

## Droit du divorce

Guillaume Serra, Maître de conférences à l'Université d'Artois, Membre du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP) de Lille 2

Lina Williatte-Pellitteri, Maître de conférences à la Faculté libre de droit, Institut catholique de Lille, Membre du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP) de Lille 2

### L'essentiel

Entrée en vigueur au 1er janvier 2005, la réforme du divorce opérée par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 (JO 27 mai, p. 9319) constitue une actualité majeure. Certes, les premières applications jurisprudentielles demeurent peu nombreuses dans la mesure où les procédures en cours relèvent de la législation antérieure. L'intérêt de la réforme ne saurait pour autant être négligé. Aussi, le présent panorama entend retracer les principales innovations législatives en restituant, dans cette perspective nouvelle, l'ensemble du contentieux jurisprudentiel rendu au cours de l'année écoulée. Deux axes sont à cet égard apparus essentiels. L'activité en droit du divorce doit ainsi être envisagée sous l'angle de l'action en divorce et de ses conséquences patrimoniales.

## I - L'action en divorce

### A - Les cas d'ouverture

Nonobstant le maintien de l'architecture générale de la loi ancienne quant aux quatre causes de divorce, la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 (D. 2004, Lég. p. 1565) en a fondamentalement modifié leur contenu. En la matière, les premières applications de la loi sont assez rares, à l'exclusion de l'hypothèse particulière du divorce pour faute.

#### 1 - Le divorce par consentement mutuel

L'article 230 du code civil issu de la loi du 11 juillet 1975 faisait du divorce par consentement mutuel, un divorce pour cause cachée. A ce titre, une cause à la désunion était exigée bien que les époux n'aient pas à la révéler. La nouvelle rédaction de l'article 230 ne fait plus aucune référence à l'existence d'une cause extérieure à la volonté des époux. Il en résulte que c'est la volonté des époux qui constitue désormais la cause du divorce. Cette volonté commune doit non seulement exister et être manifeste lors de la conclusion de la convention de divorce mais aussi lors de la comparution devant le JAF (V. J. Massip, *Le nouveau droit du divorce*, Defrénois, mai 2005, n° 7 s., p. 9).

#### 2 - Le divorce accepté

Décrit aux anciens articles 233 à 236 du code civil, le divorce sur double aveu, en tant que tel, n'existe plus depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004. Dorénavant, et par la nouvelle rédaction des articles 233 et 234 du code civil, le divorce sur double aveu est littéralement remplacé par le divorce dit accepté. Il s'agit d'un divorce par consentement mutuel *imparfait dans la mesure où les époux sont d'accord sur le principe de la dissolution du mariage mais ils sont en désaccord sur tout ou partie des mesures accessoires* (J. Massip, *ibid.*, n° 19, p. 23). A l'instar du divorce par consentement mutuel, le JAF est chargé de

contrôler la liberté du consentement des époux et ne peut prononcer le divorce qu'après avoir acquis la conviction de l'existence d'une telle volonté (art. 234 c. civ.). La particularité de cette voie est qu'elle est irrévocable. Ainsi, la rétractation de la demande prive la requête en divorce de son fondement. Les époux qui persistent dans leur volonté de divorcer doivent alors engager une nouvelle procédure.

### 3 - Le divorce pour altération du lien conjugal

Les articles 237 et 238 du code civil dans leur rédaction résultant de la loi de 1975 prévoyaient que le divorce pouvait être prononcé en raison d'une rupture de la vie commune dans deux cas : la séparation de fait prolongée pendant une période de six ans et l'altération grave des facultés mentales pendant six ans, lorsqu'il apparaissait qu'aucune communauté de vie ne pouvait subsister dans le présent comme dans l'avenir. Le nouvel article 237 dispose désormais que le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré. L'article 238 précise que cette altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis plus de deux ans. La séparation de deux années doit être acquise au jour de l'assignation en divorce ; ce qui permet aux époux de choisir cette voie alors que le délai de deux ans n'est pas encore expiré au jour du dépôt de la requête. L'élément déterminant étant que les deux années de séparation soient acquises au jour de l'assignation en divorce.

### 4 - Le divorce pour faute

Les articles 242 à 246 issus de la loi de 1975 renaient deux cas de divorce pour faute : la condamnation d'un époux à une peine criminelle (art. 243) et l'existence de faits imputables à l'un des époux lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune (art. 242). La loi du 26 mai 2004 a abrogé l'article 243. Elle a toutefois maintenu l'article 242 du code civil et ce, malgré les menaces de disparition. En effet, la force de conviction des partisans du divorce pour faute a su emporter celle du législateur qui a maintenu cette hypothèse tout en l'allégeant de l'article 243. Ainsi, si théoriquement il est aisé d'affirmer que le divorce pour faute demeure tel que dans le passé, pratiquement, il n'en est rien au regard du droit prétorien qui a opéré une profonde modification quant à l'acceptation de la notion de faute.

#### *a - La caractérisation de la faute*

La Cour de cassation a toujours refusé de contrôler les conditions posées par la loi quant aux caractères que doit présenter la faute pour être constitutive d'une cause de divorce. Elle laissait ainsi le soin aux juges du fond d'apprécier souverainement l'existence ou non d'une faute et ses conséquences sur la vie commune des époux. La Cour s'accordait toutefois le pouvoir d'exercer un contrôle formel sur les décisions des juges du fond, exigeant ainsi que soit reproduit dans leurs arrêts ou jugements la formule légale et que soient visées les conditions de l'article 242 du code civil (J. Massip, *ibid.*, n° 33, p. 34). Par sept arrêts, du 11 janvier 2005, la première Chambre civile est revenue sur cette jurisprudence en abandonnant son contrôle formel (**Cass. 1re civ., 11 janv. 2005, n° 03-16.451**, D. 2005, IR p. 242 ; RTD civ. 2005, p. 370, obs. J. Hauser<sup>1</sup> ; n° 02-15.443, D. 2005, IR p. 242<sup>2</sup> ; RTD civ. 2005, préc. ; AJ Famille 2005, p. 320, obs. S. David<sup>3</sup> ; n° 02-19.016, D. 2005, IR p. 243<sup>4</sup> ; RTD civ. 2005, préc., et p. 375, obs. J. Hauser<sup>5</sup> ; n° 02-20.547, D. 2005, IR p. 313<sup>6</sup> ; RTD civ. 2005, p. 370, obs. J. Hauser, préc. ; AJ Famille 2005, préc. ; n° 03-12.802, D. 2005, IR p. 313<sup>7</sup> ; RTD civ. 2005, préc. ; AJ Famille 2005, préc. ; n° 02-12.314, D. 2005, IR p. 313<sup>8</sup> ; RTD civ. 2005, préc. ; et n° 02-14.490, D. 2005, IR p. 314<sup>9</sup> ; AJ Famille 2005, p. 104, obs. S. David<sup>10</sup> ; confirmé par Cass. 1re civ., 6 juill. 2005 [2 arrêts], D. 2005, IR p. 2103<sup>11</sup> ; RTD civ. 2005, p. 767, obs. J. Hauser<sup>12</sup> ; et D. 2005, IR p. 2176<sup>13</sup> ; RTD civ. 2005, p. 765, obs. J. Hauser<sup>14</sup> ; JCP 2005, IV, 2967 et 2968). Désormais, il n'est plus indispensable que les juges du fond reproduisent dans leurs décisions les dispositions de l'article 242 du code civil. Il suffit dorénavant que ces dernières soient motivées conformément audit article. Par ces arrêts, la première Chambre civile poursuit les revirements de la deuxième Chambre civile sur la question du contrôle formel de motivation par la Haute Cour. Rappelons, à cet effet, que lorsque la deuxième Chambre civile était en charge du contentieux du divorce, elle

sanctionnait disciplinairement les juges du fond qui ne visaient pas formellement dans leurs décisions, les deux conditions de l'article 242. Cette directive avait cependant été abandonnée dans l'arrêt du 30 novembre 2000 (Bull. civ. II, n° 157, arrêt n° 2 ; D. 2001, IR p. 41 <sup>1</sup> ; RTD civ. 2001, p. 114, obs. J. Hauser <sup>2</sup>) par lequel la deuxième Chambre civile avait accepté que les juges du fond mentionnent simplement dans leurs décisions que les faits imputés à l'époux étaient constitutifs d'une faute au sens de l'article 242 du code civil. Or, un an après, la même Chambre a réaffirmé l'obligation pour les magistrats de caractériser une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien du lien conjugal (Cass. 2e civ., 13 déc. 2001, RTD civ. 2002, p. 491, obs. J. Hauser <sup>3</sup> ; Dr. fam. 2002, n° 43, obs. H. L. ; et 7 mai 2002, Bull. civ. II, n° 88 ; AJ Famille 2002, p. 262, obs. S. David <sup>4</sup> ; RTD civ. 2002, préc.).

Ainsi, la première Chambre civile limite strictement son rôle à la vérification de l'absence de dénaturation par les juges de la condition de faute, ce qui, par ailleurs, permet d'affirmer que si la Cour de cassation a abandonné son contrôle formel elle maintient, *a contrario*, son contrôle sur la notion de faute en tant que cause de divorce (Dr. fam., mars 2005, p. 30, obs. V. Larribau-Terneyre). En témoigne l'un des arrêts rendus le 11 janvier 2005 (n° 03-12.802, *supra*), dans lequel la Cour casse et annule la décision de la cour d'appel qui avait prononcé un divorce aux torts partagés au motif que chacun des époux avait formulé à l'encontre de l'autre « *un ensemble de griefs qui pris chacun isolément sont insuffisants pour constituer une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune mais qui, examinés globalement, mettent en évidence qu'il n'existe plus aucune communication entre les époux qui s'enferment chacun de leur côté dans une rancoeur certaine [...]* ». La Cour estimant que si ces faits établissent une mésentente avérée et une situation de fait dégradée acceptée par les époux, ils ne caractérisent pas une cause de divorce au sens de l'article 242 du code civil.

#### *b - L'identification de la faute*

Les époux ne peuvent prétexter un fait quelconque pour fonder leur demande en divorce pour faute. Ainsi, il est classiquement enseigné que pour qu'un fait soit une cause de divorce au sens de l'article 242 du code civil, il faut qu'il soit fautif et non excusable, grave ou renouvelé et qu'il rende intolérable le maintien de la vie commune. L'identification de la faute relève donc du pouvoir souverain des juges du fond sous le contrôle de la Haute Cour. Cependant à nouveau, un « *relâchement* » récent peut être constaté quant à la motivation des décisions des juges et des conseillers ; « *relâchement* » qui cependant est permis par l'article 245-1 résultant de la loi du 26 mai 2004 et par l'article 1128 du nouveau code de procédure civile dans sa dernière rédaction résultant du décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 (D. 2004, Lég. p. 2895) entré en vigueur le 1er janvier 2005 qui autorisent les juges à constater, à la demande des conjoints, qu'il existe des faits constituant une cause de divorce, sans avoir à énoncer les torts et griefs des parties. Or, bien que motivées par une volonté inébranlable d'apaiser les conflits, ces dispositions textuelles ne permettent plus aux praticiens du droit d'établir une cohérence des décisions des juges quant à l'identification de la faute, cause du divorce. En témoignent plusieurs exemples tirés de la jurisprudence récente. Ainsi, il a été considéré qu'était constitutif d'une faute le fait d'entretenir des relations avec un tiers établies par des courriels et par un rapport d'enquête privé (Cass. 1re civ., 18 mai 2005, AJ Famille 2005, p. 403, obs. S. David <sup>5</sup> ; JCP 2005, IV, 2475). Or, dans l'arrêt aucun caractère intime, voire adultérin, des relations n'avait été relevé. Est-ce à dire que le simple fait d'entretenir une relation intellectuelle ou simplement amicale intense avec une personne, autre que son conjoint, est constitutif d'une faute imputable, cause de divorce ? Il est à espérer que la réponse soit négative. Par ailleurs, les juges ont prononcé le divorce aux torts partagés des époux à l'encontre d'un couple dont le mari était parti avec une autre femme et qu'en réponse, l'épouse avait brutalement annoncé à la famille et aux enfants communs que ces derniers avaient été conçus par insémination artificielle avec donneur étranger. Ainsi, les juges ont refusé de justifier le comportement de l'épouse trompée qui, selon leur décision, « *tient de la vengeance* » alors qu'elle n'était que la réponse à une liaison publique et adultérine entretenue par le mari (CA Metz, 7 sept. 2004, JCP 2005, IV, 2464). De la même façon, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel qui a prononcé le divorce aux torts partagés des époux au motif qu'en réponse à la relation adultérine,

injurieuse et publique de son mari, aux coups et blessures qu'il lui avait portés et à son congédiement brutal sans lettre de licenciement dont il avait été l'auteur, l'épouse lui avait fait, en public, plusieurs scènes, ce qui, selon les juges du fond et les conseillers de la Cour, étaient constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage, rendant intolérable le maintien de la vie commune. Autant, en l'espèce, la décision semble justifiée au regard du mari, autant elle est difficilement explicable au regard de l'épouse qui subit un divorce aux torts partagés, alors qu'elle ne faisait que répondre aux comportements fortement condamnables de son époux (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 2005, D. 2005, IR p. 1053<sup>1</sup>, sur le 3<sup>e</sup> moyen retenu par les Hauts magistrats sur la preuve de la faute commise par un conjoint, source d'un préjudice distinct de celui résultant de la dissolution du mariage ; RTD civ. 2005, p. 375, obs. J. Hauser<sup>2</sup> ; JCP 2005, IV, 2044). Ainsi, il aurait pu être admis par les juges que le comportement de l'épouse se justifiait au regard de celui de son époux, en vertu de l'article 245 du code civil (CA Caen, 25 nov. 2004, JCP 2005, IV, 2873). En considération de ces arrêts, il peut être constaté que les juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, adoptent un rôle de « *moralisateur* » dans l'identification de la faute, cause de divorce. Ainsi, si dans les deux décisions précédemment citées, la Cour refuse de justifier les fautes des épouses, c'est qu'il avait été noté une volonté de vengeance laissant transparaître une intention de nuire. Aussi, il peut être affirmé que dès lors qu'il est remarqué une intention de nuire par l'époux victime, son comportement ne pourra pas être justifié par la faute de l'autre. Cette situation doit toutefois être distinguée de celle où se sont les époux qui concilient mutuellement sur leurs manquements aux devoirs du mariage. A ce titre, la Cour de cassation a validé la décision des juges du fond qui ont refusé de reconnaître comme étant constitutif d'une faute selon l'article 242 du code civil, l'adultère pardonné. En l'espèce, deux époux, après plusieurs années de mariage, avaient décidé de se séparer d'un commun accord. Deux ans plus tard, l'épouse informe son mari qu'elle a rencontré un autre homme dont elle partageait désormais l'existence. Après avoir accepté cette liaison, le mari l'assigne en divorce pour faute ; demande dont il a été débouté. Il forme alors un pourvoi dans lequel il invoque le caractère d'ordre public des obligations du mariage et soutient qu'en l'absence de toute réconciliation, le seul fait qu'il ait accepté l'adultère de son épouse ne lui interdit pas de solliciter le divorce pour ce motif. Ce pourvoi a été rejeté par la Cour qui se fonde essentiellement sur le « *contexte amiable* » de la séparation pour affirmer que c'est à bon droit que les juges avaient décidé que la faute de l'épouse avait perdu le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce au sens de l'article 242 du code civil (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 nov. 2004, n° 03-18.308, RJP 2005-4/16). Cette solution va à l'encontre de toute logique juridique qui impose le respect des devoirs du mariage, en ce compris le devoir de fidélité, tant que le lien matrimonial n'a pas été rompu par décision de justice. Encore que les juges admettent de nuancer la force de ce devoir en raison de la durée particulièrement longue de la procédure de divorce. A ce titre, les juges du fond de Nancy, tout en rappelant que le devoir de fidélité subsiste, par principe, jusqu'à la dissolution du mariage, ont admis que pouvait être pris en compte, en cas de divorce, le caractère particulièrement long de la procédure pour nuancer la force de ce devoir (CA Nancy, 31 janv. 2005, n° 03/02777, BICC, n° 624, Arrêts de « Cours de Tribunaux » n° 1637). La contradiction apparente de ces deux décisions peut toutefois être justifiée par le fait que l'obligation de communauté de vie et l'obligation de fidélité sont deux obligations distinctes et que se dispenser de vivre ensemble n'autorise pas pour autant l'infidélité.

En tout état de cause, et en vertu du nouvel article 259 du code civil, la preuve de la faute, cause du divorce, si elle peut être apportée par tous moyens, ne peut être constituée par des témoignages réalisés par des descendants ; que ces témoignages soient établis directement ou indirectement (art. 205 NCPC) ainsi que l'a confirmé la deuxième Chambre civile dans un arrêt du 3 novembre 2004 (D. 2004, IR p. 3114<sup>3</sup> ; AJ Famille 2005, p. 30, obs. S. David<sup>4</sup> ; RTD civ. 2005, p. 110, obs. J. Hauser<sup>5</sup>). En l'espèce la Cour a refusé de reconnaître comme recevable une attestation émanant de la mère de l'épouse qui relatait des propos tenus par les enfants du couple sur le comportement de leur père à l'égard d'une autre femme. Toutefois, force est de remarquer que c'est moins la qualité de descendant qui est regardée par les juges que les griefs portant sur les faits, cause du divorce. En témoigne un arrêt du 29 mars 2004 rendu par la Cour d'appel de Grenoble (Dr. fam., mai 2005, p. 28, n° 111) dans lequel elle a déclaré recevable le témoignage d'un enfant issu d'un précédent mariage qui ne portait pas sur les griefs du divorce mais sur le fait qu'il était toujours à la charge de ses

parents.

Enfin, bien que la loi nouvelle ait eu pour principal intérêt de rompre tous liens entre la faute imputée et les conséquences qu'elle engendrait sur les effets du divorce, il peut être remarqué que cette idée sévit encore actuellement en jurisprudence. En effet, selon l'article 260 du code civil, la décision qui prononce le divorce dissout le mariage à la date à laquelle elle prend force de chose jugée. Cependant, l'article 262-1, résultant de la loi du 26 mai 2004, autorise les époux à demander au juge de reporter les effets du divorce à la date de l'ordonnance de non-conciliation. Cet article n'est cependant pas applicable aux divorces contentieux lorsque l'assignation a été délivrée avant le 1er janvier 2005 en vertu de l'article 33-II de la loi de 2004. Cette différence de traitement peut avoir des conséquences non négligeables quant aux effets du divorce pour faute prononcé à l'encontre de l'époux fautif. Faut-il en effet rappeler que l'article 262-1, alinéa 2, dans sa rédaction antérieure à la loi de 2004 subordonnait le report de la date des effets patrimoniaux du divorce à la condition que l'époux qui demandait le report ne soit pas également celui à qui incombaient les torts de la séparation. A ce titre, on retrouve dans la jurisprudence récente (Cass. 1re civ., 11 janv. 2005, n° 03-19.601, Rev. fam., févr. 2005, p. 26, n° 33 ; 8 févr. 2005, n° 02-21.656, RJP 2005-5/18 ; 6 juill. 2005, D. 2005, IR p. 2177 ; AJ Famille 2005, p. 357, obs. S. David ; RTD civ. 2005, p. 761, obs. J. Hauser), des arrêts dans lesquels les juges distinguent l'époux dont les torts ont causé la séparation et l'époux dont les torts ont causé le divorce et ce, même si dans la plus grande majorité des hypothèses, les juges ont tendance à considérer que l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce est prononcé est aussi celui auquel incombent, à titre principal, les torts de la séparation (RJP 2005-5/18). En tout état de cause, la nouvelle rédaction de l'article 262-1 résultant de la loi de 2004 ne subordonne plus la demande de report des effets du divorce à l'imputabilité des torts, cette jurisprudence est donc amenée à disparaître.

## B - La procédure

L'exposé, relativement clair de la loi du 26 mai 2004, des conditions procédurales relatives au divorce ainsi que leur caractère récent explique le peu d'arrêts rendus en la matière. Si bien qu'il sera ici essentiellement retracé les décisions apportant des éléments nouveaux quant à la mise en oeuvre de la procédure. Sauf à signaler toutefois un comportement opportuniste des magistrats qui appliquent la loi du 26 mai 2004 à des affaires qui, en principe, ne relèvent pas de son champ d'application. Ainsi, la Cour d'appel de Dijon, dans un arrêt du 29 septembre 2005 (JCP 2005, IV, 3488) a décidé que lorsque le JAF a prononcé, sous l'empire de la loi ancienne, le double débouté de la demande en divorce des époux, ces derniers peuvent se prévaloir, en appel, des articles 247 et 247-1 du code civil résultant de la loi nouvelle de 2004 et ce dans « *un souci d'apaisement des conflits* » ; alors qu'elle leur a refusé dans la même décision le bénéfice de l'article 242 tel qu'il résulte de la loi nouvelle. Rappelons toutefois, que cette application temporelle a été permise par le législateur dans l'article 33-II de la loi nouvelle.

Outre ces applications prétoriques particulières, plusieurs décisions intéressantes doivent être relevées eu égard à l'intérêt qu'elles présentent au regard de l'office du juge et des voies de recours.

### 1 - L'office du juge

Le JAF, à l'instar de tout autre juge, est lié en vertu des articles 4 et 5 du nouveau code de procédure civile par les prétentions présentées par les parties dans leurs conclusions. A ce titre, si le JAF prononce des mesures autres que celles requises par les époux, il outrepassé ses pouvoirs et encoure la censure. C'est ainsi que dans un arrêt du 5 avril 2005 (Bull. civ. I, n° 166 ; JCP 2005, IV, 2189), la première Chambre civile a cassé et annulé la décision du juge qui condamnait le mari à payer à son épouse, à titre de contribution aux charges du mariage (art. 258) une pension mensuelle et a attribué en outre, à celle-ci, la jouissance gratuite du domicile conjugal avec obligation de régler les charges relatives à la jouissance du bien, à l'exclusion de celles rattachées à la propriété, alors que l'épouse n'avait, en l'espèce, sollicité que l'allocation d'une somme mensuelle indexée à titre de contribution aux charges du mariage. Cette décision marque ainsi les limites des pouvoirs du JAF en matière de

mesures provisoires. D'autres arrêts, en revanche, explicitent les obligations positives du JAF. Ainsi, la Cour de cassation a cassé la décision du juge qui avait refusé de répondre à une demande d'attribution préférentielle au motif que celle-ci ne pouvait être formulée que dans le cadre des opérations de compte, liquidation et partage de la communauté. La Cour affirmant à cette occasion qu'en prononçant le divorce, le juge ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux et qu'à cette fin, il doit également statuer sur la demande en maintien de l'indivision ou de l'attribution préférentielle (Cass. 1re civ., 22 mars 2005, D. 2005, IR p. 1050 ; AJ Famille 2005, p. 232, obs. S. David ; RTD civ. 2005, p. 374, obs. J. Hauser). De la même façon, mais dans un contexte différent, la première Chambre civile affirme, en vertu des articles 214 et 258 du code civil et L. 312-1 du code de l'organisation judiciaire, la compétence du JAF pour fixer une contribution aux charges du mariage, non seulement lorsqu'il rejette la demande en divorce présentée par un époux, mais également en l'absence de procédure en divorce. En l'espèce, une assignation en divorce avait été signifiée le 23 octobre 1980. Le 2 février 1996, un désistement d'action est constaté. La cour d'appel affirme alors que les mesures provisoires prévues par l'ordonnance de non-conciliation du 3 octobre 1980 sont devenues caduques depuis le 2 février 1996 et non pas à la date à laquelle avait été rendue la décision de dessaisissement constatant l'extinction de l'instance. La Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel réaffirmant, à ce titre, que la décision qui constate le désistement d'instance n'a qu'un caractère déclaratif et que, dès lors, l'instance en divorce avait été éteinte le 2 février 1996, date de signification du désistement (Cass. 1re civ., 19 avr. 2005, D. 2005, IR p. 1304 ; RTD civ. 2005, p. 479, obs. J. Hauser). Cet arrêt est intéressant à un double titre : il réaffirme, d'une part, la compétence du JAF en matière de contribution aux charges du mariage alors même que cette demande avait été formulée dans le cadre d'une procédure de divorce qui par la suite s'est trouvée éteinte par l'effet d'un dessaisissement d'instance et, d'autre part, que la décision qui constate le désistement n'a qu'un caractère déclaratif.

Outre la délimitation des pouvoirs du JAF, la Cour de cassation a précisé, récemment, les obligations formelles auxquelles il était tenu dans le cadre de l'ordonnance de non-conciliation. Ainsi, il doit être signalé la nécessité pour le JAF de préciser exactement et expressément chacune des mesures provisoires qu'il accorde aux époux dans l'ordonnance de non-conciliation, sauf à en faire supporter les conséquences à l'une des parties à la procédure, à ce titre, il a été décidé que si les termes d'une ordonnance de non-conciliation ne permettaient pas de retenir que la jouissance du domicile conjugal avait été attribuée à un époux à titre gratuit, ce dernier était redevable d'une indemnité d'occupation antérieurement à la date à laquelle le divorce était devenu définitif (Cass. 1re civ., 19 avr. 2005, D. 2005, IR p. 1304). L'affirmation, en l'espèce, de l'effet rétroactif de la mesure est d'autant plus justifiée que dans un arrêt du 11 janvier 2005 (D. 2005, IR p. 668 ; AJ Famille 2005, p. 154, obs. S. David), la Cour a réaffirmé que les mesures provisoires prises en application de l'article 255 du code civil sont exécutoires de droit dès leur prononcé. Le JAF voit ainsi son domaine d'action être explicité par la Cour de cassation, qui est également venue préciser celui des juges du second degré. Ainsi, dans un arrêt du 19 avril 2005, la première Chambre civile a résolu un labyrinthe procédural fréquemment rencontré par les juges (**Cass. 1re civ., 19 avr. 2005, n° 02-19.881**, D. 2005, IR p. 1179 ; RTD civ. 2005, p. 578, obs. J. Hauser). Il s'agissait, en l'espèce, d'une épouse qui avait, dans un premier temps, déposé une requête en séparation de corps puis, dans un second temps, avait assigné son époux en divorce pour faute. Celui-ci conclut à l'irrecevabilité de cette demande en vertu de l'article 1076, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile et forme alors une demande reconventionnelle en divorce. La cour d'appel, tout en rejetant la demande initiale, déclare recevable la demande reconventionnelle au motif que cette dernière est autonome par rapport à la demande principale. La Cour de cassation casse et annule cette décision dans la mesure où, en déclarant irrecevable la demande principale, la cour d'appel n'était plus saisie par l'instance et en conséquence elle ne pouvait se prononcer sur la demande reconventionnelle. Ce faisant, la Cour réaffirme le caractère indivisible des demandes principales et reconventionnelles.

## 2 - La complexité des voies de recours

Plusieurs décisions rendues par la Cour de cassation font état des questions qui se posent

lorsque les époux font appel des décisions du JAF ou forment un pourvoi en cassation suite à une décision de cour d'appel. Ces questions se justifient dans la mesure où, d'une part, en matière de divorce toutes les décisions ne sont pas susceptibles de recours et, d'autre part, certaines des décisions prises sont exécutoires de droit. Ainsi, lorsqu'un divorce est prononcé aux torts partagés des époux et que l'un d'entre eux est condamné à payer à l'autre une prestation compensatoire mais, que contestant cette décision, il forme un pourvoi en cassation, la question de l'exigibilité de la prestation compensatoire se pose. En effet, à partir de quand la prestation compensatoire est due lorsqu'un recours a été exercé ? La première Chambre civile affirme que, dans cette hypothèse, et notamment lorsque le recours en question a été rejeté, la prestation compensatoire est due à compter de la date à laquelle la décision est devenue irrévocable (Cass. 1re civ., 19 avr. 2005, D. 2005, IR p. 1179 ; RTD civ. 2005, p. 579, obs. J. Hauser ; et 25 oct. 2005, n° 04-15.573, JCP 2005, IV, 3503). Cette décision se justifie car, en l'espèce, le pourvoi principal de l'époux condamné à verser la prestation compensatoire ne portait que sur cette condamnation et non pas sur le prononcé du divorce. L'épouse, bénéficiaire de ladite prestation, n'ayant pas formé de pourvoi incident, la Cour a estimé que la décision prononçant le divorce est devenue irrévocable à l'expiration du délai ouvert pour former un pourvoi incident. De la même façon, la Cour de cassation a considéré que le pourvoi ne suspendait pas l'exécution de l'arrêt qui rejette la demande en divorce, lequel, dès son prononcé, est exécutoire et entraîne la caducité des mesures prescrites par l'ordonnance de non-conciliation (Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, D. 2005, IR p. 388 ; RTD civ. 2005, p. 371, obs. J. Hauser). Plus particulièrement, concernant les mesures exécutoires, la Cour de cassation a considéré que l'article 1119, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile modifié par la loi de 2004 selon lequel en cas d'appel, les modifications des mesures provisoires, s'il y a survenance d'un fait nouveau, ne peuvent être demandées selon le cas qu'au premier président de la cour d'appel ou au conseiller de la mise en état, n'a pas pour effet de priver les juges du fond du second degré, saisis de l'appel d'une ordonnance de non-conciliation, du pouvoir de modifier ou de supprimer une mesure provisoire (Cass. 1re civ., 8 févr. 2005, D. 2005, IR p. 594 ; RTD civ. 2005, p. 370, obs. J. Hauser). Toutefois, la Cour réaffirme le pouvoir du juge de la mise en état en vertu de l'article 771 du nouveau code de procédure civile modifié par la loi de 2004 d'ordonner toutes autres mesures provisoires non prévues par l'ordonnance de non-conciliation (**Cass. 1re civ., 4 oct. 2005, n° 03-20.548**, D. 2005, IR p. 2546 ; AJ Famille 2005, p. 447, obs. S. David). Par ailleurs, il ne sera jamais assez conseillé aux parties de veiller à la plus stricte rigueur dans la formulation de leurs requêtes. Ainsi la Cour de cassation a rejeté la demande de prestation compensatoire formulée par l'épouse en voie d'appel, au motif qu'en réclamant une prestation compensatoire, elle avait acquiescé à la décision ayant prononcé le divorce, en sorte que celle-ci était devenue irrévocable, concomitamment à la demande de ladite prestation (Cass. 1re civ., 14 déc. 2004, AJ Famille 2005, p. 111, obs. S. David ; RTD civ. 2005, p. 110, obs. J. Hauser ; RJPF 2005/17). Ainsi, selon la Cour de cassation, le fait que l'épouse ait demandé une prestation compensatoire laisse supposer qu'elle a accepté le divorce. On en déduit alors que pour se réserver le droit de formuler une demande de prestation compensatoire en appel, il est préférable de former un appel général du jugement de première instance au risque de voir la Cour revenir sur le prononcé du divorce (Cass. 1re civ., 14 juin 2005, D. 2005, IR p. 1803 ; RTD civ. 2005, p. 578, obs. J. Hauser).

L. W.-P.

## II - Les conséquences patrimoniales du divorce




### A - L'apurement du passé

#### 1 - Date des opérations de liquidation et de partage




Depuis le 1er janvier 2005, la date de la dissolution du régime matrimonial a changé dans les rapports entre époux (J.-L. Puygauthier, La date de la dissolution du régime matrimonial après la réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004, JCP N 2005, p. 1343). Quant aux tiers, l'accomplissement des formalités de mention en marge de l'état civil rend toujours opposable, à leur égard, le jugement de divorce (art. 262 c. civ.). Entre époux, la date de dissolution du régime matrimonial s'apprécie en revanche en fonction de la nature du divorce (exception faite du régime de la participation aux acquêts qui demeure réputé dissous au jour de la requête en divorce, le législateur ayant, semble-t-il, omis de modifier l'art. 1572, al. 1er, c.

civ.).

Dans les divorces consensuels, le nouvel article 262-1 prévoit que le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, à moins que celle-ci n'en dispose autrement. Dans le silence de la loi, et faute de pouvoir se reporter comme pour les divorces contentieux à la date d'assignation (anc. art. 262-1, al. 1er, c. civ.), la doctrine estimait auparavant qu'il appartenait aux époux de consigner dans la convention définitive la date de dissolution de leur régime matrimonial. En l'absence d'une telle stipulation, les auteurs étaient divisés. Si certains d'entre eux préconisaient de retenir l'homologation judiciaire de la convention, d'autres lui préféraient la saisine du juge (V., sur cette controverse, F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, coll. Droit privé, 2005, n° 578, note n° 2 et les réf. citées). Entrée en vigueur au 1er janvier 2005, la loi nouvelle consacre donc la thèse développée par le premier courant doctrinal pour les procédures engagées à compter de cette date.




Lorsque la convention définitive ne précise rien quant à la dissolution du régime matrimonial ou que les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur cette date, celle-ci est automatiquement arrêtée au jour du jugement d'homologation (art. 262-1 c. civ.). Et bien que le sceau juridictionnel de l'homologation confère à la convention définitive la même force exécutoire qu'une décision de justice (art. 279, al. 1er, c. civ.), l'intangibilité de la convention homologuée ne fait guère obstacle à une réclamation ultérieure. Rappelons, à cet égard, que la divergence qui opposait la première Chambre civile à la deuxième Chambre civile a pris fin dans un arrêt du 27 janvier 2000 par l'abandon de la jurisprudence de cette dernière (Cass. 2e civ., 27 janv. 2000, Bull. civ. II, n° 18 ; D. 2001, Somm. p. 2935 [2e esp.], obs. J. Revel  ; RTD civ. 2000, p. 299  et p. 553 , obs. J. Hauser). Ainsi, l'action en partage complémentaire permet d'intégrer la valeur d'un bien non comptabilisée par suite d'une omission indépendamment même de toute nouvelle forme d'homologation (Cass. 1re civ., 22 févr. 2005, Dr. fam. 2005, Comm. n° 103, note V. Larribau-Terneyre ; RJPJ 2005-4/34, obs. F. Vauvillé).


L'équité la plus élémentaire justifie que soit palliée une carence sans qu'il importe qu'elle soit d'origine frauduleuse ou non puisque le résultat est, en définitive, le même (V. G. Serra, *Enrichissement injuste et rééquilibrages patrimoniaux au sein des couples désunis*, thèse, Lille 2, 2003, n° 183 et n° 187). En effet, l'omission d'un bien est un obstacle rédhibitoire à la possibilité, pour le juge, d'opérer le contrôle d'équité prévu par la loi (art. 232, al. 2, et 278, al. 2, c. civ.), l'intangibilité pouvant couvrir de graves injustices. En outre, fonder cette intangibilité sur la chose jugée en présence de biens qui, précisément, n'ont pas été portés à la connaissance d'une instance judiciaire paraît pour le moins incongru.

Dans les divorces contentieux, la dissolution du régime matrimonial rétroagissait pour les époux au jour de l'assignation, conformément à l'ancien article 262-1, alinéa 1er, du code civil. Désormais, l'article 262-1 la fait remonter à une date antérieure, celle de l'ordonnance de non-conciliation. Et ce, parce que les époux cessent généralement de cohabiter à partir de cet instant (V. Rapport P. Delnatte, Doc. AN n° 1513, 2004, p. 76). Dans cet esprit, l'ancien article 264-1 qui prescrivait au juge d'ordonner la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux et de statuer sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle a été abrogé. Or, la compétence ainsi dévolue au juge du divorce avait, en particulier, vocation à s'appliquer au logement conjugal (V., encore, Cass. 1re civ., 22 mars 2005, Bull. civ. I, n° 144 ; D. 2005, IR p. 1050  ; AJ Famille 2005, p. 232, obs. S. David  ; RTD civ. 2005, p. 374, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 106 [1re esp.], note V. Larribau-Terneyre). Cette faculté relève aujourd'hui des mesures provisoires prises dans l'ordonnance de non-conciliation : le juge, à ce stade de la procédure, attribue à l'un des époux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou la partage entre eux, précise sa gratuité ou non et constate, le cas échéant, l'accord des parties sur le montant d'une indemnité d'occupation (art. 255, 4°, c. civ.).

En application de l'article 262-1, l'indemnité due par un époux qui jouit privativement d'un bien indivis ou d'un bien personnel de son conjoint est donc, sauf stipulations contraires,



exigible à compter de l'ordonnance de non-conciliation et non plus de l'assignation en divorce (V. encore, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 2005, Bull. civ. I, n° 189 ; D. 2005, IR p. 1304  ; RJPF 2005-10/26, obs. T. Garé ; 31 mai 2005, RJPF 2005-10/36, obs. F. Vauvillé ; 21 sept. 2005, D. 2005, IR p. 2481  ; RTD civ. 2005, p. 764, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 243, note V. Larribau-Terneyre).


Si la consistance des éléments de la communauté à liquider se détermine dorénavant au jour de l'ordonnance de non-conciliation dans les rapports conjugaux, leur valeur est traditionnellement fixée au jour le plus proche du partage (Cass. civ., 11 janv. 1937, DH 1937, p. 101 ; S. 1938, 1, p. 377, note H. Batiffol). Cette règle n'en est pas moins supplétive. Les conjoints indivisaires peuvent librement convenir d'évaluer un (ou plusieurs) bien(s) à une époque différente de celle du partage. L'aliénation ultérieure d'un bien pour un prix supérieur à l'estimation qui en avait été faite est alors, selon l'Assemblée plénière, sans incidence à l'égard du copartageant. Du moins, précise-t-elle, lorsqu'il n'est pas établi que la vente ait eu pour objet de modifier les attributions ou valeurs conventionnellement arrêtées ni de subordonner sa signature à la modification préalable du partage. Le copartageant qui n'a pas pris part à la vente n'a donc, comme en l'espèce, aucun intérêt à agir (**Cass. ass. plén., 22 avr. 2005, n° 02-15.180**, Bull. civ., n° 5 ; D. 2005, IR p. 1250 ; RTD civ. 2005, p. 810, obs. M. Grimaldi  ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 140, note B. Beignier ; JCP N 2005, p. 1291, note P. Simler). Etant répartie entre les époux au prorata de leurs quote-parts, la plus-value réalisée n'a en effet pas lieu d'être contestée. L'égalité dans le partage est préservée et satisfait au mieux les intérêts respectifs des parties.

Destiné à encourager les accords, le système des passerelles mis en place dans le cadre de la pacification des conflits par la loi du 26 mai 2004 offre une alternative : « *les époux peuvent, à tout moment de la procédure, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci* » (art. 247 c. civ.). Les règles qui régissent les opérations de liquidation et de partage suivent alors, par hypothèse, le régime juridique applicable en matière de divorce consensuel.

## 2 - Sort des donations et avantages matrimoniaux

Antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2005, les donations consenties entre époux pendant le mariage étaient révocables *ad nutum* (anc. art. 1096, al. 1<sup>er</sup>, c. civ.). Ceci, par crainte que la passion débordante d'un époux ne le conduise à se dépouiller au profit de l'autre. En conséquence, l'ancien article 1099, alinéa 2, du code civil prohibait les donations déguisées entre époux, lesquelles étaient sanctionnées par la nullité absolue (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mars 1970, Bull. civ. I, n° 70 ; D. 1970, Jur. p. 661, note A. Breton).

Quant aux donations faites par contrat de mariage, en vue du mariage ou à cause de mort, leur sort était lié à la faute ou à la volonté. L'époux aux torts exclusifs duquel le divorce était prononcé se voyait ainsi déchoir de plein droit des donations et avantages matrimoniaux consentis à son égard tandis que son conjoint, lui, les conservait de plein droit (anc. art. 267 c. civ.). La même règle s'appliquait dans le divorce pour rupture de la vie commune au profit du demandeur et au détriment du défendeur (anc. art. 269 c. civ.). Neutralité oblige, chacun des époux était en revanche libre de révoquer tout ou partie des donations et avantages qu'il avait consentis dans l'hypothèse d'un divorce prononcé aux torts partagés (anc. art. 267-1 c. civ.) ou sur demande acceptée (anc. art. 268-1 c. civ.). Enfin, les époux qui divorçaient sur requête conjointe s'accordaient sur le sort des donations et avantages matrimoniaux qu'ils s'étaient consentis et, à défaut, étaient présumés les avoir maintenus (anc. art. 268 c. civ.).

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, une distinction est à opérer selon que les libéralités prennent effet au cours du mariage ou à sa dissolution (V. S. Piedelièvre, L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004, D. 2004, Chron. p. 2512  ; F. Sauvage, Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux (à propos de la loi du 26 mars 2004 portant réforme du divorce), Defrénois 2004, p. 1425).

D'une part, « le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme » (art. 265, al. 1er, c. civ.). La prohibition des donations déguisées entre époux disparaît donc, ce qui s'est traduit par l'abrogation de l'article 1099, alinéa 2, du code civil. La règle de l'irrévocabilité a, dès lors, vocation à s'appliquer sous deux réserves : les donations entre époux de biens présents demeurent révocables pour inexécution de charges ou ingratitude (art. 1096, al. 2, c. civ.).











D'autre part, « le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis [...] » (art. 265, al. 2, c. civ.). En d'autres termes, quelle que soit la procédure de divorce, le principe est désormais celui de la révocation de plein droit pour ces libéralités, mais la volonté permet tout de même d'y déroger. Et afin d'éviter toute incertitude susceptible de retarder la liquidation, l'article 265, alinéa 2, dispose *in fine* que la volonté des époux est constatée par le juge au moment du prononcé de leur divorce.

En somme, en cas de divorce, le sort des donations et avantages matrimoniaux ne se fonderait plus sur l'attribution des torts, mais sur une appréciation *in concreto* de l'*animus donandi*. La libéralité qui prend effet au cours du mariage est, par nature, motivée par la communauté de vie qui existe au moment même où elle est faite. La dissolution du lien conjugal n'y change rien, c'est pourquoi elle est irrévocable. Quant à la libéralité dont la prise d'effet dépend de la dissolution du mariage, elle est consentie en contemplation de la qualité de conjoint survivant. Qualité que le prononcé du divorce a précisément pour objet et pour effet de faire disparaître, ce qui - *a posteriori* - justifie la révocabilité.

## B - L'aménagement de l'avenir

### 1 - Prestations compensatoires et pacification des conflits

Destinées à en finir avec les résurgences de l'après divorce, les prestations compensatoires représentent la pierre angulaire de la politique de concentration des effets du divorce autour de son prononcé (J. Carbonnier, La question du divorce. Mémoire à consulter, D. 1975, Chron. p. 115, spéc. p. 118 et p. 120).

L'indemnisation est fixée en fonction des besoins du débiteur et des ressources du créancier en tenant compte de la situation au moment du divorce et de son évolution dans un avenir prévisible (art. 271 c. civ.). Selon la Cour de cassation, la vocation successorale ne constitue cependant pas un droit prévisible et échappe donc à l'évaluation du juge (**Cass. 1re civ., 21 sept. 2005, n° 04-13.977**, D. 2006, Jur. p. 47, note C. Lefranc-Hamoniaux ; AJ Famille 2005, p. 449, obs. S. David  ; RTD civ. 2005, p. 766, obs. J. Hauser ). Cette position, discutable sur le fond, affaiblit l'impératif de concentration. Susceptible d'entraîner un changement important dans les ressources de l'une ou l'autre des parties, la perception d'un héritage peut, en effet, conduire à réviser, à plus ou moins brève échéance, le montant de la compensation allouée (art. 276-3 c. civ.). Quoi qu'il en soit, conformément au principe de concentration, l'exigibilité des prestations compensatoires et le point de départ des intérêts moratoires qu'elles produisent coïncident avec la date à laquelle la décision prononçant le divorce est devenue irrévocable (Cass. 1re civ., 19 avr. 2005, D. 2005, IR p. 1179  ; RTD civ. 2005, p. 579, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 135, note V. Larribau-Terneyre). La Cour de cassation veille, en conséquence, à ce que leur *quantum* soit impérativement fixé au moment du divorce quelles que soient leurs modalités de versement. C'est ce qui a notamment été jugé pour l'attribution de biens en usufruit (**Cass. 1re civ., 22 mars 2005, n° 02-18.648**, Bull. civ. I, n° 145 ; D. 2005, IR p. 1049 ; AJ Famille 2005, p. 194, obs. S. David  ; RTD civ. 2005, p. 373, obs. J. Hauser  ; RJPF 2005-6/26, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 105, note V. Larribau-Terneyre ; 19 avr. 2005, D. 2005, IR p. 1304  ; RTD civ. 2005, p. 579, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 137, note V. Larribau-Terneyre) et en pleine propriété (Cass. 1re civ., 28 juin 2005, D. 2005, IR p. 2036  ; AJ Famille 2005, p. 359, obs. S. David  ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 190, note V.

Larribau-Terneyre). L'étalement des prestations en capital est également contrôlé. En vertu de l'article 275, alinéa 1er, du code civil, un délai supérieur à huit ans ne peut ainsi être accordé au débiteur qui ne dispose pas de liquidités suffisantes pour s'en acquitter immédiatement (Cass. 1re civ., 31 mai 2005, RJPJF 2005-9/25, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 183, note V. Larribau-Terneyre). De même, conformément à l'article 276-4, la substitution totale ou partielle d'un capital à une rente s'impose au juge, sauf décision spécialement motivée liée à l'âge ou l'état de santé du créancier (Cass. 1re civ., 31 mai 2005, D. 2005, IR p. 1656 ; AJ Famille 2005, p. 405, obs. S. David ; RTD civ. 2005, p. 580, obs. J. Hauser ; RJPJF 2005-9/24, obs. T. Garé).

La révision, dont le point de départ court à compter de la demande qui en est faite (Cass. 1re civ., 19 avr. 2005, D. 2005, IR p. 1249 ; AJ Famille 2005, p. 358, obs. S. David ; RTD civ. 2005, p. 580, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 133 [3e esp.], note V. Larribau-Terneyre ; 31 mai 2005, D. 2005, IR p. 1731 ; RTD civ. 2005, p. 579, obs. J. Hauser ; RJPJF 2005-9/28, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 162, note V. Larribau-Terneyre), ne constitue qu'une entorse assumée, car nécessaire, à la politique de concentration. Dans cet esprit, l'existence d'un changement important atténue la rigueur du caractère forfaitaire des prestations compensatoires (art. 276-3 c. civ.). Ce peut être le cas pour un départ à la retraite (Cass. 1re civ., 8 févr. 2005, n° 04-10.630, RJPJF 2005-5/29, obs. T. Garé) ou la naissance d'un enfant (Cass. 1re civ., 11 janv. 2005, Bull. civ. I, n° 19 ; 25 janv. 2005, RJPJF 2005-4/24, obs. T. Garé ; 28 juin 2005, n° 04-13.455, RJPJF 2005-9/27, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 184, note V. Larribau-Terneyre). Et ce, alors que la contribution à l'entretien des enfants et les allocations familiales n'entrent plus en ligne de compte dans l'évaluation des prestations compensatoires (Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, Dr. fam. 2005, Comm. n° 59, note V. Larribau-Terneyre. - V., déjà, 12 mai 2004 [allocations familiales], Bull. civ. I, n° 133 ; AJ Famille 2004, p. 240, obs. S. David ; 25 mai 2004 [contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants], Bull. civ. I, n° 148 ; D. 2004, IR p. 1709 ; AJ Famille 2004, p. 404, obs. S. David ; RTD civ. 2004, p. 491, obs. J. Hauser).

La pacification des conflits recherchée par la loi du 26 mai 2004 s'inscrit, quant à elle, dans une optique de dédramatisation tout en constituant une avancée notable au regard du principe de concentration. Les justiciables sont invités à conclure des accords sur les suites patrimoniales de leur divorce quelle que soit la procédure qui a été engagée (art. 257-2, 265-2, al. 1er, et 268, al. 1er, c. civ.). De surcroît, ils peuvent, à tout moment de la procédure, renoncer à un divorce contentieux en recourant à la passerelle de l'article 247 du code civil. Les époux demandent alors au juge de prononcer leur divorce par consentement mutuel et lui présentent une convention qui en règle les conséquences. La pacification repose ainsi sur l'autonomie et la responsabilisation, ce qui est convenu étant par nature plus volontiers exécuté que ce qui est imposé (donc moins sujet à contentieux). C'est d'ailleurs l'idée qui avait présidé à l'instauration du divorce sur requête conjointe. Et qui justifie, dès lors, par exemple, qu'une pension alimentaire puisse se substituer à une prestation compensatoire y compris par le jeu d'une clause de révision (Cass. 1re civ., 8 mars 2005, RLDC 2005/16, n° 663, obs. G. Serra).

Un accord peut toutefois être injuste, soit qu'il ait été arraché à une partie en état de faiblesse, soit que les parties n'en aient pas apprécié pleinement les conséquences... S'agissant des prestations compensatoires, la jurisprudence rendue par la Cour de cassation paraît à même d'endiguer certains abus. D'abord, aucun accord ne peut être exécuté sans qu'un juge n'ait été au préalable saisi. Dans la mesure où le droit à compensation s'apprécie au jour où le divorce acquiert force de chose jugée (Cass. 1re civ., 18 mai 2005, Dr. fam. 2005, Comm. n° 163, note V. Larribau-Terneyre), toute transaction est ainsi prohibée en l'absence d'instance en divorce (Cass. 1re civ., 8 févr. 2005, Bull. civ. I, n° 70 ; D. 2005, IR p. 594 ; AJ Famille 2005, p. 232, obs. S. David ; RTD civ. 2005, p. 372, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 75, note V. Larribau-Terneyre ; RLDC 2005/15, n° 624, obs. G. Serra). De plus, l'homologation de l'accord n'est jamais de droit dans les divorces par consentement mutuel : le juge contrôle l'équité de la convention définitive afin de s'assurer que les droits de chacune des parties sont suffisamment préservés (art. 232, al. 2, et 278, al. 2, c. civ.). Aussi, en l'absence d'indemnité versée à une épouse malgré de faibles ressources et l'existence manifeste d'une disparité, le juge refusera de l'homologuer (TGI Paris, ord. JAF,

8 mars 2005, AJ Famille 2005, p. 193, obs. S. David). Par ailleurs, sous réserve du partage d'un bien omis (V. *supra*, II-A-1), la modification d'une convention homologuée suppose une nouvelle homologation pour produire effet (Cass. 1re civ., 11 janv. 2005, Bull. civ. I, n° 17 ; D. 2005, IR p. 314 ; AJ Famille 2005, p. 104, obs. S. David ; RJPJF 2005-4/22, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 31 [2e esp.], note V. Larribau-Terneyre ; RLDC 2005/14, n° 593, obs. G. Serra).

En ce sens, l'homologation judiciaire représente une soupape d'équité. Or, la loi du 26 mai 2004 a transposé ce contrôle aux accords susceptibles d'être convenus dans le cadre de la politique de pacification (art. 268, al. 2, c. civ.). Reste que certains divorces par consentement mutuel sont obtenus par contrainte ou ne constituent que des façades car le contrôle d'homologation ne permet assurément pas de parer à toutes les dérives.

Paradoxalement, la Cour de cassation fragilise la politique de concentration et, par suite, la pacification des conflits, là où elle semblait propice.

En premier lieu, la Cour de cassation considère que l'article 272, alinéa 1er, du code civil (anc. art. 271, al. 2) ne fait pas de la déclaration sur l'honneur une condition de recevabilité de la demande de prestation compensatoire (Cass. 1re civ., 11 janv. 2005, Bull. civ. I, n° 13 ; D. 2005, IR p. 243 ; AJ Famille 2005, p. 144, obs. S. David ; RTD civ. 2005, p. 370 et p. 375, obs. J. Hauser ; RJPJF 2005-4/21, note T. Garé ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 55, note V. Larribau-Terneyre ; RLDC 2005/14, n° 592, obs. G. Serra). Si la solution peut expliquer que sa fourniture ne requiert aucune forme (Cass. 1re civ., 22 mars 2005, Bull. civ. I, n° 146 ; D. 2005, IR p. 1050 ; RJPJF 2005-6/24, obs. T. Garé ; JCP 2005, IV, 2045) et que le juge n'est pas tenu d'en faire mention dans sa décision (Cass. 1re civ., 6 juill. 2005, Dr. fam. 2005, Comm. n° 214, note V. Larribau-Terneyre), la circulaire du 25 novembre 2002 destinée à en préciser les modalités se réfère cependant, littéralement, à une « obligation ».




En second lieu, l'application dogmatique du principe en vertu duquel nul ne peut ériger sa propre carence en grief s'avère pernicieux en pratique. Deux arrêts l'ont particulièrement illustré (Cass. 1re civ., 11 janv. 2005, n° 03-12.826, RLDC 2005/15, n° 625 [1re esp.], obs. G. Serra ; 8 févr. 2005, RLDC 2005/15, n° 592 [2e esp.], obs. G. Serra). Dans la première espèce, la créancière remettait en cause la détermination de la prestation, arguant de renseignements insuffisants dans la déclaration sur l'honneur remise par son ex-mari. Dans la deuxième espèce, le débiteur dénonçait la compensation mise à sa charge sans que sa déclaration sur l'honneur ait pu être prise en compte faute de l'avoir fournie. Les auteurs respectifs des pourvois sont déboutés ; la créancière, pour n'avoir pas sollicité une nouvelle déclaration ; le débiteur, pour n'avoir pas produit sa déclaration.

De tels arrêts ne peuvent qu'inciter des débiteurs peu scrupuleux à présenter des déclarations incomplètes afin de minorer la compensation susceptible d'être allouée. De fait, priver la déclaration sur l'honneur de toute efficacité conduit inmanquablement à attiser le contentieux de la révision, donc les rancœurs.

## 2 - Dommages-intérêts et préjudices indemnisés

Dans sa rédaction nouvelle, l'article 266, alinéa 1er, énonce que « *sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages-intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint* ». L'alinéa 2 ajoute que « *cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce* ».

De même que sous l'empire du droit antérieur, l'époux qui subit un préjudice distinct de celui résultant de la rupture doit en demander la réparation à son conjoint dans les conditions de droit commun. En effet, si l'article 266 suppose un préjudice causé par la dissolution du mariage, l'article 1382 permet, lui, de compenser un préjudice indépendant du prononcé du divorce (Cass. 1re civ., 6 juill. 2005, n° 04-10.081, D. 2005, IR p. 2103 ; RTD civ. 2005,

p. 767, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 212, note V. Larribau-Terneyre). Pour refuser à une femme le bénéfice de l'article 1382, une cour d'appel ne peut donc considérer que seul l'article 266 s'applique au divorce, ceci « *en vertu de l'adage selon lequel les textes spéciaux dérogent aux textes généraux* » (Cass. 1re civ., 11 janv. 2005, RLDC 2005/14, n° 592, obs. G. Serra, préc.). Dans la mesure où le départ soudain d'une épouse suivi de l'entretien immédiat d'une relation adultère ne relève pas de la dissolution de l'union conjugale, l'article 266 n'a ainsi pas vocation à s'appliquer (Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, n° 02-16.255, Dr. fam. 2005, Comm. n° 104, note V. Larribau-Terneyre). Est encore réparable sur le fondement de l'article 1382, en tant qu'il est distinct de celui résultant de la rupture, le préjudice subi par l'épouse du fait de la liaison adultère affichée par son mari et des coups et blessures qu'il lui a portés (Cass. 1re civ., 22 mars 2005, Bull. civ. I, n° 143 ; D. 2005, IR p. 1053  ; RTD civ. 2005, p. 375, obs. J. Hauser  ; RJPF 2005-6/27, obs. T. Garé).

Pour autant, la loi n'empêche nullement un requérant d'être indemnisé conjointement sur le fondement des articles 266 et 1382 quand un préjudice consécutif à la dissolution du mariage et un préjudice indépendant du prononcé du divorce ont été respectivement subis. Par exemple, une femme peut obtenir réparation en vertu de l'article 1382, parce qu'elle a tenté de se suicider après que son mari se soit mis en concubinage et lui ait proféré des injures grossières... ainsi qu'en vertu de l'article 266, parce que le couple et son enfant donnaient l'image d'une famille unie et heureuse et que cette union a été brisée par la dissolution du mariage (CA Paris, 3 févr. 2005, Dr. fam. 2005, Comm. n° 167, note V. Larribau-Terneyre).

La référence au double aspect - matériel et/ou moral - qui figurait dans l'ancien article 266 ayant disparu et la réparation se faisant « *sans préjudice de l'application de l'article 270* », la loi paraît désormais renvoyer à un préjudice exclusivement matériel (V., V. Larribau-Terneyre, note préc. sous Cass. 1re civ., 25 janv. 2005).

Toutefois, comme le faisait observer le Doyen Carbonnier, « *bien que l'article 266 [ancien] vise à la fois le préjudice matériel et le préjudice moral, c'est pour celui-ci qu'il a rencontré son utilité principale, et l'indemnité, arbitrairement évaluée, ne peut guère se cacher d'être une peine privée* » (J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, 21e éd., PUF, coll. Thémis Droit privé, 2002, p. 625). En effet, l'indemnisation de la disparité matérielle que peut subir un époux dans ses conditions de vie à l'issue du divorce se fait en principe *via* l'octroi d'une prestation compensatoire. D'où, justement, le renvoi opéré à l'article 270 par l'article 266.

S'agissant en revanche du mariage et de la nécessité juridique d'en sanctionner les obligations définies par la loi, la législation du divorce ne fait plus aucune allusion aux devoirs de fidélité, de secours et d'assistance. Or, la violation de ces obligations - matérielles et morales - peut être réparée pécuniairement dans le cadre de la logique contractuelle du mariage. D'autant que le divorce pour altération définitive du lien conjugal est parfois perçu comme instaurant une forme de répudiation (V., not., P. Malaurie, L. Aynès et H. Fulchiron, *Droit civil, La famille*, Defrénois, 2004, n° 582). Déjà, sous l'empire du droit antérieur, le Doyen Carbonnier estimait qu'il n'était pas vain de concevoir les dommages-intérêts de l'article 266 comme destinés à réparer la résiliation abusive du mariage dans une perspective contractuelle (V. J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 623). L'examen des travaux préparatoires corrobore cette analyse : l'article 266 y est présenté comme un substitut, sous forme de dommages-intérêts, à la clause d'exceptionnelle dureté prévue par l'ancien article 240 qui permettait au juge de rejeter la demande en divorce si ce dernier avait pour l'autre époux ou les enfants des conséquences - matérielles ou morales - d'une exceptionnelle dureté (V. Rapport P. Gélard, Doc. Sénat n° 252, session 2001-2002, p. 81).

La réécriture de l'article 266 laisse en suspens deux interrogations. Comment doit s'apprécier, en pratique, le critère de la gravité particulière des conséquences indemnisables ? La loi ne fournit aucune directive à cet égard. L'analyse d'une situation de fait relève certes, par hypothèse, du pouvoir souverain des juridictions du fond. Il y a cependant fort à parier que les cours d'appel auront rapidement à uniformiser les jurisprudences rendues au sein de leur ressort... Pour sa part, la Cour de cassation devra résoudre la question de droit suivante : la responsabilité de droit commun a-t-elle vocation à combler le champ des réparations libéré par l'exigence de conséquences dommageables d'une particulière gravité ? Si tel devait être le

cas, l'article 266 autoriserait l'indemnisation, sur le fondement de l'article 1382, des préjudices causés par la dissolution conjugale qui ne découlent pas d'une particulière gravité. Mais pour l'heure, rien ne permet de l'affirmer... ni de l'exclure...

G. S.

**Mots clés :**

DIVORCE \* Panorama 2006

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2010