris 4 mars 2004, Gaz. Pal. 2004, 1, 1214, note J. MASSIP.
- Orléans, 10 mai 2005, Dr. fam. 2006, n° 57, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE
- Metz, 28 juin 2005, JCP 2006.IV.1717.
- Caen, 5 janvier 2006, Dr. fam. 2006, n° 149.
- Nîmes, 21 mars 2007, Dr. fam. 2007.189.
- Paris, 9 septembre 2010, juris-data n° 2010-016323.

II- Coran (arabe)

- Sourate al-bakara II, verset 187.
- Sourate al-bakara II, verset 230.
- Sourate al-bakara II, verset 234.
- Sourate al-bakara II, verset 228.
- Sourate al-bakara II, verset 229.
- Sourate al-bakara II, verset 236.
- Sourate al-bakara II, verset 241.
- Sourate al-nisaa IV, verset 35
- Sourate al-nisaa IV, verset 3.
- Sourate al-nisaa IV, verset 4.
- Sourate al-nisaa IV, verset 15.
- Sourate al-nisaa IV, verset 21.
- Sourate al-nisaa IV, verset 128.
- Sourate al-nisaa IV, verset 229.
- Sourate al-ma'ida V, verset 89.
- Sourate *al-nour* XXIV, verset 2.
- Sourate *al-ahzab* XXXIII, verset 49.
- Sourate al-talaq LXV, verset 1.
- Sourate al-talaq LXV, verset 4.
- Sourate al-talaq LXV, verset 2.

INDEX

- Abus de l'autorité maritale 282, 283, 284, 285
- Accord total 116
- Absence du mari 279, 280
- Accord matérialiser dans une convention 125, 126
- Altérations des facultés mentales 190, 191, 192, 193, 195
- Admission du divorce 6, 7, 8
- Crise conjugal 2
- Clauses adjointes 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 343, 444, 445
- Conception du divorce dans l'Islam 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40
- Contenu de l'autorité parentale 597, 598, 599, 600
- Divorce aux torts exclusifs 243, 244, 245, 246, 247
- Divorce au tort partagé 240, 241, 242
- Divorce subis 171
- Divorce faillite 12, 197, 198, 199, 200, 201
- Divorce par consentement mutuel 105, 106, 107, 108, 109, 110, 114
- Divorce pour altération définitive du lien conjugal 172, 173, 174
- Divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage 145
- Divorce pour faute 204, 205, 206
- Divorce sanction 11
- Dommages et intérêts 536
- Donations et avantages matrimoniaux 514, 515, 516, 517
- Droit de garde 656, 657, 658, 660, 661, 662, 663
- Définition du divorce 3, 4, 5, 88
- Divorce voulu par les époux 104
- Divorce hybride 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156
- Divorce objectif 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168
- Divorce pour discorde 299, 300, 301, 302
- Dissolution pour préjudice 292, 293, 294
- Dissolution pour défaut d'entretien 295, 296, 297

- Disparition des liens conjugaux 467, 468, 469
- Délai de viduité 559, 560, 561, 562, 563
- Dévolution de l'autorité parentale 595, 596, 597
- Dot du mariage 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580
- Don de consolation 582, 583, 584, 585, 586
- Échec du mariage 185, 186, 187, 188, 189
- Emploi d'une formule 430, 431, 432, 433, 434, 435
- Effets produits par le divorce 461, 462, 463, 464, 550
- Effets personnels 465, 551
- Exercice en commun de l'autorité parentale 607, 608, 609, 610, 611, 612
- Évolution du divorce 13, 14, 15, 16
- Effets patrimoniaux 502, 503, 504, 505
- Effets à l'égard des enfants 591, 592, 593, 594
- Extinction de l'autorité parentale 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679
- Égalité et discrimination 56, 57, 58
- Égalité homme et femme 65, 66, 67, 68, 69, 70
- Effets patrimoniaux 570, 571, 572, 573
- Égalité entre époux 71, 72, 73
- Égalité en droit libanais 75, 76, 77, 78
- Faute conjugale 208, 209, 210, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223
- Faculté de répudier 363, 364
- Grief contre le conjoint 281, 282
- Histoire de l'égalité 44
- Intention de répudier 423, 424, 425, 426, 427, 428
- Instance en divorce 338, 339, 339, 340, 341, 342
- Intervention judiciaire 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144
- Inaccomplissement des obligations du mariage 274, 275, 276
- Jouissance de l'autorité parentale 640, 641, 642, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650
- L'égalité selon Voltaire 45, 46, 47, 48, 49
- L'égalité selon Rousseau 50
- L'égalité dans le divorce 99, 100

- L'égalité dans la procédure du divorce 308, 309
- Liberté de se remarier 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 552
- Liquidation du régime matrimonial 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513
- Loi du 11 juillet « 1975 » 17, 96, 101
- Loi du 26 mai « 2004 » 18, 19, 20, 21, 96, 101, 102
- L'égalité dans la procédure du divorce 308, 309
- Logement familial 529, 530, 531, 532, 534, 535
- Monogamie 554, 555, 556
- Mariage 1, 248, 249
- Noms des époux 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485
- Non paiement de la dot 277, 278
- Obligation alimentaire 664, 665, 666, 667, 678, 668, 669, 670
- Obligation d'entretien 565, 566, 567, 568, 569
- Pouvoir de répudier 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420
- Principe de l'égalité 52, 53, 54
- Pension alimentaire 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629
- Phase contentieuse 336, 337
- Prestation compensatoire 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527
- Prononcé du divorce 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320
- Pouvoir du juge 345, 346, 347, 348, 349
- Rapports entre les époux 127, 128, 129, 130
- Procédure du divorce contentieux 322, 323, 324
- Requête conjointe 311, 112
- Rupture du mariage 88
- Requête initiale 326, 327, 328
- Résidence de l'enfant 613, 614, 615, 616, 617, 618
- Répudiation 9, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374
- Répudiation révocable 375, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 384
- Répudiation irrévocable 389, 390, 391, 392, 393, 394
- Répudiation innové 397, 398, 399
- Répudiation à l'initiative de la femme 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407
- Rejet de la demande 232, 233, 234, 235, 236, 237

- Rapports avec les enfants 133, 134, 137
- Réparation du préjudice 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544
- Réparation du préjudice faute d'époux 546, 547, 548, 549
- Source de l'Islam 32, 33
- Statut personnelle des communautés libanaises 23, 24, 25, 26, 27
- Serment de continence 251, 252, 253, 254, 255, 256
- Serment d'anathème 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269
- Tentative de conciliation 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335
- Vie séparée de deux ans 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183
- Volonté éclairée 121, 122, 123, 124
- Volonté réelle 117, 118, 119, 120
- Vice rédhibitoire 287, 288, 289, 290

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|-----------|
| PRINCIPALES ABRÉVIATIONS | 7 |
| GLOSSAIRE DES PRINCIPAUX TERMES TECHNIQUES EN LANGUE ARABE | 10 |
| INTRODUCTION | 11 |
| I- Les différentes conceptions du divorce | 12 |
| II- L'évolution du divorce en droit français | 15 |
| A- La loi du 11 juillet 1975..... | 17 |
| B- La loi du 26 mai 2004 | 17 |
| III- Le statut personnel dans les communautés libanaises | 20 |
| A- Les sources du droit musulman | 24 |
| B- La conception du divorce dans l' Islam | 24 |
| IV- La notion d'égalité..... | 27 |
| A- L' égalité selon une approche philosophique | 28 |
| B- L' égalité en droit français..... | 31 |
| C- L' égalité en droit libanais | 38 |
| V- L' intérêt de notre sujet | 43 |
| PARTIE I..... | 46 |
| L'ÉGALITÉ DANS L'ACCÈS AU DIVORCE | 46 |
| TITRE I | 47 |
| L'ÉGALITÉ DANS LES CAUSES DU DIVORCE | 47 |
| CHAPITRE I..... | 48 |
| L'ÉGALITÉ DANS LES CAUSES DU DIVORCE EN DROIT FRANÇAIS | 48 |
| Section I. L' égalité dans les divorces voulus par les époux | 49 |
| §1. Le divorce par consentement mutuel | 49 |
| A- La nécessité d'un accord total..... | 52 |
| 1. Une volonté réelle et libre | 52 |
| 2. Une volonté éclairée | 54 |
| B- Un accord global matérialisé dans une convention..... | 55 |
| 1. Les rapports entre les époux | 55 |
| 2. Les rapports avec les enfants | 56 |
| C- L'intervention judiciaire et la volonté des époux..... | 58 |
| §2. Le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage | 59 |
| A- Un divorce de nature hybride | 60 |
| 1. Le caractère amiable du divorce accepté | 60 |
| 2. Le caractère contentieux du divorce accepté | 62 |
| B- Un divorce objectif..... | 63 |

| | |
|---|------------|
| 1. Un accord nécessaire et suffisant sur le principe du divorce | 63 |
| 2. Un accord sur le principe du divorce irrévocable | 65 |
| Section II. L'égalité des époux dans les divorces subis par les époux | 67 |
| § 1. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal..... | 67 |
| A- Une altération définitive du lien conjugal | 69 |
| 1. Une altération définitive résultant d'une séparation de deux ans | 69 |
| 2. L'altération du lien conjugal résultant d'un constat d'échec du mariage | 72 |
| B- La disparition de la cause spécifique fondée sur l'altération des facultés mentales | 73 |
| C- Un divorce faillite..... | 75 |
| § 2. Le divorce pour faute | 77 |
| A- La faute conjugale..... | 78 |
| 1. Les éléments constitutifs de la faute | 79 |
| 2. La diversité des fautes conjugales..... | 80 |
| B- L'appréciation de la faute | 84 |
| 1. Le rejet de la demande | 84 |
| 2. Le prononcé du divorce aux torts partagés | 86 |
| 3. Le prononcé du divorce aux torts exclusifs | 87 |
| CHAPITRE II | 89 |
| L'INÉGALITÉ DANS LES CAUSES DU DIVORCE EN DROIT LIBANAIS | 89 |
| Section I. Dans le droit libanais classique | 89 |
| § 1. Le serment de continence | 90 |
| § 2. Le serment d' anathème..... | 92 |
| § 2. L' inexécution des obligations issues du mariage | 95 |
| A- Le non-paiement de la dot..... | 95 |
| B- L' absence du mari..... | 96 |
| C- Les griefs contre le conjoint | 96 |
| D- L' abus d' autorité maritale | 97 |
| Section II. Dans le droit libanais contemporain..... | 98 |
| §1. La dissolution du mariage pour vice rédhibitoire | 98 |
| § 2. La dissolution du mariage pour préjudice | 100 |
| § 3. La dissolution du mariage pour défaut d'entretien | 101 |
| § 4. Le divorce pour discorde | 101 |
| TITRE II..... | 104 |
| L'ÉGALITÉ DANS LA PROCÉDURE DE DIVORCE | 104 |
| CHAPITRE I..... | 105 |
| L'ÉGALITÉ DANS LA PROCÉDURE DU DIVORCE EN DROIT FRANÇAIS | 105 |
| Section I. La procédure du divorce par consentement mutuel..... | 106 |
| § 1. La requête conjointe..... | 106 |
| § 2. Le prononcé du divorce | 107 |
| Section II. La procédure des divorces contentieux | 111 |
| § 1. La phase de conciliation | 112 |
| A- La requête initiale | 112 |

| | | |
|---|--|------------|
| B- | La tentative de conciliation | 113 |
| § 2. | La phase contentieuse | 115 |
| A- | L' introduction de l' instance | 115 |
| B- | Le pouvoir du juge | 117 |
| § 3. | Le jugement | 118 |
| A- | Le jugement de rejet | 119 |
| B- | Le jugement de divorce..... | 120 |
| CHAPITRE II | | 122 |
| L'INÉGALITÉ DANS LA PROCÉDURE DU DIVORCE EN DROIT LIBANAIS | | 122 |
| Section I. La faculté de répudier | | 122 |
| § 1. | Les variantes de la répudiation prononcé par le mari | 122 |
| A- | La répudiation révocable | 124 |
| B- | La répudiation irrévocable..... | 128 |
| C- | La répudiation innovée..... | 130 |
| § 2. | La répudiation à l' initiative de la femme..... | 131 |
| Section II. Le formalisme de la répudiation | | 134 |
| § 1. | Les conditions communes de validité | 135 |
| A- | Le pouvoir de répudier | 135 |
| B- | L' intention de répudier..... | 137 |
| C- | L' emploi d' une formule | 139 |
| § 2. | Les clauses adjointes | 140 |
| CONCLUSION PARTIE I | | 144 |
| PARTIE II | | 147 |
| LES EFFETS PRODUITS PAR LE DIVORCE | | 147 |
| TITRE I | | 148 |
| LES EFFETS PRODUITS À L' ÉGARD DES ÉPOUX | | 148 |
| CHAPITRE I | | 149 |
| LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ÉPOUX EN DROIT FRANÇAIS | | 149 |
| Section I. L' égalité quant aux effets personnels | | 149 |
| §1. | La dissolution du lien matrimonial..... | 150 |
| A- | La disparition du lien conjugal..... | 150 |
| B- | La liberté de se remarier | 150 |
| §2. | L' usage du nom du conjoint | 152 |
| A- | L' autorisation judiciaire | 155 |
| B- | L' autorisation du conjoint..... | 156 |
| Section II. L' égalité quant aux effets patrimoniaux | | 159 |
| §1. | La liquidation du patrimoine des époux | 160 |
| A- | La liquidation du régime matrimonial | 161 |
| B- | Le sort des donations et avantages matrimoniaux..... | 162 |
| C- | Le sort du logement de famille | 163 |
| § 2. | Le versement de sommes d' argent postérieurement au prononcé du divorce..... | 164 |

| | |
|---|------------|
| A- La prestation compensatoire..... | 165 |
| B- L' octroi de dommages et intérêts : la réparation de préjudice(s)..... | 169 |
| 1. La réparation du préjudice subi du fait du divorce..... | 169 |
| 2. La réparation du préjudice causé par la faute de l' époux | 172 |
| CHAPITRE II | 173 |
| LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ÉPOUX EN DROIT LIBANAIS | 173 |
| Section I. L' inégalité des époux quant aux effets personnels produits par le divorce | 173 |
| § 1. La liberté de se remarier..... | 174 |
| A- Le droit de mariage attribué à l' homme | 174 |
| B- Le remariage de la femme divorcée et le délai de viduité..... | 176 |
| §2. Le sort de l' obligation d'entretien imposé au mari | 178 |
| Section II. L' inégalité des époux quant aux effets patrimoniaux produits par le divorce | 179 |
| §1. La dot offerte par le mari | 180 |
| §2. Le don de consolation..... | 182 |
| TITRE II | 185 |
| LES EFFETS PRODUITS À L' ÉGARD DES ENFANTS..... | 185 |
| CHAPITRE I..... | 186 |
| LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ENFANTS EN DROIT FRANÇAIS | 186 |
| Section I. L' égalité des parents dans la dévolution de l'autorité parentale | 187 |
| §1. Le contenu du principe de coparentalité | 187 |
| §2. La mise en œuvre du principe de coparentalité..... | 190 |
| A- La recherche d' un consensus parental..... | 190 |
| B- Le choix de la résidence des enfants | 191 |
| Section II. L' égalité des parents quant à l' entretien de l'enfant | 194 |
| §1. L'égalité des parents quant au paiement de la pension alimentaire..... | 194 |
| §2. L'extinction de la pension | 198 |
| CHAPITRE II | 200 |
| LES EFFETS PRODUITS À L'ÉGARD DES ENFANTS EN DROIT LIBANAIS..... | 200 |
| Section I. L' attribution de l'autorité parentale | 200 |
| §1. Les conditions de l' attribution de l'autorité parentale | 201 |
| §2. La controverse autour de l' attribution de l'autorité paternelle | 203 |
| Section II. Le contenu de l' autorité parentale | 205 |
| §1. L' inégalité entre les parents quant à l' obligation d' entretien | 205 |
| A- Le droit de garde | 205 |
| B- L'obligation d' entretien | 208 |
| § 2. La perte de l' autorité paternelle | 210 |
| A- La majorité de l' enfant | 210 |
| B- La déchéance..... | 211 |

| | |
|---|------------|
| CONCLUSION PARTIE II | 213 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE | 215 |
| Bibliographie | 218 |
| - De droit français | 218 |
| I. Traités et ouvrages généraux : traités, manuels, dictionnaires..... | 218 |
| II. Ouvrages spéciaux : monographies, thèses et travaux collectifs | 220 |
| III. Articles et chroniques | 222 |
| - De droit Libanais | 225 |
| I. Ouvrages en langue française | 225 |
| II. Ouvrages en langue arabe..... | 227 |
| Table de jurisprudence..... | 228 |
| INDEX | 235 |