

# les personnes et la famille

## Bulletin du CERFAP

Centre d'études et de recherches  
en droit de la famille et des personnes



UNIVERSITÉ MONTESQUIEU  
BORDEAUX IV

Numéro 6 – novembre 2004

### EDITO

#### Remue-ménage !

Un mariage sur trois se termine par un divorce. On ne pouvait plus l'ignorer. Le divorce « mal nécessaire » (1884), « pis-aller à organiser » (1975) est devenu une issue banalisée du mariage dont il faut prendre son parti. Dès lors, plutôt que d'y entrer juridiquement à reculons, en multipliant tout pour l'éviter, il devenait urgent d'en prendre une vision positiviste et positive et de terminer l'œuvre entreprise en 1975. Des cas largement renouvelés, un projet de liquidation-partage des biens intégré dès le départ au processus et accompagnant le partage des personnes, des aiguillages considérablement améliorés vers un accord total ou des accords partiels, une volonté constante d'apaisement déjà réalisée pour le sort des enfants par les lois précédentes (4 mars 2002), la loi du 26 mai 2004 est une loi moderne à partir d'une France réelle et non d'une France reconstruite selon les idéologies ou les modes intellectuelles dominantes. Son pari le plus risqué est celui de la construction progressive d'une « équipe » juge, notaire, avocat invités à enterrer la hache de guerre.... C'est pour ces professions la dernière chance d'un divorce judiciaire avant le déplorable saut philosophique que serait le divorce administratif, puissent-elles la saisir ! Les amateurs de rapprochement imprévu auront noté qu'est paru le 23 août 2004 le décret d'application de la loi MURCEF permettant la constitution de holding de sociétés d'avocats et de notaires. On peut y voir plus qu'un symbole et, de plus, un symbole européen.

Jean Hauser

\*\*\*\*\*

#### La réforme du divorce : les cas d'ouverture.

La loi du 11 juillet 1975 a été dans l'ensemble une réussite d'efficacité. Toutefois, près de 30 ans après une rénovation s'avérait nécessaire afin de remédier aux différents inconvénients. La loi du 26 mai 2004, opère-t-elle une révolution fondamentale ? Si l'on s'en tient uniquement aux nouveaux cas de divorce, le législateur semble

n'avoir procédé qu'à des ajustements, si bien que la doctrine parle d'une « réforme de surface » (*La réforme du divorce, entre innovations et droit constant*, par Thierry Garé, Revue juridique personne et famille, n°6, juin 2004, p).

Quelles sont les possibilités offertes aux « divorçants » ?

Première possibilité : les époux sont d'accord sur le principe du divorce et les conséquences de celui-ci. La loi leur offre le **divorce par consentement mutuel** (qui n'est que la reprise de l'actuel divorce sur requête conjointe.). Cette forme de divorce est bien entendu interdite à toute personne qui se trouve hors d'état d'exprimer un consentement valable. Les effets sont réglés comme aujourd'hui par voie de convention soumise à homologation, le juge pouvant refuser cette dernière s'il estime que les intérêts des enfants ou de l'un des époux ne sont pas assez protégés.

Deuxième possibilité : les époux ne sont d'accord que sur le principe de la rupture du mariage. La loi leur offre le **divorce accepté** (qui succède à l'actuel divorce sur demande acceptée). On peut toutefois relever deux innovations : d'une part, la demande peut être formée par les deux époux. D'autre part, la loi nouvelle prévoit que l'acceptation donnée devant le juge est définitive et ne peut être rétractée même par voie de l'appel. Cette disposition pourrait expliquer la présence obligatoire de deux avocats par la loi, l'un de leurs rôles étant sans doute de prévenir les époux sur la portée de leur acceptation.

Troisième possibilité : la communauté de vie a cessé entre les époux depuis au moins deux ans lors de l'assignation en divorce. La loi leur offre la possibilité d'un divorce **pour altération définitive du lien conjugal** (il succède à l'actuel divorce pour rupture de la vie commune). Il s'agit d'un véritable divorce pour cause objective à l'image de ce qui se fait dans d'autres pays (l'Allemagne par exemple ne connaît que ce type de divorce).

L'innovation se fait plus grande sur ce point. En effet, d'importantes différences sont à relever. Tout d'abord, concernant les conditions : la notion d'altération du lien conjugal ne recouvre plus que la disparition de la communauté de vie entre les époux. Il faut noter également, la disparition de la clause de dureté (la loi nouvelle ne semble pas se préoccuper du conjoint non fautif), et enfin la durée de la séparation qui est ramenée à deux ans (au lieu de six), délai devant être apprécié lors de l'assignation en divorce. Ensuite concernant les effets, ce nouveau divorce contrairement à l'actuel divorce pour rupture de la vie commune ne produit pas ceux d'un divorce prononcé aux torts exclusifs du demandeur.

Quatrième et dernière possibilité : lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune, le **divorce pour faute** peut être demandé par un des époux. Alors qu'on pouvait craindre sa suppression pure et simple, l'article 242 du code civil subsiste et fait l'objet d'une réécriture à droit constant.

Cependant, l'un des objectifs du législateur étant de réduire l'importance statistique de ce divorce, on peut penser qu'en revalorisant les autres formes, et en retirant à celui-ci son intérêt pécuniaire (en dissociant notamment les conséquences financières de l'attribution des torts), son importance statistique devrait diminuer lentement mais sûrement.

En conclusion, l'examen des nouvelles formes de divorce ne traduit pas un bouleversement radical du système antérieur mais plutôt une adaptation de ce dernier.

Sans aucun doute, la critique des esprits chimériques, ne se fera pas attendre.

Toutefois, on peut d'ores et déjà leur répondre que *« de toutes façons, il n'y a pas de loi idéale en matière de divorce puisque tout divorce est un petit ou un grand drame et que l'idéal ne prospère pas dans les drames »* (Hauser Jean, Cours polycopié première année, Droit de la famille, année 2003-2004, p.66 fasc.3).

Cédric Cyrille

\*\*\*\*\*

## Le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, succédant à la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 a modifié l'article 229 du Code civil relatif aux cas de divorce. Il peut toujours être prononcé en cas de consentement mutuel des époux et en cas de faute. Cependant, le divorce pour rupture de la vie commune a disparu de la liste des cas de divorce, qui s'est enrichi d'un divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage et d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal. Le « divorce accepté » se substitue à l'ancien divorce sur double aveu ou sur aveu indivisible, qui était une des deux espèces de divorce pour consentement mutuel. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal prend alors le relais de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune. Ils ont tous les deux une même cause objective, à savoir le constat par le juge de l'échec du mariage, sans qu'aucun élément de culpabilité, ni aucun aveu ou accord des époux ne soit nécessaire.

Une comparaison sommaire entre l'ancien divorce pour rupture de la vie commune

et le nouveau divorce pour altération définitive du lien conjugal<sup>1</sup> montre que la loi de 2004 a eu pour effet de faciliter l'accès à ce type de divorce, et d'en alléger considérablement les conséquences pour le demandeur, puisqu'il n'est désormais plus un divorce à charge.

### I- L'accès facilité au divorce.

La loi du 26 mai 2004 a facilité l'accès au divorce pour cause objective puisqu'elle a diminué le délai durant lequel la faillite du mariage devait être consommée avant qu'un époux puisse avoir accès au divorce. En outre, elle a fait disparaître la « clause d'exceptionnelle dureté », qui permettait au juge de rejeter la demande en divorce d'un des époux.

L'ancien divorce pour rupture de la vie commune pouvait avoir deux causes autonomes, à savoir la séparation de fait des époux, et le trouble mental de l'un d'eux, qui devaient perdurer depuis au minimum six ans à compter de l'introduction de la requête initiale en divorce.

Le nouveau divorce pour altération définitive du lien conjugal a pour cause unique la séparation de fait des époux. Sa durée minimale exigée a été considérablement réduite : elle doit avoir persisté durant deux années, au lieu de six. De plus, ce délai doit être apprécié à compter de l'assignation en divorce et non plus à compter de l'introduction de la requête initiale de divorce. La diminution de ce délai va faciliter l'accès à ce type de divorce. En outre, il n'est pas requis lorsque la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal est présentée à titre reconventionnel (art. 238).

Le trouble mental du conjoint n'est ainsi plus une cause autonome de divorce au sein du nouveau divorce pour altération définitive du lien conjugal. Le juge ne peut alors plus rejeter d'office la demande de divorce, dans le cas où il risquerait d'avoir des conséquences trop graves sur la maladie du conjoint. La disparition de ce cas d'ouverture autonome pourrait faire craindre une restriction de l'accès au divorce pour cause objective de faillite du mariage. Cependant, celui dont le conjoint est frappé d'une maladie mentale peut toujours obtenir le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Il suffit que l'époux malade soit hospitalisé depuis deux ans, ou que son conjoint s'en soit séparé de fait depuis deux ans.

Par ailleurs, l'accès au divorce pour cause objective est facilité au cas où le divorce aurait des conséquences extrêmement néfastes sur l'un des époux ou les enfants du couple. Alors que le juge pouvait rejeter la demande en divorce pour rupture de la vie commune au motif que le défendeur avait établi que celui-ci aurait pour lui, compte tenu de son âge et de la durée du mariage, ou pour les enfants, des

<sup>1</sup> Il est exclu de cette comparaison ce qui a trait à la prestation compensatoire. Cet aspect est traité de façon spécifique dans un autre article.

conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, cela est impossible s'agissant de la demande de divorce pour altération définitive du lien conjugal.

L'accès facilité au divorce pour cause objective peut permettre d'éviter l'enlèvement durable de la situation d'époux qui sont séparés de fait. Il fait cependant craindre, dans certains cas, l'abandon d'un époux malade mental, ou celui d'un époux pour lequel le divorce aurait des conséquences extrêmement éprouvantes, par un conjoint désireux d'obtenir le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

## II- La disparition d'un divorce à charge.

Contrairement au divorce pour rupture de la vie commune, celui pour altération définitive du lien conjugal ne produit pas les effets d'un divorce prononcé aux torts exclusifs du demandeur. Aussi, le fait qu'un époux mette un terme pendant deux ans au devoir de cohabitation, qui demeure inchangé, n'est-il pas sanctionné de façon systématique, ce qui est paradoxal<sup>2</sup>.

Toutefois, le défendeur peut se voir accorder des dommages intérêts «en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage», à la condition qu'il n'ait formé aucune demande en divorce<sup>3</sup>.

La protection de l'époux subissant le divorce pour cause objective ne sera désormais plus possible en amont puisque le divorce pour altération définitive du lien conjugal ne permet pas au juge de rejeter la demande pour cause d'exceptionnelle dureté, ni en aval puisqu'il n'est plus un divorce à charge. Il reste que sa protection pourra prendre la forme de l'octroi de dommages et intérêts une fois la demande de divorce acceptée, sous réserve que le juge estime qu'il subit effectivement des conséquences «d'une particulière gravité».

**Stéphanie Chrétien.**

<sup>2</sup> Voir en ce sens : T. GARE, «La réforme du divorce, entre innovation et droit constant (1<sup>ère</sup> partie)», *Personnes et famille*, n° 6, juin 2004, p. 6 et s., p. 7.

<sup>3</sup> Nouvel article 266 du Code civil.

\*\*\*\*\*

## **Nouveaux Aspects procéduraux du divorce**

C'est bien évidemment au plan procédural que la volonté du législateur de réformer le divorce prend toute sa dimension, comme en témoigne le décret d'application du 29 octobre 2004. Deux objectifs semblent avoir gouverné les dispositions nouvelles : alléger la procédure et anticiper le règlement des intérêts patrimoniaux des conjoints,

afin d'assurer une cohérence, souhaitée, avec le prononcé d'une prestation compensatoire.

Concernant l'allègement de la procédure, on doit distinguer la procédure applicable au divorce par consentement mutuel et la procédure applicable aux trois autres formes de divorce.

En premier lieu, c'est bien évidemment le nouveau divorce par consentement mutuel qui se trouve profondément remanié, même si la réforme est peut être plus apparente que réelle (voir en ce sens T. Garé : «La réforme du divorce entre innovations et droit constant» RJPF 2004, 7-8). La double comparution est supprimée, de même que la convention provisoire. Cette forme de divorce ne nécessite plus en effet qu'une seule comparution devant le JAF (article 250-1). La mesure est audacieuse bien que souhaitée par les praticiens. Le magistrat pourra cependant refuser d'homologuer cette convention s'il apparaît qu'elle ne protège pas suffisamment les intérêts des conjoints ou des enfants. Dans cette hypothèse, une nouvelle convention devra alors être présentée dans les 6 mois de l'ordonnance d'ajournement laquelle doit préciser les conditions et les garanties auxquels sera subordonnée l'homologation de la nouvelle convention. Si le JAF refuse d'homologuer cette nouvelle convention, la demande en divorce est réputée caduque (article 250-3 du code civil).

La volonté du législateur de privilégier cette forme de divorce se traduit par ailleurs au plan procédural par l'existence d'une passerelle (article 247 du Code civil) permettant aux conjoints, à tout moment de la procédure, de faire homologuer par le JAF une convention constatant leur accord pour voir prononcer un divorce par consentement mutuel.

Les trois autres formes de divorce obéissent quant à elles à une procédure identique. Tout divorce autre que le divorce par consentement mutuel suppose le dépôt d'une requête initiale qui n'a pas à indiquer les motifs du divorce (article 251). Le JAF convoque alors les conjoints pour une tentative de conciliation. Si celle-ci échoue, le JAF peut néanmoins prononcer tout ou partie des mesures provisoires prévues aux articles 254 à 257 (il peut notamment attribuer à l'un des époux la jouissance du logement et se prononcer sur le caractère gratuit ou non de celle-ci).

Dans les 3 mois du prononcé de l'ordonnance de non conciliation, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut assigner l'autre en divorce (article 1113 du NCPC). Passé ce délai les deux conjoints peuvent tenter concurremment la procédure et ce pendant une période de 30 mois qui suit l'ONC.

Il convient de remarquer que le choix d'un divorce pour acceptation de la rupture du mariage débarrassé du double aveu et de l'échange des mémoires, est déterminant à ce stade puisque l'accord des conjoints, constaté dès l'ordonnance de non conciliation (article 1123 du NCPC) n'est pas susceptible de rétractation, même en appel. Ainsi, si des conjoints, ayant tout d'abord opté pour un divorce pour altération définitive du lien conjugal ou pour un divorce pour

faute peuvent, en cours de procédure, décider d'adopter le divorce pour acceptation de la rupture du mariage(article 247-1), le contraire n'est pas possible car leur accord ne peut être rétracté.

La requête introductive d'instance doit par ailleurs comporter, à peine d'irrecevabilité (article 257-2) une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux<sup>2</sup>.

C'est donc de façon quelque peu coercitive que le législateur semble avoir appréhendé l'articulation de la liquidation des intérêts patrimoniaux du couple avec le prononcé de la prestation compensatoire. L'article 1115 du NCPC précise que cette proposition, qui ne saurait constituer une prétention, doit contenir un descriptif sommaire du patrimoine du couple et doit préciser les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou quant à la répartition des biens.

Afin d'anticiper au mieux le règlement des intérêts patrimoniaux des conjoints, le JAF peut d'ailleurs au titre des mesures provisoires (article 255 9° et 10°), désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux ou encore désigner un notaire afin d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager. L'ampleur et la complexité des opérations de liquidation justifiaient sans aucun doute que l'on s'en préoccupe le plus tôt possible dans la procédure. C'est désormais chose faite.

Pour parachever ce dispositif, la loi nouvelle prévoit enfin et c'est une nouveauté d'importance, un calendrier des opérations de liquidation. Ainsi, celles-ci doivent être effectuées dans l'année qui suit le jour où le jugement de divorce a acquis force de chose jugée. Si ce n'est pas le cas, le notaire devra alors dresser un procès-verbal de difficultés qu'il remettra au JAF lequel pourra accorder aux anciens époux un délai supplémentaire de 6 mois (article 267-1). Si à l'expiration de ce nouveau délai, les opérations de liquidation ne sont pas achevées, le notaire en informe le tribunal qui va statuer sur les contestations persistantes afin d'établir un état liquidatif.

On saura gré au législateur d'avoir enfin accordé au règlement des intérêts patrimoniaux des conjoints la place qui lui revient dans la gestion de leur séparation. La loi du 26 mai 2004 semble avoir, de ce point de vue, œuvré dans un souci de cohérence si souvent revendiqué en droit de la famille.

Cécile Arnaudin

\*\*\*\*\*

<sup>2</sup> Un projet de liquidation du régime matrimonial constitue également un préalable indispensable au prononcé du divorce par consentement mutuel (articles 230 et 232 du code civil).

## Le nouvel article 220-1 du Code civil

L'importance des objectifs assignés à la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce a conduit le législateur à modifier substantiellement l'une des dispositions les plus importantes<sup>3</sup> et les plus controversées des textes du Code civil constituant le régime primaire impératif. La loi du 13 juillet 1965 avait institué l'article 220-1 afin de permettre une intervention judiciaire ponctuelle en cas de crise conjugale menaçant l'intérêt de la famille. Selon les deux alinéas originels (et conservés) de l'article 220-1 du Code civil :

« si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts.

Il peut notamment interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou l'autre des conjoints. ».

Dès l'entrée en vigueur de cette disposition, la question de la détermination du domaine d'intervention du juge, en cas de manquement par un époux à ses devoirs et de mise en péril consécutive des intérêts de la famille, s'est posée avec acuité. La doctrine s'est divisée entre les partisans d'une interprétation maximaliste du texte, et ceux privilégiant une lecture minimaliste. Pour les premiers, l'article 220-1 du Code civil a été institué afin de permettre une véritable organisation judiciaire de la séparation de fait, et son recours investit le juge de la possibilité de prendre tout type de mesures, de nature tant patrimoniale qu'extra-patrimoniale, afin de préserver l'intérêt global d'une famille menacée de dislocation<sup>4</sup>. Pour les seconds, cette disposition du régime primaire impératif n'autorise d'intervention judiciaire qu'afin de formuler, à l'égard de l'époux fautif, des interdictions ponctuelles, aux implications limitativement patrimoniales et au caractère exclusivement conservatoire. Selon ces derniers, les conséquences personnelles de la rupture ne doivent ressortir que de l'application des dispositions propres au divorce<sup>5</sup>. Hors de cette hypothèse, il faut se garder de conférer aux juges une habilitation afin de prendre des mesures mettant en jeu la personne même des différents intéressés.

<sup>3</sup> V. en ce sens A. COLOMER, *Régimes matrimoniaux*, 11<sup>ème</sup> éd., Litec, 2002, n°136.

<sup>4</sup> V. par ex. Cl.-I. FOULON-PIGANIOL, « Les premières orientations jurisprudentielles de l'article 220-1 du Code civil », *DS* 1967, chron. p. 31. – Adde J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, n°151 s. – A. COLOMER, *op. cit.*, n°141, spé. p. 91.

<sup>5</sup> V. par ex. J. PREVAULT, « La femme, le tribunal et le préfet », *DS* 1968, chron. p. 11.

Cette division doctrinale est née de la construction ambiguë de l'article 220-1. La lecture isolée des termes généraux de son alinéa 1<sup>er</sup>, et la précision selon laquelle le juge peut prendre toute mesure dans l'intérêt de la famille, accrédite l'approche maximaliste du domaine d'intervention assigné au juge. Cependant, l'alinéa 2 n'énumère, à titre d'exemple, que des mesures à caractère patrimonial, consistant en des « restrictions judiciaires de pouvoir »<sup>6</sup>. Les auteurs ont pu gloser sur le sens à attribuer à l'emploi de l'adverbe « notamment », qui démentirait, en toute logique, le caractère limitatif des dispositions de l'alinéa 2. Cependant, l'analyse combinée des deux alinéas ne suggère-t-elle pas qu'en plus de donner des exemples d'hypothèses dans lequel le juge peut prendre des mesures urgentes dans l'intérêt de la famille, le législateur a également entendu circonscrire les limites du domaine d'intervention de l'édile ?

La jurisprudence, hésitante et parfois contradictoire, n'a jamais éteint la controverse doctrinale régnant entre les partisans respectifs des différentes lectures possibles de l'article 220-1 du Code civil. Toutefois, l'analyse des décisions relativement peu nombreuses se prononçant expressément sur la question trahit une lente, mais certaine, généralisation de l'option judiciaire pour une interprétation extensive<sup>7</sup>. En effet, alors que les premières décisions s'attachaient à cantonner à la matière strictement patrimoniale le domaine d'intervention possible du juge<sup>8</sup>, émanant les juges du fond n'hésitèrent pas à considérer expressément dans certaines décisions que « (...) ces dispositions ne sauraient se limiter aux intérêts patrimoniaux et exclure les intérêts moraux (...) », afin, par exemple, d'autoriser par le biais de l'article 220-1 le maintien provisoire de l'épouse au domicile conjugal<sup>9</sup>. Face à l'engagement quasi-

unanime de la doctrine en faveur d'une interprétation extensive du texte et de la souplesse de son usage en jurisprudence, on aurait pu gager qu'une réforme éventuelle de l'article 220-1 irait en ce sens, et consacrerait expressément ces solutions. Cependant, la modification opérée à l'occasion de la loi du 26 mai 2004 ne peut susciter qu'un avis contrasté. Selon les nouveaux alinéas 3 et 4 de l'article 220-1 du Code civil :

**« Lorsque les violences exercées par l'un des époux mettent en danger son conjoint, un ou plusieurs enfants, le juge peut statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal. Sauf circonstances particulières, la jouissance de ce logement est attribuée au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences. Le juge se prononce, s'il y a lieu, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution aux charges du mariage. Les mesures prises sont caduques si, à l'expiration d'un délai de 4 mois à compter de leur prononcé, aucune requête en divorce ou en séparation de corps n'a été déposée.**

La durée des autres mesures prises en application du présent article doit être déterminée par le juge et ne saurait, prolongation éventuellement comprise, dépasser trois ans ».

Le nouvel article 220-1 autorise désormais le juge, en cas de violence d'un des époux, à prendre les mesures à caractère extra-patrimonial les plus attendues et les plus utiles lorsque la crise du couple justifie une séparation de fait<sup>10</sup>. Le texte insiste également sur leur caractère provisoire, prévoyant leur caducité à l'échéance de 4 mois si une requête en divorce ou en séparation de corps n'a pas été introduite. Cette procédure d'éviction du conjoint violent doit être très favorablement accueillie. D'une utilité pratique incontestable, cette initiative légale est de surcroît conforme à l'objectif de protection du conjoint le plus faible affiché par le législateur<sup>11</sup>, et ce même antérieurement à la mise en œuvre de la procédure de divorce. Cependant, et sans s'attarder sur les oublis éventuels du législateur qui pourraient rendre délicate l'application concrète de ces mesures<sup>12</sup>, cette nouvelle disposition n'est pas dépourvue d'ambiguïté. On pourrait tout d'abord s'interroger sur le fait de savoir si, la caducité des mesures prises ayant été constatée au bout de 4 mois en l'absence de requête de divorce ou de séparation de corps déposée par l'époux demandeur, ce dernier

<sup>6</sup> J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, n°152.

<sup>7</sup> V. en ce sens J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2 : *la famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>ème</sup> éd., PUF Thémis, p. 512.

<sup>8</sup> Ainsi, le TGI Pontoise a considéré, le 23 mars 1966, qu'« (...) il ressort des textes et travaux préparatoires que la loi du 13 juillet 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux, n'a eu en vue que la réglementation des droits patrimoniaux des époux et que, lorsque l'article 220-1 donne au président du tribunal la possibilité de prescrire toutes les mesures que requièrent « les intérêts de la famille », il faut entendre uniquement les intérêts patrimoniaux (...) ». – *Adde* TGI Saint-Brieuc, 1<sup>er</sup> juin 1967 : *D.* 1967, somm. p. 89 ; *Gaz. Pal.* 1967, 2, p. 13.

<sup>9</sup> V. en ce sens TGI Saintes, 21 oct. 1969 : *JCP* 1970, IV, 223. – *Adde* Nancy, 12 déc. 1968 : *D.* 1969, p. 300. – *Adde* la surprenante décision du TGI Saint-Brieuc, 1<sup>er</sup> juin 1967 (*D.* 1967, somm. p. 89 ; *Gaz. Pal.* 1967, 2, p. 13), accédant à la demande de l'épouse sollicitant, en vertu de l'article 220-1 du Code civil, l'interdiction au mari alcoolique d'utiliser le véhicule dépendant de la communauté (V. sur cette question particulière J.

PREVAULT, « La femme, le tribunal et le préfet », *DS* 1968, chron. p. 11).

<sup>10</sup> Il a pu être remarqué qu'en permettant au juge d'organiser l'éviction du conjoint violent, l'alinéa 3 de l'article 220-1 du Code civil créait, « (...) à côté de l'article 258 du Code civil, un nouveau cas judiciaire de séparation de fait (...) » (Th. GARE, « La réforme du divorce, entre innovations et droit constant (1<sup>ère</sup> partie) », *Personnes et famille*, juin 2004, p. 6 s., spé. p. 7).

<sup>11</sup> V. Th. GARE, art. préc., spé. p. 6.

<sup>12</sup> V. sur la question Th. GARE, art. préc., spé. p. 6-7.

serait recevable à solliciter à nouveau l'éviction de son conjoint violent. Seule la mise en œuvre concrète de cette disposition permettra de se prononcer sur ce point, même si l'on peut d'ores et déjà gager que la question se jouera vraisemblablement sur le terrain de la légitimité de l'intérêt à agir, et que les juges aux affaires familiales auront la sagesse de refuser d'examiner les demandes manifestement dilatoires.

Plus généralement, il est à craindre que la nouvelle rédaction de l'article 220-1 n'ait pas tiré les leçons de la controverse passée, et qu'elle ne vienne relancer la polémique quant à la circonscription exacte des prérogatives du juge chargé de prendre les mesures urgentes dans l'intérêt de la famille. En effet, la lecture du nouvel alinéa ne permet pas de se prononcer sur le fait de savoir si ces nouvelles dispositions ne sont qu'une illustration exemplaire du principe général formulé dans l'alinéa premier, ou simplement l'expression d'une autorisation exceptionnelle et dérogoire faite au juge de prendre, en cas de séparation de fait, des mesures à caractère extra-patrimonial. On ne peut toutefois s'empêcher de penser que si les pouvoirs publics avaient entendu consacrer expressément le pouvoir des magistrats d'organiser judiciairement la séparation de fait, en encadrant par des mesures provisoires la phase transitoire traversée par les couples en discord, il eut assurément été préférable de supprimer purement et simplement les autres alinéas et de limiter à son premier alinéa l'article 220-1.

Cette amputation partielle aurait abouti à saper toutes les bases sur lesquelles se sont épanouies les contradictions jurisprudentielles quant au domaine à assigner à l'intervention du juge. Tout au contraire, la multiplication des exemples, pour laquelle semble avoir opté le législateur, offre certes aux magistrats la possibilité de prononcer, sans risquer de contestations, ces mesures souhaitables, mais comporte également le risque d'orienter ces derniers vers une lecture stricte de l'article 220-1, au risque de le sous-exploiter. Une fois encore, ce qui semble désormais s'apparenter à un véritable procédé législatif, à savoir la transcription imparfaite et incomplète au sein d'une loi nouvelle des enseignements tirés de la pratique jurisprudentielle, risque d'aboutir à une fragilisation de la situation du justiciable. En 2004 comme en 1965, il convient, une fois de plus, d'appeler à l'audace et à l'imagination des praticiens.

Jean-Christophe Pagnucco

\*\*\*\*\*

## La nouvelle prestation compensatoire ?

Réforme après réforme, le législateur n'en finit plus de retoucher la physionomie de la prestation

compensatoire. Après la loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant qui contenait des dispositions relatives à la révision de la prestation compensatoire pour les époux ayant choisi de divorcer sur requête conjointe<sup>13</sup>, c'est au tour de la loi du 26 mai 2004 d'apporter sa cohorte de modifications à la loi du 30 juin 2000. Une lecture globale de la loi permet de constater que la prestation compensatoire sort « grandie » de cette nouvelle avancée législative qui alterne entre réajustements et modifications plus profondes du régime de la prestation compensatoire.

### 1- Les réajustements législatifs :

Quant à son domaine tout d'abord, la prestation compensatoire s'est généralisée. Directement, le législateur favorise les accords entre époux relatifs à la prestation compensatoire (articles 268 et 279-1 du Code civil). Les conjoints peuvent notamment dans ces accords déterminer le montant de la prestation compensatoire et sa durée. Ces conventions devront être homologuées par le JAF. Indirectement ensuite, la prestation compensatoire subit les effets de la réorganisation des cas de divorce. La disparition du divorce pour rupture de la vie commune a entraîné de facto celle de la pension alimentaire. La prestation compensatoire pourra donc être prononcée en cas de divorce pour altération définitive du lien conjugal, au profit du demandeur ou du défendeur. Par ailleurs, les conséquences pécuniaires du divorce sont définitivement détachées des torts de la séparation. Ainsi, la prestation compensatoire déjà présente dans le divorce aux torts partagés mais qui jusqu'alors ne pouvait être accordée à l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce était prononcé, pourra dans cette hypothèse et « en fonction des circonstances » être attribuée à l'époux fautif (article 270 al 2). Gageons cependant que l'équité qui prévaut en matière de divorce comme ailleurs rendra cette faculté offerte au JAF très résiduelle.

Quant à sa fixation, à défaut d'accords passés entre conjoints, c'est le JAF qui devra fixer le montant de la prestation compensatoire en tenant compte des critères posés par l'article 272 du code civil. La loi du 26 mai 2004 a complété, en les précisant, les critères préexistants par la référence aux conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne.

Quant à sa forme, la prestation compensation bénéficie là encore d'une évolution favorable.

La réforme autorise ainsi tout d'abord le panachage des différentes formes de capital permettant notamment de combiner des versements périodiques avec l'attribution de biens en propriété<sup>14</sup>. Mais

<sup>14</sup> A noter cependant, que le nouvel article 274 du code civil exige l'accord du de l'époux débiteur pour l'attribution en propriété de biens qu'il a reçus par succession ou donation.

surtout, tenant compte des critiques qui avaient fait suite à l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 qui avait mis un terme aux prestations mixtes, la loi du 26 mai 2004 réintroduit la possibilité pour le juge de liquider la prestation compensatoire à la fois sous forme de rente viagère et sous forme de capital. Cela devrait notamment permettre, dans l'hypothèse fréquente où le débiteur de la prestation n'a pas la possibilité de payer un capital important d'éviter que le créancier ne soit contraint de solliciter le bénéfice de l'aide sociale pour faire face à ses besoins une fois le capital attribué consommé. La prestation compensatoire a certes un caractère indemnitare, mais elle conserve un caractère alimentaire qui se trouve conforté par cette possibilité pour le juge de prononcer des prestations mixtes. En même temps, le législateur a limité les inconvénients pouvant découler d'un tel réajustement en modifiant en profondeur le régime de la prestation compensatoire au décès du débiteur de cette dernière.

## 2- Les modifications législatives :

Si le législateur s'est montré, dans la loi du 30 juin 2000, particulièrement réceptif aux plaintes exprimées par les débiteurs de prestations compensatoires, il ne s'était en revanche guère soucié de leurs héritiers. Lorsque la prestation était liquidée sous forme de capital échelonné sur plusieurs années, l'ancien article 275-1 du code civil prévoyait la transmission passive du solde du capital aux héritiers du débiteur et l'ancien article 276-2 prévoyait de la même manière la transmission passive de la prestation compensatoire liquidée sous forme de rente viagère. Certes, dans la première hypothèse, les héritiers du débiteur pouvaient, à tout moment se libérer du solde du capital et dans tous les cas, ils avaient la possibilité de demander la révision de la prestation dans les mêmes conditions que le débiteur lui-même. Il n'en résultait pas moins que lorsque ces derniers jouissaient d'un certain confort financier, ils se voyaient alors contraints d'assumer la dette de prestation compensatoire alors même que la succession du débiteur décédé aurait été insuffisante à l'apurer. Si la solution pouvait être acceptée lorsque les héritiers du débiteur de la prestation étaient en même temps les descendants du créancier, elle était en revanche plus discutée en cas de reconstitution familiale.

La transmissibilité passive de la prestation compensatoire aux héritiers du débiteur est désormais largement marginalisée. En effet, si elle subsiste, ce n'est qu'à titre exceptionnel, à condition que ces derniers le décident ensemble en s'obligeant personnellement au paiement de cette prestation. Le nouvel article 280-1 impose alors, à peine de nullité, que l'accord soit constaté dans un acte notarié. Réserve faite de cette exception, le paiement de la prestation compensatoire, quelle que soit sa forme est en principe, à la mort de

l'époux débiteur, prélevé sur la succession. Le paiement est supporté par tous les héritiers qui n'y sont pas personnellement tenus, dans la limite de l'actif successoral et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires, proportionnellement à leur émolument, sous réserve de l'application de l'article 927 du code civil. Lorsque la prestation compensatoire a été fixée sous forme d'un capital échelonné, l'article 280 prévoit l'exigibilité immédiate du capital indexé. Lorsqu'elle a été fixée sous forme de rente, le même texte décide qu'il lui est substitué un capital immédiatement exigible. La loi du 26 mai 2004 protège donc les héritiers du débiteur qui, en tout état de cause, ne sont plus tenus du paiement de la prestation compensatoire qu'intra vires héréditaires. La modification reste toutefois sans effet pour le second conjoint qui se verrait attribuer indépendamment de toute vocation successorale l'intégralité de la communauté via l'article 1524 du Code civil.

La seconde modification significative apportée au régime de la prestation compensatoire est issue du décret du 29 octobre 2004 qui, modifiant le NCPC, prévoit dans le nouvel article 1079 alinéa 2 que la prestation compensatoire peut être assortie de l'exécution provisoire, en cas de recours sur la prestation compensatoire alors que le divorce a acquis force de chose jugée, et lorsque l'absence d'exécution aurait des conséquences manifestement excessives pour le créancier. Cette mesure sera particulièrement bienvenue pour les conjoints dans le besoin privés par le prononcé du divorce du maintien du devoir de secours entre époux.

Cécile Arnaudin  
Bertrand Gaboriau

\*\*\*\*\*

## **Le nouveau régime des libéralités entre époux : la fin des incertitudes**

Parmi les dispositions que comporte la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, quelques unes sont de nature à apporter un certain apaisement dans la situation patrimoniale de tous les époux, et pas seulement de ceux qui traversent une crise conjugale.

Les modifications que cette loi effectue, en premier lieu, dans le statut des libéralités entre époux sont ainsi destinées à assurer une plus grande sécurité juridique au conjoint bénéficiaire et, par voie de conséquence, à ses ayants cause : les donations de biens présents consenties pendant le mariage ne sont désormais plus révocables *ad nutum* (art. 1096 mod.), et il n'existe par ailleurs plus de risque d'annulation pour les donations simulées (art. 1099, al. 2 abrogé). Il est à ce propos plaisant d'observer que, par ce retour au droit commun, le législateur du divorce manifeste une certaine confiance vis-à-vis de l'union matrimoniale : sont en effet supprimées des règles qui tiraient du mariage une cause d'infériorité statutaire, et qui reposaient sur la crainte excessive qu'une libéralité, lorsqu'elle est faite entre époux, soit le résultat d'un abus d'influence, ou soit motivée par

# les personnes et la famille

## Bulletin du CERFAP

Centre d'études et de recherches  
en droit de la famille et des personnes



UNIVERSITÉ MONTESQUIEU  
BORDEAUX IV

Numéro 6 – novembre 2004

### EDITO

#### Remue-ménage !

Un mariage sur trois se termine par un divorce. On ne pouvait plus l'ignorer. Le divorce « mal nécessaire » (1884), « pis-aller à organiser » (1975) est devenu une issue banalisée du mariage dont il faut prendre son parti. Dès lors, plutôt que d'y entrer juridiquement à reculons, en multipliant tout pour l'éviter, il devenait urgent d'en prendre une vision positiviste et positive et de terminer l'œuvre entreprise en 1975. Des cas largement renouvelés, un projet de liquidation-partage des biens intégré dès le départ au processus et accompagnant le partage des personnes, des aiguillages considérablement améliorés vers un accord total ou des accords partiels, une volonté constante d'apaisement déjà réalisée pour le sort des enfants par les lois précédentes (4 mars 2002), la loi du 26 mai 2004 est une loi moderne à partir d'une France réelle et non d'une France reconstruite selon les idéologies ou les modes intellectuelles dominantes. Son pari le plus risqué est celui de la construction progressive d'une « équipe » juge, notaire, avocat invités à enterrer la hache de guerre....C'est pour ces professions la dernière chance d'un divorce judiciaire avant le déplorable saut philosophique que serait le divorce administratif, puissent-elles la saisir ! Les amateurs de rapprochement imprévu auront noté qu'est paru le 23 août 2004 le décret d'application de la loi MURCEF permettant la constitution de holding de sociétés d'avocats et de notaires. On peut y voir plus qu'un symbole et, de plus, un symbole européen.

Jean Hauser

\*\*\*\*\*

#### La réforme du divorce : les cas d'ouverture.

La loi du 11 juillet 1975 a été dans l'ensemble une réussite d'efficacité. Toutefois, près de 30 ans après une rénovation s'avérait nécessaire afin de remédier aux différents inconvénients. La loi du 26 mai 2004, opère-t-elle une révolution fondamentale ? Si l'on s'en tient uniquement aux nouveaux cas de divorce, le législateur semble

n'avoir procédé qu'à des ajustements, si bien que la doctrine parle d'une « réforme de surface » (*La réforme du divorce, entre innovations et droit constant*, par Thierry Garé, Revue juridique personne et famille, n°6, juin 2004, p).

Quelles sont les possibilités offertes aux « divorçants » ?

Première possibilité : les époux sont d'accord sur le principe du divorce et les conséquences de celui-ci. La loi leur offre le **divorce par consentement mutuel** (qui n'est que la reprise de l'actuel divorce sur requête conjointe.). Cette forme de divorce est bien entendu interdite à toute personne qui se trouve hors d'état d'exprimer un consentement valable. Les effets sont réglés comme aujourd'hui par voie de convention soumise à homologation, le juge pouvant refuser cette dernière s'il estime que les intérêts des enfants ou de l'un des époux ne sont pas assez protégés.

Deuxième possibilité : les époux ne sont d'accord que sur le principe de la rupture du mariage. La loi leur offre le **divorce accepté** (qui succède à l'actuel divorce sur demande acceptée). On peut toutefois relever deux innovations : d'une part, la demande peut être formée par les deux époux. D'autre part, la loi nouvelle prévoit que l'acceptation donnée devant le juge est définitive et ne peut être rétractée même par voie de l'appel. Cette disposition pourrait expliquer la présence obligatoire de deux avocats par la loi, l'un de leurs rôles étant sans doute de prévenir les époux sur la portée de leur acceptation.

Troisième possibilité : la communauté de vie a cessé entre les époux depuis au moins deux ans lors de l'assignation en divorce. La loi leur offre la possibilité d'un divorce **pour altération définitive du lien conjugal** (il succède à l'actuel divorce pour rupture de la vie commune). Il s'agit d'un véritable divorce pour cause objective à l'image de ce qui se fait dans d'autres pays (l'Allemagne par exemple ne connaît que ce type de divorce).

L'innovation se fait plus grande sur ce point. En effet, d'importantes différences sont à relever. Tout d'abord, concernant les conditions : la notion d'altération du lien conjugal ne recouvre plus que la disparition de la communauté de vie entre les époux. Il faut noter également, la disparition de la clause de dureté (la loi nouvelle ne semble pas se préoccuper du conjoint non fautif), et enfin la durée de la séparation qui est ramenée à deux ans (au lieu de six), délai devant être apprécié lors de l'assignation en divorce. Ensuite concernant les effets, ce nouveau divorce contrairement à l'actuel divorce pour rupture de la vie commune ne produit pas ceux d'un divorce prononcé aux torts exclusifs du demandeur.