



HAL
open science

Le divorce ne serait-il que question d'argent ?

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Le divorce ne serait-il que question d'argent?. Archives de philosophie du droit, 2014. hal-04015392

HAL Id: hal-04015392

<https://hal.science/hal-04015392>

Submitted on 5 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le divorce ne serait-il que question d'argent ?

par Méлина Douchy-Oudot, Professeur à l'Université de Toulon, Laboratoire du CDPC (UMR-DICE n° 73-18)

Que le divorce soit une question d'argent n'aura échappé à personne. La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce en dissociant, notamment, la cause des effets du divorce a réduit substantiellement les divorces prononcés aux torts exclusifs de l'un des époux au profit des divorces acceptés ou par consentement mutuel, par cela seul qu'il n'y a plus d'intérêt pécuniaire, ou presque, à rechercher les fautes de l'époux. Nul ne prétendrait pourtant que le divorce ne soit que cela.

Le divorce redessine les configurations de la famille et, avec elle, les besoins de ses membres. Au-delà du lien dissous, les prestations compensatoires, les pensions alimentaires, les pensions de réversion au prorata des années de mariage, prouvent que la capacité dissolvante du divorce sur le mariage ne l'est pas sur la famille née du mariage aujourd'hui rompu. En vis-à-vis du divorce et des questions patrimoniales lors de son prononcé, se dresse la vie des familles ayant connu la rupture du lien à l'origine de leur naissance. Les enjeux pour les familles divorcées se concentrent sur la survivance du lien familial, désormais, détaché du lien matrimonial.

Mais l'admission d'un droit du divorce a des répercussions bien au-delà des familles en ayant eu l'usage. Le divorce, la chose est connue, dessine en creux le mariage, source du lien de famille. La stabilité familiale tenait grandement à la force de l'engagement résultant de l'échange des consentements des promis. Dans cette perspective, avec le doyen Jean Carbonnier, reconnaissons que « (...) le divorce a été l'irruption brutale d'une possibilité toute nouvelle et ici, si disposé que l'on soit à dire que rien ne change, il faut bien admettre que quelque chose a changé »¹. Le divorce opère une forme de désacralisation du lien, ce qui rejaille sur l'institution matrimoniale elle-même. La famille connaîtra par l'effet de vases communicants, en contrecoup de l'ascension d'un droit subjectif au divorce, la concurrence naturelle d'autres modes de conjugalité. Le divorce a invité ces nouvelles conjugalités et a remis en cause l'institution du mariage comme seul accès à la vie de famille. Les liens de famille peuvent se former hors mariage, non seulement ils le peuvent ce n'est pas nouveau, mais le droit de la famille, et le droit tout entier si l'on observe aussi le droit de la famille hors le Code civil, ne distingue plus entre les différentes formes qui en permettent l'accès. L'existence du lien familial se constitue indépendamment de tout lien matrimonial.

Henri Batiffol s'interrogeait il y a presque trente ans, dans la même collection, sur cette question qu'il disait lui-même classique : « est-ce le droit par l'action du législateur et des tribunaux, qui transforme la famille, ou est-il seulement possible de consacrer les mœurs, ou n'y a-t-il pas action et réaction dont il faudrait essayer de déterminer la mesure respective ? »². Le divorce pose à terme la question du domaine d'intervention de l'Etat dans la constitution du lien de famille, et donc, nécessairement, du rôle du droit et de la norme. Corrélativement, la légitimité de l'intervention de l'Etat ne se pose plus seulement sur le contenu ou la force du lien consenti, mais sur la rupture du lien, sa protection et le contrôle des modalités de la rupture, autrement dit sur les procédures de divorce. « La technique n'existe jamais en Droit à l'état pur, elle engage toujours des valeurs »³. On souhaite d'autant plus contrôler en aval, que l'on aura protégé en amont. Les projets contemporains de déjudiciarisation du divorce s'expliquent, dit-on, par des considérations budgétaires. Ils se justifient

¹ Ecrits de Jean Carbonnier, éd. PUF, 2008, p. 114.

² « Existence et spécificité du droit de la famille », in Réformes du droit de la famille, APD 1975, T.XX, p. 7.

³ Ph. Malaurie, « Mariage et concubinage en droit français contemporain », eod. op., p. 17.

également par une redistribution des rôles de l'Etat et des volontés privées dans la constitution du lien de famille, et corrélativement du lien matrimonial.

I - La survivance du lien familial ou les enjeux du divorce pour les familles

Plus qu'une séparation, le divorce est une rupture pouvait écrire H. Batiffol. La rupture du lien matrimonial aura nécessairement des répercussions sur la vie de famille dont il a été l'origine. Le mariage rompu donne naissance à ce que l'on a pu appeler les familles divorcées. La famille ne disparaît pas avec le divorce, elle doit intégrer au présent un passé révolu (A) tout en permettant à l'avenir de trouver sa place (B).

A – La survivance du passé

Au moment du divorce, la vie des époux se trouve bouleversée. Bouleversée parce que le mariage est le lieu du don des personnes. Le divorce est sinon une hérésie, du moins un mal. Il vient dissoudre un lien qui était la conséquence directe de ce don. Toute la vie des intéressés semble à terre. Les souvenirs ensemble seront entachés d'une amertume qu'ils n'auraient jamais dû avoir, les sentiments et l'affection ont perdu leur direction et les personnes sont contraintes d'admettre la fragilité de la parole donnée et du don qu'elles ont fait. Il va falloir à chacun la force de se reconstruire et le temps sera souvent le seul remède efficace pour résoudre les multiples remises en cause qui suivent la perte de confiance, en soi-même et dans l'autre. Car le divorce qui dissout, pour l'avenir, un lien ne saurait empêcher pour le passé le lien rompu. Le législateur aura beau vouloir consacrer les effets du divorce au moment de son prononcé autant qu'il est possible, le divorce reste une blessure lente à guérir dans les familles. Il n'est pas de divorce joyeux. Il y a quelque illusion à prétendre faire table rase du passé pour reconstruire une nouvelle vie, tout simplement parce que les personnes seront devenues ce qu'elles sont par cela même qu'elles veulent à présent détruire et dissoudre.

Après divorce, il y a toujours survivance du passé, et les enjeux du divorce sont dans cette survivance pour les familles. Il va falloir résoudre des questions aussi basiques que le logement, les ressources et plus largement le niveau de vie. Le divorce question d'argent ne l'est que parce qu'il doit permettre à chacun des époux et, souvent des familles lorsqu'il y a enfant, d'envisager, le mieux possible, la façon de vivre séparé. Le cœur dans la procédure de divorce, spécialement lors de l'audience de non conciliation, n'est plus d'offrir un lieu possible de réconciliation, mais une écoute sur les attentes de chaque époux une fois la rupture consommée, autrement dit sur la vie à venir, donc sur les effets du divorce. La médiation, devenue médiation obligatoire devant certaines juridictions, doit permettre ce lieu d'expression des souffrances et, à partir de celles-ci, l'exacte formulation des attentes. Il faut non pas dédramatiser le divorce, il reste un drame, mais désamorcer le conflit en lui donnant un lieu d'expression adéquat, afin que ceux qui sont parfois devenus des belligérants, puissent convenir ensemble de l'après. Car le divorce pour les familles divorcées est en réalité la question de l'après divorce.

Le divorce est une question d'argent qui porte en elle-même la vie de la famille divorcée en particulier la volonté, difficilement réalisable, de maintenir le niveau de vie d'avant divorce (1). Alors que l'enjeu réel reste, en présence d'enfants, la conjugaison de deux données contradictoires la disparition du lien conjugal et le maintien du lien parental (2). Ces questions d'argent, jamais, ne sauraient être réduites à un simple aspect patrimonial, et lorsque le droit ne donne que des réponses de cet ordre, les difficultés ne sont pas résolues et le contentieux prospère. Le mariage lie les aspects personnels et patrimoniaux, sans qu'il soit possible de démêler la part des uns et des autres dans le

fondement du lien des personnes⁴. Le divorce, il va de soi, lorsqu'il essaie de régler les questions patrimoniales ne doit pas oublier cet enchevêtrement d'intérêts qui dépasse le patrimoine des personnes à délier.

1 – Le maintien du niveau de vie

La prestation compensatoire a été instituée, en 1975, à un moment où le divorce prenait une ampleur importante du fait de la pluralité de ses causes. Le pluralisme juridique, et le désengagement du droit de toutes valeurs morales objectives, trouve ses lettres de noblesse dans la loi du 11 juillet 1975 sous la plume du doyen Jean Carbonnier⁵. L'accès libre au divorce risquait de laisser des époux, surtout des épouses, démunis du fait de la dissolution du lien. Le schéma social restait l'épouse au foyer pour éduquer les enfants et s'occuper de la famille. Lourde tâche qui pour autant ne donnait lieu qu'à la reconnaissance et à l'amour des gratifiés, le mari, et les enfants mais bien plus tard souvent. Le divorce laissait ces femmes désargentées, sans aide de l'Etat et sans soutien familial. La prestation a été une reconversion spécifique de la banale pension alimentaire ajoutant aux aliments, la compensation objective de la perte d'un niveau de vie. Plus exactement, il s'est agi de compenser la disparité objective dans les conditions de vie des époux, aux termes de l'article 270 CC de « compenser autant qu'il est possible la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux ».

L'évolution sociale, en particulier le travail des deux époux dans les foyers, souvent d'ailleurs par nécessité économique, et les réformes de la prestation compensatoire, par la loi du 26 mai 2004, et antérieurement par la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, obligent à repenser les finalités, ou à tout le moins, le fondement de cette prestation. Mais le lien matrimonial dissous par le divorce reste présent par ce versement, souvent fraction d'un capital, pendant plusieurs années après le divorce. L'enjeu n'est pas simplement pécuniaire lorsque les personnes souhaitent sinon oublier, du moins poursuivre une vie distincte du passé, entendons pas là sans la présence de celui ou de celle qu'elles auront quitté.

Un autre enjeu du divorce est celui du logement de la famille divorcée. En présence d'enfants, la question prend une ampleur particulière. Le législateur a donc veillé à protéger ce logement familial en dépit de la disparition du lien matrimonial. Il y a un aspect pécuniaire important, mais l'aspect patrimonial porte une autre réalité, le maintien de la cohésion familiale et du lieu d'éducation des enfants, le maintien des liens avec les établissements scolaires, le maintien des liens sociaux et d'amitié tissés autour du lieu d'habitation.

Enfin, au quotidien, la question des pensions alimentaires est un vrai souci pour les familles divorcées proches souvent, même si ce n'est parfois que pour un temps, des familles monoparentales ou unilinéaires. La personne, chez laquelle les enfants résident, doit assumer leur charge avec l'aide de l'autre parent qui s'est engagé ou a été condamné à verser une pension alimentaire mensuelle. Le non-paiement des pensions alimentaires est tellement habituel que le législateur a adopté de multiples mesures pour suppléer la carence du parent débiteur. L'après divorce devient une question d'argent cruciale, vivace et source de contentieux important.

⁴ Là est d'ailleurs l'une des difficultés à laquelle sera confronté le juge au moment d'apprécier ou non le détournement de l'institution matrimoniale : D. Fenouillet, « Le détournement d'institution familiale », Mélanges Ph. Malaurie, éd. Defrénois 2005, spéc. p. 244.

⁵ Dont la pensée ne saurait être justement comprise que si l'on se rappelle que cette place laissée libre par le droit devait pour lui être prise par d'autres normes de régulation sociale et, notamment, la religion.

La difficulté est accentuée par cette présence d'enfants, le lien dissous n'empêchant pas le maintien de l'autre dans les comptes et dans les pensées au-delà même de la majorité des enfants communs.

2 – Le maintien du lien parental

Là est sans doute l'apport essentiel du droit du divorce au droit de la famille dans les années 1980. Le législateur s'est ingénié à poser, puis maintenir un principe de coparentalité, ayant ses origines dans la disparition de la puissance paternelle avec la loi du 4 juin 1970. Lors du divorce, la loi du 22 juillet 1987 défend l'exercice conjoint de l'autorité parentale, en dépit de la séparation des parents, le juge peut l'ordonner s'il est de l'intérêt de l'enfant. La loi du 8 janvier 1993 atténue, afin d'asseoir le principe de coparentalité, la distinction entre famille légitime et famille naturelle. I. Théry et F. Dekeuwer-Defossez iront plus loin dans le rapport « *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps* » remis au Garde des sceaux en septembre 1999. Le lien unissant les parents est indifférent par rapport au lien unissant chaque parent à l'enfant. Un alignement est opéré par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 entre toutes les familles. Il s'agit de raisonner, selon les éléments du rapport, à partir « du couple parental ». Aux conséquences du divorce pour les enfants, l'article 286 CC procède, purement et simplement, par renvoi : « Les conséquences du divorce pour les enfants sont réglées selon les dispositions du chapitre Ier du titre IX du présent livre », autrement dit au titre commun du Code civil consacré à l'autorité parentale.

Seraient-elles communes les règles relatives à l'autorité parentale sont essentielles dans le contexte du divorce ; le divorce, pour les familles, a pour enjeu l'enfant. La coparentalité est faite de dispositions harmonieuses. La séparation est sans incidence sur la dévolution de l'autorité parentale et chacun des parents doit informer l'autre des changements de résidence, et aider au maintien des relations personnelles avec l'autre parent. Dans les faits, la situation est, toujours, plus difficile, car il n'est plus de famille unie, les parents se sont séparés et l'enfant ne vit plus dans le même lieu avec ses père (s) et/ou mère (s) pour l'aimer et l'aider à grandir. Le divorce est la rupture d'unité de vie pour l'enfant.

La disparition du lien entre les époux a, nécessairement, une incidence sur le lien parental. Par le fait tout simple que chacun va reprendre sa vie de son côté, il n'y a plus unité de lieu au plan géographique qui aille de soi. Le plus souvent le parent chez lequel l'enfant résidera l'éduquera quotidiennement. Or, l'éducation n'est pas faite de grands principes assésés en fin de semaine ou tous les quinze jours, mais d'une infinité de détails que seule la présence journalière permet de relever, de redresser. Certes, l'exercice conjoint suppose que les décisions importantes relatives à l'enfant soient encore prises à deux, mais chacun sait que dans la réalité celui chez lequel l'enfant ne réside pas n'aura pas tous les éléments pour trancher, d'une part, et n'interviendra, d'autre part, que pour s'opposer aux situations manifestement abusives. La modification préconisée par l'actuelle proposition de loi, en examen devant le Parlement⁶, avec l'insertion d'un article 372-1 CC ne changera pas cet état de fait. L'alinéa premier disposerait : « Tout acte de l'autorité parentale, qu'il ait un caractère usuel ou important, requiert l'accord de chacun des parents lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale. Cet accord n'est pas présumé pour les actes importants ». Si le lieu de résidence de l'enfant ne porte pas atteinte juridiquement au principe de coparentalité entendu de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, il reste essentiel pour celui ou ceux qui souhaitent véritablement assumer leur fonction parentale, pour utiliser une terminologie moderne.

⁶ Proposition de loi n° 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, art. 4.

Ceci est tellement vrai qu'au détriment de l'unité de vie de l'enfant, le législateur, en 2002, consacre la possibilité d'un double lieu de vie : « la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux » (CC, art. 373-2-9, al. 1). Dira-t-on que c'est là l'intérêt de l'enfant, que le couple parental est distinct du couple conjugal ? Dans la réalité, cet élément n'est pas fait pour apaiser le moment de la rupture du lien matrimonial ! Et l'on ne sera pas étonné de la férocité que peuvent prendre certains divorces lorsque se profile le danger de la résidence alternée. Ceux qui se séparent, pour des raisons qu'ils estiment propres à rendre intolérable la vie commune, vont devoir continuer à se faire confiance pour ce qui constitue, en général, plus que leur propre vie ? Le législateur, plus pragmatique, continue à le penser, qui n'a pas hésité à proposer une modification des règles relatives à la détermination du lieu de domiciliation de l'enfant lors de la séparation. L'article 373-2-9, al. 1^{er} deviendrait : « « En application des deux articles précédents, *la résidence de l'enfant est fixée au domicile de chacun des parents* selon les modalités déterminées d'un commun accord entre les parents ou à défaut par le juge »⁷, entériné en première lecture, dans le texte adopté le 27 juin 2014, par l'Assemblée nationale. Cette double domiciliation revient, indirectement, à prendre le risque d'une résidence alternée imposée.

N'est-ce pas là dire que la séparation des membres du couple, et donc des époux par le divorce, aura des conséquences directes sur les enfants et qu'il est pour le moins illusoire de prétendre au maintien d'un couple parental uni, lorsque le couple conjugal a été dissous ? Les familles divorcées vont devoir s'accommoder de cette survivance du passé, le lien parental obligeant les parents à conserver des relations personnelles, alors que la rupture du lien conjugal les conduirait plutôt à ne plus se fréquenter. A côté de ce passé révolu dont les conséquences sont pleinement dans le présent, il faudra encore trouver des réponses juridiques pour permettre à l'avenir de trouver sa place.

B – L'intégration de l'avenir

Les divorcés, en se libérant du lien matrimonial, ont repris leur liberté, liberté de convoler, de se pacser ou de se marier à nouveau. Le nouvel état de vie de chacun des ex-époux aura une répercussion sur la vie de la famille divorcée. Il faudra parfois neutraliser le passé (1), en particulier s'agissant des questions patrimoniales, et, dans tous les cas, en présence d'enfant du premier lit ou de lits précédents, intégrer les nouveaux venus dans la vie de famille, en particulier le beau-parent (2).

1 – La neutralisation du passé

Le divorce va neutraliser le passé. L'un des enjeux du divorce reste la consistance du patrimoine à l'issue de l'opération. Le droit patrimonial de la famille, constitué des régimes matrimoniaux, libéralités et plus largement du droit des successions, intègre la question du divorce au moment ou au cours du mariage, parce que le divorce reste manifestement une question d'argent. Il s'agit souvent pour les notaires chargés de conseiller les époux d'intégrer l'avenir, à savoir l'éventualité du divorce, et donc de préserver, en amont, le patrimoine personnel de l'époux.

La loi du 26 mai 2004 a, cependant, réduit le champ d'action du divorce dans la réflexion patrimoniale en bouleversant les dispositions relatives au sort des avantages matrimoniaux et aux donations entre époux. Si, auparavant, il était distingué selon la cause du divorce pour connaître l'issue patrimoniale du bien donné après divorce, aujourd'hui la distinction se veut objective entre donation de biens présents au cours du mariage et donations de biens à venir. Les biens donnés pendant le mariage sont irrévocablement les biens de l'époux bénéficiaire, deviendrait-il époux divorcé, alors que pour les biens à venir le seul prononcé du divorce, quelle que soit sa cause, les anéantit, sauf volonté

⁷ Proposition de loi n° 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, article 7.

contraire du donateur. Pour les apports pendant le mariage, il faudra se reporter au contrat de mariage. Ceci figure à l'article 265 CC en trois alinéas.

L'avenir de la personne mariée, s'il devient le divorce, ne lui permettra pas de bénéficier des biens qu'elle aurait eus si elle n'avait pas divorcé. Soit. Mais pour la donation de biens présents prenant effet au cours du mariage, et par extension pour les avantages matrimoniaux dans les mêmes conditions, le législateur, en 2004, refuse toute incidence au divorce. Ils restent la propriété pleine et entière de la personne en ayant bénéficié, serait-elle depuis divorcée. Fi l'ancien article 1096 CC ! La Cour de cassation l'a d'ailleurs clairement exprimé dans un arrêt remarqué du 14 mars 2012⁸, la clause de non divorce insérée dans une donation de biens présents est nulle. La neutralisation du passé est possible par le divorce pour les effets futurs que le mariage pourrait produire, en revanche le divorce ne dissout le lien que pour l'avenir, il ne saurait jouer comme nullité, et les biens et avantages donnés en cours de mariage ne peuvent plus, en principe, être remis en cause. L'irrévocabilité des biens donnés compense sans doute l'absence d'indissolubilité du lien des personnes.

La discussion développée au prétoire rejoint de façon plus large la question de la gestion du « risque du divorce » sur laquelle les professeurs Hauser et Groutel ont déjà réfléchi à propos du paiement de la prestation compensatoire⁹. Non sans humour et, hélas, non sans pertinence, le professeur Jean Hauser reposait la question lui donnant pour amplitude le divorce en son entier dans un article à l'intitulé éclairant : « Prolégomènes : s'assurer contre la séparation de son couple ? Une conventionnalisation préventive du divorce »¹⁰. S'assurer sur un risque revient à neutraliser ses effets en cas de réalisation, afin de préserver les intérêts de celui qui l'aura subi. Le défaut s'agissant de l'assurance est que l'on ne peut en principe s'assurer lorsque l'on est à l'origine du sinistre subi, or qui oserait prétendre dans un divorce que la cause de réalisation ne doit être placée que dans l'autre conjoint ?

Si le droit patrimonial de la famille a connu un tel regain d'intérêt chez les juristes ces dernières décennies, cela tient de façon générale aux transformations familiales intéressant la filiation, les conjugalités, les séparations, les apports du droit de l'Union européenne, mais également à la multiplicité des divorces et, à leur suite, des remariages ou recompositions familiales qui rendent ubuesques parfois les situations patrimoniales à démêler. Le divorce, en créant la famille divorcée, doit intégrer ce mouvement prévisible de la vie future de l'ex-époux et de sa famille. La neutralisation du passé, si elle permet autant que possible de redonner à chacun des ex-époux une autonomie patrimoniale acceptable au regard de la consistance de leur patrimoine, n'a pour but que de leur permettre de reprendre vie nouvelle. L'intégration de l'avenir par cette neutralisation du passé s'ouvrira très souvent sur des recompositions familiales, transformant la famille divorcée en famille recomposée. Le parent, aujourd'hui divorcé, chez lequel n'a pas été fixé la résidence de l'enfant devra composer avec le ou la nouvelle venue que l'on désigne par le terme générique de « beau-parent ».

2 – La place du beau-parent

L'un des enjeux du divorce tient à la redéfinition des liens de solidarité et de leur éventuelle accession à la qualification de lien de famille. Par décision sur « QPC » le Conseil constitutionnel a rappelé l'importance du point de savoir qui est membre d'une famille et ce qu'il faut entendre par lien familial à propos de la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les

⁸ Civ. 1^{re}, n° 11-13.791, D. 2012, 1386, obs. J. Marrocchella, note A. Posez ; AJ fam. 2012, 223, obs. S. David ; RTD civ. 2012, 300, obs. J. Hauser et 357, M. Grimaldi.

⁹ D. 1995, p. 11 ; question désormais résolue par l'article 277 CC résultant de la loi du 30 juin 2000.

¹⁰ RTD civ. 2011, 519.

mineurs dans le Code pénal¹¹. Les solidarités familiales posent également la question de la détermination du lien justifiant l'entraide entre les personnes. Les cercles de solidarité s'étendent à mesure de l'éclatement des liens familiaux¹². La famille divorcée, devenue famille recomposée, va intégrer dans son cercle de nouveaux venus, les enfants de lits précédents, parfois les enfants issus de la nouvelle union, et, dans tous les cas, le beau-parent.

La question de la place de ce beau-parent est essentielle lorsqu'en contemplation se trouve le parent divorcé qui ne vit plus avec l'enfant. Quelle doit être la place de l'un et de l'autre ? Les réflexions orientées vers le statut du beau-parent ont été assez vite abandonnées¹³. Le dernier rapport « *Filiation, origines, parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* »¹⁴, daté de 2014, sous la présidence d'Irène Théry, avec pour rapporteur le professeur A.-M. Leroyer, préconise plusieurs solutions, dont certaines ont été reprises dans la proposition de loi en cours d'examen au Parlement. La solution serait, a minima, le mandat d'éducation quotidienne : « Art. 373-2-1-1. – Sans préjudice de l'article 372-2, le parent peut, avec l'accord de l'autre parent, donner un mandat d'éducation quotidienne à son concubin, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou conjoint avec lequel il réside de façon stable pour chacun des enfants vivant avec le couple. Le mandat, rédigé par acte sous seing privé ou en la forme authentique, permet au concubin, partenaire ou conjoint d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale pour la durée de la vie commune (al. 1). Le mandat peut être révoqué à tout moment par le mandant. Il prend fin de plein droit en cas de rupture de la vie commune, de décès du mandant ou du mandataire ou de renonciation de ce dernier à son mandat (al. 2) »¹⁵. Il est également proposé de modifier les modalités propres à la délégation de l'autorité parentale de l'article 377 CC en adoptant le système bien rodé de la convention homologuée : « Les parents qui exercent conjointement l'autorité parentale peuvent saisir le juge aux affaires familiales, afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent le partage de tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale avec un tiers » (al. 1)¹⁶.

Le divorce n'est pas que question d'argent. Il aura pour effet de remettre en cause de façon substantielle le lien familial né du lien matrimonial dissous. Cette remise en cause qui n'était jusqu'alors que factuelle, le beau-parent n'ayant aucun droit reconnu, devient juridique par la reconnaissance et l'ascension de ses droits. Dira-t-on que le droit n'agit que sous couvert du consentement des parents concernés ? Qu'il est de l'intérêt de l'enfant que celui avec lequel il vit puisse agir dans sa vie quotidienne et avoir une place particulière dans l'éducation de cet enfant ? Il ne nous appartient pas ici d'entrer dans ce débat, mais juste de souligner ce qui est si évident pour la plupart des couples qui divorcent, l'enjeu est celui des enfants, et, en droit, l'enjeu est celui de la fonction parentale. La multiparentalité qui est apparue au cœur des familles recomposées s'est déplacée au stade de l'établissement du lien familial lui-même, ainsi les multiples discussions actuellement sur la filiation. L'autonomie du lien familial a eu pour point de départ l'atteinte à la stabilité familiale par le divorce.

¹¹ DC, QPC, 17 février 2012, n° 2012-222 QPC.

¹² Notre étude : « Les solidarités familiales », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, ss dir. E. Putman, J.-P. Agresti, C. Siffrein-Blanc, éd. PUAM 2013.

¹³ Étude de législation comparée n° 196 - avril 2009 - Le statut du beau-parent.

¹⁴ Sur le fond, notre étude « Les nouvelles configurations familiales », à paraître Revue Kephias, 2015, n° 1.

¹⁵ Proposition relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, texte adopté n° 471, 27 juin 2014, Assemblée nationale, art. 10.

¹⁶ Texte en discussion, op. cit., art. 14.

II – L'autonomie du lien familial ou les enjeux du divorce pour l'Etat

Le divorce a libéralisé le droit de la famille, figure de proue de sa contractualisation¹⁷. Le mariage est devenu un mode de conjugalité parmi d'autres (A) dont il est légitime de se demander, avec nombre d'autres pays, si le divorce est toujours une protection adaptée du lien familial au moment de la rupture (B). Là sont les enjeux de la question du divorce pour l'Etat.

A – Le mariage, un mode de conjugalité parmi d'autres

La dispute a porté un temps chez les juristes sur l'accord, non plus seulement en genre, mais en nombre du mot famille. Famille ou famille (s) ? Si certains, dont nous faisons partie, ont tenu à maintenir le singulier de la notion de famille, c'est essentiellement en raison de l'unité familiale révélée par le mot indépendamment des aspects protéiformes de la famille dans les faits. C'est aussi en raison d'une conception du rôle du droit et de la norme dans le champ social, ici familial. La famille est constituée de l'union d'un homme et d'une femme par le mariage afin d'offrir un cadre stable à l'éducation des enfants et de se soutenir mutuellement. Elle inclut la génération par le lien d'alliance. Mais la réalité sociologique et l'approche positiviste du droit ont conduit, au contraire, à traduire en droit les multiples possibilités du lien de famille. Le droit ne défend plus l'institution du mariage à l'aube du XXIème siècle (1) et reconnaît l'autonomie consécutive du lien de famille (2).

1 – L'horizon des familles à la fin du XXème siècle et au début du XXIème siècle

Il serait inexact de prétendre que le divorce est chose récente. Les révolutionnaires ont en 1792 retenu du mariage sa nature seulement contractuelle, admettant au revers la dissolution du lien par simple volonté unilatérale, la fameuse « incompatibilité d'humeur »¹⁸. Si la restauration conduit à l'abolition du divorce, en 1816, ce sera la fameuse loi Naquet de 1884 qui rétablira le divorce pour faute, et ce jusqu'à la loi du 11 juillet 1975 modifiant l'esprit du texte et opérant un changement radical en instituant un divorce que l'on a pu dire « à la carte », en raison de la diversité des causes de la rupture.

Progressivement, le mariage, lieu de stabilité familiale, s'est vu attaqué de toute part par le droit, d'aucuns diront par les mœurs. Le divorce bien sûr a été la pierre angulaire de la transformation annoncée des liens de famille, mais celui-ci a été préparé par la reconnaissance d'un régime commun entre tous les enfants, d'où qu'ils soient issus, avec la loi du 3 janvier 1972 instaurant une timide égalité des filiations, laquelle a prospéré avec la loi du 25 juin 1982 sur le rôle de la possession d'état, jusqu'à prendre toute la place, à l'époque contemporaine, avec l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, ratifiée, après quelques modifications majeures, par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, le tout aboutissant, comme chacun sait, à la disparition de toute distinction entre famille légitime et famille naturelle, sans réelle opposition chez les juristes¹⁹.

La même évolution s'est fait jour s'agissant de l'autorité parentale. Le détachement qui a été analysé, au début de cette étude, entre le lien matrimonial et le lien familial est passé par une autonomie de la parenté par rapport au lien fondateur de celle-ci, le mariage. Le rapport Dekeuwer-

¹⁷ F. Dekeuwer-Defossez, « Divorce et contrat », in D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 68 s. ; F. Terré, Sens de la divortialité. Libres propos, JCP éd. G. 2011, 3 ; J. Hauser et P. Delmas-Saint-Hilaire, Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ?, Defrénois 2005, art. 38115.

¹⁸ Jacques Bouveresse, « *Le couple et l'individu : la socialisation à l'épreuve de la liberté occidentale* », Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Le droit entre tradition et modernité, éd. Dalloz 2012, p. 39 s.

¹⁹ Cependant : Y. Lequette, « Le nominalisme législatif en matière de filiation », Mélanges G. Viney, 2008, p. 651 s.

Defossez de 1999 précité, précédé en 1998 de celui d'Irène Théry²⁰, est explicite qui préconise la construction d'un droit commun de la séparation vis-à-vis des enfants indépendamment du lien ayant uni les parents.

C'est dans ce contexte, fort bien orchestré juridiquement pour une évolution que l'on présente spontanée des mœurs, que la famille est devenue, en droit, les familles. Les conjugalités ne désignent plus le lien conjugal de l'époux et de l'épouse. Les conjugalités désignent, en droit, toutes les formes de couple, le pacte civil de solidarité, entre personnes de même sexe ou de sexe différent, le concubinage, entre personnes de même sexe ou de sexe différent, résultant de la loi n° 1999-944 du 15 novembre 1999, et le mariage, entre personnes de même sexe ou de sexe différent, résultant de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

2 – L'autonomie consécutive du lien de famille

Il n'est donc pas du tout surprenant de lire les propositions du rapport Théry en 2014, déjà cité, sur lesquelles ont notamment travaillé certains de nos collègues juristes parmi lesquels, outre le Professeur Leroyer, H. Fulchiron, P. Murat, L. Brunet, S. Bollee, H. Bosse-Platière, J. Sosson, sur « *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* ». Le constat de départ est au demeurant pertinent : « Une véritable métamorphose de la conjugalité a été mise en œuvre. Notre société a substitué au modèle du mariage traditionnel (par hypothèse hétérosexuel et procréatif, fondé sur la hiérarchie entre hommes et femmes et idéalement indissoluble) un nouveau droit du couple : égalitaire, commun et pluraliste. Mariés, pacsés et concubins, de sexe différent et de même sexe, cohabitent désormais au sein du droit civil de la famille. L'institution en 2013 du mariage des couples de personnes de même sexe a parachevé cette grande mutation. Même si une société évolue toujours et qu'une transformation n'est jamais achevée, il est clair que les bases d'un « nouveau régime » du couple au XXIème siècle sont désormais posées. Les questions encore en suspens en matière de conjugalité consistent principalement à en tirer toutes les conséquences ». Ce faisant et forts de ces encouragements, il faut bien reconnaître que le divorce aujourd'hui apparaît comme une protection inadaptée du lien familial au moment de la rupture.

B – Le divorce, une protection inadaptée du lien familial

Le divorce est une protection inadaptée car, à supposer que le mariage soit encore une institution²¹, il est limité à la rupture du lien matrimonial. Le lien familial ne saurait être réduit en droit positif, ainsi qu'il a été montré, à cette seule configuration de la famille. Il paraît bien excessif de demander à l'Etat une telle préférence pour l'état matrimonial à un moment où tout est fait pour rendre égal toutes les formes d'union par ailleurs. L'égalité dans l'union doit se retrouver, semble-t-il, dans la désunion. Or, l'égalité est le maître mot de l'évolution connue par le droit de la famille et par les transformations familiales. Dans un domaine voisin, il n'est que de songer à la disparition préconisée de l'article 371 CC disposant que « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » pour un contenu tout égalitaire : « Les parents et les enfants se doivent mutuellement respect, considération et solidarité »²².

Curieusement, c'est sans doute parmi de fervents défenseurs de la diversité familiale et de la contractualisation du mariage, que l'on trouve le plus de réticence aux projets de déjudiciarisation du

²⁰ Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privé, éd. Odile Jacob, La documentation française, 1998.

²¹ Sur la notion : E. Antonelli, « Le droit, institution sociale », Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, éd. Dalloz 1961, p. 7 s.

²² Proposition de loi n° 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, texte n° 471 adopté par l'Assemblée nationale le 27 juin 2014, art. 2 bis (nouveau).

divorce, non sur les projets eux-mêmes, mais sur le principe même d'une déjudiciarisation. Si on laisse de côté les nostalgiques du mariage-symbole qui se marient encore parce que vis-à-vis des tiers – ils ont souvent vécu ensemble quelques années auparavant en concubinage ou en pacs – il s'agit de donner à leur engagement un caractère public conférant un semblant de solidité au lien consenti, il y a parmi les opposants à la déjudiciarisation, ceux qui pensent que les époux aptes pour se marier et pour décider de la durée, voire de la teneur de leur engagement, ne le sont pas pour se séparer. Les enjeux du divorce pour les époux, pour les enfants seraient trop importants pour laisser les divorcés à eux-mêmes sans le secours de la protection juridictionnelle, incarnée par le juge aux affaires familiales et les procédures adaptées au conflit de la famille.

Outre le fait que les enjeux du divorce ne sauraient aujourd'hui être différents de ceux des autres couples qui se séparent, s'agissant des aspects pécuniaires - il est préconisé notamment d'étendre le mécanisme des prestations compensatoires aux personnes pacées – mais également des aspects extrapatrimoniaux, en particulier des enfants, toute l'autorité parentale va dans le sens d'une autonomie du couple parental, il apparaît que des solutions graduées pourraient être adoptées sans qu'elles puissent être développées dans les limites imparties à cette étude²³.

Le droit comparé, fort riche d'enseignement, montre que les divorces ne sont pas tous judiciaires et que les ex-époux ne s'en portent pas plus mal. Aux conventions de divorce homologuées par le juge, solution préconisée massivement en droit français et encouragée si besoin par le recours à la médiation familiale, répondent à l'étranger le divorce on-line évitant tout déplacement pour consultation chez l'avocat. Mais la phase finale de déjudiciarisation est dans la disparition du caractère juridictionnel du divorce, fi des procédures de divorce ! Deux voies principales peuvent être parcourues chez nos voisins selon l'étude du Professeur J. Pousson-Petit, les modes alternatifs de règlement des litiges du droit anglo-saxon et le divorce administratif admis en Norvège et au Danemark²⁴.

Il pourrait paraître surprenant, sous notre plume, de voir soutenir des divorces-démariages²⁵, d'abord en tant que processualiste, ensuite en raison de l'attachement toujours affirmé à la famille traditionnelle²⁶. Mais les projets de déjudiciarisation ne sont que le résultat de l'évolution antérieure du droit de la famille dont le fondement se trouve, certes dans la contraception ainsi qu'il a été possible de le lire²⁷, mais aussi dans l'avènement du divorce par la loi du 11 juillet 1975 et du choix du pluralisme juridique, entendu du désengagement du droit s'agissant des valeurs²⁸. Ce désengagement a conduit, sans aucun paradoxe, à un monisme juridique dans les effets, et à l'avènement de nouvelles valeurs - le droit, n'en déplaise, n'est jamais neutre - fondées sur la toute-puissance de l'individu exprimée dans la litanie des droits.

Une chose est de constater, autre chose d'approuver. Ceux pour qui le mariage n'est pas qu'un lien dissoluble, laissé au bon vouloir de la volonté des époux, savent que le relais a été pris par d'autres normes de régulation sociale. Il n'est pas sûr pour autant que la République laïque trouve un intérêt réel à ce changement de perspectives s'agissant de l'existence d'un socle commun des valeurs en France²⁹.

²³ B. Beignier, Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire, Dr. fam. 2008, étude 12.

²⁴ « La contractualisation du droit de la famille en droit comparé », éd. PUAM 2013, spéc. p. 120 s.

²⁵ La réflexion a été initiée : M. Meulders-Klein, « Le démariage consensuel », D. 1995, p. 559.

²⁶ La réforme du mariage, Approche critique sur les mutations familiales, ss notre dir., éd. DMM 2013.

²⁷ Rapport remis par M. Godet et E. Sullerot, La famille, une affaire publique, La documentation française 2005.

²⁸ Désengagement qui conduit, sans aucun paradoxe, à un monisme juridique dans les effets, à ceci près que le modèle de référence n'est plus celui du mariage.

²⁹ Voir notre étude : « Le socle commun des valeurs de la République », in *La morale laïque*, Colloque de l'Observatoire sociopolitique du diocèse Fréjus-Toulon, 22 février 2014, éd. Libertés politiques 2014.