

UNIVERSITE DE MONTPELLIER I
FACULTE DE DROIT

Droit Civil, 1ère année de droit – 2009–2010
– Volume V – *Le Divorce, la séparation de corps* –



*Annonce du divorce Par Napoléon 1^{er} à Joséphine
(Gravure de Chaselat).*

D. Mainguy

*Professeur à la faculté de droit de Montpellier,
Directeur du Centre de droit de la consommation et du marché*

SOUS-TITRE 2

LA DESUNION

Les liens du mariage peuvent être dissous complètement à la suite du décès d'un des conjoints, cause involontaire de rupture du mariage, ou à la suite d'un divorce. Sans être complètement dissous, les liens du mariage peuvent être seulement relâchés à la suite d'une séparation de corps. Les deux dernières hypothèses rassemblent les causes volontaires de désunion du mariage *LE DIVORCE* (Chapitre I) et *LA SEPARATION DE CORPS* (Chapitre 2), auxquels il faudrait ajouter l'annulation du mariage, déjà étudiée.

CHAPITRE 1

LE DIVORCE

Le divorce peut se définir comme la rupture du mariage du vivant des époux, par l'effet d'un jugement rendu à la demande de l'un d'eux, voire des deux. C'est un « *démariage* », comme l'écrit J. Carbonnier (*La famille*, Puf, 20^{ème} éd., 1999, p. 501).

* La question du divorce peut revêtir un aspect politique, social, religieux, juridique.

- *D'un point de vue politique*, le divorce a subi bien des vicissitudes.

Le droit romain connaissait l'institution du divorce mais le christianisme triomphant l'avait policé, jusqu'à l'excès, celui de l'affirmation de l'*indissolubilité du mariage*, posé lors du Concile de Trente, de telle manière que l'occident chrétien a vécu sous ce principe, la mariage ne pouvant être dissous que par l'annulation du mariage, donc certains, celui de certains Rois de France, tel celui d'Henri IV et de la reine Margot, marquaient en réalité des divorces ou bien la séparation de corps.

Les protestants en revanche, s'en tenant peut-être à une lecture plus fidèle – ou plus traditionnelle – de l'Ancien testament, n'avaient pas oublié la rupture du mariage pour adultère. Le droit canonique connaissait cependant quelques exceptions, de la séparation « *de lit et de table* » (*divortium quoad torum et mensam*) que l'on pourrait comparer à notre séparation de corps, au divorce proprement dit, le « *divorce de lien* » (*divortium quoad vinculum*) en passant par la théorie des nullités du mariage.

Les Lumières, célébrant la liberté individuelle que la Révolution avait faite, au contraire, célébraient l'institution du divorce : comme elle laïcisait le mariage, en le civilisant, elle allait intégrer son contraire, le divorce.

Une loi du 20 septembre 1792 admettait le divorce par consentement mutuel voire pour incompatibilité d'humeur, autre façon de parler de droit de répudiation ou, de façon plus neutre, de divorce unilatéral.

Le Code Napoléon s'en tenait à une voie médiane, retenant le divorce pour faute et faisant du divorce par consentement mutuel une méthode très complexe de rupture du mariage, tellement qu'il en devenait inutile et désuet.

La Restauration portait, au cas particulier, mal son nom puisque la loi de Bonald abrogeait le divorce dès 1816.

Il ne fut rétabli qu'en 1884 par la célèbre loi Naquet qui réintégra le divorce, mais uniquement dans sa conception de divorce sanction. La dernière réforme du divorce est l'œuvre de la loi du 11 juillet 1975, réformée par une loi du 30 juin 2000 en matière de prestations compensatoires, inspirée par Carbonnier entrée en vigueur le 1er janvier 1976, à la suite de la désormais fameuse « *Révolution des mœurs* » issue du Baby boom de l'après guerre.

La loi de 2004 va encore plus loin en assurant un principe de **liberté de divorcer** concurrent de la liberté de se marier dans la mesure où les conditions du divorce pour rupture de la vie commune sont très allégées, consacrant la fin du principe de l'indissolubilité du mariage.

Quelques chiffres :

– en 1960 on constatait 30 000 divorces, 60 000 en 1976, 100 000 en 1980, 120 000 en 1995, et 113 000 en 2001, pour un nombre de mariage à peu près constant autour de 300 000 (285 000 en 2001), soit un taux de divorcialité de 1/10 en 1960 contre 1/3 en 2001 (1/2 à Paris). Le divorce devient donc un phénomène social de premier ordre.

- *D'un point de vue social*, les deux arguments en faveur du divorce sont individualistes :

- le droit au bonheur de chacun des époux,
- la liberté humaine (le mariage est fondé sur les sentiments; les conjoints malheureux en ménage doivent pouvoir sortir d'une union infernale).

Trois arguments sociaux s'opposent au divorce.

- le premier argument concerne l'intérêt des enfants lorsqu'il y en a (l'enfant partagé est la principale victime du divorce). Toutefois, la condition de l'enfant dans une famille désunie n'est guère meilleure.

- Le deuxième argument est un argument d'ordre démographique : le divorce n'est pas nataliste. La multiplication des divorces entraîne une diminution du nombre des naissances.

- Enfin, si le divorce ne fait pas naître les conflits conjugaux, souvent il les attise. Des mésententes mineures qui auraient pu s'apaiser s'amplifient par la possibilité du divorce.

- ***D'un point de vue religieux***, l'église catholique a affirmé l'indissolubilité du mariage, de la fin du Moyen Age – concile de Trente début XVIIè – au milieu du XXème, tempérée par la nullité ou par certaines causes de dissolution (non consommation du mariage notamment). Dans les autres églises chrétiennes (orientales et protestantes), le divorce a toujours été admis.

* Ces controverses influent sur le débat *juridique* qui entoure la question du divorce.

Celle-ci s'est d'abord posée en termes de principe : le mariage doit-il être indissoluble ou peut-il être rompu par le divorce ?

Aujourd'hui, la question de principe est dépassée, on n'envisage plus de supprimer le divorce. La discussion porte sur les modalités de son application. En ce dernier domaine, on peut se faire deux idées du divorce.

- On peut le rattacher purement et simplement à la volonté des époux. On aboutit alors soit au divorce par consentement mutuel, soit au divorce par résiliation unilatérale (c'est-à-dire au divorce par répudiation).

- On peut faire du divorce une œuvre judiciaire et c'est ce qui correspond le mieux à l'idée du mariage institution. C'est, en partie, le système de notre Droit positif qui pose des freins à la liberté des époux de divorcer.

Nous conduirons l'étude du divorce en examinant successivement les cas – on parlait autrefois de *cause*, lorsqu'il fallait en chercher une, de divorce, dans lesquels le divorce pourra être prononcé (Section 1), la procédure du divorce (Section 2) et les effets du divorce (Section 3).

SECTION 1 - LES DIFFERENTS CAS DE DIVORCE

Le juge ne pourra prononcer le divorce qu'à deux conditions : l'un des époux doit se trouver dans l'un des cas prévus par la loi comme étant un cas de divorce (§ 1) et l'action ne doit pas être rendue impossible par l'existence d'une fin de non recevoir (§ 2).

§ 1. – LES CAS DE DIVORCE

Le législateur ne laisse pas au juge un pouvoir discrétionnaire : il énumère les cas dans lesquels le juge peut dissoudre le mariage.

Pour fixer ces causes elles-mêmes, on peut se rattacher à plusieurs idées.

On peut envisager les cas de divorce comme des cas de *divorces subis* (pour faute ou pour rupture de la vie commune) ou de *divorces choisis*.

On peut également considérer le divorce comme une pénalité infligée à l'époux coupable : c'est le *divorce sanction*. Mais on peut l'envisager différemment et le considérer comme un remède à une situation conjugale inextricable. On parle dans ce cas de *divorce-remède*. On peut même parler d'un *divorce de confort* pour les hypothèses les plus souples.

Dans le droit antérieur à la loi de 1975, seule la conception du divorce-sanction qui prédominait, le divorce pour faute, de sorte que certains candidats au divorce inventaient des fautes pour pouvoir divorcer. La loi du 11 juillet 1975 cumule les deux systèmes en élargissant les hypothèses de divorce.

Dans l'état actuel du droit positif, il existe trois causes de divorce. Ce sont les divorces consentis (I), le divorce pour rupture de la vie commune (II), le divorce pour faute (III).

I. – LES DIVORCES CONSENTIS

Les divorces consentis correspondent à ce que l'article 229 (d'avant 2004) présentent comme le divorce par consentement mutuel dit encore « divorce d'accord », qui peut revêtir deux formes : le divorce sur demande conjointe des époux (A) et le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre (B). Après 2004, la première variante s'appelle divorce par consentement mutuel.

A. – Le divorce par consentement mutuel

Cette forme de divorce (divorce sur demande conjointe des époux avant 2004) correspond à la formule de divorce du Code civil de 1804, disparue en 1816 et que le législateur de 1884 n'avait pas osé faire revivre, à la différence du législateur de 1975. Son rétablissement fut guidé par l'idée selon laquelle il convenait de mettre fin à la comédie jusqu'ici pratiquée et qui consistait, quand les époux étaient d'accord pour divorcer, à imaginer des griefs réciproques et à produire des documents injurieux (ex. : les époux se faisaient surprendre à tour de rôle en flagrant délit d'adultère ou bien s'envoyaient réciproquement des lettres d'injure qu'ils rédigeaient ensemble avec leurs avocats).

Le divorce par consentement mutuel repose sur l'accord des époux s'agissant tant du principe du divorce que de ses conséquences, patrimoniales et extrapatrimoniales (les enfants notamment).

Désormais, les époux qui **veulent divorcer d'un commun accord** doivent présenter au juge une *requête conjointe* lui demandant de constater judiciairement l'échec de leur union tout en proposant à son homologation une convention réglant les conséquences du divorce, sans avoir à révéler les motifs du divorce.

– La procédure était assez longue avant 2004 en raison de la nécessité de procéder à deux comparutions (trois en fait) et de l'exigence d'un délai de réflexion.

Désormais, la demande de divorce n'exige plus qu'une comparution et supprime le délai de réflexion. Les époux sont tenus de soumettre à l'approbation du juge un **projet de convention** qui règle toutes les conséquences du divorce et ce dès la requête.

Il n'y a donc plus de premier projet, dit *convention temporaire* réglant la situation des époux pendant l'instance – la séparation de fait, notamment – puis un second projet dit *projet de convention définitive* qui envisageait l'ensemble des questions de l'après divorce.

Le juge peut refuser d'homologuer la convention s'il constate qu'elle préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. Refusant l'homologation de la convention, il ne peut pas prononcer le divorce. Il ajourne sa décision jusqu'à présentation d'une convention modifiée.

Cependant, en règle générale, la convention est acceptée et sa rédaction doit être d'autant plus minutieuse qu'elle prendra effet immédiatement après la comparution des parties qui précède le jugement.

L'absence de mesure provisoire, qui s'impose parfois, impose alors des stratégies particulières et notamment de formuler une demande de divorce contentieux, en soumettant une convention provisoire ou bien une demande de divorce sans préciser sa nature, de sorte que le juge est alors contraint de rendre une ordonnance de non-conciliation et ce faisant de fixer des mesures provisoires.

Contenu de la convention : la convention fixe en premier le lieu de résidence de chacun, le divorce mettant fin à l'obligation de communauté de vie, fixe, éventuellement la date d'effet des conséquences du divorce, dans les conditions de leur choix (avec d'éventuelles conséquences fiscales ou sur les biens des époux), assure la liquidation du régime matrimonial (celle-ci devant être réalisée avant, et les parties doivent apporter un état liquidatif ou une déclaration selon laquelle il n'y a pas lieu à liquidation, en l'absence d'immeubles communs notamment), elle fixe le montant éventuel de la prestation compensatoire, décidée par les parties et contrôlée par le juge, et comporter des clauses de révision, la question de la réparation des frais d'instance et celle du nom des époux (cf. infra).

– En termes de délais, il en résulte qu'un divorce peut être jugé entre 3 et 9 mois.

** – Par ailleurs, le consentement des époux doit être exempt de vice (C. civ., art. 232) c'est-à-dire exempt de violence ou de pression, de dol (c'est-à-dire de manœuvres), ou d'erreur. Cela étant, le divorce, en raison de double nature, conventionnelle et institutionnelle, ne peut faire l'objet d'une action en annulation, mais d'un appel.

B.– Le divorce par acceptation de la rupture du mariage

Ce type de divorce remplace l'ancien forme de divorce demandé par un époux et accepté par l'autre, et autrefois appelé aussi « divorce par double aveu » ; il est une

variante du précédent : les époux sont d'accord sur le principe du divorce mais pas sur ses conséquences. La demande en divorce est introduite par un seul des époux, ce qui peut présenter un avantage pour l'autre lorsque, pour des raisons morales ou religieuses, ce dernier hésite à introduire lui-même la demande.

L'époux qui prend l'initiative de la demande doit faire état d'une demande, sans préciser de raison, faisant de ce divorce, comme le précédent, un divorce objectif, alors qu'avant 2004, le demandeur devait établir dans sa demande un ensemble de faits (procédant de l'un et de l'autre) et qui rendent *intolérable le maintien de la vie commune*, bref un état constatant la faillite du mariage. Si l'autre époux reconnaît les faits devant le juge, le tribunal prononcera le divorce aux *torts partagés* (sur le caractère définitif du double aveu des époux, v. Civ.2°, 26 janvier 1984, JCP 1984, II, 20310, note Blaisse). En revanche, si ce même époux ne reconnaissait pas les faits, le tribunal ne pouvait pas prononcer le divorce.

Désormais l'accord de l'autre époux ne porte plus que sur le principe du divorce, acceptation qui est ensuite irrévocable.

L'avantage de cette seconde forme, par rapport à la première, est qu'elle ne comporte pas de délai. D'autre part, les conséquences du divorce ne seront pas réglées au préalable, mais au moment du prononcé du divorce par le tribunal lui-même et non par les époux. Elle risque donc d'être à la fois plus rapide et plus simple. Cette rapidité et cette simplicité expliquent sans doute le succès qu'a rencontré cette formule dans certains tribunaux.

La formule présente, en revanche, l'inconvénient d'être plus onéreuse. La procédure, en effet, est ici une procédure contentieuse, alors que dans la première formule, elle était gracieuse. Une conséquence va en découler : le recours à un avocat pour chaque partie va être obligatoire (alors que précédemment nous avons vu que la requête conjointe pouvait être présentée par un seul avocat, choisi d'un commun accord par les époux). Notons que cet inconvénient n'en est pas vraiment un, dans la mesure où les personnes de revenus modestes peuvent, aujourd'hui, bénéficier de l'aide judiciaire soit totale, soit partielle.

II. –LE DIVORCE POUR ALTERATION DEFINITIVE DU LIEN CONJUGAL

Ce type de divorce remplace le divorce pour rupture de la vie commune introduit en 1975 et qui fut le plus discuté, le plus contesté. L'idée dominante tient au fait que lorsque le mariage a *en fait* cessé depuis longtemps, la faillite du ménage est consommée ; il ne reste plus alors qu'à prononcer le divorce, sans avoir à constater la faute, sans avoir à rechercher l'accord de l'autre époux. C'est, alors, une forme de divorce-répudiation, avancent ses détracteurs, c'est l'anti-indissolubilité du mariage, avec des réserves cependant, d'où la réforme de 2004 :

Il n'y a plus depuis 2004 qu'un cas de divorce, le *constat de l'altération définitive du lien conjugal*, résultant de la cessation de la communauté de vie, tant affective que matérielle. Le délai de séparation, qui n'est pas une condition préalable est de deux ans contre 6, remplaçant les deux cas existant avant 2004, lorsqu'il résultait

d'une séparation de fait depuis plus de six ans, ou en cas d'altération des facultés mentales de l'autre époux (C. civ., ancien art. 238).

Désormais, le délai est simplement de deux ans à compter de l'absence de communauté de vie, de la séparation.

III. – LE DIVORCE POUR FAUTE

Seule forme du divorce dans le droit antérieur à 1975, seule véritable *cause*, au sens propre du terme, de divorce, ce cas de divorce – le divorce sanction – a naturellement été maintenu par la loi nouvelle, malgré le désir de certains groupes politiques de la voir rayée du Code civil, en raison de la charge morale et religieuse qu'il supporte. Maintenu, le divorce pour faute a, toutefois, subi des changements ; il doit également être réformé par la loi de 2004.

A. – Disparition de la notion de causes péremptoires de divorce pour faute

* Dans la rédaction antérieure à 1975, le Code connaissait des **causes péremptoires de divorce** : cinq fautes qui devaient emporter, presque *ipso facto*, le divorce. Il s'agissait de l'**adultère**, de la **condamnation à un peine afflictive et infamante**, des **excès**, des **sévices** et des **injures graves** (C. civ., ancien art. 229 à 232). L'adultère tenait, évidemment, la plus grande part dans cette énumération. Les trois dernières hypothèses devaient d'ailleurs, depuis 1945 constituer **une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage et rendre intolérable le maintien du lien conjugal**.

* L'article 242 du Code civil issu de la réforme de 1975 n'a conservé que cette dernière exigence.

Il n'y a plus **aujourd'hui** d'énumération, plus de cause péremptoire de divorce (sauf la condamnation, C. civ., art. 243) mais une **cause indéterminée qualifiée : une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage qui rend intolérable le maintien du lien conjugal**.

Il ne subsiste donc plus que des causes facultatives, laissant place au pouvoir d'appréciation du juge.

B. – Substitution de la seule faute aux anciennes causes

Aujourd'hui, aux termes de l'article 242, le divorce pour faute peut être demandé par l'un des époux dans le cas d'une faute correspondant à une violation des obligations du mariage, sans exemples ou énumérations, contrairement à la loi de 1075 qui envisageait deux hypothèses, celle d'une faute pénale ou d'une faute civile.

Pour que la faute civile puisse être retenue, il est nécessaire mais il suffit qu'elle consiste en une violation des devoirs du mariage imputable au conjoint à qui elle est reprochée et rendant intolérable le maintien de la vie commune (art.242 C.civ.).

a. – La « violation des devoirs du mariage »

***. – Une « violation... des devoirs et obligations du mariage ».**

L'interprétation de l'expression « *violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage* » qui figure à l'article 242 du Code civil, peut être effectuée par **référence aux anciennes fautes péremptoires.**

- *L'adultère* : il n'est plus suffisant en soi pour constituer une cause péremptoire du divorce. L'adultère toléré ou encouragé par l'autre, l'adultère occasionnel, l'adultère commis après plusieurs années d'abandon... pourraient ne plus constituer la faute requise.

Observons cependant que l'adultère n'est pas, en tant que tel, sanctionné par l'article 242 du Code civil, mais en tant que **violation du devoir de fidélité** de l'article 212 du Code civil.

- *L'excès* : il désigne les actes de nature à mettre en danger la vie du conjoint.

- *Les sévices* : ils visent les voies de fait commises sur la personne du conjoint sans que sa vie soit, pour autant, en péril. Aujourd'hui, comme hier, les violences, les sévices constituent des fautes.

- *Les injures* : le terme d'injure ne signifie pas simplement pour les tribunaux le fait d'invectiver outrageusement mais couvre de façon très générale toute faute commise par un conjoint à l'égard de l'autre. Il s'agit de la violation de tout devoir conjugal, c'est à dire de la méconnaissance des obligations réciproques imposées aux conjoints par le mariage. Il peut s'agir des devoirs légalement prévus : fidélité, secours, assistance et communauté de vie. De ce point de vue, l'adultère disparaît derrière la notion plus générale d'injures. Il peut s'agir aussi des devoirs non exprimés par la loi : les juges ont ainsi retenu comme injure le refus de tenir la promesse de faire baptiser les enfants ou le fait d'avoir une conduite scandaleuse, de ne pas assurer au conjoint un mode de vie qu'il pouvait légitimement attendre, d'avoir des attitudes politiques ou religieuses offensantes pour le conjoint...

- **Les autres violations** : Constituent également des violations causes de divorce, le manquement à diverses obligations comme le manquement au devoir de loyauté que se doivent les époux, comme le manquement :

- aux charges du mariage,
- au devoir de secours,
- au devoir d'assistance (absence de soins à son conjoint ou à ses enfants),
- au devoir de cohabitation, ce qui correspond à l'hypothèse de l'abandon de domicile, mais aussi, le fait « *de se refuser à l'autre* »...
- et d'autres comportements, comme de défaut de respect, l'indifférence, la malhonnêteté, le fait d'avoir caché certains aspects de sa personnalité, sociaux, physiques (impuissance) ou psychologiques, etc.

****.** – Une « *violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage* ».

L'adultère, les excès, sévices ou injures doivent constituer une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations de l'un des époux : l'appréciation de la gravité se fait en fonction du milieu social et du niveau culturel des intéressés. La loi sanctionne aussi bien le fait unique mais grave que le fait sans gravité mais qui le devient par répétition.

Les faits invoqués doivent être imputables au défendeur, c'est à dire avoir été commis volontairement ou, du moins, avec discernement. Ainsi, le fait que l'un des époux ait involontairement blessé son conjoint ne saurait être considéré comme une faute de nature à justifier le divorce. De même, les faits commis par l'aliéné mental ne sauraient être pris en compte. De même, le mari ne saurait se prévaloir du viol dont son épouse a été victime pour demander le divorce pour cause d'adultère.

b. – « *... rendant intolérable le maintien de la vie commune* »

Le divorce-remède l'emporte ici sur le divorce-sanction. On voit aujourd'hui cette condition nécessaire devenir, peu à peu, une condition suffisante : les tribunaux accordent désormais le divorce dès qu'ils sont convaincus qu'un refus ne ferait que retarder le moment de la rupture définitive sans accroître les chances de stabilité du mariage. L'appréciation de la situation de fait créée par le comportement fautif est considérée comme plus importante que celle du comportement fautif lui-même.

C'est ainsi par exemple que le devoir de fidélité s'estompe : le flirt, la galanterie excessive, ne sont pas nécessairement des causes de divorce.

Ces différentes causes de divorce se sont réparties de la manière suivante:

- demande conjointe	:	entre 40 et 45 %
- demande acceptée	:	environ 15 %
- rupture de la vie commune	:	environ 1 %
- faute	:	entre 40 et 45 %

Les chiffres ont, depuis cette analyse, progressé dans le même sens... mais plus vite... et l'on peut se demander si le plafonnement des divorces ne naîtra pas de la diminution des mariages, on se retrouverait dans la situation de 1792...

§ 2. – LES FINS DE NON RECEVOIR A L'ACTION EN DIVORCE

Lorsqu'un époux demande le divorce, il peut arriver que son action soit déclarée irrecevable si certains événements, dits fins de non recevoir, se sont produits. Ces événements sont autant d'obstacles à l'action en divorce ; cette question autrefois très importante est désormais plus limitée.

Une première fin de non recevoir est applicable à tous les cas de divorce : il s'agit du **décès de l'un des époux avant que la décision de divorce ne soit devenue définitive**. Le décès rompant le mariage, le divorce n'a plus de raison d'être.

Les **autres fins de non recevoir** vont être variables selon la cause de divorce invoquée.

Dans le cadre du divorce par consentement mutuel, ce peut être l'absence de consentement.

Dans le cadre du divorce pour altération de la vie conjugale, il existe plusieurs fins de non recevoir limitées, comme la computation de la durée de deux ans. Cela étant la modification de 2004 a emporté la fin de l'utilité de ces fins de non recevoir.

Avant 2004, en effet, pouvait être discuté la question de l'**altération grave des facultés mentales**, si ce divorce risquait d'avoir des conséquences trop graves sur la maladie du conjoint mais, surtout, de manière plus générale, l'ex-article 240, prévoyait ce qu'on appelait la « **clause** » **d'exceptionnelle dureté** : « *si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui (compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage), soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le juge peut rejeter la demande* ». La notion d'exceptionnelle dureté était laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond pour lui permettre d'apprécier l'opportunité de la demande, pour la refuser éventuellement.

Pour apprécier l'exceptionnelle dureté, les tribunaux prenaient en considération les conséquences du divorce et non pas celles de la rupture : la longue durée du mariage, l'âge avancé du conjoint défendeur, ses faibles ressources, son état de santé déficient, son milieu social (v. notamment à propos de la femme d'un rabbin, Paris 16 mars 1978, JCP 1978, II, 18964, 2ème espèce, note R. Lindon), mais pas les convictions personnelles ou religieuses (v. notamment en ce sens Paris 1er juin 1979, JCP 1981, II, 19565, note R. Lindon; sur la question, v. également C. Atias, *"Les convictions religieuses dans la jurisprudence en matière de divorce"*, JCP 1984, I, 3151; Barbier, *"Le divorce, la religion et l'exceptionnelle dureté au sens de l'article 240 du Code civil"*, Gaz. Pal. 1987, 1, doct. 273).

Enfin, troisième moyen de défense (qui n'est pas véritablement une fin de non recevoir), l'époux « répudié » peut effectuer une demande reconventionnelle, fondée sur la faute du demandeur de façon à permettre au juge de se prononcer sur les conditions de la demande de divorce (alors que celles-ci sont ignorées dans le divorce pour rupture de la vie commune). Si la faute est démontrée, le divorce sera prononcée aux torts exclusifs du demandeur ;

Dans le cadre du divorce pour faute, on retrouve dans le droit d'après 1975, les fins de non recevoir du droit antérieur. Ce sont :

1. – La réconciliation des époux : il se peut qu'après une faute de l'un des époux, l'autre pardonne à son conjoint. L'époux qui a pardonné ne peut pas introduire

une action en divorce en invoquant la faute antérieure à la réconciliation. Il peut, en revanche, fonder son action sur de nouveaux griefs, survenus ou découverts depuis la réconciliation.

La loi nouvelle définit les éléments constitutifs de la réconciliation (ce que ne faisait pas le droit antérieur). Elle doit comporter :

- un *élément matériel* : la reprise de la vie commune;
- un *élément intentionnel* : le pardon de l'époux offensé et l'acceptation du pardon par l'époux offensé. On veut par là éviter que la reprise de la vie commune ne soit motivée par des raisons étrangères à l'esprit de réconciliation comme les difficultés de logement ou l'intérêt des enfants.

2. – Les excuses : L'article 265 envisage le comportement de l'autre époux : les grossièretés, les injures, les coups qui seraient eux-même à l'origine de fautes commises par un époux. Si celui-ci subit une procédure de divorce pour faite il pourra alors faire valoir cette fin de non recevoir, ou bien formuler une demande reconventionnelle.

3. – La provocation : un époux veut divorcer mais ne souhaite pas agir et envisage de provoquer l'action de son conjoint, par une provocation, un encouragement à commettre une faute, ou pire une mise en scène, grâce à un complice complaisant qui est chargé de séduire le conjoint qui commet ainsi une faute, provoquée qui peut justifier une nouvelle fin de non recevoir.

4. – L'irresponsabilité : c'est le comportement morbide, maladif, dépressif, ou la déficience mentale d'un époux qui est visé.

5. – La prescription : si un époux reste plus de trente ans sans invoquer les griefs qu'il a contre son époux, on lui opposera la fin de non recevoir tirée de la prescription.

6.– La réciprocité des torts : en principe, ce n'est pas une fin de non recevoir. Toutefois, 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. Par ailleurs, l'article 245 alinéa 3 du Code civil prévoit que le magistrat pourra prononcer le divorce aux torts partagés même si l'époux défendeur ne demande rien, lorsque les débats feront apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre.

SECTION 2 – (QUELQUES ELEMENTS DE) LA PROCEDURE DE DIVORCE

Elle est différente selon la cause invoquée. Certaines règles sont cependant générales (§ 1), d'autres sont particulières (§ 2).

§ 1. – LES REGLES GENERALES

* En ce qui concerne le juge compétent, l'action en divorce relève du TGI statuant en matière civile. Un juge de ce tribunal est particulièrement compétent, c'est le **JAF** « juge aux affaires familiales » (L.8 janvier 1993, art.247 al.2). Le juge aux affaires familiales est désormais le seul juge du divorce et de ses conséquences. Il est spécialement compétent dans deux cas :

- le divorce sur demande conjointe des époux : c'est lui qui le prononce.
- il statue également sur tout ce qui concerne l'après divorce : les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la modification de la pension alimentaire, la révision de la prestation compensatoire (art.279 al.3 C.civ.).

Le juge aux affaires familiales peut renvoyer l'affaire à une audience collégiale; le renvoi est de droit dès que l'une des parties le demande.

* En principe, le tribunal territorial compétent est le tribunal du lieu où se trouve la résidence de la famille.

§ 2 - LES REGLES PARTICULIERES DE PROCEDURE

Il faut distinguer le divorce sur demande conjointe des autres divorces étant entendu que la demande initiale de divorce n'est pas définitive en ce sens que les époux peuvent, à tout moment changer de type de divorce, ce qui n'était pas possible avant 2004 (il convenait de se désister, puis de changer de procédure).

1. – Dans le cadre du **divorce par consentement mutuel**, la procédure est entièrement **gracieuse** et se déroule toujours devant le juge aux affaires familiales.

2.– Dans le cadre des **autres formules**, la procédure est mixte : elle est **gracieuse** dans un premier temps, **et contentieuse** ensuite.

a. – **La phase gracieuse de la procédure** est une phase de **réconciliation** les époux. La procédure commence par une requête que l'époux demandeur adresse au juge. Le juge procède ensuite à la tentative de conciliation. Cette tentative n'est obligatoire qu'en cas de demande de divorce pour rupture de la vie commune ou pour faute. Au jour fixé pour la tentative de conciliation, les époux doivent comparaître devant le juge. Le juge tente de dissuader les époux de divorcer; s'il échoue, il rend une ordonnance de non conciliation (dans cette ordonnance, le juge peut statuer sur des mesures provisoires telles que la fixation de la résidence séparée des époux, les modalités de l'autorité parentale).

b. – S'ouvre alors la **phase contentieuse**. L'un des époux adresse à l'autre une assignation en divorce. L'autre peut contester les griefs, il peut aussi introduire une « demande reconventionnelle » : il devient lui-même demandeur et invoque les torts et griefs de l'autre époux. Les débats se déroulent à huis clos afin d'éviter toute publicité. Les moyens de preuve les plus larges sont désormais admis : aveu, serment, lettres échangées, mais ne sont pas admis les témoignages de tous les descendants de chacun des époux. Le tribunal peut rejeter la demande en divorce (les mesures provisoires

prennent fin mais selon l'article 258 du Code civil, la loi confie au juge le soin d'organiser pour l'avenir la séparation de fait entre les époux).

– En de divorce pour faute, le tribunal peut prononcer le divorce soit aux torts exclusifs de l'un ou l'autre des époux, soit aux torts partagés.

– En cas de divorce demandé par un époux et accepté par l'autre, le divorce prononcé produira tous les effets d'un divorce à torts partagés.

– Le divorce pour rupture de la vie commune est prononcé automatiquement contre celui qui a pris l'initiative de la demande.

c. – S'agissant des voies de recours, elles sont toujours suspensives (aussi bien l'appel que le pourvoi en cassation alors que normalement seul l'appel est suspensif).

Quand le divorce est devenu définitif, la mention en est portée en marge de l'acte de mariage ainsi que des actes de naissance des époux.

La nouveauté de la loi de 2004 consiste à proposer de façon systématique des passerelles entre les procédures de divorce : un divorce entamé selon une certaine procédure, pour faute par exemple, peut toujours déboucher sur une procédure de divorce par consentement mutuel, plus rapide et moins traumatisant (C. civ., art ; 247).

SECTION 3 – LES EFFETS DU DIVORCE

L'effet principal du divorce est de dissoudre le mariage, c'est-à-dire de mettre fin, sans rétroactivité, aux effets de ce mariage. La rupture du lien matrimonial ainsi réalisée va nécessairement affecter les rapports des époux entre eux (§ 1) et les rapports entre parents et enfants (§ 2).

§ 1. – LES EFFETS DU DIVORCE DANS LES RAPPORTS ENTRE EPOUX

Entre les époux, le divorce produit des effets au double plan de leur personne (I) et de leur patrimoine (II).

I. – LES EFFETS EXTRA PATRIMONIAUX DU DIVORCE

Au plan personnel, l'effet essentiel du divorce est la **dissolution du mariage** qui supprime la qualité d'époux, et ce à compter de la date à laquelle la décision qui prononce le divorce est devenue définitive (art.260 C.civ.).

La suppression de la qualité d'époux et donc le retour au célibat, les deux ex-époux sont désormais des étrangers l'un pour l'autre, va entraîner diverses conséquences dont les principales sont les suivantes :

– **Suppression des devoirs réciproques**, et notamment des devoirs de cohabitation et de fidélité. C'est là une grande différence avec la séparation de corps.

Il y a également, en principe, suppression du devoir de secours. Toutefois, en cas de divorce pour rupture de la vie commune, celui des époux qui a pris l'initiative de demander le divorce demeure tenu de ce devoir à l'égard de l'autre.

– **Droit de se remarier.**

– **Perte du droit pour la femme de porter le nom de son mari.**

En **principe**, en effet, chacun reprend son nom après le prononcé du divorce (C. civ., art. 264).

Une **première exception** permet à la femme divorcée de conserver l'usage du nom du mari soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou ses enfants.

Une **seconde exception** concerne le cas du divorce pour rupture de la vie commune, la loi est allée encore plus loin en octroyant à la femme le droit de conserver l'usage du nom du mari lorsque le divorce a été demandé par lui.

II. – LES EFFETS PATRIMONIAUX DU DIVORCE

S'agissant des effets patrimoniaux du divorce, la loi de 1975 a introduit des règles radicalement différentes de celles que l'on connaissait auparavant. Il s'agissait alors de produire les effets d'un divorce pour faute et, donc, de proposer des effets en termes de sanction d'une faute.

Au-delà des règles intéressant la dissolution du régime matrimonial, le législateur de 1975 a cherché d'une part à dédramatiser l'*après-divorce*, d'autre part à déculpabiliser au maximum les effets du divorce (cette dernière idée explique que certains de ces effets ne vont pas être liés à l'idée de faute et de sanction; d'autres au contraire le seront).

A. – Dissolution du régime matrimonial

La dissolution du mariage, union de personnes, se prolonge par celle du régime matrimonial, union de biens. Le régime sera liquidé d'après les règles conventionnelles prévues par le contrat de mariage ou, à défaut, selon les règles légales. C'est l'objet du cours de 4ème année.

B. – Perte des avantages matrimoniaux

C'est le problème des donations que les époux avaient pu se consentir durant le mariage ou par contrat de mariage, à l'exception des « présents d'usage ».

1. – En cas de divorce par consentement mutuel

– Sur demande conjointe : «... les époux décident eux-mêmes du sort des donations et avantages qu'ils s'étaient consentis. S'ils n'ont rien décidé à cet égard, ils sont censés les avoir maintenus" (art.208).

– Sur demande acceptée : "... Chacun des époux peut révoquer tout ou partie des donations et avantages qu'il avait consentis à l'autre" (art.268-1).

2. – En cas de divorce pour altération du lien conjugal

La perte des avantages matrimoniaux prend donc ici la forme d'une sanction, d'une déchéance que subit l'époux fautif, à la différence de l'autre.

"Celui qui a pris l'initiative du divorce perd de plein droit les donations et avantages que son conjoint lui avait consentis. L'autre époux conserve les siens" (art.269).

3. – En cas de divorce pour faute

- Si le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, "... celui-ci perd de plein droit toutes les donations et tous les avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis. L'autre conjoint conserve les donations et avantages qui lui avaient été consentis, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu" (art.267). On retrouve aune formule proche de celle du divorce pour rupture de la vie commune.

- Si le divorce est prononcé aux torts partagés, "... chacun des époux peut révoquer tout ou partie des donations et avantages qu'il avait consentis à l'autre" (art.267-1).

C.– Perte de tout droit successoral

Les époux perdent, par le divorce, les droits légaux qu'ils avaient à la succession de l'autre; chacun demeure libre, cependant, de léguer tout ou partie de ses biens à son ex-conjoint (qui n'interviendrait plus, alors, en tant que conjoint héritier légal mais en tant qu'étranger légataire, héritier testamentaire).

D. – Attribution du logement familial

– **L'appartement appartient à un des époux (c'est un bien propre).** La liquidation du régime matrimonial entraînera restitution à l'époux propriétaire de la libre maîtrise de l'appartement familial.

La jouissance de cet appartement pourra cependant être décidée par le juge et l'article 285-1 prévoit la possibilité d'un bail forcé:

« Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail à l'autre conjoint :

. lorsque l'autorité parentale est exercée par celui-ci sur un ou plusieurs enfants, ou en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale lorsqu'un ou plusieurs enfants ont leur résidence habituelle dans ce logement;

. lorsque le divorce a été prononcé à la demande de l'époux propriétaire, pour rupture de la vie commune (...) ».

– **L'appartement appartient aux deux époux.** En ce cas, le sort de l'appartement est réglé par les règles de la dissolution du régime matrimonial : il peut être vendu ou plus sûrement attribué à l'un des époux

– **L'appartement est loué.** Les règles de l'article 1751 du Code civil, relayées par celles de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 assurent le maintien dans les lieux de l'époux même s'il n'est pas le signataire du contrat et le juge eut attribuer le droit locatif à l'un des époux en fonction des intérêts sociaux ou familiaux en cause, c'est-à-dire en pratique à la mère et à ses enfants.

E. – Prestations après divorce

1. – Avant 1975, le conjoint innocent avait droit à une *pension alimentaire*, presque toujours versée au profit de la femme (femme au foyer) que le mari devait entretenir.

La pension alimentaire a une double nature : indemnitaire dans son fondement (responsabilité pour faute) et alimentaire dans son objet (elle dépend des ressources du débiteur et des besoins du créancier).

En découlent deux **conséquences** :

- la pension alimentaire ne peut être accordée qu'à l'époux innocent;
- elle est par nature révisable, d'où les chicanes, les disputes pendant le divorce (qui est plus innocent que l'autre ?) et après le divorce ("*tes ressources ont changé, mes besoins aussi...*").

2. – Depuis 1975, le législateur de 1975 a voulu éviter ces conséquences fâcheuses en substituant dans de nombreuses hypothèses la prestation compensatoire à la pension alimentaire.

*. – La *prestation compensatoire*, l'une des principales innovations de la loi de 1975, réformée par une loi du 30 juin 2000, vise à compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Elle a pour but d'essayer de maintenir les anciens époux dans les conditions matérielles qu'ils avaient avant le mariage.

– Elle est accordée sans distinction entre l'époux coupable et l'époux innocent.

– Elle est en principe forfaitaire, c'est-à-dire qu'elle doit normalement être versée une fois pour toute au moment du divorce sous la forme d'un capital (art.275 C.civ.).

Mais elle peut être révisée si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité. Le problème est que le principe a été renversé : les prestations compensatoires étaient toujours versées sous forme de rente, solution facilitée par le régime fiscal favorable à la rente (déductibilité des revenus).

La loi du 30 juin 2000 a réformé considérablement la question. Elle prévoit que la prestation est versée sous forme de capital (art. 274) sauf exceptions déterminées, soit sous la forme du versement d'une somme d'argent soit de l'abandon de biens en nature, soit par dépôt de sommes productives de revenus (instruments financiers, actions...). Mais des modalités de paiement (huit ans) peuvent être accordées (n'est-ce pas retrouver la rente ? Avant 2000 les rentes étaient versées entre cinq et dix ans). La loi de 2004 en revanche prévoit que la fixation de la prestation sous forme d'un capital sera systématique.

– Elle est fixée en fonction des besoins et des ressources des parties, en fonction de l'âge, de l'état de santé, ...des parties. L'objectif est en effet de maintenir le train de vie de son créancier et de compenser la disparité que le divorce crée dans les conditions de vie des deux ex-époux. Pour cette raison, elle est calculée selon les besoins de l'époux et ses ressources et en tenant compte de la situation au moment du divorce (C. civ., art. 271). Pour cela, les deux époux établissent une déclaration sur l'honneur de l'exactitude des informations fournies sur leurs ressources (C. civ., art. 272).

– Elle présente un caractère forfaitaire.

– Elle est évaluée à la date de la dissolution du mariage.

– Elle est transmissible aux héritiers du débiteur même si sa valeur est supérieure à l'actif de la succession reçu par les héritiers, c'est de dernier point que la loi de 2004 entend modifier.

– Elle est révisable, même si la pratique judiciaire d'avant la loi du 30 juin 2000 rendait cette révision très difficile. Désormais cette révision est inutile, puisqu'il s'agit d'un capital. Simplement le montant est indexé en présence de facilités de paiement. L'article 276-3 prévoit cependant que en cas de changement important dans la situation du débiteur ou les ressources du créancier, la prestation est révisable.

Cas du divorce par consentement mutuel. La convention des époux homologuée en justice fixe les conséquences patrimoniales du divorce, les remises en capital ou, plus fréquemment, les pensions diverses. Celle-ci prévoira, notamment, l'attribution d'une prestation compensatoire « *destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respective* » (art.270 C.civ.).

La vie commune et l'union des biens des époux procuraient à chacun d'eux un niveau d'aisance, commun au deux. La dissolution du lien conjugal va rompre vie commune et union des biens et créer l'apparition de trains de vie généralement distincts : la prestation compensatoire vise à réduire ou effacer ce

décalage. L'article 279 al.3 prévoit la possibilité de réviser la prestation compensatoire si les époux l'ont envisagé dans leur projet de convention.

– **L'exécution des versements**, dans le cas notamment où la prestation prend la forme d'une rente, a fait l'objet de plusieurs interventions législatives, récentes, pour protéger le créancier. On a relevé que :

"Selon des sondages du ministère de la justice, environ un quart des pensions ne sont jamais payées et entre un quart et un tiers le sont de manière irrégulière" (A. Benabent, *Rapport sur l'application jurisprudentielle de la loi du 11 juillet 1975*, Ministère de la justice, S.C.R. 1980, p.13).

Des techniques strictes de recouvrement ont été mises en place :

- procédure de paiement direct : la femme exerce son droit à la rente sur le salaire de son ex-mari ou sur les produits de son travail, ce recouvrement étant effectué par huissier (Loi 2 janvier 1973);

- procédure de recouvrement public quand les premières tentatives ont échoué : le créancier s'adresse au Procureur de la République qui délègue son pouvoir au juge aux affaires matrimoniales, et les pensions alimentaires sont alors recouvrées comme l'impôt (Loi 11 juillet 1975);

- intervention des organismes de prestations familiales qui peuvent consentir des avances au créancier de la pension alimentaire puis se retourner contre le débiteur (Loi 22 décembre 1984).

** – **La pension alimentaire** a disparu avec la loi de 2004.

F. – Dommages-intérêts

Lors d'un divorce pour faute prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, donc dans un divorce pour faute, ce dernier peut être condamné au paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel (ex. : sacrifice d'une carrière au profit de celle du conjoint) ou moral (ex. : époux catholique divorcé contre son gré) supporté par son conjoint. Anciennement admise par la jurisprudence, cette solution a été consacrée par la loi du 11 juillet 1975 (art.266 C.civ.).

§ 2. – LES EFFETS DU DIVORCE A L'EGARD DES ENFANTS

S'il supprime le lien entre les parents, le divorce ne supprime pas celui établi entre les parents et les enfants. L'extinction de la communauté de vie va toutefois provoquer des effets d'ordre extrapatrimonial et patrimonial.

Le problème essentiel est, ici, celui de la « **garde** » **des enfants**. C'est le problème humain, social et sociologique majeur du divorce, illustré ces dernières années

par les revendications des pères divorcés. On compte environ un millions d'enfants de parents divorcés.

La question était autrefois l'enjeu du divorce : la « gagnant » du procès en divorce emportait la garde du divorce, automatiquement, sous réserve de l'intérêt des enfants (on peut être une mauvaise épouse et une bonne mère) de sorte que la garde était à 80% pour la mère.

La question a fait l'objet d'une réforme avec la loi du 22 juillet 1987 et surtout avec la loi du 4 mars 2002, « *sur l'exercice de l'autorité parentale* », question déjà étudiée, qui a développé la possibilité d'un « *exercice en commun* » de l'autorité parentale, même en cas de séparation.

Retenons également le terme « garde » est désormais obsolète. La loi de 1987 l'a supprimé par celui de « exercice de l'autorité parentale ». On parle encore, cependant, de garde par habitude, par commodité.

*. – La garde était, en principe, attribuée à l'un des époux « *selon l'intérêt des enfants mineurs* » (C. civ., art.287). La loi du 11 juillet 1975 ne tient pas compte des conditions du divorce et ne prévoit pas que la garde des enfants sera confiée à l'époux au profit de qui le divorce a été prononcé, à la différence de la situation qui prévalait avant 1975, de sorte que la garde devenait l'un des enjeux du procès en divorce.

L'intérêt de l'enfant est le seul critère qui préside à ce choix, le juge peut d'ailleurs lui demander son sentiment (C. ci., art.290). Il se pourrait que l'intérêt de l'enfant impose d'en confier la garde non point à l'un de ses parents mais à des grands-parents, voire même des personnes unies à lui par des liens de parenté plus ténus ou même aucun lien de parenté avec lui. L'article 287-1 dispose, à cet effet :

« A titre exceptionnel et si l'intérêt des enfants l'exige, le juge peut décider de fixer leur résidence soit chez une autre personne choisie de préférence dans leur parenté, soit, si cela s'avérait impossible, dans un établissement d'éducation. La personne à qui les enfants sont confiés accomplit tous les actes usuels relatifs à leur surveillance et à leur éducation ».

Par ailleurs tout une série de règles se cumulent :

– les accords entre époux peuvent être respectés, notamment dans le divorce sur requête conjointe ;

– une enquête sociale est parfois diligentée ;

– le juge veille à ne pas séparer les fratries ;

La décision prise peut être ultérieurement modifiée si l'intérêt de l'enfant le commande, à la demande de l'un des ex-conjoints, d'un membre de la famille ou du ministère public (art.291 C.civ.).

****.** – La **garde alternative** est une formule qui vise à se substituer à l’attribution de la garde à la mère (85 % des cas), de façon à attribuer à chacun des parents la garde, alternativement, une année sur deux par exemple. Déclaré contraire à la loi depuis 1984 par la Cour de cassation (*Cass. civ. 2ème, 2 mai 1984, Bull. civ. II, n°78*), c’était surtout un système très critiqué pour les enfants, convenant surtout aux parents.

*****.** – La **garde conjointe** consiste à accorder la garde, conjointement, aux deux parents, notamment en cas de divorce sur requête conjointe. Admis par la Cour de cassation en 1983 (*Cass. civ., 2ème, 21 mars 1983, JCP 1984, II, 20163, note F. Dekeuwer, D. 1983. IR. 449, obs. A. Bénabent*), la formule a été consacrée par la loi du 22 juillet 1987 et représente aujourd’hui près de 40 % des attributions dans les divorces par consentement mutuel. Depuis 1993, ce système est même devenu le principe de l’attribution.

******.** – L’attribution peut faire l’objet d’une **modification** dans la mesure où la décision relative à l’attribution est toujours provisoire.

*******.** – Tout cela est devenu obsolète avec la loi du 4 mars 2002 : la « garde » est, depuis 1987, une question d’autorité parentale, qu’on ne confondra pas avec celle de l’hébergement des enfants :

Le principe est donc celui de l’exercice conjoint de l’autorité parentale mais le juge fixe le lieu de la résidence habituelle des enfants (C. civ., art. 373-2-9), avec possibilité d’un hébergement alterné, déterminé par la convention homologuée par le juge dans le cadre d’un divorce par consentement mutuel, par le juge à défaut. Par exception cependant, l’hébergement, voire l’autorité parentale, peuvent être attribués exclusivement à l’un des parents, si l’intérêt de l’enfant le commande.

B. – Effets

***. – Education des enfants.** – L’attribution conjointe de la garde règle la plupart des difficultés : les deux exercent l’autorité parentale et, donc, pourvoient à l’éducation des enfants.

Le parent gardien exerce les éléments de l’autorité parentale ordinairement rattaché à la garde de l’enfant : il dirige son éducation, peut solliciter une mesure d’assistance éducative... L’enfant est domicilié chez lui (art.108-2 C.civ.) et si le conjoint refuse de lui rendre l’enfant, il encourt des sanctions pénales (art.357 C.pénal).

De manière plus directe, le parent non gardien est investi d’un **droit de visite et d’hébergement** dont les modalités sont fixées par la convention des époux dans le divorce sur requête conjointe et par le juge dans les autres cas. Le non gardien ne perd pas l’autorité parentale en général. Il conserve donc le droit de surveiller l’entretien et l’éducation de l’enfant et doit être informé (C. civ., art.288 al.1). Il peut, à ce titre, susciter la mise en œuvre des mesures qui lui paraîtraient nécessaires. Il conserve également ses attributions en ce qui concerne le droit de consentir au mariage de l’enfant ou à son adoption.

****.** – **Entretien matériel.** – Celui qui n'exerce pas l'autorité parentale ou si celui chez qui l'enfant ne réside pas assume une obligation alimentaire, « *en fonction de ses ressources et de celles de l'autre parent* » (C. civ., art. 288, al. 1er). Fixée par le juge, le montant de la pension alimentaire est variable, indexé de façon à suivre l'évolution du coût de la vie et révisable en fonction des variations de ressources respectives et d'évolution des besoins de l'enfant. L'obligation dure jusqu'à la majorité, au moins et bien souvent, bien après, notamment lorsque les enfants décident de suivre des études supérieures.

Le défaut de versement est un délit, sanctionné comme le *délit d'abandon de famille* (C. pén., art. 227-3).

CHAPITRE 2

LA SEPARATION DE CORPS

La séparation de corps, sans rompre le mariage et sans permettre aux époux de se remarier, relâche le lien conjugal en supprimant la vie commune.

La séparation de corps peut être automatiquement convertie en divorce au bout de trois ans. Le législateur n'a, en effet, accepté la séparation de corps que comme une situation provisoire. Faute de réconciliation, elle doit aboutir au divorce afin de ne pas contraindre l'époux qui veut se remarier à un célibat forcé. On a dit que cette institution n'était que l'antichambre du divorce. C'est pourquoi un certain nombre de règles sont analogues à celles du divorce.

Nous allons examiner successivement les *CONDITIONS DE LA SEPARATION DE CORPS* (Section 1), ses *EFFETS* (Section 2) et sa *FIN* (Section 3).

SECTION 1 – LES CONDITIONS DE LA SEPARATION DE CORPS

Celle-ci ne peut être prononcée que pour les mêmes causes que le divorce et à la suite d'une procédure en principe analogue. La loi nouvelle apporte deux précisions importantes :

- L'époux contre lequel est présentée une demande en divorce peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps. De la même façon, mais ceci est nouveau par rapport au droit antérieur, l'époux contre lequel une demande en séparation de corps est demandée peut former une demande reconventionnelle en divorce.

- Par ailleurs, si une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont simultanément accueillies, le divorce est prononcé aux torts partagés. Cette disposition met fin à une situation absurde à laquelle les tribunaux arrivaient parfois dans le droit antérieur lorsque, accueillant simultanément les deux demandes, ils

prononçaient le divorce au profit de l'un des époux et la séparation de corps au profit de l'autre.

SECTION 2 – LES EFFETS DE LA SEPARATION DE CORPS

La séparation de corps entraîne un simple relâchement des liens du mariage. Nous étudierons les effets de la séparation de corps au double plan de la personne (§ 1) et du patrimoine (§ 2) des époux.

§ 1 - LES EFFETS EXTRA PATRIMONIAUX DE LA SEPARATION DE CORPS

S'agissant des rapports personnels entre les époux, la séparation de corps a pour principal effet de mettre fin au devoir de cohabitation. En revanche, elle laisse subsister le devoir de fidélité ainsi que le devoir de secours.

Quant au nom, la femme séparée conserve l'usage du nom du mari. Il n'en ira autrement que si le jugement de séparation de corps ou un jugement ultérieur le lui interdit.

§ 2. – LES EFFETS PATRIMONIAUX DE LA SEPARATION DE CORPS

Ils intéressent la pension alimentaire (I) et le régime matrimonial (II).

I - AU SUJET DE LA PENSION ALIMENTAIRE

Il faut savoir qu'elle est due au titre de la contribution aux charges du ménage. Le devoir de secours subsiste entre les époux sans que l'on ait à se préoccuper de savoir qui est coupable ou innocent. Elle doit être versée par celui qui a des ressources à celui qui est dans le besoin. Elle peut être convertie en capital.

II - AU SUJET DU REGIME MATRIMONIAL

Le régime matrimonial adopté au moment du mariage disparaît pour laisser place obligatoirement au régime de la séparation de biens. Il y a donc lieu de liquider la situation patrimoniale.

SECTION 3 – LA FIN DE LA SEPARATION DE CORPS

Elle peut avoir pour cause le décès de l'un des époux. Mais, en dehors de cette cause, la séparation de corps peut prendre fin par la reprise de la vie commune (§ 1) ou par la conversion en divorce (§ 2).

§ 1 - LA REPRISE DE LA VIE COMMUNE

La reprise volontaire de la vie commune restitue au mariage la plénitude de ses effets. Il existe toutefois deux limitations à cette restauration du mariage.

- *Dans le cadre des rapports pécuniaires entre les deux époux*, la séparation de bien subsiste (sauf si les époux décident d'adopter tel autre régime matrimonial) par application de l'article 1397 du Code civil qui soumet le changement de régime (homologation du tribunal de grande instance).

- *Dans le cadre des rapports des époux avec les tiers*, la reprise de la vie commune doit être mentionnée en marge de l'acte de mariage, après avoir été constatée par acte notarié, ou fait l'objet d'une déclaration à l'officier d'état civil. A compter de l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 1985, la mention de la reprise de la vie commune devra aussi être faite en marge des actes de naissance des deux époux (v. nouvel article 305 C.civ.).

§ 2 - LA CONVERSION EN DIVORCE

I - CONDITIONS DE LA CONVERSION

Comme dans le droit antérieur, elle peut être demandée par l'un ou par l'autre époux, sans considération des torts. Elle n'est subordonnée qu'à une seule condition : l'écoulement d'un délai de trois ans depuis que la séparation de corps est devenue définitive. La conversion est obligatoire pour le juge qui rend un jugement de conversion. Ce jugement est soumis aux formalités de publicité à l'état civil.

La loi de 1975 instaure deux dispositions nouvelles :

- elle autorise la conversion en divorce par demande conjointe quelle que soit la cause de la séparation de corps. Dans ce cas, aucune condition de délai n'est exigée;
- par ailleurs, dans le cas où la séparation a été prononcée sur demande conjointe, elle ne pourra être convertie en divorce que par une nouvelle demande conjointe. Cette disposition, toutefois, n'interdit en rien à l'un des époux de demander le divorce sur la base d'une autre cause.

II - EFFETS DE LA CONVERSION

Le jugement de conversion est une simple transformation du jugement de séparation de corps en jugement de divorce : la cause de la séparation devient la cause du divorce, l'attribution des torts reste inchangée. Le juge va seulement fixer les conséquences du divorce. Les prestations et pensions entre époux seront notamment déterminées selon les règles propres au divorce.