

### III- LE DIVORCE

#### § 1. ANALYSE

##### I. Les cas de divorce

###### A. Le divorce sur demande conjointe

###### A.1. Dénomination

Il paraît opportun de placer les dispositions relatives à ce divorce (les articles 230 à 232 C. civ.) sous l'intitulé : « Du divorce sur requête conjointe », ce, dans la perspective d'une clarification de la distinction des deux cas de divorce par consentement mutuel (v. *infra*, le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre).

###### A.2. Procédure

###### a. Sur l'irrecevabilité de la demande au cours des six premiers mois de mariage

Le groupe de travail a jugé indispensable de maintenir cette disposition. L'entrave à la liberté des époux est faible et sa contrepartie symbolique essentielle. Par cet élément du droit du divorce, c'est le caractère sérieux de l'engagement en mariage qui est affirmé.

###### b. Sur la représentation des époux

La faculté laissée aux époux de se faire représenter par un seul avocat, choisi d'un commun accord (C. civ., art. 230, al. 2) est discutée, même si elle ne semble pas poser de difficulté dans la pratique.

Il serait sans doute préférable que chacun des conjoints se fasse représenter par son propre avocat. La mise en œuvre d'une telle règle, son impact financier notamment, susciterait cependant des difficultés pratiques, encore que l'on puisse suggérer de transposer au divorce sur requête conjointe les principes retenus dans la pratique notariale lorsque deux notaires interviennent à un même acte.

L'enjeu financier a cependant convaincu le groupe de travail de proposer de conserver à la représentation par deux avocats son caractère facultatif.

###### c. Sur la double comparution des époux

En 1975, le législateur, soucieux d'assurer la réalité et le sérieux du consentement des époux, a imposé une double comparution des époux devant le juge. Les deux étapes obligées de la procédure permettent, en outre, au juge de

vérifier le respect par les époux des termes de la convention temporaire et d'en tenir compte dans son appréciation des termes de la convention définitive.

Le rapport<sup>1</sup> de la commission présidée par Madame le Professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ a montré que, dans un grand nombre de cas, l'utilité de la seconde comparution apparaissait douteuse en pratique.

Utilité douteuse pour les époux eux-mêmes ; utilité douteuse pour le juge, qui ne fait souvent qu'entériner la convention lors de cette seconde audience.

Enfin, la double comparution engendre des frais et du retard dans la procédure.

En conséquence, la seconde audience doit être limitée aux cas dans lesquels elle est nécessaire, c'est-à-dire lorsque le règlement des intérêts pécuniaires n'apparaît pas définitivement achevé et / ou lorsque les mesures relatives aux enfants ne paraissent pas arrêtées de manière satisfaisante au juge, sans pour autant que la comparution personnelle des époux ne soit nécessaire.

En revanche, lorsque les époux ont une volonté « ferme et éclairée »<sup>2</sup> et que les effets du divorce ont été envisagés de « manière globale »<sup>3</sup>, la seconde audience n'est pas utile.

#### d. Les omissions dans la convention définitive

Il a semblé nécessaire de distinguer l'hypothèse où l'omission d'un bien ou d'une dette était le fruit de l'intention frauduleuse de l'un des époux des autres hypothèses. Pour ces dernières en effet, les solutions dégagées en jurisprudence semblent satisfaisantes.

L'opposition entre la Première et la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation paraît en voie de résorption et les thèses de la première, qui préviennent tout blocage préjudiciable, semblent s'imposer.

Lorsque l'intention frauduleuse de l'un des époux est établie, les dispositions de l'article 1477 du Code civil propres au recel des effets de la communauté ont vocation à s'appliquer. Il convient en revanche d'étendre le champ d'application de ce texte au passif, en faisant assumer définitivement le poids de la dette commune par celui qui en aurait sciemment dissimulé l'existence.

### **B. Le divorce sur double aveu**

---

<sup>11</sup> *Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*,

sous la direction de Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Collection des rapports officiels, La documentation française, Paris, 1999, p. 117-118.

<sup>2</sup> *Rénover le droit de la famille...*, *op. cit.*, p. 117.

<sup>3</sup> *Ibid.*

### **B.1. Dénomination**

Il est proposé de désigner ce cas de divorce par l'expression « divorce sur double requête »

Celle actuellement retenue par le Code civil (« Divorce demandé par un époux et accepté par l'autre ») trahit son essence. Quant à l'expression « divorce sur double aveu », suggérée par l'article 1135 du Nouveau Code de procédure civile, elle implique un raisonnement en terme de culpabilité. Il conviendrait d'ailleurs de supprimer la référence à l'aveu dans l'article 1135 NCPC.

L'expression proposée, parallèlement à celle retenue pour le divorce sur demande conjointe, permettrait d'établir simplement la distinction des deux cas de divorce. Dans l'un, les deux époux s'associent à la demande, dans l'autre, un époux demande le divorce, son conjoint le fait ensuite.

### **B.2. La référence aux torts des époux**

Aux termes de l'article 234 du Code civil, « *si l'autre époux reconnaît les faits devant le juge, celui-ci prononce le divorce sans avoir à statuer sur la répartition des torts. Le divorce ainsi prononcé produit les effets d'un divorce aux torts partagés.* »

Cet article fait, à deux reprises, référence aux torts des époux. L'aveu des époux n'est pourtant pas l'aveu de torts mais bien le constat de la faillite du mariage. Il importe dès lors de supprimer toute référence aux torts des époux dans l'article 234 du Code civil. Qu'en revanche il soit indiqué que le divorce produit les effets d'un divorce aux torts partagés n'est pas gênant. C'est ici une analogie légale.

### **B.3. La procédure du divorce**

Les articles 1129 et suivants du NCPC détaillent la procédure du divorce sur double requête. Le constat judiciaire d'une double volonté de divorcer est opéré à partir de l'examen des mémoires établi par chacun des conjoints. Il convient de maintenir le caractère écrit des déclarations des époux. On ne peut en effet soulager la procédure de ce préalable, par exemple en admettant la possibilité d'un simple acquiescement devant le juge, en raison de la gravité de la décision prise.

## **C. Le divorce pour rupture de la vie commune**

### **C.1. Durée de la séparation de fait ou de l'altération des facultés mentales**

La durée de six ans, aujourd'hui retenue aux articles 237 et 238 du Code civil est sans doute trop longue. Cependant, elle ne doit pas être réduite à l'excès, excès qui conduirait à s'interroger sur la nécessité même du maintien des autres cas de divorce. Le groupe de travail propose un délai de quatre ans, tout en étant conscient du caractère arbitraire de ce choix.

### **C.2. Maintien du devoir de secours après divorce.**

Le groupe de travail est favorable au maintien unilatéral du devoir de secours après divorce obtenu pour rupture de la vie commune. La rupture du lien est imputable au demandeur. Il est logique qu'il continue d'assumer le devoir de secours, le défendeur n'étant en rien responsable ni de son état de santé, ni de l'abandon du domicile conjugal par l'autre.

Il n'est pas possible de tirer argument du divorce aux torts exclusifs dans lequel le devoir de secours disparaît : dans le divorce pour rupture de la vie commune, en effet, c'est le demandeur lui-même qui souhaite la rupture du lien alors qu'il n'a rien à reprocher à l'autre.

Quant à la disparition du devoir de secours en cas de divorce aux torts partagés, elle s'explique aussi : dans le divorce sur double requête, ce sont les deux époux qui demandent le divorce, il est donc logique que le devoir de secours disparaisse à leur égard ; dans le divorce pour faute, le partage des torts établit que chacun des époux a commis une faute cause de la dissolution du mariage. Il n'est donc pas aberrant qu'ils ne puissent plus se prévaloir des effets du mariage.

## **D. Le divorce pour faute**

### **D.1. Maintien du divorce pour faute**

Le divorce pour faute doit être maintenu.

Certes, d'un point de vue théorique, la sanction d'une faute en mariage peut être assurée par le droit pénal ou le droit de la responsabilité civile. Toutefois, la nature spéciale des devoirs de mariage impose une sanction propre au droit familial.

Le parallèle avec le PACS conforte cette position. La faute commise par l'un des partenaires au préjudice de l'autre n'entraîne, on le sait, que la responsabilité

civile du fautif. Etendre cette solution aux gens mariés conduirait à gommer la spécificité du mariage par rapport au PACS, ce qui n'est pas souhaitable.

### ***D.2. Autonomie du cas de divorce de l'article 243 C. civ***

Aux termes de l'article 243 du Code civil, « *il – le divorce – peut être demandé par un époux lorsque l'autre a été condamné à l'une des peines prévues par l'article 131-1 du Code pénal.* »

La jurisprudence a consacré l'autonomie de ce cas, décidant que la constatation de la condamnation définitive suffisait à justifier le prononcé du divorce sans que le juge ait à rechercher si les deux conditions de l'article 242 du Code civil étaient ou non remplies. L'autonomie reconnue à ce cas de divorce paraît aujourd'hui très difficilement justifiable. Il est dès lors proposé de supprimer ce cas spécifique de divorce pour faute et de se satisfaire, en toute hypothèse, de la définition générale de la faute donnée à l'article 242 du Code civil.

### ***D.3. Incidences de la faute sur les conséquences du divorce***

Il ne paraît pas souhaitable de détacher, plus que cela est déjà fait, les conséquences du divorce de l'attribution des torts. Ainsi, il convient de préserver l'incidence de la faute sur l'octroi de la prestation compensatoire, continuer donc, à refuser toute prestation à l'époux seul coupable. Plusieurs éléments concourent au maintien d'une telle solution.

- Admettre qu'une prestation compensatoire puisse être attribuée à l'époux exclusivement fautif reviendrait à autoriser celui auquel est imputable la cause de la dissolution du mariage à continuer à se prévaloir de l'un des effets du mariage, la solidarité patrimoniale des époux. Cette solution, qu'on l'envisage dans une logique de responsabilité ou dans une logique de justice, est choquante.
- Il convient ensuite de ne pas prêter une trop grande considération à l'argument selon lequel le maintien d'une incidence de la faute sur les effets du divorce contribuerait à alimenter un débat, celui sur les torts, qui dramatiserait le divorce et qu'en évitant un tel débat, on rendrait la dissolution du mariage humainement moins douloureuse. Cet argument est, en effet, discutable.
  - En premier lieu, est-il souhaitable d'éliminer un débat dont un auteur a dit à juste titre qu'il pouvait avoir « une vertu psychothérapeutique »<sup>4</sup> (il est psychologiquement important pour un conjoint victime de se faire entendre par la justice) ?

---

<sup>4</sup> L'expression est empruntée au doyen Jean CARBONNIER.

- En deuxième lieu, est-il possible de supprimer le caractère dramatique du divorce, qui signe par hypothèse l'échec d'un couple ?
- En dernier lieu, comment ne pas voir que cette indifférence de la faute dans le droit spécial du divorce serait contrebalancée par l'apparition d'un autre contentieux, fondé sur une responsabilité civile de droit commun, contentieux relevant du tribunal de grande instance et qui pourrait survenir à tout moment, ce qui heurte de pleine fouet la politique de concentration des effets du divorce ?

#### ***D.4. Neutralisation des fautes***

L'article 245 du Code civil, en son alinéa 1<sup>er</sup>, dispose que « *les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce...peuvent...enlever aux faits qu'il reproche à son conjoint le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce* ». Le dispositif autorise la neutralisation des fautes réciproques. Cette neutralisation est discutable. Quand elle opère, en effet, le mariage est maintenu alors qu'ont été judiciairement constatées des fautes, causes de divorce au sens de l'article 242 du Code civil. Elle évoque le mécanisme d'exception d'inexécution, mécanisme du droit commun des obligations, dont on peut douter de la place dans le droit du mariage. Enfin, l'argument de la faveur au mariage, au soutien de cette neutralisation, n'est guère pertinent, puisqu'il véhicule le concept de mariage-sanction, concept étranger à nos traditions juridiques et déjà dénoncé dans le cadre de l'article 190-1 du Code civil (v. *supra*).

C'est pourquoi il est proposé d'abandonner le dispositif de neutralisation des fautes réciproques.

#### ***E. Le système de passerelle entre les différents cas de divorce***

L'article 246 du Code civil offre aujourd'hui aux époux, engagés dans un divorce totalement ou partiellement contentieux et « *tant qu'aucune décision sur le fond n'aura été rendue* », de demander au juge aux affaires familiales de constater leur accord et d'homologuer le projet de convention réglant les conséquences du divorce.

Ce système de passerelle, témoin de la faveur du législateur pour le divorce sur requête conjointe, doit être favorisé, notamment en autorisant le passage de la procédure contentieuse à la procédure gracieuse même en appel

## II.- La procédure du divorce

### A. *Suspension de la solidarité ménagère*

Le principe de l'obligation solidaire des époux, posé à l'article 220 du Code civil, demeure, aujourd'hui, pendant l'instance en divorce. Conformément à l'article 262 du Code civil, les tiers peuvent s'en prévaloir jusqu'au jour où les formalités de mention du jugement de divorce en marge prescrites par les règles de l'état civil auront été accomplies.

Cette solution peut être jugée rigoureuse pour les époux. Il n'a pourtant pas paru souhaitable de la remettre en cause en posant le principe d'une suspension de plein droit de la solidarité ménagère pendant la procédure de divorce.

Tout d'abord, une telle suspension paralyserait l'application d'une règles composant le régime primaire impératif alors que les époux sont encore mariés. De plus, elle serait susceptible de constituer un procédé de fraude aux droits des tiers, notamment des créanciers. On ne peut en effet exclure un risque de connivence entre époux et de divorce simulé.

### B. *Preuves*

Les dispositions relatives aux preuves, comprises dans le chapitre II du titre VI consacré à la procédure du divorce, sont aujourd'hui sujettes à critiques. On sait qu'aux termes de l'article 259-1 du code civil, « *un époux ne peut verser aux débats les lettres échangées entre son conjoint et un tiers qu'il aurait obtenues par violence ou fraude* ». Entre le droit au respect de la vie privée dont chacun est titulaire et le droit à la preuve du conjoint, la Cour de cassation a choisi, s'opposant à ce que les juges du fond écartent des débats des correspondances d'un époux adressées à des tiers, voire son journal intime au seul motif que leur production porterait atteinte à la vie privée de leur auteur. Seul le procédé blâmable d'obtention de ces documents s'opposerait à ce que ces éléments soient versés aux débats.

La Cour de cassation livre ainsi une interprétation extensive de l'article 259-1, acceptant d'inclure le journal intime dans ses prévisions alors qu'une lecture étroite de cette disposition exorbitante pouvait être plus justifiée.

La solution posée se heurte à la résistance de nombreuses juridictions du fond. Enfin, on ne négligera pas le risque d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme.

Il est dès lors proposé de durcir les conditions de recevabilité de ces modes de preuve, en les soumettant au régime actuel des constats dressés à la demande d'un époux. Techniquement, cette réforme passerait par la réunion en une seule

disposition des articles 259-1 et 259-2 du Code civil. Cette disposition a sa place dans l'article 259 et en constituerait l'alinéa 2.



### **C. Tronc commun procédural**

L'institution d'un « tronc commun procédural » préconisé par Madame le Professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ<sup>5</sup> applicable aux trois formes de divorce demandées par un époux, permettrait d'éviter d'obliger les époux à énoncer la cause de divorce dans leur requête initiale et donc de retarder au plus la cristallisation du litige. Ainsi il pourrait être procédé aussitôt à l'audience de conciliation.

## **III. Les conséquences du divorce**

### **A. Les conséquences extra-patrimoniales du divorce**

L'analyse de la jurisprudence contemporaine montre que les hypothèses d'abus par l'époux qui conserve, après divorce, le droit d'user du nom patronymique de son conjoint ne sont pas marginales.

On discute, aujourd'hui, des prérogatives qui peuvent être reconnues au juge afin de lutter contre de tels abus. C'est pourquoi il serait opportun de prévoir expressément, dans l'article 264 du Code civil, la possibilité pour le juge de prescrire toute mesure propre à prévenir ou faire cesser l'usage abusif par l'un des époux du nom de l'autre.

### **B. Les conséquences patrimoniales du divorce**

#### **B.1. La prestation compensatoire**

Aux termes de l'article 270 du Code civil, « Sauf lorsqu'il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212 du Code civil ; mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ».

C'est tant la fin du devoir de secours que la fixation de la prestation compensatoire qui appellent l'analyse

#### **a. La fin du devoir de secours.**

Il semble naturel de poser en principe que le devoir de secours, élément du statut matrimonial, disparaît avec le mariage, sous la réserve, qui doit être

---

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 134.

maintenue (v. *supra*), de son maintien au seul profit de l'époux qui subi le divorce pour rupture de la vie commune.

La suppression du devoir de secours peut néanmoins sembler trop radicale, le divorce ne pouvant effacer le passé de manière absolue. Il est dès lors souhaitable que le droit sanctionne juridiquement ce qui n'est aujourd'hui qu'obligation naturelle et reconnaisse la possibilité pour un époux divorcé de réclamer à son ancien conjoint des aliments s'il venait à se trouver dans le besoin. Cette reconnaissance d'un droit aux aliments s'accompagnerait d'une faculté reconnue au juge de décharger le débiteur, en tout ou partie, de son obligation, s'il s'avérait que le créancier a gravement manqué à ses obligations familiales.

### b. Fixation de la prestation compensatoire

La prestation compensatoire a un fondement indemnitaire. Son caractère alimentaire a néanmoins été mis à jour dès le lendemain de l'adoption de la loi du 11 juillet 1975, et accentué par la jurisprudence depuis.

Il convient néanmoins de réaffirmer que la prestation compensatoire présente principalement une nature indemnitaire en ce qu'elle est destinée à compenser la perte de la contribution aux charges du mariage.

Ceci ne peut que rejaillir sur le régime de la prestation (v. *infra*).

L'affirmation du caractère essentiellement indemnitaire de la prestation emporte redéfinition de la prestation, celle-ci étant présentée comme destinée à compenser, autant qu'il est possible, le déséquilibre que la perte de la contribution aux charges du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux.

L'exigence d'un état liquidatif préalable à la fixation par le juge de la prestation figurera au texte de l'article 272 du Code civil. L'état requis pourra être dressé à l'initiative des parties, voire à la demande du juge (v. *infra*).

### c. La forme de la prestation compensatoire

Le principe doit demeurer celui du versement de la prestation sous la forme d'un capital. Est ainsi réaffirmée, à propos de la prestation, la force du principe de concentration des effets du divorce.

Le versement d'une rente ne peut intervenir qu'à titre exceptionnel, lorsque la consistance des biens de l'époux débiteur ne permet pas un versement en capital. Mais alors, la rente ne doit être qu'une traduction échelonnée dans le temps du capital. Le juge doit ainsi, en toute hypothèse, fixer la prestation en capital et lorsque le versement de celui-ci est impossible, convertir le capital en rente. Ceci condamne le procédé de la rente viagère, la rente, traduction du capital ne pouvant être qu'affectée d'un terme certain.

En corollaire, le caractère forfaitaire de la prestation doit être rappelé avec vigueur, et les facultés de révisions demeurer exceptionnelles.

### ***B.2. Liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des époux***

On connaît les difficultés liées à la chronologie des événements, dans le divorce, chronologie qui impose de prononcer à l'aveugle sur la prestation compensatoire avant de connaître précisément la consistance des droits des parties, qui oblige aussi à recourir à des expédients comme la fixation de prestations provisionnelles.

Les remèdes sont de deux sortes : il convient tout d'abord, en amont, d'assurer l'information du juge afin de lui permettre de prendre une décision éclairée ; il faut, en aval, reconnaître la compétence du juge du divorce pour régler la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux.

Afin d'être correctement informé, le juge aux affaires familiales doit pouvoir charger un notaire ou un professionnel qualifié d'établir un projet de règlement des prestations et pensions après divorce comme de donner mission au notaire de dresser un projet de liquidation du régime matrimonial. Cette faculté lui est déjà reconnue par l'article 1116 du NCPC. Il serait opportun d'insérer cette disposition, aujourd'hui encore méconnue et peu usitée par les juges aux affaires familiales, dans le Code civil, à l'article 264-1.

L'article 264-1 du Code civil doit encore reconnaître au juge aux affaires familiales compétence pour régler, conformément à l'état liquidatif qui lui a été soumis, la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux, outre la possibilité qui lui est déjà reconnue de prononcer sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle.

### ***B.3. Le sort des donations et avantages matrimoniaux***

Le dispositif légal, développé aux articles 267 à 269 a, de longue date, été critiqué. Il serait possible d'en envisager l'abandon, et prévoir la perte automatique des donations et avantages matrimoniaux, sauf décision judiciaire ou manifestation de volontés contraires.

Cette solution n'a cependant pas été retenue. Elle serait en effet contraire à la symbolique du mariage, puisqu'elle consisterait, en toute hypothèse, en un effacement du passé. Le maintien des solutions actuelles, au prix de modifications simplement formelles est dès lors, pour l'essentiel, proposé.

Le sort des donations et avantages doit cependant être repensé en cas de divorce aux torts partagés. En ce cas en effet, il convient de poser que chacun des époux perd les donations et avantages consentis par l'autre.

Enfin, afin de rompre avec une solution jurisprudentielle unanimement critiquée, il convient de poser expressément que, lorsque les donations sont maintenues, elles le sont irrévocablement.