

## L'ABSTRACTION DE LA SUBJECTIVITE DANS LA PROCEDURE DE DIVORCE EN FRANCE

La procédure civile se définit comme la « forme suivant laquelle on doit intenter les demandes en justice civile, y défendre, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les faire exécuter. Le droit du procès n'est autre que le droit de la procédure, et étudier le procès revient à étudier les modalités de son déroulement, « autrement dit les techniques procédurales »<sup>185</sup>. Le premier chapitre du titre premier du code de procédure civile est consacré aux principes directeurs du procès. Ces différents principes sont communs aux différentes procédures civiles et sont les garants d'une justice équilibrée. Certains de ces principes se recoupent avec le droit commun des procédures (civile, pénale, administrative) dessiné sous l'amplitude de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des différentes sources internationales. Ce droit commun du procès est appelé « droit processuel », il constitue un véritable bloc de droits fondamentaux procéduraux<sup>186</sup>.

Pour autant, la procédure de divorce apparaît comme une procédure singulière, avec ses propres règles. En effet, pour concrétiser l'impératif de pacification, la procédure de divorce a dû opérer certains aménagements des règles procédurales traditionnelles de la procédure civile ou encore du droit processuel. La procédure de divorce n'est pas uniquement destinée à la fonction originelle de la procédure, c'est-à-dire trancher un litige. La procédure de divorce doit également limiter le conflit. Pour réaliser l'objectif de pacification, les règles procédurales s'appliquent à extirper pendant le déroulement du divorce tout ce qui relève du domaine du subjectif (facteur de contentieux). Cette extraction est garantie par l'exclusivité de l'office du juge aux affaires familiales (§1) et grâce à des mesures procédurales propres au divorce limitatives de dissension (§2).

---

<sup>185</sup> DOUCHY-LOUDOT (M.), *Procédure civile*, Paris, Gualino, 3<sup>ème</sup> Ed., 2008, p.16

<sup>186</sup> *Ibid.*, p.43 l'auteur précise qu'il faut parler d'« une modélisation du procès » opéré par le « contrôle du respect des droits fondamentaux de la procédure par les législations nationales passant par l'amplitude donnée à la notion de procès équitable (...) »

## §1 : L'objectivité assurée par l'exclusivité de l'office du juge aux affaires familiales

L'unicité du juge aux affaires familiales est indispensable pour tempérer la procédure (A.). Mais le cumul des fonctions défie le principe d'impartialité (B.), d'autant que son office est réalisé à huis clos (C.).

### A. Une procédure tempérée par l'unicité du juge aux affaires familiales

Cette exclusion du conflit se concrétise par un confinement du procès avec pour unique interlocuteur un juge : le juge du divorce. L'intimité du procès influe sur les conditions du déroulement du procès du divorce. En effet, la proximité permet d'assurer un contexte favorable à l'apaisement. Le professeur Carbonnier précise que la procédure civile est « comme une procédure d'apaisement entre gens civils ». <sup>187</sup> Cette affirmation prend tout son sens dans le procès du divorce. La procédure de divorce est régie de manière à évincer tout ce qui relève du domaine du personnel, pour laisser place au consensus, à l'intérêt collectif entendu des deux époux.

Le principe de la collégialité provient de l'époque révolutionnaire. L'arbitraire ne pouvait être combattu que par l'œuvre de plusieurs juges, permettant de garantir une bonne justice. La collégialité suscite des débats entre les membres de la juridiction, un échange de points de vue et d'opinions, évitant une décision prise par un juge isolé soumis uniquement à ses certitudes et son jugement. La collégialité est une garantie des droits de la défense, elle diminue le risque de partialité du juge, corrige les préjugés et permet une décision plus réfléchie et plus aboutie. Le principe de collégialité est un principe inhérent à la procédure civile. Cependant, la collégialité n'est garantie par aucun texte, ni par le Conseil constitutionnel, ni par le Conseil d'Etat. En effet, le 23 juillet 1975 <sup>188</sup> le Conseil constitutionnel a considéré que la collégialité n'était pas un principe d'organisation juridictionnelle ayant valeur constitutionnelle. Il confirma sa

---

<sup>187</sup> CARBONNIER (J.), « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », *Documentation française*, 1998, p.17.

<sup>188</sup> DC, 23 fév. 1975, *RJC*, I, 32 ; *JCP*, 1975, II, 18200, note FRANCK (C.) ; *AJDA*, 1976, 44, note RIVERO (J.) ; *D.*, 1997, 629, note HAMON (L.), LEVASSEUR (G.) ; *RDPubl.*, 1975, 1313, note FAVOREU (L.), PHILIP (L.).

position dans une décision du 2 février 1995<sup>189</sup> dès lors que l'institution du juge unique dépend du législateur et non des juges eux-mêmes afin de respecter le principe d'égalité entre les citoyens.

Ce principe est remis en cause par la généralisation de l'intervention du juge unique. Les raisons de la généralisation du juge unique sont pour partie utilitaires. Elles répondent à l'augmentation de la masse contentieuse, mais elles découlent également d'un nouveau mode de justice, une justice de proximité. « Il (le justiciable) souhaite connaître son juge pour lui exposer ses misères et ses soucis. Or, la recherche de *dialogue direct*, qui est un signe des temps et sur lequel il y aurait beaucoup à dire, ne se conçoit guère dans un cadre collégial, abstrait et impersonnel, qui, par sa solennité, fait obstacle à une véritable confrontation. »<sup>190</sup> En effet, le juge unique correspond à une attente nouvelle des justiciables, une justice plus personnalisée, plus accessible.

La matière du divorce apparaît donc comme un terrain propice au juge unique. Le domaine du divorce appartient à l'intime, au vécu. La collégialité peut être facteur d'intimidation, d'absence de confiance. En effet, le procès du divorce n'est pas un procès traditionnel. Il ne s'agit pas de déterminer le coupable, mais au contraire d'amener les parties à s'entendre. En effet, le cheminement procédural du divorce est bâti selon une volonté qui est d'éliminer le conflit pour laisser toute la place au consensus. La procédure de divorce ne rend plus justice, elle favorise une justice négociée.

L'intégration du juge unique dans le procès a été accompagnée d'une modification de la mission du juge. La proximité entre le justiciable et le juge a bouleversé le déroulement de la justice. « De nos jours, la tâche du juge ne consiste pas seulement à dire le droit de façon solennelle pour trancher un litige avec autorité de chose jugée. De plus en plus fréquemment, son autorité est sollicitée pour exercer une activité tutélaire (...). Toutes ces missions, qui font du juge un administrateur dont les interventions supposent une certaine continuité, beaucoup plus qu'un révélateur du droit dont l'oracle se fixe en un instant, ne peuvent guère être remplies par une juridiction

---

<sup>189</sup> DC, 2 fév. 1995, *RJC*, I, 634 ; *RFD const.*, 1995-22, 405, obs. RENOUX (Th.) ; *D.*, 1999, somm. com., 130, obs. RENOUX (Th.).

<sup>190</sup> PERROT (R.), « le juge unique en droit français », *R.I.D.C.*, 1977, p.668.

collégiale. Son rôle ne consiste plus à intervenir uniquement à un moment donné qui est le procès et la prise de décision finale. Au contraire, il est présent à toutes les étapes de la procédure, il guide les époux dans le sens où il montre le chemin, son intervention n'est plus péremptoire. » Comme a pu l'écrire M. le Doyen Jean Vincent, le juge moderne n'est plus seulement le 'juge de l'éphémère' ; dans bien des cas, il devient aussi le 'juge de la durée' ». <sup>191</sup>

Cette considération renvoie au modèle du juge « Hermès » : le juge réseau. Il occupe l'entre deux des choses, son pôle comprend une multitude de points en interrelation entraînant une diversification des rôles. « Hermès est le médiateur universel, le grand communicateur. Il ne connaît d'autre loi que la circulation des discours, dont il arbitre les jeux toujours recommencés. <sup>192</sup> L'unicité du juge (Hermès), permet d'être plus adaptatif, plus comparatif et moins déductif ou inductif <sup>193</sup>. Il n'intervient plus pour trancher un conflit mais comme le guide virtuel des époux dans le traitement du divorce. C'est le maître du jeu, selon la célèbre formule l'homme orchestre. Certes, le divorce est construit davantage par les époux mais sous la houlette du juge.

A l'instar du juge Hermès, le juge du divorce s'adapte aux nécessités de pondération inhérentes à la matière. Il va façonner le divorce grâce au dialogue et favoriser la réalisation du divorce dans l'intérêt commun des époux en extirpant de la procédure les intérêts purement privés. Le juge joue donc un rôle prépondérant dans le déroulement de la procédure. L'objectivation du divorce est réalisée grâce à une considération supérieure de l'intérêt commun du couple ou de l'intérêt de la famille, dépassant la référence exclusive à l'intérêt individuel. Ainsi l'unicité du juge permet de garantir un meilleur suivi de l'affaire et par conséquent d'aboutir à une justice plus efficace, et davantage consensuelle.

---

<sup>191</sup> *Ibid.*, p.664.

<sup>192</sup> OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *In* Force du Droit, P. BOURETZ (dir.), pp.241-272. Monsieur Ost décrit les trois figures du juge, le premier modèle est le juge Jupiter. Le modèle de la pyramide. Il s'exprime par l'impératif et privilégie l'interdit, le droit jupitérien est marqué par le sacré et la transcendance. Le second est le modèle herculéen, en forme d'entonnoir, il repose sur la jurisprudence, seule la décision fait autorité et non la loi.

<sup>193</sup> *Ibid.*, ce serait le juge « Jupiter » qui représente le modèle de la pyramide ou du code.

L'article L.213-3 du COJ prévoit que « dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats sont délégués dans les fonctions du juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales connaît : 1° Du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, sous réserve des compétences attribuées au tribunal de grande instance ; 2° Des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage et de l'obligation d'entretien, à l'exercice de l'autorité parentale (...) »

L'intégration du juge unique en matière de divorce est révélatrice d'un bouleversement idéologique. En effet, dans un premier temps, la loi du 10 juillet 1970<sup>194</sup> avait exclu de la compétence du juge unique tout ce qui touchait l'état des personnes. La décision de rompre le lien conjugal ne pouvait appartenir à une seule personne, l'importance d'une telle décision devait faire l'objet de considération de plusieurs magistrats. Il fallait respecter un formalisme plus lourd lorsque la question du mariage était remise en cause. La décision d'anéantir le mariage ne devait être prise qu'exceptionnellement. Dans un second temps, la loi du 11 juillet 1975 a intégré le juge unique seulement dans le cas d'un divorce par consentement mutuel. Le divorce d'accord, en l'absence de conflit ne nécessitait plus la collégialité. La loi du 8 janvier 1993 généralise l'unicité du juge dans le droit de la famille, notamment dans le divorce. Elle a cependant, maintenu la possibilité pour le juge aux affaires familiales de renvoyer devant la formation collégiale, l'affaire en l'état. Ce renvoi est de droit selon la demande d'une partie (article 228 Code civil). Cette généralisation est le signe d'une certaine « banalisation du divorce ». Le divorce est désormais considéré comme un évènement courant de la vie.

L'instauration d'un interlocuteur unique renforce l'idée que le divorce est une affaire privée qui concerne principalement les époux, évitant ainsi la comédie judiciaire autrefois pratiquée ou encore l'étalement des affaires comme si le divorce était un drame social. Le divorce est un évènement neutre et va dans le sens d'un hypothétique droit au divorce. Toutefois, l'omniprésence du juge du divorce peut de prime abord susciter quelques doutes sur son impartialité.

---

<sup>194</sup> Loi n°70-614 modifiant l'ordonnance relative à l'organisation judiciaire.

## B. Une procédure tempérée par le cumul des fonctions défiant l'impartialité

L'impartialité du juge dans le Code de procédure civile, découle des dispositions relatives, à l'abstention, la récusation et au renvoi.<sup>195</sup> La Convention européenne des droits de l'homme prévoit dans son article 6§1, le principe d'impartialité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a renforcé cette obligation. En effet dans une décision, la Cour a affirmé qu' « une interprétation restrictive de l'article 6§1, notamment quand au respect du principe fondamental de l'impartialité des tribunaux, ne serait pas conforme à l'objet ni au but de cette disposition si l'on songe à la place primordiale que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique. »<sup>196</sup> Elle est également prévue à l'article 14§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Conseil constitutionnel dans une décision du 20 février 2003<sup>197</sup> reconnaît une valeur constitutionnelle au principe d'impartialité sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

La Cour européenne a adopté deux conceptions de l'impartialité : l'impartialité objective et l'impartialité subjective. L'arrêt Piersack C. Belgique du 1 octobre 1982 énonce que « si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé... elle peut s'apprécier de divers manières. On peut distinguer...entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ». <sup>198</sup> Cependant cette division qui était essentiellement fondée sur l'apparence, a entraîné une difficulté d'application notamment quant aux éléments de preuves à rapporter. Avec l'arrêt Morel contre France, la Cour va préférer des critères moins abstraits. « Le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte c'est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès (...). Et la réponse à ces questions varie suivant les circonstances de chaque cause (...). La connaissance approfondie du dossier

---

<sup>195</sup> Titre Xème du livre Ier, L'abstention, la récusation et le renvoi, articles 339s du C.P.C.

<sup>196</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> mars 1990, *J.D.I.*, 1991, p.773.

<sup>197</sup> Déc. 2003-466 DC, 20 février 2003, Juges de proximité; *LPA*, 13 mars 2003, p.7, note SCHOETTL(J.E.).

<sup>198</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> octobre 1982, Piersack c. Belgique, série A, n°53, §30.

par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. »<sup>199</sup>

La Cour européenne a modifié sa terminologie. Elle emploie la notion d'impartialité personnelle c'est-à-dire que le juge ne doit pas tenir compte de ses convictions personnelles. Ainsi que, la notion d'impartialité fonctionnelle, qui est liée à l'exercice des fonctions du juge, c'est-à-dire n'importe quel juge placé dans la même situation susciterait des doutes sur son impartialité. La Cour de cassation s'est alignée sur la jurisprudence de la Cour européenne. La question de la partialité se pose lorsque les fonctions du juge l'ont amené à connaître l'affaire au fond en une autre qualité. L'exigence d'impartialité doit s'apprécier objectivement et doit être cassé pour violation de l'article 6 l'arrêt rendu pas la cour d'appel composée notamment de deux magistrats qui à l'occasion d'un autre procès auquel un plaideur n'avait pas été partie et n'avait pas été entendu, avaient déjà porté une appréciation sur les faits de l'affaire<sup>200</sup>. Autrement dit, l'impartialité est caractérisée, lorsque le juge a déjà porté une appréciation sur les faits de l'affaire qu'il a à juger ou lorsque le magistrat a déjà connu les parties ou lorsqu'il a déjà jugé l'affaire en première instance. En effet, dans un arrêt de principe du 6 novembre 1998<sup>201</sup>, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que le juge des référés qui avait statué sur une demande de provision sur une obligation non sérieusement contestable ne pouvait, ensuite, statuer sur le fond au nom du principe d'impartialité. En revanche, dans une décision de la même date la Cour n'a pas retenu une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement lorsque le même magistrat statue sur le fond dans une affaire dans laquelle il a préalablement pris des mesures conservatoires.

Cette différence d'interprétation se justifie par la particularité du référé provision. Il est dominé par l'urgence et suppose une vérification approfondie assimilable à un jugement au fond. En effet, le juge a tranché un point de fond, celui de caractère non sérieusement contestable de l'obligation en cause. Il a donc préjugé de la

---

<sup>199</sup> CEDH Morel c. France, 6 juin 2000, *Bull. Inf.* ; *RTDC*, 2000, 934, obs. MARGUENAUD(Ch.) ; *D.*, 2001, Chron., GOYET (Ch.), p.328, obs. FRICERO, NIBOYET ; *JCP*, 2001, I, 291, n°24, obs. SUDRE ; *JDI*, 2001, 183, obs. SIBOUT (I.) ; *RD Publ.*, 2001-3, 669, obs. SOLER (S.).

<sup>200</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 1989 ; *Bull. civ. I*, n°198.

<sup>201</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), Cass., L'impartialité du juge, *Dalloz*, 1999, Chron., pp.53-57 ; *D.* 1999, p1, Concl., BURGELIN ; *JCP*, 1998, II, 10198, Rapp. SARGOS ; *RTDC*, 1999, p183, obs. NORMAND (J.), p193, PERROT (R.).

qualité de celle-ci, en ordonnant la provision. Mme Frison-Roche, précise que jusqu'à cet arrêt, la Cour de cassation s'en tenait à une appréciation institutionnelle de l'impartialité, c'est-à-dire des fonctions assumées par le magistrat de poursuite, d'instruction et de jugement. Elle précise que « c'était négliger qu'il peut arriver que le juge soit contraint de prendre position sur le fond du litige même pour n'édicter qu'une mesure provisoire, même pour opérer un simple acte d'instruction. »<sup>202</sup>

Le cas du juge du divorce conduit à s'interroger sur le respect du principe d'impartialité lorsqu'il multiplie les interventions. En effet, le juge aux affaires familiales est le juge conciliateur (article 1071 C.P.C.), le juge de la mise en état et le juge des référés (article 1073) et il décide des mesures provisoires avant de statuer au fond (articles 254 et 257 du Code civil). Le doute peut notamment s'installer lorsque le juge exerce successivement la fonction de juge conciliateur et de juge du divorce.

Certes, la mission de conciliation est une mission générale du juge (article 21 C.P.C.). Néanmoins, le juge aux affaires familiales est investi d'une mission particulière de conciliation. Ceci est mis en évidence, par le rappel de sa mission dans l'article 1071 du C.P.C. situé au Chapitre V « la procédure familiale », du Livre IIIème « dispositions particulières à certaines matières ». Cette reprise révèle le caractère obligatoire et primordial de l'intervention du juge lors de la phase de conciliation. Lors de la tentative, le juge amène les époux à s'entendre sur la prise de décision des mesures provisoires ou en cas de désaccord, il détermine lui-même ces mesures. Puis, il reviendra lors du jugement pour déterminer les mesures définitives.

L'audience de conciliation s'apparente en quelque sorte à l'audience définitive puisqu' on y retrouve les mêmes éléments à déterminer. Au titre de mesures provisoires, il statue sur les modalités de résidence, il attribue à l'un des époux la jouissance du logement, il fixe la pension alimentaire... (Article 255 du Code civil). L'article 256 confirme ces propos car les mesures provisoires concernant les enfants sont réglées par les dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale du Chapitre Ier du titre IX. Lorsque le juge statue sur les conséquences définitives du divorce, il statue sur les mêmes questions, notamment en matière d'exercice de l'autorité parentale, l'article 286

---

<sup>202</sup> *Ibid.*, p.56.

renvoie aux mêmes dispositions que celles énoncées pour les mesures provisoires. Il prévoit les modalités d'attribution du logement (article 285-1).

Dès lors, il semble impossible de nier qu'il n'a pas déjà « porté une appréciation des faits sur l'affaire qu'il a à juger », et le souci de ne pas désavouer les conséquences de ses propres mesures fait planer un doute sur son impartialité. Le simple cumul de fonctions ne constitue pas, en soi, un facteur suffisant de partialité, sauf « lorsque l'écart entre la question à trancher dans la première procédure et le problème à résoudre dans la seconde est infime »<sup>203</sup>. Ce qui semble être le cas pour le juge du divorce. Un préjugement est à craindre, car si les mesures provisoires sont prévues pour un temps déterminé, ne vont-elles pas se transformer en mesures permanentes lors du jugement ? L'impartialité du juge est remise en question par la double appréciation des mêmes faits, des mêmes parties et des mêmes litiges.

Cet état de fait est encore plus prégnant, lorsque le juge prend des mesures d'urgence. Il peut, pour la garantie des droits d'un époux, ordonner toutes mesures conservatoires (article 257 du Code civil). Dans ce dernier cas, il intervient dans une situation d'urgence, il peut prendre des décisions graves telles que l'éviction du conjoint du domicile conjugal. Une telle décision nécessite une appréciation précise de la situation conjugale et constitue une appréciation déjà acquise lors de la phase de jugement. Le lien entre la décision d'une telle mesure (d'urgence) et l'appréhension de la cause de divorce se crée inévitablement. L'évocation des éléments nécessaires pour déterminer la mesure provisoire est privée de pertinence lorsqu'ils sont de nouveau évoqués devant le juge lors du procès. Toutefois, selon la décision précédemment évoquée (du 6 novembre 1998), la Cour de Cassation ne reconnaît pas d'atteinte au principe d'impartialité.

Néanmoins comme le soulève le Professeur Guinchard<sup>204</sup>, il y a bien un risque d'identité de questions traitées par le même juge unique et l'identité de question est déterminante pour apprécier la partialité. Il évoque le risque de non-conventionalité du droit français pour cause de partialité, à moins de justifier le cumul de fonction comme

---

<sup>203</sup> ZEROUKI (D.), « Impartialité et exercice successif des fonctions, le cas du juge du divorce », *Droit de la famille*, nov. 2002, Chron. 26., p10.

<sup>204</sup> GUINCHARD (S.), LAGARDE (X.), (...), *Droit processuel Droit commun du procès et droit comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, 2007, p.746.

dans la jurisprudence *Nortier c. Pays-bas*<sup>205</sup> par l'intérêt des enfants et des époux. La notion standard de l'intérêt de l'enfant et du couple justifierait le cumul des fonctions du juge aux affaires familiales. En d'autres termes, c'est la nature intime de l'affaire qui justifie d'apporter un tempérament au principe d'impartialité (car l'intérêt de l'enfant ne peut pas tout résoudre notamment tous les couples souhaitant divorcés ne sont pas tous parents). Le divorce est alors un procès intime s'avoisinant à une justice privée. Ou serait-ce une preuve que le divorce est un droit acquis, et que la procédure n'intervient que pour formaliser la demande, n'exigeant pas dès lors un strict respect des règles processuelles ?

### C. Un office réalisé à huis clos

La publicité des débats signifie que le public doit être admis à l'audience pendant les débats et que le jugement doit être prononcé en audience publique. L'article 22 du C.P.C. dispose que « les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige qu'ils aient lieu en chambre du conseil. » Le Conseil d'Etat a reconnu que « la publicité des débats est un principe général du droit, (...), il n'appartient dès lors qu'au législateur d'en déterminer, d'en étendre ou d'en restreindre les limites ». <sup>206</sup>

L'article 6§1 de la Convention européenne prévoit également le principe de publicité des débats : « ...Le jugement doit être entendu publiquement, mais l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties l'exigent et dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans ses circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. » La publicité des débats a pour effet d'instaurer une confiance du justiciable en la justice. Une justice secrète suscite toujours des doutes. « Le danger d'arbitraire apparaît avec une netteté singulière là où un pouvoir

---

<sup>205</sup> CEDH, 24 août 1993, *Nortier c/ Pays-Bas*, série A, n°267 ; *D.*, 1995, somm. com., 105, obs. RENUCCI (J.F).

<sup>206</sup> CE, 4 oct. 1974, *Dame David*, Rec, p.470, Concl. Gentot.

d'appréciation s'exerce en secret ». <sup>207</sup> La transparence des débats semble répondre aux suspicions. Un débat ouvert au public ne peut avoir de déviance.

A cet égard, La Cour européenne des droits de l'homme énonce : « La publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6§1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et les tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6§1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention » <sup>208</sup>. Le principe de publicité est donc gage d'une justice exercée dans une société démocratique, pour autant le droit français y oppose un certain nombre d'exceptions. La loi du 5 juillet 1972 instituant le juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile <sup>209</sup> dans son article 11-1 énonce deux limites. La première légale : « les débats sont publics. Ils ont toutefois lieu en chambre du conseil dans la matière gracieuse ainsi que dans celles relatives à l'état et à la capacité des personnes qui sont déterminés par décret. » La seconde limite est judiciaire, le juge peut décider « que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordre de nature à troubler la sérénité de la justice. »

Dans un premier temps, le principe de publicité notamment dans le droit de la famille a été considéré comme un progrès dans le règlement des conflits familiaux, qui était jusque là, sous la tutelle de l'autorité arbitraire des pères de famille et ne permettait aucune autre influence que celle du père. La loi du 16 et 24 août 1790 avait instauré un tribunal de famille comme lieu de parole, ouvert au public. Cependant, le tribunal de famille a eu un succès limité en raison de son organisation mais également de son ouverture au public. L'auteur parle d' « une mise au secret régénératrice qu'il s'agirait d'opérer pour qu'au sein de chacune des cellules familiales disparaissent les vices qui les déréglaient et que puisse s'épanouir une nouvelle famille, une famille restructurée, revigorée qui soit le creuset de la révolution et le ciment de la société

---

<sup>207</sup> CEDH arrêt Valenzuela contreras c. Espagne, 30 juillet 1998.

<sup>208</sup> CEDH arrêt Helmers c. Suisse, 29 octobre 1991.

<sup>209</sup> Loi n°72-626, loi du 5 juillet 1972, instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile.

nouvelle.»<sup>210</sup> Le principe de publicité qui était au départ une innovation dans la procédure familiale, au fil du temps s'est transformé en lacune.

Aux termes de la loi du 2 avril 1886, la demande en divorce et en séparation de corps était soumise à la publicité des débats, le tribunal avait la faculté de prononcer le huis clos. La loi du 2 avril 1941 a consacré une règle plus protectrice du respect de la vie privée et a prévu la règle de non-publicité des débats sur la cause du divorce. La loi du 11 juillet 1975 a étendu cette règle aux conséquences du divorce et aux mesures provisoires. Le principe général de publicité dans la procédure civile ne trouve pas à s'appliquer dans le domaine du divorce. La procédure de divorce est une procédure à part qui exige une certaine discrétion. Les détails de la vie privée des époux qui ressortent inévitablement lors des débats n'appartiennent qu'aux époux et ne concernent pas le public. Le procès du divorce est le procès des époux. La publicité des débats en matière de divorce n'a que peu d'intérêts. Elle peut même avoir l'inconvénient de divulguer des éléments importants de la vie privée.

La non publicité des débats est, notamment nécessaire au bon déroulement de la procédure de divorce, facteur d'apaisement. L'ouverture au public a un impact sur le déroulement du procès. Les sujets ayant une grande maîtrise de leur droit en matière de divorce, le règlement de leur divorce à l'abri de tout regard est essentiel au bon fonctionnement du procès. En effet, leur liberté d'action est davantage garantie s'ils ne sont pas soumis au regard extérieur du public. La procédure de divorce ne concerne que le juge, les époux et les avocats. L'évocation des motifs du divorce, des éléments de la vie intime, les faits, représentent la part de subjectivité inhérente au divorce et ne nécessite pas de regard de la société.

Seul le dispositif est lu publiquement (article 1074 du C.P.C.). Depuis le décret du 20 août 2004 modifiant la procédure civile, il est même possible d'aviser les parties « à l'issue du débat, que le jugement sera prononcé par sa mise à disposition au greffe de la juridiction ». <sup>211</sup> La Cour de cassation dans un arrêt du 25 avril 2006 confirme que le principe de publicité est respecté même lorsque les débats ont eu lieu en chambre du

---

<sup>210</sup>FORTUNET (F.), « Le tribunal de famille : secrets de famille, famille au secret », *In Secret et justice le secret entre éthique et technique ?*, Lille, L'espace juridique, 1998, pp.181-182.

<sup>211</sup> Article 450 alinéa 2 du C.P.C.

conseil par un simple dépôt au greffe permettant à chacun d'avoir accès à la décision, à l'instar d'une lecture en audience publique. Non seulement l'audience se déroule en chambre du conseil mais même la solution n'est plus nécessairement lue en audience publique. Cette exception signifie que le divorce est l'affaire des époux et partant de ce postulat ; le procès du divorce n'est pas un procès comme les autres et s'accommode difficilement avec la publicité. Ce confinement opéré par la procédure de divorce favorise une résolution davantage neutre du divorce grâce à une maîtrise entière du juge du procès et mise en œuvre à la discrétion du public. Les règles procédurales spécifiques au divorce œuvrent dans le sens de la neutralité.

## §2 : Les mesures procédurales propres au divorce limitatives de dissension

Différentes mesures illustrent cette minimisation dans le procès de l'évocation des conflits, notamment à travers la pondération du principe de la liberté de la preuve par la matière du divorce (A.), et grâce à l'exigence de la requête initiale silencieuse entraînant la question du respect du principe de contradiction (B.).

### A. La pondération du principe de la liberté de la preuve par la matière du divorce

La preuve est au cœur du droit, c'est par le biais de la preuve que se construit la vérité judiciaire. La revendication d'un droit à lui seul est insuffisante, il faut que le plaideur établisse des faits confortant le droit revendiqué. Elle repose sur des données objectives et c'est par le biais de cet instrument que naît une certitude. Le principe de la liberté de la preuve signifie que sont admis tous les différents procédés établissant une preuve.

L'établissement de la cause de divorce et le règlement des conséquences du divorce reposent entièrement sur la justification des éléments de faits. La preuve dans la procédure de divorce a pour lieu de prédilection le divorce pour faute. L'alinéa 1 de l'article 259 du Code civil énonce :

« Les faits invoqués en tant que cause de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu. »

C'est donc le principe de la liberté de la preuve qui est retenu dans la procédure de divorce. Tous les modes de preuve peuvent être invoqués par les époux. La liberté de la preuve en matière de divorce n'est qu'un alignement sur le droit commun de la preuve des faits juridiques, principe déjà proclamé en matière commerciale ou encore en droit pénal. Pour autant, même si l'on retrouve tous les modes de preuve communs aux différentes procédures, ceux-ci subissent un certain nombre de tempéraments découlant directement de la matière du divorce.

Les différents modes sont, le constat<sup>212</sup> (article 259-2) qui peut être invoqué sauf s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée. L'aveu est également possible depuis la loi du 11 juillet 1975, il doit être non équivoque, en effet, avouer c'est admettre contre soi-même des fautes. Le serment à la condition qu'il soit décisif, les déclarations orales, les attestations font partie de l'arsenal probatoire. La loi de 2004 a étendu le principe de la liberté de la preuve en remaniant l'article 259-1 qui désormais vise « un élément de preuve » alors qu'auparavant seules les lettres échangées entre conjoint et un tiers étaient concernées. Cet élargissement correspond à une prise en compte de l'évolution des moyens de communications, communications téléphoniques, messages électroniques...

Cependant, le principe de la liberté de la preuve en matière de divorce comporte certaines limites. La première, est une limite commune à tous les modes de preuve, elle repose sur l'exigence de loyauté, et combat l'idée de « preuve à tout prix ». En effet, l'obtention d'une preuve de manière frauduleuse ou avec violence est sanctionnée par une mise à l'écart des débats. La charge de la preuve incombe à l'époux qui invoque ce procédé blâmable.

Elle comporte également des interdictions qui consistent à ne pas utiliser certains renseignements. Notamment, tout ce qui a été dit ou écrit lors de la conciliation ne peut ensuite être invoqué pour ou contre un époux ou un tiers dans la suite de la procédure

---

<sup>212</sup> Cf., Partie II, Titre I, Chap. II, Section 2. Voir les développements sur le constat.

(article 252-4 du Code civil). Ce principe permet de protéger la raison d'être de la tentative de conciliation. Pouvoir réutiliser ce qui a été évoqué lors de l'audience de conciliation, notamment lorsque celle-ci n'a pas abouti, ruinerait les chances de voir prospérer la voie de la conciliation. La liberté de la preuve est certes proclamée dans le divorce mais elle ne doit pas s'élever au dessus du dessein de la procédure qui est d'apaiser le conflit.

L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce (article 373-2-12). L'objet de l'enquête sociale n'est pas de déterminer la cause du divorce mais d'apprécier la situation familiale afin de prévoir les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Il ne s'agit donc pas de détourner l'enquête sociale à des fins différentes que celles originales. La Cour de cassation veille scrupuleusement au respect de cette interdiction. Il en est ainsi même si l'enquête sociale a eu lieu dans le cadre d'une procédure antérieure, relative à l'autorité parentale<sup>213</sup>. A cet égard, le Professeur Hauser dénonce l'application extensive de cette prohibition. « C'est toute enquête sociale, dans toute procédure, même sans divorce ou antérieure au divorce actuel, qui doit être exclue. C'est peut-être aller trop loin et, comme pour les témoignages de parents (...), tarir pratiquement, dans les divorces contentieux, les moyens de preuve lesquels sont, par nécessité, souvent intrafamiliaux. Si l'on veut tuer les divorces contentieux qu'on le dise mais la restriction subreptice des moyens de preuve reste discutable »<sup>214</sup>. La manifestation de la vérité dans le divorce est très largement admise, cependant ces dernières interdictions constituent un rempart à l'étalement de la vie intime. La procédure de divorce s'inscrivant dans la neutralité, les éléments factuels relevant de la vie privée, doivent dès lors, jouer un rôle limité dans le déroulement de la procédure<sup>215</sup>, et ce en fonction de leur origine.

Les descendants ne peuvent pas non plus être entendus sur les griefs invoqués par les époux (article 259 alinéa 2 du Code civil et article 205 alinéas 2 du C.P.C.). La règle de l'exclusion du témoignage des descendants en matière de divorce est très large. Elle concerne les enfants communs issus du mariage, les enfants nés d'un premier lit ou les enfants hors mariage. Cette prohibition concerne aussi bien les enfants mineurs que

---

<sup>213</sup> Cass., 2<sup>ème</sup> Civ., 5 juin 2003, *R.T.D.C.*, 2003, p687s., Obs. J.Hauser.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p.688.

<sup>215</sup> La preuve dans le divorce pour faute connaît le même sort, Cf. Partie II, Titre I, Chap. II, section II.

les majeurs et également le conjoint ou le concubin de l'un des descendants. Elle couvre toutes les formes de témoignage, écrit, oral, lettres missives, attestations, ou audition. La remise par un descendant d'une lettre d'un parent relative aux torts du divorce équivaut aux témoignages prohibés. La prohibition s'applique également aux déclarations recueillies en dehors de l'instance en divorce, notamment lors d'une procédure pénale.

L'extension de l'interdiction aux enfants majeurs ou au compagnon ou compagne du descendant peut apparaître abusive, dès lors qu'elle ne peut se justifier par l'intérêt de l'enfant. Le régime de la preuve est une illustration supplétive du rejet de toute personnalisation de la situation d'échec conjugal. La preuve des éléments touchant la vie personnelle des intéressés est largement touchée par la minimisation du conflit. Ces différentes touches d'objectivité dans des lieux qui naturellement ne s'y prêtent pas (dans la preuve de faits) sont révélatrices d'une procédure qui se veut impartial.

Si le descendant ne peut être partie au divorce et exposer son opinion sur les griefs évoqués lors de la procédure, il peut toutefois intervenir lors du règlement des conséquences du divorce notamment sur son sort. En effet, lorsque le juge statue sur les modalités de l'autorité parentale, il prend en compte les sentiments exprimés par l'enfant mineur. L'article 373-2-11, 2° du Code civil offre à l'enfant dans la procédure de divorce, un temps de parole, où il peut exprimer ses problèmes, son sentiment sur la situation, ses craintes. Cependant, il n'a pas la qualité de partie, à cet égard, le Professeur Cornu nous rappelle que « jamais un descendant ne peut être entendu, ni comme témoin, ni à titre de simples renseignements, sur les griefs invoqués par les époux (...). L'audition de l'enfant ne fait de lui ni un partenaire, ni un adversaire, ni un témoin, ni *a fortiori* l'arbitre ou le juge de ses parents. Il y va de son équilibre personnel et de l'avenir de ses relations avec chacun de ses parents. »<sup>216</sup>

La loi du 8 janvier 1993 suite à l'exécution de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant avait prévu dans l'article 388-1 que

---

<sup>216</sup>CORNU (G.), *Droit civil La famille*, Paris, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> Ed., 2006, p.187 et p.593.

« dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet. Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. (...) L'audition du mineur ne lui confère par la qualité de partie à la procédure. » Le mineur n'a toujours pas la qualité de partie mais il dispose désormais « d'un droit à la parole ».

Jusqu' à très récemment, l'intervention de l'enfant était donc limitée. Il appartenait au juge de décider, s'il y avait lieu d'entendre l'enfant même si la demande venait de l'enfant lui-même. De plus, l'enfant ne pouvait s'opposer à la décision du juge aux affaires familiales, ce dernier n'avait qu'à motiver sa décision. Selon le postulat de l'intérêt de l'enfant, le juge était le seul à apprécier souverainement si l'enfant était capable de discernement et s'il était opportun de l'entendre. L'audition de l'enfant était sous l'entière tutelle du juge.

Or, la Convention internationale des droits de l'enfant prévoit le droit à la parole de l'enfant. L'article 3-1 dispose que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Quant à l'article 12-2 il prévoit que soit donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. De surcroît, par deux arrêts du 18 mai 2005 et 14 juin 2005<sup>217</sup>, la Cour de cassation a déclaré d'applicabilité directe la Convention de New York, notamment les deux articles précédemment retranscrits. Dans le premier arrêt, l'enfant, dont la résidence a été fixée chez sa mère aux Etats-Unis, avait demandé, par lettre transmise par la Cour d'appel, à être entendue dans la procédure engagée par son père pour voir modifier sa résidence. Dans le second, une femme française avait regagné la France avec son enfant et laissé son époux aux Etats-Unis, et avait décidé de ne plus revenir. Une décision récente du 22 novembre 2005<sup>218</sup> de la première chambre civile a

---

<sup>217</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 18 mai 2005 ; Cass., 1<sup>ère</sup>, 14 juin 2005, *J.C.P.*, II 10115, pp.1573-1579.

<sup>218</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 22 novembre 2005, *Bull. civ.* I, n°434.

permis par l'intermédiaire d'un avocat de recueillir la parole de l'enfant en se fondant sur les articles 3-1 et 12-2 de la Convention internationale des droits de l'enfant. La loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance a approuvé l'incorporation de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants internationale des droits de l'enfant qui reprend les droits reconnus par la Convention internationale des droits de l'enfant dans le *corpus* des règles applicables aux mineurs. Par conséquent les dispositions du traité relatives à l'audition du mineur en justice suppriment le pouvoir du juge de refuser d'entendre le mineur qui le désire. La modification de l'article 388-1<sup>219</sup> consacre un véritable droit de l'enfant d'être entendu.

L'enfant dispose d'un droit de parole. Il n'a certes pas la qualité de partie dans le divorce mais il peut s'imposer dans la procédure. Le juge ne peut plus empêcher l'enfant d'exprimer ses sentiments concernant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Cette mesure œuvre dans le sens d'une libéralisation du divorce. Les époux ainsi que l'enfant (dans sa mesure), disposent d'un droit de parole qui a indiscutablement pour corollaire d'empiéter sur le champ d'intervention du juge notamment sur son « appréciation souveraine ». Le divorce est une affaire privée qui ne concerne que les intéressés : les époux et les enfants. La neutralité de la procédure prend effet dès la requête initiale, qui impose une requête silencieuse sur les raisons du divorce.

#### B. Le silence de la requête initiale et le principe de contradiction

Le Conseil constitutionnel reconnaît valeur constitutionnelle au principe des droits de la défense dont le principe du contradictoire est le corollaire. Le principe de contradiction est également reconnu par le Conseil d'Etat comme principe général du droit. La Cour européenne a consacré le principe de contradiction à travers sa jurisprudence sur le visa de l'article 6§1. Elle a dans un premier temps fait référence à l'égalité des armes, afin que les parties ne soient pas placées dans une situation désavantageuse. Dans l'arrêt Ruiz Mateos c. Espagne du 23 juin 1993, la Cour

---

<sup>219</sup> L'article 388-1 alinéa 2 : « Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande ». Alors que l'ancien article 388-1 permettait au juge par une décision spécialement motivée d'écarter son audition alors même que le mineur en avait fait la demande.

européenne reconnaît le principe du contradictoire. Le principe d'égalité des armes « représente un élément de la notion plus large de procès équitable qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance (...). Il implique la faculté pour chaque partie de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre ainsi que de les discuter»<sup>220</sup>

Dans le code de procédure civile la contradiction se situe au chapitre premier « les principes directeurs du procès » à la section VI « La contradiction ». La contradiction impose dans un premier temps que chaque partie puisse s'exprimer et dans un second temps, un échange réciproque d'information. L'article 14 dispose que « nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ». Quant à l'article 15 du C.P.C., il précise la contenance du principe. « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent, et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ».

Tous les éléments du débat doivent être soumis à discussion afin que les parties puissent combattre les éléments de prétention de la partie adverse. Il est donc exclu qu'une affaire puisse être régulièrement jugée, si une partie n'a pas été en mesure de prendre connaissance dans un délai suffisant des différents documents et données sur lesquels le juge va s'appuyer pour statuer. Monsieur Schrameck définit le principe du contradictoire : « Contredire suppose une opposition ou en tout cas une différence de perceptions, d'argumentations et par suite souvent d'intérêts, un dialogue permettant de s'opposer à la vision d'autrui, en manifestant la sienne en vue de la faire prévaloir. »<sup>221</sup>

La loi du 26 mai 2004, en imposant, la prohibition de mentionner les motifs et le fondement juridique du divorce est confrontée au respect du principe de contradiction. En effet, la requête initiale ne doit indiquer ni le fondement juridique de la demande en divorce ni les faits à l'origine de celle-ci (article 1106 du C.P.C.). La loi, dans la procédure de divorce interdit l'évocation et donc la discussion des motifs de la demande

---

<sup>220</sup> CEDH, 23 juin 1993, Ruiz Mateos c. Espagne, série A, n°262, §63.

<sup>221</sup> SCHRAMECK (O.), « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, pp.629-639.

en divorce par les parties. Cette interdiction est strictement limitée à la requête initiale préalable à l'audience de conciliation et donc à l'instance contentieuse proprement dite. Or, comme il l'a été dit à plusieurs reprises la conciliation est une phase déterminante du divorce, les enjeux y sont importants. Notamment, elle permet de déterminer les mesures provisoires qui peuvent devenir définitives.

La demande ne peut contenir de référence aux motifs du divorce. Le défendeur qui n'est pas à l'origine de la demande se trouve face à une situation non désirée et qui plus est, il est, dans l'ignorance des dispositions prises par son conjoint. Le défendeur est dans l'ignorance des prétentions de son adversaire et ne peut se défendre. Ce silence donne l'illusion d'un droit au divorce car, la procédure est abordée comme si il n'y avait pas de conflit. L'avocat qui représente le défendeur est donc en quelques sortes dans l'impossibilité d'assurer sa défense lors de l'audience de conciliation. En effet, il a pour unique référence une requête muette sur le fondement juridique et les motifs du divorce. Certains auteurs ne considèrent pas, pour autant, qu'il y ait une atteinte au principe du contradictoire « car le juge, lui-même, n'est pas informé des motifs de la demande »<sup>222</sup>. De plus, l'issue de la phase amorcée par la requête n'est pas le prononcé du divorce, mais, de la part du juge, la prise de mesures provisoires. Si atteinte au contradictoire il y a, elle n'est que temporaire puisque l'assignation ultérieure devra, quant à elle, informer le défendeur des griefs.»<sup>223</sup>

Si l'on retient la violation du principe du contradictoire lors de l'enclenchement de la procédure de divorce, elle est justifiée par « le concept » du règlement du divorce qui consiste à réduire à néant le conflit bien avant le procès du divorce. Monsieur Miniato en conclut qu'« il paraît finalement plus judicieux de privilégier la conciliation entre époux, plutôt que de faire une application mécanique du contradictoire, dont le résultat ne serait pas la protection des parties, mais leur

---

<sup>222</sup> Voir dans le même sens CEDH, 7 juin 2001, Kress c. France ; à propos de la non communication aux parties, préalablement à l'audience devant le Conseil d'Etat, des conclusions de commissaire du gouvernement. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas retenu la violation du principe de contradiction de l'article 6§1 de la Convention. Il n'y avait pas à proprement parler de rupture d'égalité entre le juge et les parties lorsque les conclusions n'ont été communiquées ni aux parties, ni au rapporteur, ni aux juges de la formation de jugement, et que toutes les parties découvrent le sens et le contenu au jour de l'audience.

<sup>223</sup> MINIATO (L.), « La réforme des procédures de divorce par la loi du 26 mai 2004 et le décret du 29 octobre 2004 : le changement dans la continuité » *Droit de la famille*, décembre 2004, Etudes, p.16.

affrontement douloureux dans une procédure incapable d'apaiser leur conflit. »<sup>224</sup>  
Autrement dit, si violation il y a, elle est justifiée pour répondre à l'apaisement de la procédure de divorce. La pacification s'érige comme le principe directeur de la procédure de divorce. Par conséquent, afin d'en garantir l'effectivité, il faut minimiser l'évocation des faits qui sont source de conflit et ce même si, cela implique un aménagement des principes traditionnels qui dirigent le procès. Le silence de la requête contribue à cette chasse de tout ce qui touche à l'intimité, au personnel, au subjectif. L'objectivation du droit du divorce ne se limite pas au cas français, c'est l'ensemble des législations européennes qui sont concernées.

## SECTION 2 : LA GENERALISATION DU DIVORCE OBJECTIF DANS LES ETATS EUROPEENS

La libéralisation du divorce n'est pas un phénomène unique en France. Dès la fin des années 60, de nombreux Etats ont modifié leur législation dans le sens d'une libéralisation de l'accès au divorce (la loi anglaise 22 octobre 1969 et 1973, l'Italie 6 mars 1987, la loi allemande du 20 février 1986, la Grèce avec la loi 19 février 1983...) <sup>225</sup>. Communément au divorce français, les règles de procédure, les règles de fond sont également intimement liées. Ainsi pour appréhender l'orientation des différentes législations, ces différentes règles seront étudiées.

Cette libéralisation a pour dénominateur commun l'élévation au premier rang du divorce faillite accompagné d'un recul du divorce sanction. Le divorce en Europe oscille entre le constat objectif d'un échec et la sanction d'une faute conjugale. « La notion d'échec du mariage (...) autorise la dénonciation du lien conjugal. Le divorce devient alors un mode de solution des conflits conjugaux, une thérapie à la faillite du mariage, à la disparition de la communauté affective des époux » <sup>226</sup>. La tendance convergente à la facilitation de l'accès au divorce s'est généralisée.

---

<sup>224</sup> *Ibid.*

<sup>225</sup> Selon, « Etudes de législation comparée », [www.senat.fr](http://www.senat.fr); 14 mars 2007 ; « La déjudiciarisation du divorce », [www.senat.fr](http://www.senat.fr), 14 avr. 2008 ; « L'accès au divorce : droit comparé », GRANET-LAMBRECHTS (F.), *AJF*, 2003.p.22s.

<sup>226</sup> UNG (B.), « Le divorce remède ou la place faite au divorce objectif dans le nouveau droit du divorce en France et en République fédérale d'Allemagne », *J.C.P.*, 1979, I 2940.

Cependant, comme le soulève le Professeur Meulders-Klein<sup>227</sup> tout dépend du degré d'autonomie dont disposent les époux pour rompre leurs engagements. Le « droit au divorce » découle du concept de l'échec du mariage qui peut être demandé unilatéralement ou conjointement. Cette faveur accordée au divorce faillite doit être nuancée, l'existence d'un cas unique de divorce dans les législations ne coïncide pas toujours avec un divorce objectif et *a contrario* l'existence de différents cas de divorce ne fait pas toujours obstacle à l'objectivité.

Dans un premier temps, vont être étudiés les droits du divorce fondés sur un divorce faillite ne garantissant pas l'efficacité du divorce objectif (§1) et dans un second temps, les législations reposant sur une pluralité de cas de divorce intégrant toutes le cas d'un divorce objectif (§2).

### §1 : L'efficacité du divorce objectif non garanti par l'unicité du cas de divorce faillite

La vitrine du cas unique du divorce faillite n'est pas toujours en corrélation avec un divorce objectif. L'Angleterre prévoit par exemple un divorce objectif alors que la faillite est fondée sur des éléments factuels (A.), quant au cas allemand, il est fondé sur les présomptions de la cessation de la vie commune (B.). Le divorce néerlandais est un divorce objectif reposant uniquement sur l'échec conjugal (C.). La Suède consacre un divorce objectif par excellence, un divorce sans cause (D.)

#### A. L'apparence d'un divorce objectif anglais : une faillite fondée sur des éléments factuels

La législation relative au divorce prévoit une cause unique de divorce, la faillite irrémédiable du mariage. Cependant le caractère irrémédiable de la rupture ne peut être prouvé que par l'un des cinq faits suivants : l'un des époux a commis l'adultère et

---

<sup>227</sup> MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », *R.I.D.C.*, 1989, p.9.

l'autre trouve la vie commune intolérable, lorsque en fonction du comportement du défendeur on ne peut raisonnablement attendre du demandeur qu'il vive encore avec lui, en cas de cessation de la vie commune de la part du défendeur pendant deux années continues, lorsque il y a une cessation de vie commune pendant deux ans continus précédant immédiatement la demande et que le défendeur consent à la demande, et lorsque les époux vivent séparément depuis cinq ans même si le défendeur s'y oppose.

Autrement dit à travers une cause unique et objective fondée sur la faillite du mariage, la preuve de l'échec du mariage repose sur des faits. Le comportement fautif joue un rôle dans la preuve du divorce neutralisant l'objectivité de la cause. Le divorce anglais a pour façade un divorce faillite mais derrière on retrouve les différents cas de divorces communément admis dans les exemples européens tels que le divorce fondé sur la faute ou le divorce pour cessation de vie commune ou encore le divorce par consentement mutuel.

Des principes ont été posés par la loi du 22 octobre 1969 relative à la réforme du divorce et codifié par le *Matrimonial Causes Act* de 1973 dans la section 1. Aucune demande de divorce ne peut être présentée dans l'année qui suit le mariage. Les tribunaux saisis d'une demande de divorce doivent, au moment du jugement, prendre en considération plusieurs principes posés par le titre premier du *Family Law Act* de 1996 parmi lesquels figure la protection du mariage lorsque celui-ci peut être sauvé. Les tribunaux doivent également, lors du constat du divorce, réduire les effets préjudiciables du divorce sur le conjoint et les enfants. La *Family Law Act* avait introduit la notion de divorce sans cause fautive dans son titre deux qui n'a jamais été appliqué faute de décret d'application.

Concernant l'ensemble des conséquences du divorce le juge intervient uniquement lorsque les époux n'ont pas réussi à s'accorder. Le montant de la pension versée aux enfants celle-ci est par contre fixée par une agence administrative spécialisée *Child Support Agency*. Elle fixe le montant en fonction d'un barème. Les obligations financières des parents envers leurs enfants échappent aux arrangements privés<sup>228</sup>. C'est ainsi que l'un des aspects du règlement du divorce a été soustrait aux époux. La

---

<sup>228</sup> « La déjudiciarisation du divorce », [www.senat.fr](http://www.senat.fr), 14 avr. 2008.

considération de l'enfant notamment par la fixation de la pension alimentaire déroge au principe de consensualisme et exige une protection particulière qui ne relève pas de la seule compétence des parents. Pour la pension alimentaire, toujours lorsque les époux n'ont pas réussi à s'accorder le tribunal fixe le montant et la durée en fonction d'un ensemble de critères tels que : les revenus, les besoins, le niveau de vie antérieure, l'âge, la contribution à la famille et la conduite des époux.

Les époux disposent d'une grande liberté dans le règlement des conséquences du divorce. A défaut de consensus, le tribunal règle le divorce et ce, en fonction du comportement des époux. La conduite des époux joue donc un rôle dans la détermination des conséquences financières du divorce. La loi anglaise ne se détache pas de l'idée de responsabilité, de faute et malgré une vitrine neutre, la part du subjectif trouve encore sa place dans le droit substantiel.

#### B. Le cas allemand fondé sur les présomptions de la cessation de la vie commune

L'Allemagne s'est engagée dans la voie d'un divorce objectif en adoptant l'échec du mariage comme seule condition nécessaire au divorce dans une loi du 14 juin 1976, elle-même modifiée par une loi du 20 février 1986. Celui qui désire divorcer doit apporter la preuve de l'échec. Il s'entend d'une part, par la cessation de la communauté de vie et d'autre part, par l'impossibilité de reprendre une vie commune.

Le § 1565 B.G.B. (Code civil Allemand) dispose : « Le mariage peut être dissous par divorce lorsqu'il a échoué. Le mariage a échoué lorsque la communauté de vie des époux n'existe plus et qu'il ne peut être entendu que les époux la rétablissent. Si les époux sont séparés depuis moins d'un an, le divorce ne peut être prononcé que si le maintien du mariage présenterait pour le demandeur, pour des motifs fondés sur la personne de l'autre époux, une dureté qui ne peut lui être imposée ». Ici aussi, l'objectivité annoncée est à nuancer. Dans le dernier cas l'échec conjugal ne repose pas sur le simple constat de la faillite mais en fonction du comportement de l'autre époux. C'est la situation de dureté créée par l'autre époux qui va constituer l'échec. Un lien

existe alors entre le comportement d'un époux et le prononcé du divorce. Le concept de divorce objectif n'est donc pas respecté car il implique un constat indépendamment de tous motifs.

La cessation de communauté de vie conjugale est la condition générale du divorce. Elle ne se limite pas à la cessation de la cohabitation, elle englobe l'ensemble des rapports conjugaux notamment les liens affectifs, tout ce qui unit les époux. Ainsi le maintien de la vie commune pour des raisons accessoires au mariage telles que financières ou pratiques peuvent entraîner le divorce alors que la vie commune n'a pas matériellement cessé. Le § 1567 du B.G.B. précise : « Les époux vivent séparés lorsqu'il n'existe entre eux aucune communauté d'habitation et qu'un époux ne veut manifestement pas établir celle-ci du fait qu'il rejette la communauté de vie conjugale. La communauté d'habitation n'existe plus non plus lorsque les époux vivent séparés au sein du même logement. Une reprise de la vie commune de courte durée destinée à permettre une réconciliation des époux n'interrompt ni ne suspend les délais mentionnés au § 1566. »

Cette clause générale est complétée par deux présomptions irréfragables d'échec du mariage facilitant ainsi les constatations de l'échec conjugal. Le § 1566 du B.G.B. prévoit: « Le mariage est présumé avoir échoué de manière irréfragable lorsque, les époux vivant séparés depuis un an, le divorce est demandé par les deux époux ou accepté par l'autre époux lorsqu'il est demandé par un seul des époux. L'échec du mariage est présumé de manière irréfragable, dès lors que la durée de la séparation de fait atteint trois ans. »

En effet, lorsque il y a une séparation de fait depuis au moins un an et que les époux sont d'accords pour divorcer, le prononcé du divorce s'impose. Le juge est face à une présomption irréfragable d'échec conjugal. Le pouvoir d'appréciation du juge sur la réalité de la cessation de la communauté de vie apparaît limité. Il en va de même lorsque la séparation de fait a duré trois ans même si la demande est unilatérale, l'autre époux ne peut s'opposer au divorce et le juge ne peut refuser de le prononcer. Par l'instauration de l'unique cause de divorce fondée sur l'échec de l'union et la création des présomptions irréfragables de l'échec conjugal, la législation allemande est allée au-delà de la facilitation de l'accès au divorce. Elle cantonne en quelque sorte, le juge à

prononcer le divorce face à des présomptions irréfragables. La présomption irréfragable peut s'assimiler à une cause péremptoire ou encore directe de divorce. L'intervention du juge est alors reléguée à un simple réceptacle du constat de l'échec nécessaire au prononcé du divorce. La facilitation de ce divorce favorise grandement son obtention.

Toutefois, le prononcé systématique du divorce trouve sa limite lorsque l'un des époux refuse le divorce et que leur séparation dure depuis plus d'une année mais n'a pas encore atteint trois ans. Dans ce cas l'époux doit apporter la preuve de l'échec du mariage et le juge doit apprécier la réalité de cet échec. Dans ce cas, deux conditions doivent être remplies, une séparation matérielle : l'absence de vie dans un lieu commun et un élément psychologique : le refus de toute vie conjugale par au moins l'un d'eux. De plus, lorsque les époux sont séparés depuis moins d'un an, le divorce ne peut être prononcé que si le maintien du mariage présenterait pour le demandeur pour des raisons inhérentes à la personnalité du conjoint, une dureté ne pouvant lui être imposée. La jurisprudence exige des fautes graves de l'époux défendeur pour permettre un divorce sans délai (violence, adultère répété..). Ce système de divorce uniciste n'exclut pas la prise en compte du comportement fautif d'un des époux. La cause est objective mais le fondement de la cause est intimement lié aux comportements de l'époux. Autrement dit, avant un an de séparation le législateur allemand opère un retour au divorce sanction. Une cessation de vie commune inférieure à un an relève du domaine de la faute alors que celle supérieure à un an, la simple faillite du couple est suffisante pour exiger le divorce.

Cependant, l'automaticité de l'obtention du divorce après 3 ans est relative. En effet, le législateur allemand ne s'est pas totalement dégagé de l'idée de responsabilité. Le § 1568 du B.G.B. prévoit une clause d'exceptionnelle dureté et empêche le prononcé du divorce « bien que le mariage ait échoué (...) tant que le maintien du mariage est pour des raisons particulières, exceptionnellement nécessaire dans l'intérêt des enfants mineurs issus de l'union, ou (...) tant que le divorce constituerait pour l'époux qui s'y oppose, en raison de circonstances exceptionnelles, une dureté tellement grave que le maintien du mariage, même en tenant compte des intérêts de l'époux demandeur au divorce, s'impose exceptionnellement ». La clause d'exceptionnelle dureté est un tempérament au caractère automatique du divorce reposant sur la cessation de la vie commune. Cette clause injecte une part de subjectivité et maintient ainsi la notion de

responsabilité. De ce fait, elle constitue un obstacle au prononcé du divorce. L'acquisition systématique du divorce perd de sa vigueur dès lors que le juge peut s'opposer au divorce.

La législation allemande a prévu une seule forme de procédure introduite par requête même lorsque le divorce est demandé par les deux. Dans ce dernier cas la demande introductive d'instance doit contenir un certain nombre d'éléments supplémentaires (la communication du consentement de l'autre époux, ainsi que des propositions concordantes sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le règlement d'entretien.). Dans la lignée du divorce objectif des arrangements doivent être pris par les intéressés au divorce. On peut donc remarquer le lien entre le divorce objectif et la possibilité de s'accorder et le retrait du juge. Ce dernier joue un rôle limité car face à une cause objective de divorce il se cantonne à prononcer le divorce. Le retrait du juge se retrouve également au moment du règlement des conséquences car ce sont les époux qui les déterminent ensemble.

La partie qui veut s'opposer au divorce peut interjeter appel contre le jugement de divorce dans un délai d'un mois après la notification de celui-ci auprès de la chambre de droit de la famille de la Cour d'appel. Par conséquent, l'époux dispose d'un recours contre le prononcé du divorce. Une révision du jugement d'appel peut être demandée auprès de la Cour suprême. Les parties peuvent également, dans un délai d'un mois dès la notification du jugement intenter un recours contre les effets du divorce auprès de la Cour d'appel.

Pour ce qui est des effets patrimoniaux entre époux, la notion de responsabilité est totalement écartée. Il existe un droit d'entretien seulement lorsque l'époux après le divorce n'arrive pas à subvenir à ses besoins. Le critère est le maintien des conditions de vie du mariage, c'est à dire que l'époux ne peut survivre avec ses revenus et ses biens. La pension ne répond pas à l'idée de payer le prix de la liberté. Elle n'est pas la contrepartie de l'acceptation du divorce. Cette pension peut être uniquement accordée pour l'entretien d'un enfant commun, en raison de l'âge avancé d'un des conjoints qui n'a jamais travaillé, la maladie, jusqu'à l'obtention d'un travail, lors d'une reprise de formation professionnelle.

La loi allemande prévoit également une clause d'équité positive c'est-à-dire un droit d'entretien maintenant le niveau de vie durant le mariage aussi longtemps que l'époux ne pourra subvenir à ses besoins pour d'autres raisons que celles précédemment énumérées et prévues par la loi. Cependant, la loi 20 février 1986, contrairement au législateur français a prévu un certain nombre de cas restrictifs. Cette loi s'inscrit dans la doctrine du « clean break », elle réduit le droit d'aliment en fonction de « l'équité du cas isolé ». Le juge, en fonction de circonstances peut restreindre ce droit. La loi a accru ses pouvoirs afin de réduire dans le temps le lien de dépendance économique entre les anciens époux après le divorce. En effet, un certain nombre de situations limitent ce droit, notamment lorsque le mariage a été de courte durée, le créancier s'est rendu coupable d'un crime ou délit ou encore lorsque il n'a pas rempli ses obligations d'entretien envers sa famille ... Ce droit s'éteint en cas du remariage de créancier. Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation mais dans un but exclusivement limitatif. Il s'agit d'éviter tout prolongement de lien entre les ex époux et favoriser une rupture complète des effets du divorce.

### C. Le divorce objectif néerlandais reposant uniquement sur l'échec conjugal

Depuis 1971 la loi ne prévoit qu'une cause de divorce « le divorce pour désunion durable du couple » (article 1-151 et 1-154 du Code civil néerlandais). L'impossibilité définitive pour les époux de vivre ensemble conduit au divorce. Les raisons de cette demande, les circonstances ou le comportement de l'autre n'intéressent pas la procédure. Qui plus est, le divorce n'est pas conditionné par une séparation de fait ou par une durée minimum du mariage. Il représente le divorce constat par excellence.

Le tribunal peut être saisi par l'un des époux ou par requête conjointe. Lorsque la demande est unilatérale, l'époux demandeur invoque l'impossibilité de poursuivre la cohabitation, qui est devenue irrémédiablement insupportable. L'époux défendeur ne dispose d'aucun moyen de droit pour contester valablement le divorce. Le droit de contredit ayant été supprimé, le conjoint défendeur ne peut plus s'opposer au divorce demandé par l'époux qui est exclusivement responsable de ce dernier. Il a pour seule défense la possibilité d'invoquer la perte ou la diminution d'avantages financiers. Dans une telle hypothèse le divorce ne peut être prononcé sans que des arrangements

équitable soient trouvés pour les deux époux. Le divorce est accordé sans autre examen si l'époux défendeur reconnaît l'impossibilité définitive pour le couple de poursuivre la vie commune ou s'il ne comparait pas.

La requête n'a pas à être motivée en cas de demande conjointe. Cependant les époux doivent prévoir un projet portant sur un certain nombre d'effets accessoires. Ces réformes « (...) témoignent d'un souci de simplifier encore le processus de constat d'échec du mariage, désormais inéluctable, et d'en accentuer la privatisation »<sup>229</sup>. L'exemple néerlandais est révélateur de la concordance entre la cause objective et la privatisation du règlement du divorce. Si la cause ne nécessite pas d'appréciation pour aboutir au divorce alors les époux doivent être autonomes pour prévoir le divorce. La privatisation du droit comprend donc une décharge du juge sur l'appréciation de la cause et sur la détermination des conséquences du divorce. En effet, l'absence de lien entre la cause et les conséquences découle directement de la cause objective de divorce. La faillite annihile toute idée de sanction de la part du juge. Si ce dernier n'a plus à apprécier les conséquences en fonction des fautes alors les époux sont tout à fait aptes pour organiser leur divorce. En l'absence de contestation, la procédure de divorce est extrêmement simplifiée. La procédure est écrite, la comparution des parties n'est pas nécessaire et ils n'ont pas d'obligation de représentation par avocat. Les règles de fond et de forme du divorce néerlandais favorisent largement l'accès et la sortie du divorce reconnaissant implicitement un droit au divorce.

La neutralité de la procédure est également maintenue pour les conséquences pécuniaires entre époux. La loi néerlandaise prévoit également un droit de pension. La pension attribuée dans le divorce néerlandais est restrictive. Elle correspond « au simple nécessaire » pour vivre. Alors que la majorité des pensions prévues par les législations européennes compensent la disparité financière créée par le divorce en fonction du niveau de vie pendant le mariage. La loi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994 a également limité la durée de la pension alimentaire à douze années. Elle prévoit des causes restreignant le droit à la pension alimentaire, notamment lorsque le mariage a duré moins de cinq ans et que le couple n'a pas d'enfant, la durée de la pension

---

<sup>229</sup> MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », *R.I.D.C.*, 1989, p.34.

alimentaire ne peut excéder celle du mariage. Le remariage, ou une cohabitation, un partenariat peuvent mettre fin au paiement de la pension. La pension doit donc être limitativement attribuée, dans son montant, dans sa durée et selon la situation. L'exemple néerlandais s'affilie également à la doctrine du « clean break » coupant ou diminuant les relations financières entre époux après le divorce. Le régime de la pension alimentaire néerlandaise tend vers plus d'objectivité. Il est détaché de l'idée d'indemnisation de l'époux non responsable du divorce. Il reste à l'époux bénéficiaire de la pension, selon les circonstances, la possibilité de demander au juge une prolongation du délai.

Les relations avec les enfants depuis une loi du 1<sup>er</sup> janvier 1999 bénéficient de cette objectivité. Les parents qui se séparent continuent d'exercer conjointement l'autorité parentale, à moins que l'un d'eux ne demande au juge l'attribution exclusive de l'autorité parentale. La loi du 1<sup>er</sup> janvier 1998 a reconnu au compagnon de vie d'un parent l'opportunité d'exercer l'autorité parentale au même titre que le parent. En effet, il est possible lorsque l'un des parents dispose de l'autorité parentale exclusive et sous certaines conditions de demander au tribunal d'instance le partage de l'autorité avec son nouveau concubin, partenaire ou conjoint. Les modalités d'attribution de l'autorité parentale sont très souples et adaptatives aux diverses situations. Le droit néerlandais est extrêmement libéral et le champ d'appréciation du juge est très réduit, seul l'échec compte. Le droit suédois dépasse le libéralisme néerlandais.

#### D. Le divorce suédois : un divorce sans cause

La loi suédoise se pose comme la plus libérale. La cause de divorce repose uniquement sur l'intention de divorcer qu'elle soit unilatérale ou commune aux époux. En effet, le législateur est allé au-delà du divorce constat, il n'impose pas aux conjoints d'apporter la preuve de l'échec du mariage. Dès lors, il n'existe pas véritablement de cause de divorce, un époux peut lorsqu'il désire divorcer, saisir le tribunal et demander le prononcé du divorce. Le tribunal est tenu de prononcer le divorce sans examen au fond et sans avoir à connaître les motifs du divorce. Aucune preuve, aucun contrôle du caractère définitif de l'échec n'est requis. La loi suédoise consacre ainsi un droit unilatéral de demander le divorce sans autre considération. Toutefois, une période de

réflexion de six mois est imposée dans le cadre du divorce par consentement mutuel lorsque les deux époux le demandent ou lorsque l'un d'eux vit avec un enfant de moins de seize ans sur lequel il exerce l'autorité parentale. Elle est également imposée lorsque l'autre époux ne désire pas divorcer, sauf si ils vivent séparément depuis deux ans.

En matière de pension entre époux, la loi suédoise illustre parfaitement la doctrine de « clean break ». Le principe est que « chacun est responsable de son propre entretien » (chapitre 6 section 7 alinéa 1 du Code du mariage). Autrement dit, le divorce n'entraîne pas de dépendance économique, chaque époux doit subvenir à ses besoins. Une fois le divorce prononcé, il ne subsiste aucun effet du mariage. Néanmoins si l'un des époux a besoin d'une pension pendant une période transitoire, l'autre époux doit lui verser une pension en fonction des besoins et de la capacité du débiteur. Si le mariage a été de longue durée et que l'un des époux a des difficultés à subvenir à ses besoins, il a droit à une pension pour une durée supérieure que celle prévue pour la période transitoire. L'époux a trois ans pour revendiquer le versement de la pension. La pension est attribuée dans le but de laisser au conjoint le temps de se créer sa propre indépendance financière. Le droit à une pension alimentaire n'est donc pas fondé sur l'idée de compensation.

Les époux peuvent prendre toutes décisions et s'accorder sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Cet accord conclu doit être approuvé par le comité des affaires sociales qui acceptera ou refusera l'accord en fonction de l'intérêt de l'enfant. En l'absence d'accord, l'exercice de l'autorité parentale demeure conjointe sauf lorsque l'autorité conjointe est incompatible avec l'intérêt de l'enfant. L'objectivation et la privatisation du divorce ont pour limite l'enfant. Face aux mesures relatives à l'enfant, l'intervention du juge retrouve un regain d'intérêt. Les modalités le concernant même dans le cadre d'un divorce objectif par excellence s'établissent sous le contrôle d'une autorité administrative ou du juge. Le tribunal, dans ce cas, peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des parents. Lorsque l'autorité parentale est commune, le tribunal peut décider le lieu de résidence et les modalités de garde, notamment prévoir la garde alternée.

L'autorité compétente en matière de divorce est une autorité judiciaire. Dans la plupart des cas de divorce, le juge statue seul. Le tribunal au complet intervient en cas

de désaccords sur le droit de garde des enfants et prononce, alors, un jugement partiel de divorce. Lorsque les époux s'accordent sur le principe du divorce et ses effets, la procédure est extrêmement simplifiée. En effet, une audience principale n'est pas nécessaire, la procédure se déroule par écrit sans comparution des époux. La Suède a maintenu la procédure judiciaire, toutefois la procédure relève plus d'un simple enregistrement administratif<sup>230</sup> dès lors qu'époux ne désire plus rester dans les liens du mariage et que l'opposition de l'autre est inutile alors le champ d'intervention du juge est très limité voir inexistant. En effet, en Suède, le divorce est devenu un droit inconditionnel. L'assimilation du juge à un réceptacle administratif amène à remettre en question l'utilité de son intervention, à l'instar du divorce par consentement mutuel en France, lorsque les époux se sont accordés tant sur le principe que les conséquences. Comme le divorce suédois, la présence d'enfant justifie peut être la seule frontière à ne pas franchir et explique la présence du juge pour les questions de cet ordre.

A l'instar de l'exemple français, de nombreuses législations prévoient différents cas de divorce dont un divorce objectif mais leur attachement au divorce sanction est encore important.

## §2 : L'inévitable divorce objectif dans les législations pluralistes

Le cas de l'Italie est topique. L'encadrement procédural agit comme un frein au prononcé du divorce en Italie (A.). L'Espagne prévoit dans les cas de divorce une double condition qui est un véritable frein à l'accès au divorce (B.). Le divorce belge, quant à lui est encore dominé par le divorce sanction (C.) et pour la Grèce la responsabilité de la faillite implique un partage (D.).

---

<sup>230</sup> La procédure administrative existe au Danemark. Pour cela, il faut que les époux soient d'accord sur le principe du divorce, sur un certain nombre d'effets accessoires et sur le choix d'une telle procédure. En Norvège, elle est même la voie normale. Toutefois, ces procédures semblent plus encadrées. En effet, des garde-fous sont prévus comme une médiation obligatoire, la comparution en personne, une vérification des accords notamment en fonction de l'intérêt de l'enfant. L'exemple suédois illustre parfaitement, l'influence du fond sur la forme. Malgré le maintien d'une procédure judiciaire, cette dernière appartient plus à la voie administrative.

## A. L'encadrement procédural comme frein au prononcé du divorce en Italie

Le divorce en Italie n'a été admis que très tardivement du fait de la forte influence du Saint siège par une loi du 1<sup>er</sup> décembre 1970 modifiée par les lois du 19 mai 1975 et du 6 mars 1987. Le divorce reste fortement imprégné du principe d'indissolubilité du mariage. A cet égard le terme le plus usité est « la dissolution du mariage » et non le divorce. Il existe quatre cas de divorce qui entraînent automatiquement son prononcé : en cas de condamnation de l'autre conjoint pour certains délits, en cas d'annulation du mariage à l'étranger de l'un des conjoint ou lorsque il s'est remarié à l'étranger, en cas de non consommation du mariage et pour finir en cas de changement de sexe. Ces cas sont des divorces sanctions qui reposent sur le comportement fautif et déterminé de l'autre conjoint.

Le divorce peut également être demandé par les époux (unilatéralement ou conjointement) après une séparation de trois années sans interruption. La condition de séparation nécessaire pour obtenir le divorce est remplie lorsque le juge a homologué la séparation décidée conjointement par les époux ou par une décision judiciaire lorsqu'elle découle de la volonté d'une seule partie. Dans cette dernière situation, il faut que des faits rendent intolérable la vie commune ou portent préjudice aux enfants.

Le divorce faillite italien, fondé sur une cessation de la vie commune, nécessite une preuve judiciaire préalable de la séparation avant toute demande. Le régime de ce divorce qui repose sur le postulat de l'objectivité est soumis à des conditions strictes. La déclaration de la séparation est posée comme un passage préalable, obligatoire et encadré. De ce fait, elle incite les époux à se réconcilier. La volonté du législateur est explicite, il veut limiter l'accès au divorce fondé sur le constat de l'échec du mariage, voire détourner les époux de la voie du divorce. Moins de la moitié des séparations aboutissent au divorce, « la séparation en vient à jouer le même rôle en Italie que le divorce dans les autres pays ». <sup>231</sup> La procédure de divorce permet de favoriser une perte des obtentions de divorce et laisse ainsi durer le lien du mariage par le jeu des séparations.

---

<sup>231</sup>« Etudes de législation comparée », [www.senat.fr](http://www.senat.fr); 14 mars 2007. Le taux de divorce est un des plus faibles en Europe (0,6 % pour mille habitants), tandis que plus de 40% des séparations prononcées n'aboutissent pas au divorce.

La procédure italienne s'inscrit dans un dessein : limiter le prononcé du divorce. En effet, le système du divorce italien favorise la réconciliation. Une simple déclaration expresse ou le comportement non équivoque d'un des époux, éteint automatiquement la procédure de séparation. La procédure de divorce prévoit également une séance de conciliation devant le juge et le souhait d'abandonner la procédure par l'un des époux suffit à mettre fin au divorce. La procédure italienne d'une part, impose des conditions restrictives et d'autre part, facilite non l'accès au divorce mais la renonciation au divorce.

Dans tous les cas, la demande du divorce n'est valable que si les conjoints présentent leurs motifs et s'ils ont pris des dispositions à l'égard des enfants. Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire mais fortement conseillé par les juges. Cependant, la présence du défendeur est obligatoire si les conjoints ne sont pas d'accord sur les conditions de leur séparation ou de leur divorce. La décision de dissolution du mariage ou de cessation des effets civils du mariage est prononcée par le tribunal. Ce dernier dispose d'un large pouvoir décisionnaire. Il décide du versement d'une indemnité compensatrice au conjoint disposant les plus faibles ressources jusqu'au moment de son remariage. Il décide également des modalités d'exercice de l'autorité parentale et de la contribution à l'entretien des enfants.

Le taux de divorce est l'un des plus faibles des pays européens. La procédure italienne, contrairement à l'exemple français, s'érige comme un obstacle à l'obtention du divorce. L'accès au divorce en Espagne est également obstrué par les conditions nécessaires au prononcé du divorce faillite.

#### B. La double condition des cas de divorce limitant l'accès au divorce espagnol

La loi du 7 juillet 1981 a supprimé l'indissolubilité du mariage et a introduit le divorce. A l'instar de l'Italie le divorce espagnol établit un lien étroit entre la séparation judiciaire et les causes de divorce. La cessation de la vie commune est une condition préalable à tous les cas de divorce espagnol. Le système du divorce faillite exige un

délai de séparation plus ou moins long selon la volonté commune des époux de se séparer.

Le premier cas de divorce repose sur la séparation par consentement mutuel. Il se trouve à mi chemin entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour cessation de la vie commune. Les époux doivent avoir cessé leur vie commune pendant un an à compter du dépôt de la demande de séparation. Il nécessite, malgré une volonté commune de divorcer, une séparation de fait d'au moins un an. Par conséquent, la liberté de divorcer conjointement est conditionnée par une cessation de vie commune préalable à la demande, qui alourdit considérablement la procédure de divorce. De plus, la demande de séparation ne peut se faire dans la première année qui suit la conclusion du mariage et elle n'est valable que si une convention réglant les effets du divorce a été déposée. Les accords doivent être approuvés par le juge sauf s'il estime que la convention est dommageable pour les enfants ou l'un des conjoints. Dans ce cas, les conjoints pourront soumettre au juge une nouvelle proposition.

Le deuxième cas de divorce est à l'initiative d'un seul des époux, lorsqu'il y a une cessation de vie commune d'au moins un an et que la demande est fondée sur différents faits commis par l'époux qui n'est pas à l'origine de la demande. Ces faits sont la violation des devoirs matrimoniaux, toute violation grave et répétée des devoirs envers les enfants, l'alcoolisme, la toxicomanie... La loi espagnole exige dans le cas d'un divorce sanction, un comportement culpeux et une séparation de vie commune d'au moins un an. Autrement dit, la faute n'entraîne pas directement le prononcé du divorce.

Le troisième cas, nécessite une séparation de deux ans et un consentement conjoint des époux à la cessation de la vie commune ou du moins l'absence d'opposition.

Le quatrième est une demande unilatérale en cas de rupture de la vie commune pendant cinq ans, dans ce cas le divorce est prononcé automatiquement. La loi espagnole prévoit un divorce objectif fondé uniquement sur la séparation. Néanmoins la séparation doit être de longue durée au même titre que l'ancien divorce pour rupture de la vie commune dans le droit français. Ce délai constitue un véritable frein à la

liberté de demander unilatéralement le divorce. Pour finir, la seule cause de divorce conduisant directement au prononcé du divorce est en cas de condamnation pénale pour atteinte à la vie du conjoint, des ascendants et descendants. Cette cause de divorce a un caractère péremptoire et la condamnation doit être une sentence ferme.

En principe, les effets du divorce (patrimoniaux et ceux relatifs aux enfants) sont susceptibles d'être conclus dans une convention par les conjoints. Le juge doit homologuer la convention. A défaut d'accord entre les époux, le juge doit prévoir les effets du divorce, c'est-à-dire la pension alimentaire et la prestation compensatoire. La prestation compensatoire doit être impérativement demandée par un époux. Elle tend uniquement à compenser le déséquilibre financier créé par le divorce.

Les époux peuvent également déterminer les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Le juge intervient subsidiairement lorsque les parents n'arrivent pas à se mettre d'accord ou lorsque le juge ne donne pas son approbation. L'exercice conjoint de l'autorité parentale est la règle, seules des raisons justifiées utiles pour l'enfant peuvent priver l'un des parents de son exercice de l'autorité parentale.

La compétence d'attribution revient au tribunal de première instance ou de famille. Le divorce avec l'accord des deux parties relève de l'application de la procédure abrégée de juridiction « volontaire ». Les époux doivent fournir une convention relative aux effets du divorce accompagnée de la demande en divorce rédigée par un acte séparé. La procédure étant écrite, le juge opère une simple vérification des différents documents notamment et si l'intérêt de l'enfant est suffisamment pris en compte.

Lorsque la demande émane d'une seule partie, c'est alors la procédure abrégée de la juridiction contentieuse. Quand un des conjoints est incapable ou absent ou leurs enfants mineurs, le juge entend le ministère public. Les procédures requièrent le ministère d'avocat. Le droit du divorce espagnol est complexe. Il a certes adhéré au divorce faillite mais a instauré des conditions contraignantes qui rendent la voie du divorce difficilement accessible. Ces conditions alourdissent la procédure par le nombre d'éléments à rapporter et à prouver pour obtenir le divorce. Dès lors, si les règles

procédurales ne freinent pas l'accès au divorce, les règles de fond en limitent fortement l'issue. Le droit belge est calqué sur l'ancien droit français.

### C. Le droit belge dominé par le divorce sanction

Le Code civil de 1804 admettait déjà le divorce. La loi du 1 juillet 1974 prévoit trois cas de divorce. La loi du 30 juin 1994 a modifié le régime du divorce. Le premier cas est le divorce pour cause déterminée, il repose sur la faute de l'un des conjoints. Le divorce peut être demandé pour cause d'adultère (article 229 du Code civil). Pour cela l'adultère doit avoir un caractère offensant. Les époux peuvent réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves (article 231 du Code civil). L'injure grave est la cause générale de divorce, tandis que les excès, les sévices sont des causes spéciales. Le caractère offensant de l'attitude du conjoint doit toujours être démontré de sorte que le concept d'injure grave recouvre toutes les causes y compris l'adultère.

Le deuxième cas est le divorce par consentement mutuel. Ce type de divorce impose aux époux de régler préalablement leur vie pendant la durée de la procédure. La demande est introduite par voie de requête. Les époux devront se présenter en personne à deux comparutions obligatoires, séparées d'un intervalle de trois mois. Le divorce par consentement mutuel dans le droit actuel belge est similaire à celui du droit français sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975.

Le dernier est le divorce pour cause de séparation de fait de plus de deux ans depuis la loi du 16 avril 2000 (avant cinq ans étaient exigés). Le tribunal se contente de constater la séparation sans apprécier les circonstances. Le divorce objectif est intégré dans le droit belge. Il repose sur le simple postulat d'une séparation de fait. Par conséquent, dès lors que la condition de cessation de vie pendant deux années est remplie, le divorce est automatiquement prononcé par le juge, c'est la consécration du « droit au divorce », tout au moins le droit de demander le divorce unilatéralement.

Cependant, les conséquences financières entre époux ne sont pas neutres. La question de la responsabilité du demandeur demeure. En effet, seul l'époux innocent a

droit éventuellement à une pension. L'époux innocent est celui qui n'a pas eu de comportement fautif provoquant l'échec du mariage. La pension alimentaire doit permettre d'assurer à l'époux innocent son existence dans les conditions équivalentes à celles du mariage. L'époux innocent a droit au même standard de vie après le divorce. Cependant, le montant de la pension ne peut excéder le tiers des revenus.

L'époux qui forme une demande en divorce pour cessation de la vie commune est présumé coupable au même titre que dans un divorce pour cause déterminée. Autrement dit, le divorce objectif produit des effets subjectifs. La pension alimentaire dans ce cas repose sur la présomption de faute à charge du défendeur. Par ce raisonnement le système traditionnel de faute est réactivé. La loi avait également prévu que la pension pouvait excéder le tiers des revenus du demandeur. La loi sanctionnait ainsi le divorce pour cessation de la vie commune plus sévèrement que le divorce pour faute. Cependant, la cour d'arbitrage a condamné cette disposition, et la pension ne peut plus dépasser le tiers du revenu.

Le droit du divorce belge est similaire au système du divorce français sous l'empire de la loi de 1975. Les obstacles sont maintenus et limitent l'accès au divorce, avec une place accrue de la faute et de la responsabilité de l'époux à l'origine de la demande. Le droit tient compte des comportements des parties au niveau de la cause du divorce mais également au niveau des conséquences, la part de subjectivité domine le divorce belge.

#### D. Le partage de la responsabilité de la faillite dans le droit grec

La loi du 18 février 1983 a modifié le code civil grec. Le droit grec repose sur plusieurs causes de divorce, toutefois ces différents cas de divorce se fondent tous sur la notion de rupture objective du lien conjugal.

Chacun des époux peut demander le divorce quand les rapports entre eux ont été irrémédiablement rompus et que le maintien du lien conjugal est insupportable pour le demandeur. Il existe des présomptions de rupture irrémédiable comme la bigamie, l'adultère... Néanmoins la loi grecque ne tient pas compte de l'imputabilité de la faute,

peu importe à qui incombe la faute. Seules les circonstances intéressent le tribunal, afin qu'il puisse déterminer si les faits peuvent conduire à la rupture et si cette rupture est irrémédiable. Les faits partagés entre les époux ne font qu'appuyer la preuve de la rupture irrémédiable du lien conjugal et n'ont pas de conséquences à l'égard des époux pour la suite de la procédure. Néanmoins, le législateur a exclu le divorce, lorsque les faits sont exclusivement imputables au demandeur. La preuve à rapporter est donc subjective et soumise à l'appréciation du juge. La faillite du mariage n'est plus neutre lorsque les raisons de cette faillite découlent du comportement d'un seul époux.

Les époux peuvent également demander le divorce en cas de séparation de fait depuis plus de quatre ans. La rupture est présumée de façon irréfragable, le divorce peut être demandé même si les motifs de la rupture concernent le demandeur. La preuve dans ce cas est purement objective. Le droit de demander et d'obtenir le divorce existe lorsque il y a une longue séparation et ce même si l'époux demandeur en est responsable.

Les époux peuvent quand ils sont d'accord, demander par requête conjointe le divorce, selon la procédure gracieuse. Toutefois, le mariage doit avoir duré au moins un an, les époux doivent déclarer personnellement au tribunal qu'ils désirent divorcer au moyen d'une procuration spéciale. Ils devront comparaître à deux audiences séparées par un intervalle de six mois. Il faut une convention écrite par les époux réglant la garde des enfants (mineurs) et les rapports personnels pour que le divorce soit prononcé. La convention devra être confirmée par le tribunal. A défaut de confirmation le tribunal règlera lui-même ces questions selon la procédure contentieuse (la compétence d'attribution revient au tribunal de première instance).

La pension alimentaire entre époux est attribuée quand le divorce crée des disparités financières. Ainsi, son octroi dépend uniquement de l'absence de ressource de l'ex-conjoint et de l'aisance de l'autre. Elle peut être aménagée à la convenance des époux. Par contre le bénéficiaire responsable du divorce peut perdre son droit à pension. La notion de faute refait surface et entraîne des conséquences sur le droit à une pension alimentaire qui ne peut être exigé que par le conjoint innocent. La loi grecque prévoit également une prestation pécuniaire pour tort moral. La faute est la base de cette prestation et elle a pour fonction d'indemniser l'époux « victime » d'un divorce. Le

droit du divorce grec, qui a pour postulat la notion de rupture objective du lien conjugal est fortement imprégné de la faute au rang des conséquences.

Toutefois, la procédure de divorce grec repose sur le principe d'autonomie procédurale. Les parties disposent d'une grande liberté de décision notamment sur l'évocation des faits ou l'abandon des voies de recours. Ils peuvent également demander la révocation de la décision du divorce. C'est une particularité du droit grec, elle va à l'encontre de la direction prise par les législations européennes qui est de faciliter l'issue du divorce en s'efforçant d'éviter tout contentieux post divorce.

Les différentes législations européennes, ont toutes intégré, soit par la prévision d'un cas unique de divorce soit parmi d'autres cas de divorce, le concept de divorce fondé sur l'échec conjugal. L'inclusion d'un divorce faillite ne répond pas toujours aux caractéristiques d'un divorce objectif. En effet, de nombreuses législations derrière la façade d'un divorce faillite ne font que reprendre le concept du divorce pour faute (par exemple l'Angleterre). Or le divorce objectif exige de ne pas tenir compte d'autres considérations que le constat de l'échec. C'est ainsi que le paradoxe apparaît. Certaines législations prévoient une pluralité de cas de divorce et intègrent un divorce faillite davantage objectif (Allemagne) que celles fondées sur un cas unique. Le concept de divorce objectif s'est certes généralisé mais toutes les législations ne sont pas allées jusqu'au bout de l'objectivation. En effet, un divorce objectif est un divorce fondé sur le constat de l'échec conjugal, ne nécessitant pas d'appréciation du juge, auquel le défendeur ne peut s'opposer et sans conséquences lors du règlement des effets. La limite au divorce objectif communément admise par les législations mêmes les plus libérales (exemple Suède), se trouve dans les mesures relatives à l'enfant. .

La loi française de 2004 comparativement aux autres droits a parfait l'objectivation du divorce : par l'extraction de la procédure de tout élément susceptible d'engendrer des tensions et par une exacerbation de la neutralité à travers la cause et les effets du divorce.