

## L'ABSENCE DE RELATION ENTRE LA CAUSE ET CERTAINS EFFETS DU DIVORCE

L'objectivation du divorce pour avoir un effet complet doit s'accompagner d'une neutralité des conséquences. En effet, « de manière générale, qu'il soit prononcé aux torts partagés ou décidé d'un commun accord, que l'érosion du mariage ait ou non pour seule cause la patine du temps, le divorce est imputable aux époux eux-mêmes : le fiasco de l'union est leur fait. »<sup>252</sup>

Le mouvement amorcé en 1975 n'a cessé de se développer au fil des réformes, jusqu'à dissocier le prononcé du divorce et le règlement de ses conséquences personnelles et patrimoniales. En effet, l'objectivation du divorce trouve notamment sa continuité, d'une part, grâce à la dissociation de la cause et de l'attribution de la prestation compensatoire (§1) et, d'autre part, par la dissociation de la cause et de l'attribution de l'autorité parentale (§2).

---

<sup>252</sup> GIRAULT (C.), HOUTCIEFF (D.) « D'une réforme à l'autre : les contradictions du règlement des conséquences pécuniaires du divorce », *L.P.A.*, 10 mai 2002, n°94, p.7.

## §1 : La dissociation de la cause et de l'attribution de la prestation compensatoire

L'objectivation du divorce ne pouvait prendre du sens sans une évolution des conséquences pécuniaires du divorce (A), il s'est accentué par la généralisation du système de la prestation compensatoire à tous les cas de divorce (B). En effet, la prestation compensatoire permet un règlement abolitif du divorce (C) et un règlement financier fondé sur des éléments objectifs (D).

### A. L'évolution du système des conséquences pécuniaires du divorce

Avant 1975, le législateur avait trois buts : contenir le divorce, sanctionner le coupable et protéger le conjoint innocent. Sanctionner le coupable prenait tout son sens lors du règlement des conséquences du divorce. En effet, à divers titres, le juge pouvait pénaliser l'époux fautif ou encore l'époux à l'origine de la demande du divorce. L'époux exclusivement fautif ou le demandeur était frappé d'une déchéance automatique des donations consentis entre époux pendant le mariage. L'époux fautif était également condamné à payer une pension alimentaire au conjoint « victime ». L'époux bénéficiaire d'une pension alimentaire était récompensé de ne pas avoir causé le divorce et l'époux qui versait la pension payait le prix de sa responsabilité dans la rupture. Le conjoint innocent avait droit à une pension qui se substituait à l'obligation de secours. Seul l'époux innocent pouvait donc bénéficier d'une pension alimentaire. Lorsque les torts étaient partagés, les époux ne pouvaient bénéficier d'une pension alors même que l'un d'eux pouvait se trouver, suite au divorce, dans une situation financière désastreuse. La loi était par ce fait, génératrice de conflit. Il appartenait aux époux d'attribuer voir d'inventer des faits coupables exclusifs à l'autre époux. Cette pension avait une double nature, essentiellement indemnitaire dans son fondement c'est à dire bâtie sur la faute et alimentaire dans son objet car elle dépendait des ressources du débiteur et des besoins du créancier.

Avec la loi du 11 juillet 1975, la pension alimentaire est maintenue uniquement dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune. Parallèlement, la prestation compensatoire fait son entrée dans le règlement des conséquences du divorce. L'ancien

article 270 du Code civil énonçait : « Sauf lorsqu'il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212 du code civil ; mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions respectives. » La prestation compensatoire s'est substituée à la pension alimentaire, à deux différences près. D'une part, elle est accordée sans distinction entre l'époux coupable et l'époux innocent sauf lorsque l'équité le commande et que l'époux demandeur de la prestation a été condamné aux torts exclusifs (article 270 alinéa 3). D'autre part, le paiement de cette indemnisation est forfaitaire et il (le paiement) est versé si possible en une fois sous forme de capital. L'apparition de la prestation compensatoire est le signe indiscutable du déclin du divorce subjectif reposant uniquement sur le postulat de la faute et de la sanction. La prestation compensatoire permet aux anciens époux de régler en une seule fois une des conséquences pécuniaires de la rupture. En effet, l'objectif majeur de la prestation compensatoire est de concentrer le règlement des effets du divorce lors du prononcé. Le prononcé du divorce met définitivement fin aux relations des époux et limite le contentieux post divorce qui serait susceptible de nuire à la considération objective du divorce.

La prestation compensatoire est une réponse aux difficultés créées par la pension alimentaire. En effet, cette dernière maintenait les relations entre les époux par un paiement mensuel et créait un contentieux post divorce à propos des modalités du versement. Le versement unique de la prestation compensatoire anéantit en théorie toute relation postérieure au prononcé du divorce, limitant ainsi les conflits entre époux. Le régime de la prestation compensatoire élimine un contentieux supplémentaire relatif au règlement des intérêts patrimoniaux du divorce en conformité avec le caractère objectif du divorce. L'attribution d'un capital doit permettre de libérer définitivement le débiteur tout en donnant au créancier les moyens matériels de reconstruire sa vie. La prestation compensatoire doit atténuer la chute du niveau de vie découlant du divorce et maintenir les conditions matérielles que les époux avaient avant le divorce. Le divorce permet, ainsi, à chacun des époux de retrouver son indépendance et sa liberté.

Cependant, en pratique pour des raisons économiques et fiscales, bien que le capital fût le principe, la prestation compensatoire était le plus souvent accordée sous forme de rente. La rigueur du régime de la prestation compensatoire, que l'on soit sur le

terrain des modalités de paiement ou sur celui de la révision a entraîné l'effet inverse de celui escompté. La prestation compensatoire était essentiellement attribuée sous forme de rente laissant subsister le paiement mensuel et les conflits, liés à l'écoulement du temps, ne purent être évités. Le principe de la prestation compensatoire en capital a cédé à l'exception de la rente et n'a donc pas réglé les difficultés engendrées par la pension alimentaire. La loi du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce a poursuivi un triple objectif afin de remédier aux difficultés. Elle a réaffirmé le caractère forfaitaire de la prestation compensatoire, confirmé et assoupli les modalités de versement sous forme de capital et enfin, elle a atténué les conditions de révision. La loi du 30 juin 2000 fut dictée par le souci de mettre un terme aux situations intolérables. Mais elle n'est pas parvenue à supprimer toutes les hypothèses de conflits. Le législateur du 26 mai 2004 a apporté quelques retouches. Il a généralisé le régime de la prestation compensatoire à tous les cas de divorce faisant disparaître tout lien entre le droit à la prestation et les torts dans le divorce (seule une clause d'iniquité dans le divorce pour faute est prévue<sup>253</sup>). Il a également assoupli les modalités de paiement afin de mieux répondre à la réalité de la situation économique des conjoints. Il en a fait « le pivot des règlements pécuniaires de l'après divorce »<sup>254</sup>. La prestation compensatoire est une contribution financière de l'époux le plus favorisé pécuniairement, reposant uniquement sur les conséquences de la séparation et non sur la cause de la séparation.

La loi de 2004 a neutralisé les conséquences du divorce et a détaché la cause de l'effet. « Dans le but de restaurer la vérité des procédures, mais également de les pacifier, le législateur a entendu mettre fin aux conséquences patrimoniales négatives que subissait l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce était prononcé. De même, prenant acte de la banalisation du divorce, le législateur a souhaité expurger de notre droit toute disposition qui accrédièterait l'idée d'une condamnation morale de l'époux voulant divorcer malgré l'opposition de son conjoint »<sup>255</sup>. En témoigne, la réécriture des règles fixant le sort des donations entre époux et des avantages matrimoniaux.

---

<sup>253</sup> On a donc renversé le procédé. On part du principe de neutralité et donc on ne tient pas compte des torts et après on regarde si l'application du principe n'est pas inéquitable. Ainsi, le juge ne statue plus en équité mais corrige l'iniquité créée par l'application de la règle.

<sup>254</sup> LARRIBAU-TERNEYRE (V.), LEMOULAND (J.-J.), *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, Litec, Paris, 2005, p60..

<sup>255</sup> TISSERAND-MARTIN (A.), « Les incidences de la réforme du 26 mai 2004 sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », *in le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir*, acte de colloque à l'université R. Schuman de Strasbourg par l'association H.Capitant des amis de la culture juridique française, D., 2006, p.24

Auparavant, l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce avait été prononcé dans le divorce pour faute, ou l'époux demandeur dans le divorce pour rupture de la vie commune, était frappé de déchéance automatique des donations et avantages matrimoniaux. Contrairement à l'époux « innocent » qui lui, les conservait. Une telle sanction était associée à une peine privée. En revanche, les conjoints décidaient eux-mêmes de maintenir ou de révoquer les donations et avantages matrimoniaux qu'ils s'étaient adressés, lorsque le divorce était prononcé dans les autres cas. L'article 265 du Code civil modifie le sort des donations par l'absence d'incidence du divorce sur les donations de biens présents entre époux, et sur les avantages matrimoniaux ayant pris effet au cours du mariage<sup>256</sup>. Concernant les avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la date de la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des deux époux, ils sont révoqués de plein droit<sup>257</sup>. La résonance des torts exclusifs sur les donations prévus par l'ancien article 267 du Code civil n'existe plus. Cette mesure est dans la ligne directrice du régime du divorce : la déconnection des conséquences du divorce et de la cause. Le concept de divorce objectif implique que l'on ne doit pas sanctionner la simple volonté de demander le divorce et de ne pas faire porter tout le poids de cette demande lors du règlement des conséquences. La particularité des conséquences liées au divorce pour faute ou divorce pour rupture de la vie commune, s'efface pour se fondre dans ce que l'on peut appeler le « droit commun des conséquences du divorce »

Cependant, cela ne veut pas dire que toutes les sanctions ont disparu et que l'impunité règne sur la procédure. A cet égard, l'article 266 du Code civil demeure à la disponibilité des époux. L'époux peut demander la condamnation de l'autre époux à des dommages et intérêts « en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il est défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal », (..) soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. » Cette condamnation est liée aux circonstances de la rupture et non à la cause de divorce. Le prononcé du divorce au

---

<sup>256</sup> TISSERAND-MARTIN (A.), préc. Les donations « seront donc régies par le principe d'irrévocabilité spécial des donations, et leur révocation ne pourra intervenir qu'en vertu des tempéraments habituellement associés à ce principe, c'est-à-dire soit aux termes d'accord révocatoire, soit en vertu d'une cause légale de révocation comme l'ingratitude du donataire ou l'inexécution des charges. »

<sup>257</sup> *Ibid.* Madame la Professeure TISSERAND-MARTIN soulève la perplexité de la distinction entre les avantages matrimoniaux qui prennent effets au cours du mariage qui sont irrévocables et ceux qui prennent effet à la date de dissolution du régime matrimonial car tous les avantages matrimoniaux ne prennent véritablement effet qu'à la dissolution et l'autre catégorie semble vide de tout contenu.

profit de l'un des époux et l'octroi d'une prestation compensatoire n'ont pas le même objet que la demande d'indemnisation destinée à réparer un préjudice<sup>258</sup>.

La généralisation de la prestation compensatoire contribue aussi indiscutablement au déclin du divorce « subjectif ».

#### B. L'octroi d'une prestation compensatoire généralisé aux cas de divorce

La première retouche dans ce sens est la suppression du régime particulier du divorce pour rupture de la vie commune. Le maintien du devoir de secours, dans le divorce pour rupture de la vie commune est apparu comme injustifié. Le versement d'une prestation compensatoire paraît ici parfaitement approprié. En ce sens, la disparition de la solidarité post-matrimoniale au profit d'une indemnisation forfaitaire permet au conjoint délaissé d'acquiescer une véritable indépendance, l'aidant ainsi à se remettre de son passé. La pérennisation de l'entraide conjugale après le divorce pour rupture de la vie commune semblait excessive et anachronique. La pension alimentaire faisait perdurer une union dissoute. Or le divorce ne met-il pas fin au moment de son prononcé aux devoirs du mariage ?

Maintenir le devoir de secours par le biais de la pension alimentaire semble totalement contradictoire avec l'intérêt du divorce qui est de rompre les liens du mariage et par conséquent de faire cesser ses effets. La prestation compensatoire permet de s'affranchir du devoir de secours au même titre que du devoir de fidélité ou de la communauté de vie ... L'article 270 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil énonce clairement : « le divorce met fin au devoir de secours entre époux ». Ce mode d'attribution financière ne vise donc pas à rétablir ou à perpétuer une situation passée comme auparavant, mais à éviter que l'un des conjoints soit plus atteint par la séparation, du fait d'une position moins favorable financièrement contingente au mariage. La prestation compensatoire atténue les conséquences immédiates du divorce sur le conjoint financièrement défavorisé. Elle se fonde uniquement sur une compensation du niveau de vie,

---

<sup>258</sup> Civ., 2<sup>ème</sup>, 12 juin 1996, *Bull., Civ., II*, n°149.

indifféremment de toutes considérations de responsabilité. Jusque là, l'époux demandeur dans un divorce pour rupture de la vie commune était automatiquement déclaré comme le responsable. La loi du 26 mai 2004 ne s'attarde plus sur ces considérations, son souci de la justice n'est plus de sanctionner mais de garantir une sortie équitable du mariage.

La loi du 11 juillet 1975 avait apporté une exception à l'attribution d'une prestation compensatoire. « L'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé n'a droit à aucune prestation compensatoire. »<sup>259</sup> Il eût été choquant que l'innocent eût à entretenir le coupable. Par conséquent, le refus d'attribuer une prestation compensatoire à l'époux exclusivement fautif n'était autre qu'une peine supplémentaire relative à sa culpabilité. Cependant, cette privation était antinomique avec l'esprit de la prestation. Selon Jean Carbonnier, la prestation compensatoire assure « un rééquilibrage entre deux situations patrimoniales dont la disparité avait été jusqu'alors masquée par la communauté de vie »<sup>260</sup>. Dès lors, le fait que l'un des époux ait eu un comportement fautif ne doit jouer aucun rôle dans l'attribution d'une prestation compensatoire. Les torts exclusifs ne privent plus désormais le conjoint fautif du bénéfice d'une éventuelle prestation. « Cette nouvelle disposition se veut pacificatrice et s'inscrit dans la logique de dédramatisation du divorce. Elle aboutit à détacher les effets patrimoniaux de la notion de faute et évite aux divorçants de la rechercher ou de la combattre systématiquement pour obtenir ou échapper à la sanction financière, dans un climat conflictuel lourd de conséquences pour le couple et les enfants. »<sup>261</sup>

En effet, seul le détachement de la cause et des effets du divorce garanti par la généralisation de la prestation à tous les cas de divorce accompagne le mouvement d'une objectivation du divorce. La faute n'a plus d'impact dans les conséquences financières du divorce. L'époux qui bénéficiait jusqu'au moment du divorce du soutien économique de son conjoint peut prétendre au versement d'une prestation compensatoire alors même qu'il aurait une part de responsabilité dans l'échec du mariage. La prestation compensatoire intervient indépendamment de la cause du

---

<sup>259</sup> Ancien article 280-1 du Code civil

<sup>260</sup> CARBONNIER (J.), « La question du divorce mémoire à consulter », *Dalloz*, 1975, Chron., p.120.

<sup>261</sup> DELECRAZ (Y.), « Le projet de réforme du divorce », *Defrénois*, 2004, n°9, p.648.

divorce. Elle s'apprécie en fonction de la vie financière commune aux époux, de leurs choix, de leurs besoins, de leurs ressources et de leur avenir.

Néanmoins, cette libération ne doit pas avoir pour effet de décharger les époux de toute responsabilité l'un envers l'autre. « Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture »<sup>262</sup>. En principe le droit à une prestation compensatoire est ouvert dès lors qu'il y a disparité, quels que soient les cas de divorce et quels que soient les torts. La mise en jeu de l'article 270 est liée à des éléments objectifs prévus à l'article 271. La subjectivité ne trouve plus à s'exprimer que dans le divorce pour faute mais la faute est insuffisante elle doit en plus s'accompagner de « circonstances particulières de la rupture ». L'article 270 alinéa 3 apporte un tempérament au principe de la généralisation de la prestation compensatoire. Toutefois, il ne faut pas nier l'avancée d'une telle disposition. L'opportunité du juge, de refuser une prestation compensatoire au conjoint exclusivement fautif n'est plus systématique. Au contraire, elle doit demeurer exceptionnelle. Ouvrir le droit à une prestation même à l'époux exclusivement fautif affaiblit considérablement la répercussion de la cause de divorce sur son règlement.

La prestation compensatoire n'a pas échappé à l'opportunité d'une résolution conventionnelle. Les conventions relatives à la prestation compensatoire ne sont pas nouvelles. Elles existaient déjà dans le divorce sur requête conjointe. Ce qui est plus récent, c'est la généralisation de la prestation compensatoire conventionnelle. Avec l'article 268 du Code civil, les prestations compensatoires conventionnelles ont fait leur entrée dans les divorces contentieux. « Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce. » Ces conventions peuvent comprendre le règlement de la prestation compensatoire selon l'article 279-1.

---

<sup>262</sup> Article 270 alinéa 3 du Code civil.

Cette disposition conduit à deux remarques : d'une part à démontrer l'alignement de la procédure gracieuse du divorce sur la procédure contentieuse et d'autre part au transfert de compétence en faveur des époux. Une telle faculté était réservée au cas particulier du divorce par consentement mutuel. L'absence de conflit entre les époux désireux de divorcer n'est plus suffisante pour réserver le traitement conventionnel au divorce consenti. Dans tous les cas de divorce les époux sont en mesure de s'accorder lors du règlement des conséquences. En effet, il n'appartient pas exclusivement au juge de fixer la prestation compensatoire au même titre que les autres conséquences du divorce. Le pouvoir des volontés des époux accordés dans le divorce par consentement mutuel permettant de créer leurs propres règles a été étendu aux s contentieux. Depuis 2004, les époux peuvent également dans le cadre d'une procédure contentieuse, lors du règlement des conséquences de leur divorce, déterminer le régime de la prestation compensatoire. Ils peuvent fixer le montant, la forme de la prestation soit un capital, une rente ou une prestation mixte ainsi que la cessation du paiement en fonction d'événement déterminé et que la rente soit attribuée pour une durée déterminée (article 278 du Code civil)<sup>263</sup>. La convention peut être modifiée par le biais d'une nouvelle convention soumise à homologation. Les conjoints peuvent également prévoir une clause de révision qui permet au juge de réviser la prestation compensatoire en cas de changement dans leurs ressources (alinéa 3 de l'article 279).

Les candidats au divorce disposent d'une grande liberté dans la prévision de leur prestation compensatoire, alors que l'octroi d'une prestation compensatoire est une mesure d'ordre public<sup>264</sup>. Pour autant, elle est régie par les époux et ceux-ci peuvent même y renoncer. En effet, l'article 1076-1 du N.C.P.C *a contrario* permet aux conjoints de renoncer à une prestation compensatoire, en s'abstenant de la demander, à condition que le juge ait invité les parties à s'expliquer. La liberté d'action des époux est considérable dans un domaine qui jusque là était strictement réservé à l'office du juge. La maîtrise des conséquences du divorce appartiennent en premier lieu aux époux et à défaut d'entente au juge. Malgré son contrôle, les époux sont libres de prévoir le règlement de leur divorce. Dès lors qu'ils sont libres d'agir, automatiquement leurs

---

<sup>263</sup> Article 279-1 du Code civil : « Lorsqu'en application de l'article 268, les époux soumettent à l'homologation du juge une convention relative à la prestation compensatoire, les dispositions des articles 278 et 279 sont applicables. »

<sup>264</sup> Cass., civ 2<sup>ème</sup>, 28 nov. 2006, « Un droit à une allocation suffisante après le divorce », note A. DEVERS, D., 2007, p.280. Le refus de la loi marocaine d'attribuer une allocation suite au divorce est contraire à l'ordre public alimentaire, la prestation compensatoire étant une exigence d'ordre public.

droits s'accroissent vers un droit, « le droit de régler son divorce ». Ce dernier pose les premières pierres pour l'édification d'un « droit au divorce ».

C. La prestation compensatoire un règlement par essence définitif des effets du divorce

L'article 270 réaffirme la volonté du législateur de concentrer les effets du divorce par une prestation compensatoire sous forme de capital. L'efficacité de la prestation compensatoire passe principalement par un versement forfaitaire et unique. A cet égard, la loi a tout mis en œuvre pour faciliter ce mode de paiement. L'article 274 prévoit différentes constitutions du capital, par le versement d'une somme d'argent ou par l'attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit. L'accord sera exigé en cas d'attribution de la propriété de biens dont le débiteur est devenu propriétaire par succession ou donation. Lorsque le débiteur ne peut verser une telle somme en une fois, le juge peut prévoir d'autres modalités de paiement dans la limite de huit années sous forme de versements périodiques. Lors de l'apparition de la prestation compensatoire, les caractères définitif et forfaitaire de la prestation compensatoire représentaient les deux éléments indispensables au bon fonctionnement de ce mode de règlement. Le Professeur Sériaux précise : « (...) Cette invariabilité repose sur l'idée maîtresse en vertu de laquelle, le divorce une fois prononcé, il ne saurait être question de perpétuer, autour du niveau commun de vie, des effets propres au mariage »<sup>265</sup>.

Afin de préserver les particularités de la prestation compensatoire, elle ne pouvait être révisée même en cas de changement imprévu dans les ressources et les besoins des parties sauf, si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité. L'interprétation restrictive de la notion de « conséquences d'une exceptionnelle gravité » ouvrant droit à la révision du montant ou de la rente fut critiquée. Les conditions de révision n'étant pas réunies, l'absence de révision pouvait avoir des conséquences intolérables. La loi du 30 juin 2000 a pallié ce problème. Le montant de la prestation compensatoire sous forme de capital est certes

---

<sup>265</sup> SERIAUX (A.), « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *R.T.D.C.*, 1997, n°169, p.64.

intangibles, cependant les modalités de paiement peuvent être révisées à la demande du débiteur en cas de changement notable. Dans ce cas, le juge peut à titre exceptionnel et par une décision spéciale et motivée, autoriser le versement du capital sur une durée totale supérieure à huit ans (ancien article 275-1 du Code civil). La loi de 2004 confirme cette possibilité de révision avec une nuance. La révision est désormais possible lorsqu'il y a un changement « important » non « notable » dans la situation du débiteur. Cette correction permet d'aligner le régime de révision de la prestation compensatoire sous forme de capital sur celui de la rente.

Quant à la prestation compensatoire sous forme de rente, elle est soumise à des conditions strictes reléguant cette dernière à une place subsidiaire. « A titre exceptionnel, le juge peut par une décision spécialement motivée, en raison de l'âge de ou l'état de santé du créancier ne lui permettant pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme d'une rente viagère. »<sup>266</sup>

En définitif, la rente ne peut être obtenue que si elle est plus juste pour le créancier. Les situations justifiant une rente sont extrêmement restreintes, affirmant ainsi la suprématie de la prestation compensatoire sous forme de capital. Dans le champ de la rente, une partie de capital a même été injectée (276 alinéa 2 du Code civil). En effet, lorsque les circonstances l'imposent la rente peut être minorée par une fraction de capital. Malgré la situation financière de l'époux débiteur ne permettant pas une prestation sous forme de rente, tout ce qui peut être réglé lors du prononcé du divorce est exploité. Le législateur de 2004 a également éradiqué les rentes temporaires qui sont sujettes à discussion et par conséquent, vecteur de conflit post divorce. Soit la prestation compensatoire se règle en une fois ou plusieurs fois dans une limite de huit ans, soit elle est versée tant que le créancier vit.

Le mode de révision est similaire à celui du capital. La rente peut être supprimée, suspendue ou modifiée sans que le montant soit supérieur à celui fixé par le juge initialement. Toutefois, en matière de rente, le législateur a prévu tout un arsenal permettant aux parties, à tout moment, de substituer, tout ou partie de la rente, en capital. L'évitement du contentieux est confirmé par la facilité de passage de la rente au

---

<sup>266</sup> Article 276 alinéa 1 du Code civil.

capital. En effet, lorsque c'est le débiteur qui le souhaite, sa demande n'est soumise à aucune condition (article 276-4 alinéa 1). La substitution est de droit. Le débiteur peut exiger une telle substitution sans que le juge ne s'y oppose. Quant au créancier, il peut également réclamer la substitution « s'il établit qu'une modification de la situation du débiteur permet cette substitution »<sup>267</sup> et que sa situation le permet notamment lors de la liquidation du régime matrimonial. Cette condition est justifiée par la décision antérieure qui avait jugé nécessaire de prévoir une prestation compensatoire sous forme de rente. En effet, le capital est largement favorisé mais il ne doit pas mettre en péril la situation financière du débiteur. A cet égard, si le juge refuse de substituer un capital à tout ou partie de la rente, il doit justifier cette décision. La motivation exigée en cas de refus de substitution est révélatrice d'une utilisation modérée de cette possibilité par le juge. Le contraste est flagrant entre les conditions exigées pour accorder une prestation sous forme de rente et l'absence de condition pour la transformer en capital. Les obligations légales ou l'absence d'obligation sont au service du dessein explicite de la loi : éluder tout rapport, sous entendu conflit potentiel entre les époux.

L'accessibilité au capital est également désormais l'unique voie lors du décès du débiteur. L'article 280 du Code civil énonce qu'« à la mort de l'époux débiteur, le paiement de la prestation compensatoire, quelle que soit sa forme, est prélevé sur la succession (...). Lorsqu'elle a été fixée sous forme de rente, il lui est substitué un capital immédiatement exigible. » Le paiement de la prestation compensatoire, quelle que soit sa forme, est prélevé sur la succession et le paiement sera supporté par tous les héritiers. Ils n'y sont donc plus tenus personnellement. La rente est automatiquement transformée en capital immédiatement exigible. Tout est fait pour liquider, au décès, un passé matrimonial qui perdurait. Si le maintien des relations entre époux est évité après le divorce, celui entre les héritiers du débiteur et le créancier est également à bannir, source lui aussi de tension. Néanmoins, il existe une exception au principe de transformation automatique en capital. Les héritiers ont la possibilité de maintenir la forme et les modalités de règlement de la prestation compensatoire et dans ce cas ils s'obligent personnellement. Cette exception est marquée par un certain formalisme. Les héritiers doivent faire constater leur accord par un acte notarié pour le maintien de la prestation compensatoire initiale (Article 280-1 du Code civil). Dès lors que les

---

<sup>267</sup> Article 276-4 alinéa 2 du Code civil.

personnes concernées ne suivent pas la voie tracée par la loi ; ils doivent se soumettre à une certaine prise de conscience qui s'éprouve par des conditions de forme. En définitive, le parcours du divorce est élaboré de manière à détourner les époux de tout ce qui est susceptible d'engendrer des tensions.

La fiscalité de la prestation compensatoire a suivi ce courant. Après des cours inégaux suivant la forme et l'origine des fonds, la loi fiscale favorise par le biais de la réduction d'impôt non seulement le paiement d'une prestation compensatoire sous la forme de capital et par le même procédé, elle incite au paiement rapide après que le jugement soit passé en force de chose jugée. Une réduction est également consentie en cas de substitution d'un capital à la rente, à tout ou partie de la rente. Les avantages fiscaux pour inciter au paiement en capital ainsi que l'encadrement du règlement financier du divorce dans un temps réduit après son prononcé œuvrent dans le sens de la pacification en évinçant tous litiges succédant au divorce. La neutralisation du régime de la prestation compensatoire se retrouve également dans les critères nécessaires à sa détermination.

#### D. L'octroi d'une prestation compensatoire fondé sur des éléments objectifs

Pour déterminer l'étendue de la prestation compensatoire, le juge doit tenir compte de la situation actuelle des deux époux et prévoir ce qui se passera dans un futur prévisible. L'article 271 énonce les différents critères dont doit tenir compte le juge. Au regard de ces différents critères posés par l'article 271 du Code civil, un critère doit retenir notre attention. Il faut pour évaluer la prestation compensatoire tenir compte des « conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ». Ce critère est révélateur d'une indépendance encore plus marquée de la prestation compensatoire avec le reste du procès. La prise en compte des arbitrages conjugaux lors de la fixation de la prestation compensatoire est une modification symbolique importante. En effet, l'idée de justice ne trouve plus appui dans l'attribution de la prestation compensatoire en fonction des comportements de chacun mais des projets communs nés pendant le mariage.

« Ce qui doit être compensé, en fin de compte, c'est davantage le fait, pour un époux, d'avoir sacrifié, ou tout au moins ralenti sa carrière, d'avoir renoncé à ses propres ambitions professionnelles, pour rester au foyer auprès de ses enfants, alors que son conjoint se consacrait à son travail et continuait à évoluer sur le plan social, ou encore le fait d'avoir collaboré sans la moindre rémunération à l'activité professionnelle de son conjoint, afin de lui permettre d'acquérir un statut social, dont il ne profitera plus. »<sup>268</sup>

Les décisions communes des époux retiennent dans la détermination de la prestation compensatoire. La prestation doit opérer « comme un recombement, un rééquilibrage objectif non pas entre deux patrimoines, mais entre deux programmes patrimoniaux d'existence »<sup>269</sup>. La considération de l'organisation de la vie antérieure à la demande de divorce est impérative pour garantir une certaine justice alors que l'imputation des torts n'est plus déterminante. La prestation compensatoire doit compenser une disparité fondée sur un constat objectif d'un déséquilibre actuel et/ou futur. L'attribution de la prestation compensatoire ne tourne plus au tour du moment de la demande en divorce et des circonstances de la demande mais du temps qui la précède et de celui qui va lui succéder. L'intervention du juge lors de la détermination de la disparité est dispensée de toutes considérations subjectives liées au divorce. Il doit au contraire s'astreindre à tenir compte uniquement du couple avant le procès et après le procès. Il doit jauger le vécu des époux et déceler l'influence des choix de vie en commun sur la disparité constatée. Il ne doit pas, cependant, garantir une parité financière qui aboutirait à maintenir une certaine dépendance économique entre les conjoints. Le but est de restreindre autant qu'il est possible les relations entre les ex conjoints. Madame Théry évoque à ce propos : « La prestation ne saurait viser à conserver un statut social comme un droit acquis par le mariage, mais fondamentalement à rétablir un équilibre rompu du fait des choix pris en commun par les époux durant leur vie commune ».<sup>270</sup> La prestation compensatoire ne doit pas se transformer en sanction et par conséquent elle ne doit pas être la prolongation du devoir de secours.

---

<sup>268</sup> DAVID (S.), « Prestation compensatoire », *A.J.F.*, mars 2007, p.109.

<sup>269</sup> CARBONNIER (J.), *Les personnes*, PUF, Paris, 21<sup>ème</sup> Ed., p.592.

<sup>270</sup> THERY (I.), *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui*, O. Jacob, Paris, 1998 p.131.

Le regard rétrospectif sur l'activité des époux durant le mariage est indispensable pour attribuer une prestation compensatoire juste et équitable. La difficulté pour les candidats au divorce réside parfois plus dans le fait que les années de vies communes sont balayées que dans la cause de rupture. L'influence des choix de vie faits en commun dans la détermination de la prestation compensatoire est mesurée respectueusement du vécu des époux. La prestation compensatoire est uniquement fondée sur des éléments objectifs et l'aspect subjectif relatif à l'attribution de la prestation est annihilé.

L'évolution du régime des conséquences patrimoniales, notamment l'indemnisation pécuniaire est révélatrice de la considération objective de la cause dans le divorce. Ce qui a indiscutablement changé c'est donc l'objet de l'indemnisation. En effet, sa raison d'être ne réside plus dans le prix de la liberté. Désormais la prestation compensatoire par souci d'équité s'appuie uniquement sur des critères relatifs à la vie maritale pour organiser la vie séparée et se détache de la question morale relative à la rupture.

L'attribution de l'autorité parentale repose elle aussi sur des critères totalement neutres.

## §2 : La dissociation de la cause et de l'attribution de l'autorité parentale

La scission s'est réalisée dans un premier temps grâce à l'affirmation du principe de l'exercice conjoint (A.), puis dans un second temps par la primauté donnée au consensus parental (B.) et notamment par l'admission de la résidence alternée (C.).

### A. L'affirmation du principe de l'exercice conjoint

Jusqu'en 1970, l'enfant reste soumis à la puissance paternelle dissociée de l'attribution de la garde à l'époux innocent. En prononçant le divorce ou la séparation de corps, la garde et l'éducation étaient attribuées à l'un des époux, le plus souvent la

mère tout en conservant au père l'exercice de la puissance paternelle. En effet, le divorce ou la séparation de corps laissent subsister cette fonction dont l'attribution ne se trouvait pas modifiée. Par conséquent, la puissance paternelle et la garde étaient disjointes. Ce principe reposait sur l'idée du chef de famille et, dès lors qu'il y avait dissolution, le couple parental disparaissait concomitamment à la cessation de vie commune. Seul le parent auprès duquel l'enfant vivait bénéficiait de l'exercice de l'autorité parentale. Néanmoins, était conféré au juge le pouvoir d'octroyer aux parents non mariés l'exercice de l'autorité parentale conjointe sans même exiger du couple qu'il remplisse la condition de cohabitation. L'exercice en commun n'était qu'une exception, qui supposait une procédure judiciaire. La modification essentielle a consisté dans un premier temps à remplacer la puissance paternelle par l'autorité parentale. L'idée de puissance s'effaça au profit du terme d'« autorité » à partir de 1975.

En 1975, est posé le principe fondamental selon lequel le divorce est sans effet sur la filiation : « le divorce laisse subsister les droits et devoirs des pères et mères à l'égard de leurs enfants... » (ancien article 286 du Code civil). La loi du 11 juillet 1975 parle d'autorité parentale. La prérogative n'appartenant plus exclusivement au père, elle était exercée de concert par les deux parents. La loi de 1975 fait de l'intérêt de l'enfant le critère applicable dans tous les cas de divorce à la répartition des droits et devoirs de chacun<sup>271</sup>. Le juge devait statuer dans tous les cas de divorce selon l'intérêt de l'enfant et attribuer la garde à l'un ou l'autre parent. Il devait opérer une répartition entraînant automatiquement démantèlement de l'autorité parentale en droit de garde, droit de surveillance et droit de visite et d'hébergement.

L'attribution de la garde de l'enfant étant exclusivement attribuée en fonction de l'intérêt de l'enfant, elle entraîna par conséquent un détachement en théorie de l'attribution des torts des époux dans le divorce. En effet, aucun parent qu'il soit irréprochable ou non dans sa vie conjugale ne peut se prévaloir de droits sur ses enfants. Or, la nécessité de soustraire les enfants à l'influence pernicieuse de l'époux coupable faisait de la garde l'apanage de l'époux innocent. L'intérêt de l'enfant était certes le critère déterminant pour l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale mais il était encore étroitement lié aux torts. Le sort des enfants était très imprégné des tumultes de

---

<sup>271</sup> Ancien article 287 : « L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt des parents. »

la vie sentimentale de leurs parents. Les causes de la rupture rejaillissaient sur leur condition de parent post divorce. La vie future de l'enfant dépendait donc des fautes de ses parents dans leur vie conjugale. L'époux « innocent » avait mérité d'avoir la garde des enfants alors que l'époux fautif devait être puni. Les fautes alléguées par un époux pour justifier une demande en divorce pouvaient entrer en ligne de compte dans le choix des titulaires de l'autorité parentale. Cela signifiait que l'intérêt de l'enfant se conjugait avec l'innocence du parent. « Une telle perspective, où l'intérêt de l'enfant et l'intérêt de l'époux innocent se confondaient en une seule entité, 'l'intérêt familial', indiquait que le divorce était perçu comme le moyen de maintenir la famille, par expulsion du coupable bouc émissaire. Dans cette perspective, qui faisait de la rupture légale une sorte de veuvage social, ce qu'on appelle le divorce-sanction était aussi bien un divorce préservation de l'entité familiale, sous l'autorité du parent qui n'avait pas failli à ses devoirs. »<sup>272</sup>

Le lien entre la responsabilité de l'époux dans le divorce et le sort de l'enfant n'était autre que la répercussion du principe d'indissolubilité du mariage dans l'organisation du divorce. En effet, le divorce étant seulement « toléré », celui qui était responsable du divorce du fait de sa demande ou de ses fautes ne méritait pas d'avoir la garde de son enfant. Le destin de l'enfant était subordonné à l'attitude des parents en tant que conjoint. La relation des torts et l'exercice de l'autorité parentale fut de moins en moins bien accueillie et ressenties comme inadaptée. Ce dernier ne pouvait servir de récompense, c'était nier la personne de l'enfant pour le considérer comme un objet ou un trophée. La conséquence de l'exclusivité de l'autorité parentale au parent gardien et les effets néfastes de la dévalorisation du parent non gardien ont conduit à briser tout lien entre le sort de l'enfant et les responsabilités des époux dans la cause de divorce. L'idée qu'on ne peut juger avec les mêmes critères l'attitude de deux personnes en tant qu'époux et en tant que parents s'imposa dans les esprits.

La réforme du divorce en 1975 a fait de l'intérêt de l'enfant le critère exclusif d'attribution de la garde des enfants mineurs. Peu à peu l'intérêt de l'enfant et ce, quelle que soit la procédure de divorce, s'est détaché de la notion d'attribution des torts. L'intérêt de l'enfant dans la désunion a été reconsidéré en fonction d'un conflit qui le

---

<sup>272</sup> THERY (I.), *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui*, 1998, O. Jacob, Paris, p.140 et 141.

dépassait et d'une rupture qu'il n'avait pas voulue. L'unique préoccupation résidait dans la protection de l'enfant et ce indifféremment des attitudes de ses parents. Comme le souligne Madame Théry, « c'est à la fois la fin du droit du modèle et de la conception profondément anticontractuelle du mariage qu'il (le législateur) a imposée depuis près de deux siècles, la fin de la punition sociale et l'affirmation qu'y compris en cas de divorce, seul le bien de l'enfant donne sens à l'autorité parentale. »<sup>273</sup>

La loi du 11 juillet 1975 ne reconnaissait pas une situation totalement égale aux parents et maintenait le principe de l'alternative parentale en cas de rupture. Le démantèlement des droits (visite, hébergement, surveillance) contribuait à favoriser un des parents celui qui en avait la garde au détriment de l'autre.

La loi du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale a instauré la possibilité pour le juge de décider du maintien de l'exercice de l'autorité parentale conjointe. Il pouvait opter pour une autorité parentale conjointe ou unilatérale. L'intervention du juge était donc nécessaire pour que les parents conservent l'exercice de l'autorité parentale. La loi de 1987 intégra dans l'organisation des modalités d'exercice de l'autorité parentale, la possibilité de l'exercer conjointement. La référence à la faute ne fondait plus le système d'attribution exclusive de l'autorité parentale. La dissociation entre les conséquences parentales et le rôle de l'époux dans le divorce a pris tout son sens. Toutefois, la décision d'un exercice commun ou individuel de l'autorité parentale appartenait au juge.

C'est avec la loi du 8 janvier 1993 que le maintien de l'exercice de l'autorité parentale en commun est posé comme principe dans le cadre du divorce. L'exercice en commun permet de garantir une égalité juridique entre le père et la mère. La loi pose directement le principe, c'est-à-dire que l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale aux deux parents résulte directement de la loi et non plus d'une décision du juge. Le juge ne peut intervenir pour déroger au principe qu'à la condition que soit établi un « intérêt contraire » de l'enfant. Le rôle du juge devient donc subsidiaire. En effet, il ne décide plus selon l'intérêt de l'enfant, mais uniquement si l'autorité parentale conjointe est contraire à l'intérêt de l'enfant. La loi de 1993 en posant le principe de l'exercice

---

<sup>273</sup> *Ibid*, p.139.

commun contribue à l'objectivation du divorce. Elle aligne sur le même plan, l'issue des différents cas de divorce.

La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale confirme le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et consacre le concept de coparentalité. Le couple parental survit au couple conjugal. L'article 372 du Code civil énonce que « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale » ; il n'est plus fait référence à la condition du mariage. La loi du 4 mars 2002 instaure un droit commun de l'exercice de l'autorité parentale, identique aux différentes situations conjugales que les parents soient mariés ou séparés. Les règles de l'autorité parentale en cas de séparation figurent, d'ailleurs au titre neuvième de l'autorité parentale au chapitre Ier. L'exercice en commun de l'autorité parentale est généralisé à toutes les situations. Le parent innocent n'a plus l'exclusivité du rôle parental. La cause du divorce et même le divorce n'ont plus d'incidence sur le rôle de parent. L'article 373-2 du Code civil ne peut être plus explicite : « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent (...) ».

La loi de 2002 permet de mettre sur un pied d'égalité les droits et devoirs de chacun des parents et ainsi d'assurer une continuité de la vie parentale avant et après le divorce. Le divorce est de ce fait neutralisé, car il ne crée plus d'effet sur l'organisation de la vie parentale et le rôle du juge s'en trouve diminué. La loi de 2002 a également favorisé la recherche d'un consensus parental dans le règlement du divorce empiétant sur le pouvoir décisionnaire du juge aux affaires familiales.

#### B. La primauté donnée au consensus parental

La conséquence essentielle de la loi du 4 mars 2002, réformant l'autorité parentale dans la procédure de divorce, est l'affirmation du principe d'autonomie d'en l'organisation de la vie des enfants par les parents divorçant. Rappelons que le divorce ne change rien aux droits et devoirs des parents, pas plus qu'aux règles de l'autorité parentale. Sous l'empire de la loi de 1993, il était uniquement possible dans le divorce sur requête conjointe aux époux d'organiser leur séparation en ce qui concerne les

enfants. L'ancien article 287 alinéa 3 permettait tout au plus aux parents candidats au divorce de présenter leurs observations sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Les parents n'avaient pas, dans la majorité des cas, la maîtrise du sort des enfants; le juge bénéficiait de la quasi-totalité de la compétence en la matière.

La loi de 2002 va prendre le contre-pied et a institué les parents responsables de l'organisation de leur vie future en occultant le type de divorce. La création d'un droit commun de l'exercice de l'autorité parentale et la dissociation entre les torts et le règlement des questions relatives à l'autorité parentale extrait pour partie du champ d'intervention du juge aux affaires familiales le sort des enfants.

Le règlement conventionnel de l'autorité parentale peut désormais intervenir dans toutes les procédures contentieuses. Une telle opportunité permet de rompre avec le régime antérieur, c'est-à-dire, un régime où les modes de règlement des questions parentales étaient liés aux cas de divorce. Les époux peuvent s'accorder en matière d'autorité parentale selon l'article 373-2-7 du Code civil : « Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement ».

La loi de 2002 a renforcé le processus d'accord en matière d'exercice d'autorité parentale. Elle a fait de la « convention homologuée (...) un mode général d'organisation des relations entre l'enfant et ses parents séparés, indépendamment de toute procédure tendant à dissoudre le mariage ou à régler les conséquences de la séparation de couple proprement dit. »<sup>274</sup> La loi de 2004 confirme le mode conventionnel de règlement du divorce et prévoit son application à toutes les conséquences du divorce. Les époux peuvent pendant l'instance soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce (article 268 du Code civil). Le mode conventionnel d'organisation des

---

<sup>274</sup> FULCHIRON (H.), « l'autorité parentale rénovée », *Defrénois*, 2002, art. 37580, p.971.

conséquences du divorce se pose comme un moyen efficace de sortir pacifiquement du mariage.

L'intervention du juge s'articule essentiellement autour de l'intérêt de l'enfant et selon le consentement parental mais plus directement sur l'attribution ou encore sur les modalités d'exercice. Le juge aux affaires familiales se contente d'homologuer les accords sur l'exercice de l'autorité et la contribution à l'entretien de l'enfant. Dans tous les cas, le principe d'exercice en commun n'est pas remis en cause, le juge n'a plus à statuer sur la question, sauf si l'intérêt de l'enfant le commande. Les accords des époux sont présumés être dans l'intérêt de l'enfant et le juge n'intervient que dans le cas contraire. Les articles 373-2 et 373-2-1 prévoient l'attribution d'un droit de visite et d'hébergement que dans le cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale. En d'autres termes, le juge peut déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale après le divorce s'il décide d'un exercice unilatéral et si l'intérêt de l'enfant le commande. Il peut également refuser d'homologuer la convention réglant le sort des enfants mais dans cette dernière situation il ne peut prévoir les modalités. Les époux disposent d'une compétence quasi exclusive en la matière. Le juge aux affaires familiales peut néanmoins s'efforcer de concilier les époux et proposer une mesure de médiation et avec leur accord désigner un médiateur familial pour y procéder. Sa proposition peut prendre, la forme d'une injonction, mais il ne peut se substituer aux parents lorsque ces derniers ont choisi la voie de l'accord (article 373-2-10). Il ne lui appartient pas de choisir, à la place des parents, comment s'exercera l'autorité parentale ou encore celui chez lequel les enfants auront leur résidence habituelle. L'association des articles 373-2-7 et 373-2-10 consacre la primauté donnée aux accords parentaux.

Il paraît opportun de favoriser les accords relatifs au sort des enfants, car les parents sont les plus à même pour décider ce qui convient le mieux à leurs enfants. La contractualisation du droit de la famille est un moyen de responsabiliser les parents dans leur rôle et de faire prévaloir la sauvegarde de l'intérêt de leur enfant sur leur propre intérêt et ainsi prendre du recul par rapport aux raisons qui ont conduit à la rupture. Le rôle des accords parentaux supplante le pouvoir décisionnaire du juge renforçant le concept de déconnexion des conséquences de la cause de divorce. Cette dissociation est également renforcée par le mode de résidence alternée.

### C. L'admission de la résidence alternée

L'affirmation du principe d'exercice en commun de l'autorité parentale en cas de séparation a élargi les modalités concrétisant cet exercice notamment par la « garde alternée ». S'agissant des modalités d'exercice de l'autorité parentale, la question centrale était celle de la détermination du lieu de résidence de l'enfant. Pendant longtemps, une partie de la doctrine ainsi que des spécialistes ont considéré la garde alternée comme contraire à l'intérêt de l'enfant. Le partage de la résidence entraînait l'instrumentalisation de l'enfant et l'assimilation à un objet à la merci des parents. Ce mode d'expression de la coparentalité fut longtemps considéré comme égoïste et allant à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. En effet, il ressortait de la garde alternée une instabilité contraire à l'équilibre de l'enfant. Pour être stable, l'enfant devait avoir une résidence unique. Dans deux arrêts du 21 mars 1983<sup>275</sup> la Cour de cassation déclara licite la garde conjointe et condamna la garde alternée.

Néanmoins, ce mode de garde s'est peu à peu introduit par le biais des conventions dans le divorce sur requête conjointe. Exceptionnellement, certaines conventions définitives prévoyaient la résidence de l'enfant chez la mère pendant telle période et chez le père pendant telle autre période. Le juge laissait aux parents le soin de s'entendre sur les modalités pratiques du sort des enfants. La recherche d'une plus grande égalité et d'une plus grande responsabilité entre les père et mère avaient conduit les tribunaux à imaginer de nouvelles formes de garde. « Avant la loi du 4 mars 2002, les tribunaux ne semblaient pas exclure d'emblée la résidence alternée. Ils l'organisaient « sous le déguisement d'un droit de visite et d'hébergement élargi. (...) qui conduisait à une répartition presque égalitaire des temps de présence de l'enfant auprès de chacun des parents. »<sup>276</sup>

Par conséquent, même si l'exigence de la résidence habituelle était respectée, elle était assortie d'un droit d'hébergement et de visite si large qu'on pouvait l'assimiler à une résidence alternée. Affirmer le principe d'autorité parentale conjointe d'un côté et d'un autre prévoir son démantèlement entre résidence habituelle et droit de visite et d'hébergement semblaient en totale contradiction. D'autant que la multiplication des

---

<sup>275</sup> Cass., Civ. 2<sup>e</sup>, 21 mars 1983, *Bull. civ.*, II, n°86, p.58.

<sup>276</sup> ESCHYLLE (J.-F.), GANZER (A.), *jurisclasseur droit de la famille*, fasc 280-2, p.15s.

séparations a conduit à s'interroger sur le rôle des parents séparés dans l'éducation et dans la prise en charge de l'enfant, tout particulièrement sur la place du père, tant il est vrai que, dans la plupart des cas de séparation, il revenait à la mère d'assumer la charge de l'enfant.

La loi du 4 mars 2002 a renforcé l'idée que l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents divorcés va de soi. La rupture du lien conjugal ne doit pas entraîner celle du lien parental. La coparentalité n'existe que si la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. La forme de la résidence alternée a été reconnue comme un moyen de préserver l'exercice en commun de l'autorité parental. L'article 373-2-9 alinéa 1 du Code civil prévoit « en application des deux articles précédents » que « la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. » La loi de 2002 a ainsi consacré, la résidence alternée, ouvrant aux parents et aux juges de nouvelles perspectives de nature à rendre effective la continuité des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. L'intérêt de l'enfant selon le principe légal de coparentalité ne s'oppose plus à la résidence alternée. Comme l'affirme Monsieur le Professeur Lemouland : « (...) la résidence alternée pourrait vite devenir un symbole, celui de l'exercice effectif d'une autorité parentale conjointe ».<sup>277</sup> Toutefois, la mise en oeuvre de ce mode d'exercice requiert la poursuite d'un minimum de collaboration entre les parents et ce indifféremment qu'ils soient mariés ou divorcés.

La résidence alternée est désormais conforme à l'intérêt de l'enfant, lorsqu'elle permet à celui-ci un équilibre de vie entre ses deux parents en fonction des disponibilités de chacun. La consécration de la résidence alternée donne de la résonance à la déconnexion des effets de la cause du divorce. Néanmoins, la solution de la résidence alternée ne constitue pas en elle-même une panacée susceptible de résoudre l'ensemble des problèmes soulevés par la séparation du couple parental. Elle suppose la réunion d'un certain nombre d'éléments, notamment la proximité des résidences permettant à l'enfant de bénéficier d'une scolarité et d'un réseau social unique. Elle nécessite également l'existence d'un consentement minimum entre les parents et le maintien d'une communication réelle entre eux. Elle requiert une réelle disponibilité des

---

<sup>277</sup> LEMOULAND (J.-J.), « La résidence alternée, dix huit mois plus tard », *R.J.P.F.*, 2003, n° 9, p.6.

père et mère. Elle ne doit pas devenir un facteur de trop grande complication pour l'enfant au quotidien. L'intérêt de l'alternance est évident pour autant il ne faut pas occulter les contraintes, c'est pour cela que la loi la prévoit comme une possibilité. Généralement, elle est refusée lorsque le juge aux affaires familiales pressent un désaccord des parents et des difficultés de mise en œuvre entraînant un risque d'insécurité ou d'instabilité pour l'enfant.

Toutefois, même en cas de désaccord des parents le système de la résidence alternée n'est pas verrouillé. En effet, selon l'article 373-2-9 alinéa 2 le juge peut ordonner une résidence en alternance à titre provisoire en cas de désaccord des époux ou lorsque la demande émane d'un seul parent. La résidence alternée comme moyen de mise en œuvre de la coparentalité est affirmée même en cas de résistance d'un parent. La continuité du maintien des liens de l'enfant avec les parents outrepassé toute idée de conflit ou de séparation. A l'issue de cette mesure, tirant les enseignements de cette « résidence alternée à l'essai », le juge statuera définitivement sur la résidence double ou unique de l'enfant. Le maintien des relations similaires à celles précédant le divorce est souhaitable pour l'enfant. L'exercice en commune et la résidence alternée sont donc les résultantes d'une négation dans la mesure du possible des effets du divorce sur la vie de l'enfant. En effet, c'est uniquement lorsque l'un des parents revendique l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, qu'il appartient de démontrer qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il en soit ainsi. La charge de la preuve pour obtenir l'exercice unilatéral de l'autorité parentale repose sur celui qui le réclame. L'absence d'incidence du divorce laisse présumer que l'intérêt de l'enfant réside dans la situation préexistante et n'a pas à être remise en question. Ce sont uniquement les modalités matérielles qui sont décidées pendant le procès du divorce. C'est-à-dire que l'exercice commun est organisé selon la volonté des parents ou selon un mode le plus égalitaire possible.

La déconnexion accentue l'objectivation de la cause de divorce. Elle conforte l'idée d'un divorce neutre dans sa cause et dans ses effets, car non seulement la cause de la rupture n'est pas prise en compte, mais d'une manière générale c'est la rupture qui n'entre pas en ligne de compte lors de la détermination du sort des enfants.

\*\*\*L'objectivation du droit du divorce repose essentiellement sur la cause de divorce et a influencé l'ensemble du droit au divorce. Non seulement l'échec conjugal devient la cause majeure des différents divorces, mais l'ensemble architectural s'est construit en fonction de cette considération. En effet, la procédure de divorce est une procédure limitative de tension. L'évocation des dissensions est contenue par le juge et par des règles légales qui rythment le procès du divorce. Les techniques procédurales du divorce sont donc singulières, propres à la matière et permettent de répondre à l'objectif de neutralité. L'objectivation est une dérive de la libération car elle accentue la capacité des époux à maîtriser leur rupture selon une réalité implacable d'échec ou de faillite de l'union. L'objectivation n'est d'ailleurs pas un phénomène réservé au droit au français et s'étend à quelques nuances près à l'ensemble des Etats européens. En effet, les différentes législations prévoient soit comme l'unique divorce soit parmi d'autres cas de divorces, le divorce objectif qui est devenu indispensable dans une politique familiale moderne.

L'efficacité d'un divorce objectif se réalise seulement s'il n'y a pas de répercussion au moment du prononcé du divorce, notamment lors de la détermination des conséquences. A cet égard la loi de 2004 coupe définitivement avec le concept de divorce sanction pour consacrer un principe de neutralité en matière de conséquences patrimoniales, personnelles ou parentales. Le procès du divorce ne sanctionne plus réellement.