

Recueil Dalloz 2008 p. 807

Droit du divorce

janvier 2007 - décembre 2007

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, Membre du Centre de recherche sur les relations entre le risque et le droit (C3RD) FLD

L'essentiel

Réformé en 2000, 2004 et 2006, le divorce continue d'occuper le devant de la scène juridique, le droit français ayant eu à connaître le premier divorce présidentiel de son histoire et la Chancellerie ayant exprimé sa volonté de transférer au notaire la compétence du divorce par consentement mutuel. Si le présent panorama, avec son lot de confirmations jurisprudentielles, révèle par ailleurs une certaine routine dans l'application de lois, pour certaines déjà anciennes, le dynamisme de cette matière ne se dément donc pas. En témoignent encore le recours toujours plus important des justiciables au droit communautaire et européen, l'entrée en vigueur du décret encadrant l'intervention du notaire ou d'un autre professionnel qualifié au titre des mesures provisoires ou la résolution, par la Chambre mixte de la Cour de cassation, de la controverse suscitée par la réversion d'usufruit. Reste cependant à résoudre certaines difficultés, notamment de droit transitoire, voire à parachever la simplification, l'accélération et la pacification dans un domaine comme celui de la responsabilité. Comme le démontre ce nouveau bilan pour l'année qui vient de s'écouler, le droit du divorce demeure un chantier passionnant.

I - L'action en divorce

A - Les causes de rupture du lien matrimonial

1 - Le non-respect du devoir de loyauté

Il est connu désormais que la faute, cause de divorce, doit être entendue comme une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune ; reste à déterminer le contenu desdits devoirs et obligations. La question peut surprendre mais elle mérite d'être posée eu égard à l'évolution de la jurisprudence en la matière. Evolution, qui ne peut être appréciée que lors de la séparation du couple : moment où les époux se reprochent leurs comportements respectifs et occasion pour le juge d'innover.

En ce sens, trouvons dans l'exposé des arrêts rendus en 2007 l'expression de plus en plus insistante du devoir de loyauté. Ce devoir qui, rappelons-le, n'est pas nommé par le code civil, semble être une application mêlée du devoir de fidélité et du devoir de respect mutuel. Le premier, quasi-disparu du rang des obligations du mariage, a inspiré les juges en ce qu'il implique une attitude offensante à l'égard de l'autre, aspect qu'il est loisible d'intégrer dans le contenu du devoir de loyauté. Le second, inséré depuis 2006 à l'article 212 du code civil, semble s'immiscer également dans le champ d'application du devoir de loyauté, car être déloyal envers l'autre c'est aussi lui manquer de respect. Le tout donne une assise apparemment légitime au devoir de loyauté permettant aux magistrats de justifier leurs

décisions. En témoignent plusieurs arrêts rendus par les juges du fond. Ainsi la cour d'appel de Nîmes le 21 mars 2007 (D. 2007. Jur. 2587, obs. M. Lamoureux ) a prononcé le divorce aux torts partagés d'un couple dont le mari avait commis l'adultère et dont la femme avait entamé une grossesse à son insu, alors qu'il avait clairement exprimé son refus en raison du traumatisme causé par le décès de deux enfants quelques mois après leur naissance. La cour énonce « (...) que la conception d'un enfant dans ces circonstances très particulières constitue de la part de l'épouse un manquement au devoir de loyauté que se doivent les époux, le mari étant de surcroît réduit au simple rôle de géniteur (...) ce fait constitue une violation grave des devoirs et obligations du mariage et rend intolérable le maintien de la vie commune ». Cette décision pour le moins surprenante prend le contre-pied de celle rendue par les magistrats de Caen qui le 5 janvier 2006 affirmaient que n'est pas constitutif d'une faute le fait pour l'épouse d'être tombée enceinte sans l'accord de son mari ; la démarche de l'épouse s'inscrivant, selon les juges, naturellement dans les droits et obligations du mariage (Dr. fam. 2006, n° 7, Comm. n° 149, note Larribau-Terneyre). Il est vrai que le mariage est crûment défini comme une union sexuelle destinée à la reproduction de l'homme, à ce titre le devoir de procréation est un devoir dont la violation peut être constitutive d'une faute ; sur ce point, l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes peut surprendre mais à vrai dire il s'explique par les circonstances de l'espèce : le refus du mari d'avoir des enfants était consécutif aux expériences traumatisantes subies par le couple, il ne s'agit donc pas d'un refus non motivé et inexplicable, d'ailleurs, l'époux avait à plusieurs reprises manifesté sa volonté de procréer. Meurtri par l'expérience, les juges ont estimé que le mari avait été trahi par sa femme dans sa condition d'époux et de père. Cette trahison propre au contexte s'analyse comme un comportement déloyal constitutif d'une faute au sens de l'article 242 du code civil. Ainsi, peut-on affirmer que la solution est particulière au cas d'espèce et que la supériorité affirmée du devoir de loyauté sur le devoir de procréation (V. J. Vassaux, JCP 2007. II. 10149) n'est qu'une supériorité casuelle.

En tout état de cause, la variété des décisions dans lesquelles le devoir de loyauté sert de fondement au prononcé du divorce pour faute, témoigne d'un large champ d'application. Ainsi, la cour d'appel de Paris dans sa décision du 20 septembre 2007 (JCP 2007. IV. 3015) a prononcé le divorce aux torts exclusifs de l'époux qui s'était rendu coupable de plusieurs infractions pénales au motif que ce faisant, il avait violé son obligation de loyauté. Cette décision suit une logique analogue à celle adoptée par la cour d'appel de Metz le 16 mai 2006 (JCP 2007. IV. 2169) qui a prononcé le divorce aux torts exclusifs de l'époux qui avait été condamné pour trafic de stupéfiants à 6 ans de prison et 10 ans d'interdiction du territoire national. Plus que la décision, le motif invoqué par les magistrats mérite d'être cité pour son explicité. Ainsi ils ont considéré que par la nature des faits qu'il a commis et la peine qu'il encourrait, le mari a placé délibérément son couple et sa famille en situation d'insécurité et s'est privé des moyens de pouvoir faire face à son devoir de secours et d'assistance envers son épouse ainsi qu'à l'obligation d'entretien et d'éducation à l'égard de ses enfants ; ce faisant, il a violé le devoir de loyauté entre époux et le devoir de conserver à ses enfants l'image d'un père digne, exemplaire et apte à leur procurer une éducation. La simple lecture de ce motif permet d'affirmer que le devoir de loyauté, d'origine purement prétorienne, voit son contenu s'enrichir au fur et à mesure que les situations d'espèces se présentent aux juges. Inutile (car évident) de souligner le caractère mouvant du contenu d'une telle obligation soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond qui, remarquons-le, sanctionnent souvent par son intermédiaire l'aspect « immoral » du comportement des époux. Ainsi, le devoir de loyauté pourrait par exemple, justifier le prononcé du divorce pour faute à l'encontre de l'époux qui aurait été condamné pour une quelconque infraction pénale, faisant renaître de ses cendres feu l'article 243 du code civil !

Cette tendance des juges du fond est confirmée par la première chambre civile de la Cour de cassation qui à plusieurs reprises a justifié le prononcé du divorce pour faute eu égard au non-respect par l'époux de son obligation de loyauté. En témoigne l'arrêt rendu le 17 octobre 2007 (**Civ. 1re, 17 oct. 2007, n° 06-20.701**, Dr. fam. 2007, n° 11, Comm. n° 208, note Larribau-Terneyre) lors duquel la Cour a eu à se prononcer sur les conséquences du comportement professionnellement déloyal de l'épouse à l'encontre de son conjoint et plus exactement si cette attitude pouvait justifier le prononcé d'un divorce à ses torts exclusifs. La question est intéressante car elle implique une éventuelle rupture de frontière entre les

sphères professionnelle et personnelle du couple. La réponse est farouchement affirmative ! La première chambre civile considère en effet que le caractère gravement déloyal du comportement de l'épouse qui gérait un fonds de commerce dont elle était propriétaire et avait adressé une lettre circulaire à la clientèle pour lui indiquer un changement de boutique dans laquelle elle utilisait le nom de son conjoint ne peut rester dans la sphère professionnelle. Ainsi, la Cour affirme que sous réserve de l'appréciation souveraine des juges du fond, cette déloyauté peut constituer une violation des devoirs et obligations du mariage. Dès lors, on peut en déduire que l'obligation de loyauté s'impose avec une force différente lorsque le conjoint est aussi un collègue de travail, car toute déloyauté à son égard, pourrait en plus justifier un divorce pour faute. La solution n'est pas inintéressante en ce qu'elle démontre que le devoir de loyauté lie son application à la sphère du couple peu importe son domaine d'exécution. En d'autres termes, le non-respect du devoir de loyauté peut fonder un divorce pour faute dès lors que la déloyauté a été subie par un membre du couple du fait de l'autre peu importe le terrain (personnel comme professionnel) sur lequel cette déloyauté a été commise.

Force est de constater que le devoir de loyauté sert aux décisions du juge pour justifier le prononcé d'un divorce pour faute. Il est toutefois à noter que certains arrêts sont rendus en référence à des comportements qui sans pour autant être qualifiés de « déloyal » s'en rapprochent. Ainsi, la cour d'appel de Paris (5 déc. 2007, JCP 2008. IV. 1085) prononce le divorce aux torts exclusifs du mari pour avoir reformé un nouveau foyer et une nouvelle famille avant d'être libéré des liens du mariage. Cette décision est intéressante en ce qu'elle justifie le divorce par la faute consécutive à la formation d'une nouvelle cellule familiale par le mari non encore divorcé plutôt que par la violation du devoir de fidélité, en principe, maintenu lors de la procédure de divorce. La solution est d'autant plus critiquable qu'elle est contraire à celle de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 7 novembre 2006 (JCP 2007. IV. 1494) qui estime qu'est constitutif d'un adultère le fait pour l'épouse de vivre au domicile de son amant justifiant alors le prononcé du divorce pour faute. Il est à signaler qu'en l'espèce, le divorce avait été prononcé aux torts partagés des époux dans la mesure où il était reproché au conjoint de porter des coups à son épouse et de l'insulter en des termes grossiers.

2 - Les autres comportements rendant intolérable le maintien de la vie commune

Le comportement injurieux de l'époux peut caractériser une faute. Cette solution n'est pas nouvelle et confirme une tendance antérieure consistant à sanctionner les comportements offensants (V. D. 2007. Pan. 608, obs. Williatte-Pellitteri ). L'actualité jurisprudentielle illustre à nouveau cette tendance. Ainsi il a été jugé qu'est constitutive d'une faute justifiant le prononcé du divorce, la relation durable de l'épouse avec une amie du couple depuis de nombreuses années et la présence répétée de celle-ci au sein du foyer. Les juges ont estimé que cette relation était incontestablement injurieuse pour l'époux qui a pu légitimement se sentir évincé dans son propre foyer (Rouen, 22 juin 2006, JCP 2007, IV, 1458). Les relations amicales causes de divorce peuvent, cependant, également être source de preuve tel qu'en témoigne l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 décembre 2007 (JCP 2008. IV. 1087). En l'espèce, l'époux avait remis en cause les attestations produites par sa femme puisqu'elles provenaient de ses amis. Cette remise en cause de la valeur probante des attestations faites par des amis a été refusée par la cour qui estime l'argument infondé dans la mesure où « *les éléments d'une situation conjugale ne sont généralement connus que des proches personnes concernées (...), à ce titre, le mari était malvenu à critiquer la validité des témoignages apportés* ».

Il est donc conseillé aux couples de se méfier des relations amicales abusives et de manière générale de toutes pratiques usées par excès, à l'instar des pratiques religieuses. Ainsi la première chambre civile le 19 juin 2007 (**Civ. 1re, 19 juin 2007, n° 05-18.735**, Dr. fam. 2007, n° 9, Comm. n° 168, note Larribau-Terneyre) a affirmé que le caractère excessif d'une pratique religieuse peut constituer un abus, cause de divorce. Si cette décision ne remet pas en cause la jurisprudence en la matière qui garantit à chacun des époux, au nom de la liberté de conscience, le droit de pratiquer sa religion, elle en confirme le tempérament qui exige que ce choix ne doit pas avoir d'incidence grave sur la vie conjugale et familiale (Civ. 2e, 25 janv. 1978, Gaz. Pal. 1978. 2. 505, note Barbier). En l'espèce, la Cour se fonde sur les constats

établis par les juges du fond qui avaient noté l'incidence croissante et excessive de la pratique religieuse de l'époux sur la vie du couple et dont la cristallisation des positions religieuses créait une atmosphère pesante de contrainte et de soumission permanente dans le foyer.

Ainsi, à partir de l'instant où les convictions personnelles nuisent à l'harmonie familiale, la faute peut être constituée et ce peu importe la nature et l'origine de cette conviction. Les faits atypiques de l'arrêt de la cour d'appel de Metz du 17 avril 2007 (Dr. fam. 2007, n° 10, Comm. 187, note Larribau-Terneyre) l'illustrent. Il s'agissait d'une famille divisée au sujet de la vie amoureuse de l'enfant du couple. Le père se ralliant à sa fille contre sa mère a été jugé fautif par les magistrats considérant que ce faisant, il avait manqué à son devoir d'assistance. Pratiquement, il lui a été reproché de n'avoir pas pris en compte l'état dépressif de son épouse consécutif au conflit et de ne l'avoir pas assisté en veillant à apaiser les différents l'opposant à sa fille.

B - La procédure

1 - L'application pratique et les difficultés actuelles

a - L'office du juge

Les arrêts récents contribuent à préciser soit par leur nouveauté, soit par leur confirmation l'étendue des pouvoirs du JAF ainsi que ses compétences. A ce sujet, quelques décisions ont été rendues par la Haute juridiction, lors desquelles elle a précisé les règles de compétences applicables à la demande en annulation de mariage lorsque les époux sont de nationalités étrangères. En l'occurrence dans l'arrêt de la première chambre civile du 28 novembre 2007 (**Civ. 1re, 28 nov. 2007, n° 06-16.443**, D. 2008. AJ. 28) il s'agissait d'un homme et d'une femme de nationalité algérienne qui se sont mariés dans leur pays natal et qui ont vécu en France avant le retour du mari en Algérie. L'épouse demande une annulation du mariage alors que le mari soulève une exception d'incompétence des juridictions françaises. Les juges du fond reçoivent cette exception d'incompétence au motif qu'une juridiction algérienne s'était déclarée compétente en amont sur la base du statut personnel des époux et de la loi du mariage. La première chambre casse l'arrêt au visa de l'article 2 du Règlement (CE) n° 1347/2000 du 29 mai 2000 selon lequel la juridiction compétente pour statuer sur la demande d'annulation du mariage était celle de l'Etat membre de la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y résidait encore. En l'espèce, il s'agissait des juridictions françaises. C'est sur la base du même argument que la Cour a reconnu dans son arrêt du 19 septembre 2007 (n° 06-19.577, D. 2007. AJ. 2477  ; Dr. fam. 2007, n° 11, Comm. n° 209) la compétence des juridictions françaises pour statuer sur le litige d'un couple domicilié en France mais dont le divorce avait été prononcé en Algérie sur la seule volonté du mari. La Cour reconnaissant le caractère inégal de cette décision au regard des intérêts de l'épouse, l'a jugé inapplicable en France ; pays, dont elle reconnaît la compétence des juridictions compte tenu du fait que les époux y étaient domiciliés. C'est donc au nom du principe de l'égalité des époux que la Cour de cassation affirme la compétence du JAF.

Force est de croire que les compétences du JAF s'enrichissent, cependant le droit prétorien nous révèle que ce dernier reste soumis au contrôle de la haute Cour qui n'hésite pas, d'ailleurs, à lui rappeler ses obligations lorsque l'occasion se présente. Ainsi la question, longtemps posée, de savoir si le juge conciliateur pouvait ou devait se prononcer sur les fins de non-recevoir soulevées par l'une des parties au divorce a été résolue par la première chambre civile dans un arrêt du 10 mai 2007 (n° 06-14.178, D. 2007. AJ. 1427, obs. C. Delaporte-Carré, et Pan. 2690, obs. M. Douchy-Oudot  ; AJ fam. 2007. 352, obs. S. David  ; RTD civ. 2007. 552, obs. J. Hauser ). Dans cet arrêt, la Haute juridiction affirme que le juge qui statue sur le fond du divorce n'est pas lié par la décision du juge conciliateur qui du fait de son caractère provisoire est dépourvue de la force de la chose jugée au principal. En conséquence, le juge du fond est tenu de se prononcer sur la fin de non-recevoir dont il est saisi. Cette décision reprend la jurisprudence développée par la seconde chambre en 1998 (Civ. 2e, 4 mars 1998, RTD civ. 1998. 661, obs. Hauser ) bien qu'en 2003 (Civ. 2e, 9 janv. 2003, D. 2003. IR. 400  ; RTD civ. 2003. 274, obs. J. Hauser ) elle ait modifié son fondement considérant que le juge conciliateur n'avait pas le pouvoir de statuer sur les fins de non-recevoir puisqu'il n'était pas saisi au fond. L'arrêt de 2007 reprend donc le fondement de

1998... la solution reste cependant à confirmer.

Par ailleurs sur un tout autre registre, la Cour de cassation a réaffirmé de nouveau les limites du pouvoir du juge en cas de rejet de la demande en divorce notamment lorsqu'il s'agit de statuer sur la résidence de famille. Ainsi, dans sa décision du 19 juin 2007 (n° 06-16.656, D. 2007. AJ. 1968, et Pan. 2690, obs. M. Douchy-Oudot  ; Dr. fam. 2007, n° 9, Comm. n° 163, obs. Larribau-Terneyre) la Cour rappelle que l'article 258 du code civil ne prévoit qu'une simple faculté pour le juge de fixer la résidence de la famille en cas de rejet de la demande en divorce ; le choix de cette résidence incombant en premier lieu aux époux. De surcroît, la Cour rappelle que dans une telle hypothèse, le juge ne peut statuer que sur les points limitativement énumérés par le texte à l'exclusion de toutes autres demandes en ce compris les demandes de restitution de biens sous astreinte ou de dommages et intérêts.

De la même façon, la Cour limite la marge de manoeuvre du JAF lorsqu'il est saisi à la fois d'une demande principale et d'une demande reconventionnelle en divorce. Ainsi, elle affirme à la fois l'impossibilité de dissocier la décision sur l'une et l'autre demande et l'obligation pour le juge de statuer dans une décision unique. En conséquence, compte tenu de l'indivisibilité des demandes, le juge saisi d'une demande principale et d'une demande reconventionnelle en divorce ne peut en rejeter l'une et ordonner la réouverture des débats avec renvoi à la mise en état pour l'autre (Civ. 1re, 19 juin 2007, n° 06-16.195, Dr. fam. 2007, n° 9, Comm. n° 167, obs. Larribau-Terneyre).

b - Les problématiques récurrentes

L'analyse du droit prétorien révèle que les difficultés causées par l'application dans le temps de la loi de 2004 continuent d'être d'actualité, corroborées, par ailleurs par les questions habituelles soulevées par l'exercice des voies de recours.

Ainsi, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, affirmé que la loi du 26 mai 2004 ne peut être appliquée immédiatement en cause d'appel. C'est pourquoi la première chambre civile dans un arrêt du 14 novembre 2006 (n° 05-20.798, D. 2006. IR. 3011  ; RTD civ. 2007. 94, obs. J. Hauser  ; RJPF 2007, n° 2, p. 19), a cassé la décision rendue par la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui avait fait droit à la demande formulée par l'épouse qui, pour échapper au délai de 6 ans de séparation exigé par la loi ancienne, requiert le bénéfice du divorce pour altération définitive du lien conjugal. Précisons qu'il s'agissait d'une affaire dans laquelle les premières juges avaient prononcé le divorce pour rupture de la vie commune des époux le 5 février 2004 et que l'appel avait été formé alors que la loi nouvelle entrerait en vigueur. La Cour de cassation rappelant à cette occasion que la loi nouvelle ne peut s'appliquer immédiatement en cause d'appel. D'ailleurs, la même chambre affirmera de nouveau le principe dans sa décision du 25 avril 2007, selon laquelle lorsqu'une assignation en divorce est délivrée avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 (soit avant le 1er janvier 2005), l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne ; quant aux voies de recours, elles sont formées, instruites et jugées selon les règles applicables lors du prononcé de la décision de première instance (n° 06-14.858, D. 2007. AJ. 1427  ; AJ fam. 2007. 271, obs. S. David  ; RTD civ. 2007. 551, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2007, n° 6, Comm. n° 129, note Larribau-Terneyre).

La question de la loi applicable lors de l'exercice des voies de recours semble désormais résolue, il serait souhaitable qu'il en soit également ainsi pour les difficultés intrinsèques à la procédure de divorce et plus particulièrement à l'effet dévolutif des voies de recours en l'occurrence de l'appel. Question sur laquelle la première chambre civile de la Cour de cassation s'est penchée dans un arrêt du 26 septembre 2007 (n° 04-15.051, D. 2007. AJ. 2542 ) dans lequel elle rappelle que la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs du jugement critiqué. Par ailleurs, il doit être noté que la Cour de cassation exerce un contrôle de plus en plus rigoureux à l'égard des décisions de rejet pour défaut d'intérêt des juges du second degré. A ce titre, elle a cassé l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui avait rejeté l'appel formé par l'épouse contre la décision de première instance pour défaut d'intérêt dans la mesure où elle avait constaté que ses conclusions d'appel concordent avec celles de son époux. Cependant, la Cour de cassation a estimé que

cette considération ne devait pas déterminer la décision des juges qui ont noté que l'épouse avait saisi le tribunal d'une demande en divorce pour faute aux torts du mari et que le premier juge avait prononcé le divorce aux torts partagés des époux, qu'ainsi la cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences légales de ses constatations puisque l'épouse avait intérêt à contester l'attribution des torts (Civ. 1re, 25 avr. 2007, n° 06-16.380, D. 2007. IR. 1428  ; AJ fam. 2007. 396, obs. S. David  ; RTD civ. 2007. 552, obs. J. Hauser ).

La question des voies de recours et de leurs effets dévolutifs est à l'évidence bien compliquée, elle le devient d'autant plus lorsqu'à ces considérations procédurales sont rattachées des considérations de fond. C'est la particularité du divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage. Cette voie est connue pour proposer aux époux un choix irrévocable : une fois le principe du divorce accepté, les époux ne peuvent plus se rétracter même en cause d'appel comme l'a rappelé la cour d'appel d'Agen le 22 mars 2007 (JCP 2007. IV. 2530) qui affirme que le caractère définitif de cette décision exclut les possibilités de contestation par les parties de l'intégrité de leur consentement. Cette décision se justifie sans doute par des considérations d'espèce puisque les juges ont remarqué que l'accord avait été signé sous l'oeil attentif des avocats qui avaient également apposé leurs signatures sur le PV ainsi d'ailleurs que le JAF. La solution aurait peut-être été différente dans un autre cas de figure tel que le suggère la décision rendue par la première chambre le 4 juin 2007 (n° 05-20.389, AJ fam. 2007. 434, obs. S. David  ; Dr. fam. 2007, n° 7, Comm. n° 150, note Larribau-Terneyre) : un jugement du 3 janvier 1996 prononce le divorce des époux sur demande acceptée. Un appel est formé. La question se pose de savoir si le principe du divorce est remis en cause par l'exercice de la voie de recours. La cour d'appel de Colmar répond par l'affirmative. Le demandeur au pourvoi conteste au motif que le double aveu des époux sur le principe du divorce, constaté par l'ordonnance du JAF dont il n'a pas été interjeté appel, est définitivement acquis à la date d'expiration du délai d'appel. La Cour de cassation rejette l'argumentation du demandeur au pourvoi et affirme que même si la cause du divorce demeure acquise en l'absence de recours formé contre l'ordonnance de non-conciliation constatant le double aveu des époux, le prononcé du divorce n'était pas pour autant irrévocable. En d'autres termes, le principe du divorce est acquis mais non le choix du type de divorce. La solution peut surprendre surtout si elle est transposable au nouveau divorce accepté dont on sait que le choix est irrévocable, toutefois comme le suggère un des commentateurs de l'arrêt, cette décision laisse entrevoir la possibilité non pas de se rétracter en cause d'appel mais de contester la validité du consentement (V. Larribau-Terneyre, préc.). Cependant, notons qu'une telle solution est désavantageuse pour les époux qui choisissent d'opter pour ce type de divorce en cause d'appel, tel que l'autorise l'article 247-1 du code civil et comme l'illustre l'arrêt de la cour d'Aix-en-Provence du 19 mars 2007 (JCP 2007. IV. 3104) dans la mesure où ils perdent alors une chance de remettre en cause l'intégrité de leur consentement.

Encore faut-il cependant, que le recours devant la juridiction supérieure soit encore possible pour les époux, ce qui n'est pas garanti lorsque l'huissier, chargé de signifier la décision, n'accomplit pas sa mission à temps. L'hypothèse a été soumise aux magistrats. Il s'agit d'une épouse qui a été déchue de son recours en cassation par faute de l'huissier qui n'avait pas signifié à temps le mémoire contenant ses moyens de droit. Elle décide alors d'engager sa responsabilité civile et souhaite obtenir réparation de divers préjudices parmi lesquels : perte de son droit à pension alimentaire, perte de chance d'obtenir une prestation compensatoire plus élevée ainsi que le remboursement des frais et honoraires d'avocats. Alors qu'ils reconnaissent l'entière responsabilité de l'huissier, les magistrats du second degré limitent l'indemnisation à la seule perte du droit à une pension alimentaire et rejettent les autres chefs de préjudice. Non contente de la décision, l'épouse forme un pourvoi, cette fois signifié à temps, dans lequel elle exige l'indemnisation intégrale de son préjudice dans ses différents composants. La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel de Rennes au visa des articles 1147 et 1149 du code civil et énonce que la cour d'appel s'était méprise en fondant son refus sur les chances pour la demanderesse de voir sa demande prospérer devant la Haute juridiction et que seul devait être recherché si le pourvoi, dont les manquements de l'huissier de justice ont entraîné la déchéance, avait des chances d'aboutir à une cassation ou à une annulation (Civ. 1re, 16 janv. 2007, n° 06-10.120, RJPF 2007, n° 4, p. 23). En d'autres termes peu importe si la demanderesse pouvait ou non voir ses demandes prospérer, seul

comptait la chance pour elle de voir son pourvoi être accueilli.

Dans le même ordre d'idée, la Cour a eu à se prononcer sur les revendications de la demanderesse qui était hors délai pour interjeter appel et qui avait plaidé sa cause auprès du conseiller de la mise en état en arguant du fait que le jugement ne lui avait pas été signifié à personne. Contrairement à toute attente, le conseiller a accepté de recevoir l'appel considérant que la mention portée par l'huissier à l'acte de signification en application de l'article 658 du code de procédure civile ne permettait pas de vérifier que le délai avait été bien respecté. Rappelons que ledit article prescrit, lorsque l'acte n'a pas pu être signifié à personne, l'envoi par l'huissier, le jour même ou au plus tard le premier jour ouvrable, d'une lettre simple rappelant l'acte. La Cour de cassation, à raison, casse l'arrêt de la cour d'appel considérant que la mention portée par l'huissier fait foi jusqu'à inscription de faux (Civ. 1re, 23 janv. 2007, RTD civ. 2007. 317, obs. J. Hauser ). Cette décision doit être appréciée pour son intérêt pratique car il serait difficile le cas échéant de prouver que la signification a bien été faite à une date précise, outre le fait qu'avaliser la décision du conseiller reviendrait à remettre en cause la valeur des écrits de l'huissier.

2 - Le projet futur et les difficultés à venir

A peine trois ans après l'entrée en vigueur de la loi de 2004 réformant profondément le divorce, la ministre de la Justice informe de son souhait de retirer de la compétence du JAF, le divorce par consentement mutuel. Cette annonce établit suite au rapport de M. Eric Woerth, ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique sur la révision générale des politiques publiques, reprend une proposition faite en 1999 par Michel Thizon, représentant du corps notarial lors d'une audition au Conseil supérieur du notariat à Paris. L'annonce a eu un effet dévastateur dont on peut regretter toutefois l'impact modéré chez les juristes et pourtant la nouveauté est de taille. Ainsi, il est proposé de déjudiciariser le divorce par consentement mutuel en confiant le soin aux notaires de procéder simplement à l'enregistrement de l'acte attestant de l'accord des époux sur le principe du divorce comme sur ses effets. L'objectif annoncé est de permettre de désengorger les tribunaux. Or les chiffres révèlent que ce type de contentieux ne représente que 13 % des dossiers civils, autant dire que cela représente une goutte d'eau dans l'océan. En revanche, l'argument qui consiste à dire qu'un tel projet a pour objectif de permettre à l'Etat de réaliser des économies semble plus pertinent puisque cela permet d'évincer le juge devant lequel l'aide juridictionnelle est de mise, au profit du notaire devant lequel une telle aide n'est pas permise. Si telle est la cause de ce projet, alors il sera critiqué car il est navrant de constater que pour l'Etat, la justice a un prix. Par ailleurs, se pose la question des couples qui souhaitent divorcer par consentement mutuel mais qui ne disposent pas des facultés financières pour honorer les frais de notaire ; se trouveront-ils obligés d'opter pour une autre voie de divorce relevant de la compétence du JAF pour pouvoir ainsi bénéficier de l'aide juridictionnelle ? Une telle conséquence contreviendrait à l'objectif principal d'apaisement des conflits de la loi de 2004. Outre cela, il doit être signalé que ce projet n'assure pas toutes les garanties de bonne justice aux époux. En effet, les époux à l'heure actuelle n'ont pas l'opportunité de choisir leur juge, or que va-t-il en être pour le notaire ; comment garantir qu'un époux ne va pas imposer son choix à l'autre ; comment garantir l'indépendance et surtout l'impartialité du notaire, particulièrement dans les petites villes et villages, où tout le monde se connaît !

Par ailleurs, il ne peut être contesté la viabilité du système actuel qui permet aux époux d'être représentés chacun par un avocat et d'exposer leurs argumentations devant un JAF dont l'expérience en la matière garantit la sagesse et la justesse des décisions. Qui formera les notaires à une telle expérience ? A l'évidence, si leur compétence est légitime en matière de liquidation des régimes matrimoniaux, ils ne témoignent d'aucune pratique leur permettant d'apprécier par exemple le montant d'une pension alimentaire ou les éléments qui permettent de fixer le montant de la prestation compensatoire.

D'autres questions se posent, lorsque les époux choisissent d'opter pour le consentement mutuel, le juge a pour mission de garantir l'existence d'un consentement libre et éclairé, toutefois en cas de contestation l'appel est possible, que va-t-il en être pour le notaire ?

Doit-on alors avoir recours au contentieux ? Dans cette hypothèse, doit-on saisir le JAF en première instance ? Si oui, n'est-ce pas ici une perte de temps et d'argent ?

Les notaires défendent le projet en indiquant que la logique de la proposition est évidente puisque le divorce emporte des effets patrimoniaux nécessitant le passage des époux dans leur étude. L'argument peut paraître valable mais il est tout à fait critiquable car d'une part, tous les divorces n'emportent pas forcément partage de biens et, d'autre part, la pratique nous révèle que c'est justement le passage devant le notaire qui représente le plus de temps et parfois d'argent. Ils avancent également que leur confier ce contentieux permettra de mettre fin à ces comédies manipulées par les avocats qui aiment à s'envoyer mutuellement des correspondances houleuses, créatrices de rancoeur. Or faut-il rappeler que le projet, s'il prévoit l'éviction du juge, ne prévoit à aucun moment celle de l'avocat ! Celui-ci reste sur la scène et son recours devra être d'autant plus recommandé que de par le projet, le professionnel chargé d'officialiser le divorce ne présente pas toutes les garanties d'impartialité et d'indépendance.

A l'évidence, les critiques à l'encontre de ce projet sont nombreuses. Elles sont le témoin de son inadaptabilité et surtout de son impertinence, car outre le fait qu'il bouleverse les règles en la matière pour une efficacité non garantie, il a pour conséquence de désacraliser le mariage, institution, et d'en faire un acte pouvant être défait par un simple contrat conclu devant notaire.

L W.-P.

II - Les conséquences patrimoniales du divorce

A - L'apurement du passé

1 - L'organisation de la liquidation

Entré en vigueur le 1er janvier 2007, le décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006 relatif à la procédure en matière successorale et modifiant certaines dispositions de procédure civile encadre désormais l'intervention du notaire ou de tout autre professionnel qualifié en matière de divorce (JO 31 déc., p. 20370 ; *adde* : C. Lienhard, Divorce : le dispositif d'aide à la décision patrimoniale après le décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006, mission du professionnel qualifié et du notaire, AJ fam. 2007. 137 ).

Rappelons qu'au titre des mesures provisoires, le juge saisi peut désigner un notaire ou un autre professionnel, notamment un avocat spécialisé, en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions de règlement pécuniaire (art. 255, 9°, c. civ.). Le juge peut également charger un notaire d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial, ainsi qu'un procès-verbal constatant les points d'accord et de désaccord, lorsque le projet n'emporte pas l'assentiment des époux (art. 255, 10°, c. civ.). Ce dispositif d'aide à la décision patrimoniale, conforme au souci de concentration des effets du divorce autour de son prononcé, s'inscrit dans l'objectif de simplification, d'accélération et de pacification. En précisant par décret le statut et les modalités d'intervention du notaire et du professionnel qualifié, les dispositions édictées garantissent solennellement leur impartialité. Le régime juridique de leur désignation, de leur rémunération et de l'exercice de leur mission est ainsi repris par le code de procédure civile et renvoie aux règles déontologiques qui assujettissent les experts judiciaires (art. 1136-1 à 1136-3 c. pr. civ.).

Conformément aux mesures provisoires prévues par l'article 255, 4°, du code civil, le juge peut par ailleurs attribuer la jouissance du logement et du mobilier du ménage à l'un des époux, par application du devoir de secours, pendant l'instance (bien que le devoir de vie commune subsiste, faute de pouvoir être dissous à ce stade). Reste que l'article 262-1 reconnaît à chacun des époux le droit de demander, à l'occasion de l'action en divorce, que les effets du jugement soient reportés à « *la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer* » (V. s'agissant d'un divorce pour rupture de la vie commune : Civ. 1re, 23 janv. 2007, n° 06-12.867). Ce qui, bien entendu, peut en réalité correspondre soit à la fin de la cohabitation soit à celle de la collaboration (Rappr. : Civ. 1re, 17 oct. 2007, n° 06-17.189). Dans sa rédaction antérieure à la réforme de 2004, l'article 262-1 admettait également que le

report des effets du divorce se fasse à la date de l'assignation. Rien ne s'oppose ainsi à ce qu'une indemnité d'occupation soit fixée en vertu du jugement de divorce pour une période antérieure à son prononcé. Et ce, alors que l'ordonnance de non-conciliation peut avoir conféré la gratuité de la jouissance pour la durée de l'instance.

Un arrêt du 19 septembre 2007 revient sur cette articulation (**Civ. 1re, 19 sept. 2007, n° 06-11.955**, AJ fam. 2008. 35, obs. S. David  ; RLDC 2007/43, n° 2745, obs. G. Marraud des Grottes ; Dr. fam. 2007, Comm. n° 207, note V. Larribau-Terneyre). En l'espèce, la jouissance gratuite du domicile conjugal avait été accordée pour la durée de l'instance au mari. Quant aux effets du divorce, le jugement les faisait rétroagir deux ans et demi avant son prononcé. Selon la juridiction saisie en appel, l'indemnité d'occupation prévue par le jugement de divorce était due à compter de la date du report de ses effets. Ce qui la rendait rétrospectivement exigible soit au jour de l'assignation soit au jour de la cessation de la cohabitation ou de la collaboration. La Cour de cassation censure cette décision sur le fondement de l'article 262-1, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 mai 2004 et de l'article 815-9, dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 juin 2006 : l'époux qui jouit privativement d'un immeuble indivis n'est redevable d'une indemnité d'occupation à partir de l'assignation, de la cessation de la cohabitation ou de celle de la collaboration qu'en l'absence de disposition contraire (ce qui n'est à l'évidence pas le cas lorsque l'ordonnance de non-conciliation octroie à un époux la jouissance gratuite du domicile conjugal pour la durée de l'instance). Cette jurisprudence assortit l'ancien article 262-1 d'un tempérament opportun (V. déjà : Civ. 1re, 18 janv. 1989, n° 87-13.177, Bull. civ. I, n° 22 ; D. 1990. Somm. 117, obs. A. Bénabent  ; RTD civ. 1991. 712, obs. D. Huet-Weiller ). En empêchant que le report des effets du divorce puisse contrarier la jouissance gratuite accordée au titre des mesures provisoires, la solution prétorienne préserve l'assise de l'ordonnance de non-conciliation et, par suite, les droits judiciairement ainsi reconnus à l'occupant.

Contrairement au droit antérieur, la loi du 26 mai 2004 anticipe les conflits liés à l'occupation du domicile conjugal. D'une part, l'article 262-1 dispose que, sauf décision contraire du juge, la jouissance du logement conjugal par un époux conserve un caractère gratuit jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation, qui indique si la gratuité est retenue ou pas. D'autre part, si l'article 262 maintient l'opposabilité du jugement de divorce envers les tiers au jour de sa transcription à l'état civil, l'article 262-1 introduit un *distinguo* pour les rapports patrimoniaux entre époux. Dans le divorce par consentement mutuel, le jugement prend effet à la date de l'homologation de la convention définitive réglant les conséquences de la rupture, à moins qu'elle n'en dispose autrement. La recherche d'une solution amiable, conforme à ce divorce, désamorce *a priori* tout conflit lié au report de ses effets. Dans les autres divorces, le jugement produit effet à la date de l'ordonnance de non-conciliation et non plus à la date de l'assignation. Ceci étant, ses effets et, en particulier, la fixation d'une indemnité d'occupation peuvent toujours être avancés à la date de cessation de la cohabitation ou de la collaboration (art. 262-1 c. civ.). Et ce, y compris lorsque la jouissance gratuite du logement du ménage est accordée à un époux au titre des mesures provisoires, à compter de l'ordonnance de non-conciliation (art. 255, 4°, c. civ.). La réserve réitérée par l'arrêt du 19 septembre 2007 conserve donc dans cette hypothèse son intérêt. D'autant que dans un souci de pacification et d'objectivisation du divorce, l'article 262-1 étend le bénéfice du report à l'époux auquel les torts de la séparation incombent à titre principal (Comp. : Civ. 1re, 17 oct. 2007, préc.).

2 - Le sort des donations et des avantages matrimoniaux

En dehors du divorce par consentement mutuel dont le principe et les conséquences impliquent un accord entre les parties, la loi dissocie les causes du divorce de ses effets dans un esprit de pacification et d'objectivisation. L'article 265, alinéa 1, du code civil proclame à cet égard que le divorce est sans incidence sur les donations de biens présents et les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage (par contre, comme sous l'empire du droit antérieur à la loi du 26 mai 2004, les donations de biens à venir sont révocables *ad nutum*. Cf. art. 1096, al. 1, c. civ.). Ce principe souffre de plusieurs aménagements. S'agissant des donations de biens présents, la révocation peut être obtenue

lorsqu'elles ont été faites avant le 1er janvier 2005 (L. n° 2006-728, 23 juin 2006, art. 47-III). En vertu de l'ancien article 1096 du code civil, une donation pendant le mariage demeure donc révocable, l'action en nullité du donateur valant nécessairement révocation (Civ. 1re, 13 mars 2007, n° 05-16.355). Les donations de biens présents postérieures au 1er janvier 2005 sont par ailleurs révocables pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elles ont été faites ou d'ingratitude (art. 1096, al. 2, c. civ.). S'agissant des avantages matrimoniaux, un époux peut exercer un droit de reprise permanent sur les biens qu'il apporte à la communauté dès lors que le contrat de mariage le prévoit (art. 265, al. 3, c. civ.). Ceci, afin de tenir compte des clauses de liquidation alternative de communauté universelle.

Déoulant du fait que la réversion d'usufruit est une donation qui ne produit effet qu'au décès du donateur, un débat subsistait entre la première chambre civile (Civ. 1re, 21 oct. 1997, n° 95-19.759, Bull. civ. I, n° 291 ; RTD civ. 1998. 721, obs. J. Patarin ☞ ; *ibid.* 937, obs. F. Zenati ☞ ; JCP 1997. II. 22969, note I. Harel-Dutirou), la troisième chambre civile (Civ. 3e, 6 nov. 2002, n° 01-00.681, Bull. civ. III, n° 220 ; D. 2002. IR. 3308 ☞ ; AJ fam. 2003. 32, obs. S. D.-B. ☞ ; RTD civ. 2003. 133, obs. J. Patarin ☞ ; JCP N 2003. 1448, note M. Dagot ; Defrénois 2003. 792, note S. Piedelièvre) et la chambre commerciale (Com. 2 déc. 1997, n° 96-10.072, Bull. civ. IV, n° 318 ; D. 1998. Jur. 263, note. G. Tixier ☞ ; Defrénois 1998. 477, note A. Chappert) : la réversion d'usufruit était analysée comme une donation de biens présents faite à terme par les chambres civiles, mais comme une donation de biens à venir faite sous condition suspensive par la chambre commerciale. En consacrant la thèse civiliste, l'arrêt de la Chambre mixte du 8 juin 2007 clarifie son régime juridique (**Cass., ch. mixte, 8 juin 2007, n° 05-10.727** ; D. 2007. AJ. 1731, obs. C. Delaporte-Carré ; AJ fam. 2007. 353, obs. F. Bicheron ☞ ; RTD civ. 2007. 588, obs. T. Revet ☞ ; *ibid.* 605, obs. M. Grimaldi ☞ ; Dr. fam. 2007, Comm. n° 151, note B. Beignier ; RLDC 2007/40, n° 2617, obs. F. Léandri ; RJPF 2007-7.8/37, note S. Valory). Compte tenu de la réécriture des articles 265 et 1096 du code civil par la loi du 26 mai 2004, la solution aurait pu conduire à maintenir un usufruit entre ex-époux.... Fort heureusement, la loi du 23 juin 2006 remédie à cet effet pervers (V. not. : P. Delmas Saint-Hilaire, La réversion d'usufruit entre époux à nouveau révocable *ad nutum*, RJPF 2007-5/12 ; S. Valory, Les mesures postérieures à la réforme de 2004 sur les donations entre époux et les avantages matrimoniaux, Dr. patr. 2007, n° 164, p. 62). Depuis le 1er janvier 2007, seule la donation de biens présents « *qui prend effet au cours du mariage* » est irrévocable (art. 1096, al. 2, c. civ.), ce qui rend les réversions d'usufruit consenties à compter de cette date révocables. Quant à celles consenties entre le 1er janvier 2005 et le 1er janvier 2007, elles sont réputées révocables *ad nutum* « *sauf clause contraire* » (L. n° 2006-728, 23 juin 2006, art. 46). Seules les réversions d'usufruit pour lesquelles l'irrévocabilité aurait été convenue par les parties pendant cette période ont donc vocation à être maintenues entre ex-époux, ce qui a le mérite d'être moins sujet à conflit et somme toute assez marginal.

Reste à régler le droit transitoire relatif aux avantages matrimoniaux consentis depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004. Encore appelée clause de reprise d'apports ou clause alsacienne, la clause de liquidation alternative de communauté universelle permet à l'époux qui apporte des biens à la communauté de les reprendre en cas de divorce ou d'instance en divorce (V. en particulier : S. Valory, Les mesures postérieures à la réforme de 2004 sur les donations entre époux et les avantages matrimoniaux, préc. spéc. p. 64). Depuis le 1er janvier 2005, une telle stipulation se trouvait dénuée d'effet, l'article 265, alinéa 2, du code civil énonçant que 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. C'est la raison pour laquelle la loi du 23 juin 2006 a instauré un troisième alinéa, aux termes duquel « (...) *si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté* ». Ceci étant, aucune mesure transitoire n'est prévue par la loi et la Cour de cassation n'a pas encore été invitée à se prononcer sur ce point. S'il est donc certain que l'article 265, alinéa 3, s'applique depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, soit à compter du 1er janvier 2007, l'incertitude demeure de mise pour la période qui couvre le 1er janvier 2005 au 1er janvier 2007...

B - L'aménagement de l'avenir
1 - Le paiement des prestations compensatoires

a - L'évaluation

Si les lois du 30 juin 2000 et du 26 mai 2004 ont atténué la rigueur du caractère forfaitaire des prestations compensatoires, à défaut d'accord entre les parties (V. sur ce point : C. Lienhard, Prestation compensatoire : les aspects conventionnels, précaution et rédaction, AJ fam. 2007. 115 ) , leur évaluation demeure un serpent de mer (V. encore : S. David, La fixation de la prestation compensatoire, AJ fam. 2007. 108  ; E. Mulon, La prestation compensatoire, Dr. patr. 2007, n° 164, p. 45). Outre l'absence de force contraignante de la déclaration sur l'honneur, l'indemnisation dépend de critères objectifs, comme les ressources et les besoins des parties, mais aussi subjectifs - donc plus délicats à apprécier - telle l'incidence de certains choix.

En dépit de la circulaire du 25 novembre 2002, la Cour de cassation dénie toute valeur obligatoire à la déclaration sur l'honneur. Rien n'empêche ainsi de produire une attestation ne correspondant pas à la réalité (Civ. 1re, 6 févr. 2007, n° 05-21.448) ou ne relatant aucun état patrimonial (Civ. 1re, 19 sept. 2007, n° 06-14.230). De façon plus générale, la règle selon laquelle le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas, à lui seul, reconnaissance de ce fait s'applique en matière d'évaluation (Civ. 1re, 24 mai 2007, n° 06-18.218 ; D. 2007. AJ. 1667, et Pan. 2690, obs. M. Douchy-Oudot  ; RJPF 2007-10/17, obs. T. Garé). Tout débat sur le degré d'exigence de sincérité de la déclaration se trouve donc judicieusement écarté, notamment en ce qui concerne le concubinage (V. en ce sens : F. Dekeuwer-Défossez, Le point sur la jurisprudence et les principales questions d'actualité, RLDC 2007, supp. n° 35, p. 47, spéc. p. 50 ; comp. : A. Tisserand-Martin, Devoir de loyauté et obligation d'information entre époux divorçant, in *Mélanges P. Simler*, LexisNexis/Dalloz, 2006, p. 207). Certes, le concubinage d'un époux exerce une incidence sur ses ressources ou ses besoins (V. encore : Civ. 1re, 6 mars 2007, n° 06-12.176 ; RJPF 2007-6/20 [1re esp.], obs. T. Garé ; 13 mars 2007, n° 06-16.565 ; RJPF 2007-6/20 [2e esp.], obs. T. Garé). Pour autant, la Cour européenne des droits de l'homme considère que, bien que ne figurant pas spécifiquement dans la Convention européenne, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est une norme internationale généralement reconnue qui est au cœur de la notion de procès équitable (CEDH 8 févr. 1996, *John Murray c/ Royaume-Uni*, RSC 1997. 476, obs. R. Koering-Joulin , et 481 ). Conformément à l'adage *nemo tenetur prodere seipsum*, porter atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination compromet ainsi le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne. Or, faire état de son concubinage revient à offrir à son conjoint la possibilité de demander le divorce pour faute.

Dans la mesure où l'évaluation de la disparité à compenser tient compte de la situation des parties au moment du divorce et de son évolution dans un avenir prévisible (art. 271, al. 1, c. civ.), les juges du fond se prononcent sur l'incidence de certains choix. Cette appréciation est parfois sujette à controverse. Relevant qu'un époux peut être tenu envers l'autre de compenser la disparité créée par la rupture du mariage, la Cour de cassation en déduit que les juges du fond peuvent opposer à un mari le fait que la disparité existante résulte de sa décision personnelle d'avoir peu travaillé (Civ. 1re, 6 mars 2007, n° 06-11.364, AJ fam. 2007. 353, obs. S. David  ; RTD civ. 2007. 553, obs. J. Hauser  ; RJPF 2007-6/21 [2e esp.], obs. T. Garé). Se fondant sur la même règle, la Cour de cassation admet en revanche qu'il ne peut être reproché à une épouse de quitter son pays pour la France bien que cela accroisse la disparité (Civ. 1re, 6 mars 2007, n° 06-10.611, RJPF 2007-6/21 [1re esp.], obs. T. Garé). En visant la disparité créée par la rupture dans les conditions de vie des époux (art. 270, al. 2, c. civ.), la loi invite le juge à analyser ses causes dans l'optique de rééquilibrer deux programmes patrimoniaux d'existence. S'il est donc cohérent de retenir les choix qui, pendant le mariage, relèvent de l'intérêt commun, tel n'est pas le cas pour tous ceux postérieurs au divorce.

b - L'incidence du remariage

L'ancien article 275, alinéa 2, du code civil qui permet de subordonner le divorce au paiement effectif d'une prestation en capital n'instaure pas un empêchement au remariage et n'est donc

pas contraire à l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (**Civ. 1re, 13 mars 2007, n° 06-12.419** ; RTD civ. 2007. 320, obs. J. Hauser 📖 ; RJPF 2007-6/19, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2007, Comm. n° 82, note V. Larribau-Terneyre).

Se fondant sur l'article 12 de la Convention européenne qui garantit le droit au mariage, le débiteur d'une prestation compensatoire contestait la légitimité de l'ancien article 275, alinéa 2, du code civil. Son pourvoi reposait sur l'idée selon laquelle le non-paiement du capital mis à sa charge le condamnait à ne pouvoir se remarier. L'argumentation est écartée car, pour la première chambre civile, la règle légale a seulement pour objet de différer le prononcé du divorce et non de le remettre en cause, ce qui justifie l'exclusion du droit européen.

S'inscrivant dans la politique de contraction des effets du divorce mise en oeuvre en 1975, l'ancien article 275, alinéa 2, remédie aux difficultés suscitées par les pensions alimentaires versées entre divorcés dont les deux tiers s'avéraient mal payées, voire impayées. Ce texte reconnaît ainsi au juge le pouvoir de subordonner le jugement de divorce au paiement effectif d'une prestation compensatoire attribuée en capital pour les procédures engagées avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000. Confronté à une condition suspensive dont la réalisation dépend, au fond, de son seul bon vouloir, le débiteur n'est pas déchu du droit de divorcer. Rappelons que toute prestation compensatoire tient compte des ressources de celui auquel le paiement incombe (art. 271, al. 1 et anc. art. 271 c. civ.). Le débiteur cherchait donc à se soustraire à ses obligations bien qu'il jouisse de moyens matériels lui permettant de s'acquitter du capital mis à sa charge. Sa mauvaise foi rend son action judiciaire particulièrement malvenue (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans...*). D'autant que l'ancien article 275, alinéa 2, requiert que le créancier soit dans une situation de dénuement, puisque ses ressources doivent être modiques. Ceci dit, le créancier peut souhaiter divorcer plutôt que d'être lié par un mariage aux allures de coquille vide. De plus, dans la mesure où l'ancien article 275, alinéa 2, vise les compensations revêtant la forme d'un capital, celles fixées sous forme de rente échappent à son champ d'application. D'où l'utilité de repenser les garanties de règlement des prestations compensatoires. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, indépendamment de l'hypothèque légale ou judiciaire, le juge ne peut ainsi plus qu'imposer au débiteur de constituer un gage, de donner caution ou de souscrire un contrat, comme un prêt ou une assurance, mais ces garanties concernent le paiement d'un capital ou d'une rente (art. 277 c. civ.).

Par ailleurs, lorsque des époux divorcent, leur remariage entre eux rend caduque la prestation judiciairement fixée (Civ. 1re, 17 oct. 2007, n° 06-20.451, D. 2008. Jur. 200, note G. Raoul-Cormeil 📖 ; AJ fam. 2007. 475, obs. S. David 📖 ; RLDC 2007/44, n° 2789, obs. G. Marraud des Grottes). La solution résulte d'un attendu formulé au visa des articles 212 et 270 du code civil, ce dernier dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 mai 2004.

Des époux avaient fait convertir leur séparation de corps en divorce, s'étaient remariés l'un avec l'autre pour finalement à nouveau divorcer. Se retranchant derrière le caractère définitif et la force exécutoire du premier jugement de divorce, les juges relèvent en appel que le mari est déjà condamné à verser à son conjoint une prestation compensatoire sous forme de rente viagère. Ils en déduisent qu'aucune disparité consécutive au second divorce n'est établie et que la caducité revendiquée par le débiteur auprès du juge de l'exécution pour les décisions ayant fondé une procédure de paiement direct n'a ainsi pas à être reconnue. La première chambre civile réfute ce raisonnement. Et bien que l'arrêt concerne une prestation judiciairement fixée, la solution peut être transposée aux prestations qui relèvent d'un accord homologué. Qu'il s'agisse d'un capital ou d'une rente, la condamnation au paiement d'une prestation compensatoire est incompatible avec l'exécution du devoir de secours. *Primo*, une telle compensation ne peut être due que dans le cadre d'un divorce puisque son attribution repose sur le constat préalable d'une disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des parties (art. 270, al. 2, c. civ.). L'indemnité allouée tend ainsi à rééquilibrer deux programmes patrimoniaux dont la disparité a été masquée par la communauté de vie, compte tenu de la conjonction des forces économiques du ménage durant le mariage et, en particulier, de l'exécution du devoir de secours. *Secundo*, le divorce met fin aux devoirs et obligations entre époux puisqu'il a précisément pour objet et pour effet de dissoudre le mariage (art. 260 c. civ.). Dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 mai

2004, l'article 270 énonce ainsi que, sous réserve du divorce pour rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours, mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation compensatoire. Depuis le 1er janvier 2005, parce que le divorce pour altération définitive du lien conjugal s'est substitué au divorce pour rupture de la vie commune sans pour autant laisser subsister le devoir de secours, l'article 270, alinéa 1, recourt à une formule plus générale, aux termes de laquelle « *le divorce met fin au devoir de secours entre époux* ». D'après les faits, la rente viagère allouée par le premier jugement de divorce devait donc cesser à compter du remariage et une nouvelle prestation compensatoire pouvait, le cas échéant, être prévue par le second jugement de divorce. La procédure de paiement direct engagée n'était donc ni nulle ni inopposable, mais bien caduque depuis le remariage.

2 - La condamnation à des dommages et intérêts

Dans le cadre d'un divorce, des dommages et intérêts peuvent être alloués sur deux fondements légaux distincts, les articles 266 et 1382 du code civil. En théorie, la dissociation de leurs domaines respectifs semble claire : l'article 266 répare des préjudices dépendants de la dissolution du lien conjugal, tandis que l'article 1382 répare des préjudices qui lui sont indépendants. Dans les faits, leur articulation, bien plus délicate qu'il n'y paraît, conduit les juges du fond à confondre les deux fondements, voire à s'abstenir de faire référence au fondement adéquat. Deux arrêts rendus les 9 et 23 janvier 2007 témoignent à nouveau de ces difficultés. Le champ libre qui pourrait être laissé à l'article 1382, par suite de l'abrogation de l'article 266, permettrait pourtant de parachever la simplification, l'accélération et la pacification du divorce, ce qui en fait une piste de réflexion à privilégier (G. **Serra**, De quelques paradoxes du divorce et de la responsabilité civile, conférence organisée pour le Parquet, près le TGI de Dunkerque, RLDC 2007/42, Chron. n° 2703).

Reposant sur des rédactions distinctes et réparant des préjudices différents, les articles 266 et 1382 du code civil ne sont pas interchangeable (V. en particulier : Civ. 1re, 17 oct. 2007, n° 06-21.962). L'arrêt du 9 janvier 2007 relève à cet égard qu'une cour d'appel modifie l'objet du litige en se référant à l'article 266 en présence d'un préjudice distinct de la rupture (**Civ. 1re, 9 janv. 2007, n° 06-10.871**, AJ fam. 2007. 272, obs. S. David  ; RTD civ. 2007. 321, obs. J. Hauser  ; RJPf 2007-4/20, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2007, Comm. n° 37, note V. Larribau-Terneyre). Pour un tel préjudice, c'est l'article 1382 qu'il faut appliquer. L'arrêt du 23 janvier 2007 rappelle, lui, que le champ d'investigation de l'article 266 ne coïncide pas avec celui de l'article 1382 sans pour autant reprocher aux juges du fond de ne pas mentionner le fondement mis en oeuvre (Civ. 1re, 23 janv. 2007, n° 06-11.502). Eu égard à la nature du préjudice qui lui était soumis (en l'occurrence, distinct de la rupture), pour la première chambre civile, la cour d'appel a « *nécessairement* » statué sur le fondement de l'article 1382 (reste que l'épouse affirmait avoir subi différents préjudices...). Dégagées sous l'empire des textes antérieurs à la réforme du 26 mai 2004, ces solutions sont transposables en droit positif malgré la réécriture de l'article 266. En effet, comme le rappellent en définitive les deux arrêts, les préjudices réparés par les articles 266 et 1382 du code civil ne peuvent et ne doivent se confondre. Qu'il s'agisse d'appliquer l'un ou l'autre des textes, les décisions des juges du fond révèlent cependant que c'est souvent un même état de détresse ou de dépression qui est indemnisé. Dans les deux présentes affaires, chacune des épouses demande réparation pour le dommage qui lui est infligé par suite de son abandon. Le préjudice est ainsi, pour chacune, lié au comportement de son mari et donc apparemment distinct de la dissolution du lien conjugal. Un tel comportement pourrait toutefois très bien expliquer le divorce, ce qui sous-tend alors un rapport de causalité. Or, le fait d'imposer la rupture à l'autre, soit par sa volonté unilatérale (hypothèse du divorce pour altération définitive du lien conjugal), soit en raison de ses fautes (hypothèse du divorce aux torts exclusifs) est une cause de divorce qui peut donner lieu à réparation sur le fondement de l'article 266.

Si l'on s'en tient aux faits des deux espèces, l'emploi d'un fondement légal unique apparaît opportun pour les magistrats comme pour les justiciables. D'une part, un fondement ne pourrait pas être appliqué pour l'autre. D'autre part, le fait de présumer que le fondement approprié a bien été appliqué au regard de la nature du préjudice allégué ne se discuterait pas. Or, la rédaction de l'article 1382 du code civil est suffisamment large pour appréhender

l'ensemble des préjudices subis à l'occasion du divorce. Ce n'est d'ailleurs qu'avec la loi du 2 avril 1941, validée sur ce point par l'ordonnance du 12 avril 1945, que les dommages et intérêts accordés à l'époux innocent en réparation des préjudices causés par le divorce ont été soustraits du domaine de l'article 1382, et qu'avec la loi du 26 mai 2004 que la règle a été étendue, par faveur, au défendeur d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal.

De lege lata, la réécriture de l'article 266 par la loi du 26 mai 2004 laisse également subsister deux interrogations. Comment apprécier le critère de la gravité particulière des conséquences subies du fait de la dissolution ? Un jour ou l'autre, les cours d'appel devront répondre à cette question de fait afin d'harmoniser les jurisprudences de leur ressort. Quant à la Cour de cassation, elle devra répondre à la question de droit suivante : la responsabilité civile de droit commun comble-t-elle le champ des réparations libéré par l'exigence de conséquences dommageables d'une particulière gravité ? Une réponse affirmative signifierait que l'article 266 autorise l'octroi de dommages et intérêts, sur le fondement de l'article 1382, pour les préjudices causés par la dissolution conjugale qui ne présentent pas une particulière gravité. Recourir au seul article 1382 du code civil pour l'ensemble des dommages subis à l'occasion du divorce permettrait de résoudre ces interrogations, puisque serait réparable sur ce fondement tout préjudice dépendant ou non de la dissolution du lien conjugal. Qui plus est, l'extension du champ de l'article 1382 permettrait d'échapper à la rigueur de l'alinéa 2 de l'article 266 qui exige que la demande en réparation ne soit présentée « *qu'à l'occasion de l'action en divorce* » (ce qui n'empêche pas qu'elle puisse l'être pour la première fois en appel, à condition que le divorce ne soit pas définitivement acquis. V. par exemple : Civ. 1re, 25 avr. 2007, n° 06-16.380, *supra*, I, B, 1, b).

Est-il néanmoins légitime que la réparation d'un préjudice subi à l'occasion de la rupture se fasse sur le même fondement légal entre époux, pacsés ou concubins ? Etant un texte spécial, l'article 266 offre au législateur de garantir lui-même et en dehors du droit commun le respect des devoirs conjugaux. Reste que l'article 270, alinéa 3, permet aussi au juge de refuser d'accorder une prestation compensatoire pour l'époux aux torts duquel le divorce est prononcé en considération des circonstances particulières de la rupture. Ce qui, en fin de compte, rejoint la réparation de conséquences d'une particulière gravité, susceptibles d'être subies du fait de la dissolution du mariage. Quant au divorce pour altération définitive du lien conjugal qui remplace le divorce pour rupture de la vie commune, l'article 238, alinéa 1, subordonne son prononcé à une séparation préalable de deux ans (l'ancien art. 266 ne concernait pas le divorce pour rupture de la vie commune, mais le devoir de secours subsistait au profit du défendeur). Dès lors, la suppression de l'article 266 du code civil ne s'accompagnerait pas de la disparition, dans la législation du divorce, du souci de préserver le fondement institutionnel du mariage.

G. S.

Mots clés :

DIVORCE * Panorama 2008