

Les outils du procès familial équitable

L'exposé des motifs du projet de loi qui a abouti à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce indiquait que la réforme avait notamment pour ambition de « *rendre les procédures plus efficaces et moins conflictuelles* ».

Tarir ce qui pouvait encore alimenter les conflits judiciaires entre les époux, tel était déjà l'un des objectifs poursuivis par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, qui a "sorti les enfants du divorce".

La loi du 26 mai 2004 s'inscrit dans la continuité : le divorce, consécration juridique de l'échec du mariage, n'a pas vocation à ajouter aux épreuves que traversent les époux et, le cas échéant, leurs enfants.

On dénonçait le dévoiement du divorce pour faute, utilisé pour contraindre un époux non fautif à la séparation, ou pour échapper au paiement d'une prestation compensatoire.

La loi nouvelle a substitué le divorce pour altération définitive du lien conjugal au divorce pour rupture de la vie commune : la séparation de fait requise pour obtenir le divorce est réduite à deux ans ; il ne s'agit plus d'un divorce à charge pour le demandeur.

Les conséquences pécuniaires du divorce ont été définitivement dissociées de l'attribution des torts. La disposition qui interdisait d'accorder une prestation compensatoire à l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce était prononcé a disparu.

Mais la procédure de divorce elle-même était accusée d'envenimer les conflits familiaux.

L'audience de conciliation était inévitablement polluée par la discussion sur les griefs ; la procédure pour faute était l'occasion de « *déballages intimes, à grand renfort d'attestations, de témoignages, voire de production de courriers du conjoint ou de journaux intimes* », instaurant un climat « *délétère* »¹.

Le diagnostic étant ainsi posé, il restait à trouver les remèdes. C'est ce à quoi le législateur s'est employé², en gardant à l'esprit que, plus que toute autre procédure juridictionnelle, le procès familial doit être empreint de loyauté.

¹ Rapport fait au Sénat, au nom de la commission des lois, sur le projet de loi relatif au divorce, par M. P. Gélard.

² Art. 248 et suivants du code civil ; art. 1075 et suivants du nouveau code de procédure civile.

L'examen de la jurisprudence récente enseigne, à cet égard, qu'il appartient avant tout aux avocats d'encourager les époux à coopérer loyalement, d'une part, à la recherche d'une séparation pacifique (I) et d'autre part, à un règlement rapide des questions pécuniaires et patrimoniales (II).

I. La coopération loyale des époux au service d'une séparation pacifiée

La loi du 26 mai 2004 a cherché à éliminer ce qui, dans la procédure de divorce, était de nature à alimenter les conflits.

La requête initiale ne fait plus état des griefs (A) ; l'exigence de loyauté dans l'administration de la preuve a été réaffirmée (B) ; les passerelles vers les procédures de divorce amiable ont été multipliées (C).

A/ L'absence d'indication des motifs du divorce dans la requête initiale

La procédure de divorce – on écarte ici l'hypothèse du consentement mutuel - s'ouvre désormais par un "cessez-le-feu" qui doit, non pas permettre une réconciliation des époux – nul n'y croit plus vraiment- , mais leur laisser la possibilité de trouver un terrain d'entente sur les modalités de leur séparation.

La requête initiale ne doit faire état d'aucun grief.

La prohibition est énoncée à l'article 251 du code civil ; et l'article 1106 du nouveau code de procédure civile précise que « *la requête n'indique ni le fondement juridique de la demande en divorce ni les faits à l'origine de celle-ci* ».

Les récriminations, les reproches, les doléances sont donc, pour un temps, tenus à l'écart du débat.

On peut regretter, néanmoins, que le pouvoir réglementaire n'ait pas parachevé la démarche du législateur en assortissant la prohibition d'une sanction efficace.

Aucune sanction n'étant prévue, la requête qui énonce des griefs n'est pas irrecevable ; les motifs qu'elle invoque sont simplement non avenus.

Dès lors, il appartient aux avocats de faire respecter cette exigence, en refusant de motiver leurs requêtes.

La loyauté s'impose encore dans l'administration de la preuve.

B/ La réaffirmation de l'exigence de loyauté dans l'administration de la preuve

L'exigence de loyauté justifie, en premier lieu, que les descendants ne puissent être entendus sur les griefs invoqués par les époux³.

On sait, d'ores et déjà, que la prohibition ne concerne que l'instance en divorce et que le témoignage des enfants est recevable, par exemple, dans le procès pénal intenté par une épouse se prétendant victime de violences conjugales⁴.

En revanche, dans le cadre de la procédure de divorce, sa portée est étendue : les descendants ne peuvent témoigner ni directement, ni indirectement

La Cour de cassation a ainsi jugé que la remise par un descendant d'une lettre qui lui avait été adressée par un de ses père et mère équivalait au témoignage prohibé par l'article 205 du nouveau code de procédure civile⁵, de même que l'attestation de la mère de l'épouse relatant les propos de ses petits-enfants⁶.

Il a également été décidé que le conjoint divorcé d'un descendant ne pouvait être entendu dans une procédure de divorce⁷, non plus que son concubin⁸, ce qui a constitué un revirement⁹.

Pour autant, la règle n'est pas absolue.

Elle cède, tout d'abord, devant l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, qui procède également du principe de loyauté.

Il a ainsi été décidé qu'un époux qui avait lui-même produit le procès-verbal d'audition de son fils pour établir les griefs invoqués contre son épouse à l'appui de sa demande n'était pas recevable à soutenir une thèse contraire à ses écritures d'appel en demandant que la pièce soit écartée des débats¹⁰.

³ Art. 259 du code civil ; art. 205 du nouveau code de procédure civile.

⁴ Crim., 21 février 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 49, p. 87.

⁵ 2^e Civ., 5 juillet 2001, *Bull.* 2001, II, n° 129, p. 86.

⁶ 1^e Civ., 3 novembre 2004, *Bull.* 2004, I, n° 239, p. 200.

⁷ 1^e Civ., 14 février 2006, *Bull.* 2006, I, n° 71, p. 69.

⁸ 2^e Civ., 10 mai 2001, *Bull.* 2001, II, n° 94, p. 62.

⁹ Par rapport à : 2^e Civ., 25 novembre 1992, *Bull.* 1992, II, n° 276, p. 137.

¹⁰ 1^e Civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 04-12.798, PA, 23 mars 2006, p. 14, note J. Massip.

Par ailleurs, il a récemment été jugé que la prohibition du témoignage des descendants n'interdisait pas à un mari d'apporter la preuve de l'infidélité de son épouse en produisant les examens sanguins qui établissaient qu'il n'était pas le père biologique de certains de ses enfants.

La Cour de cassation a estimé qu'un tel moyen de preuve, qui ne remettait pas en cause le lien de filiation, était recevable¹¹.

Les circonstances de l'affaire méritent d'être rappelées.

Alors qu'un des enfants âgé de 14 ans, doit subir une appendicectomie, le père découvre que leurs groupes sanguins respectifs ne sont pas compatibles. Son fils n'est donc pas "son" fils ; il ne tarde pas à apprendre que sa fille cadette n'est pas non plus "sa" fille...

C'est ainsi que, sans fraude ni abus, il acquiert, 15 ans après les faits, la preuve de l'infidélité de son épouse, qui le conduit à demander le divorce pour faute.

Le juge aux affaires familiales saisi refuse de prendre en considération un élément de preuve qui remet en cause une paternité qui ne peut plus être juridiquement contestée.

La cour d'appel adopte une position contraire, et rappelle que l'infidélité est un fait juridique qui se prouve par tous moyens.

Raisonnement approuvé par la Cour de cassation qui considère que les juges du fond n'ont fait qu'exercer leur pouvoir souverain d'appréciation quant à la valeur et à la portée d'un élément de preuve, sans remettre en cause la filiation des enfants.

La solution ouvre des perspectives aux plaideurs, mais elle restera cantonnée à l'hypothèse où l'époux a eu loyalement accès à la vérité biologique.

Le recours à l'examen des empreintes génétiques est exclu, puisqu'il ne peut, en matière civile, être demandé que par un juge, dans le cadre d'une action relative à la filiation¹².

S'agissant de l'examen comparé des sangs, on peut imaginer que les enfants majeurs ne pourront s'y soumettre volontairement, sans tomber sous le coup de la prohibition énoncée par l'article 259 du code civil.

Reste à savoir s'il est désormais envisageable de solliciter du juge aux affaires familiales qu'il ordonne une expertise sanguine. Les juges du fond l'avaient jusqu'à présent exclu¹³.

¹¹ 1^o Civ., 28 février 2006, *Bull.* 2006, I, n^o 113, p. 105.

¹² Art. 16-11 du code civil.

L'exigence de loyauté commande, en second lieu, que soient écartés des débats les éléments de preuve obtenus de manière déloyale.

Mais la loi ne perd pas de vue les nécessités du droit à la preuve : seules les pièces obtenues par violence ou par fraude sont frappées d'infamie¹⁴.

Il est traditionnellement admis, tout d'abord, que les lettres soient produites aux débats sans le consentement de l'expéditeur et du destinataire, sauf à avoir été obtenues par violence ou par fraude¹⁵.

S'agissant du journal intime, les accommodements avec l'exigence de loyauté sont encore plus contestables.

Il faut d'emblée rappeler que ce que contient le journal intime n'est pas nécessairement la vérité objective, de sorte que le juge devra faire la part entre « *le mensonge romantique et la vérité romanesque* »¹⁶.

Comme la lettre, le journal intime peut être versé aux débats dès lors qu'il n'a pas été obtenu par violence ou par fraude.

Mais on perçoit d'emblée que, plus encore que la lettre, le journal intime a vocation à le rester ; s'il se trouve entre les mains d'un tiers, fût-ce le conjoint, on ne peut que présumer qu'il a été soustrait.

Pourtant, la Cour de cassation décide qu'il ne suffit pas, pour le faire écarter des débats, d'alléguer qu'il a été subtilisé¹⁷.

Entre droit à la preuve et droit au respect de la vie privée, le premier l'emporterait donc, sous réserve du principe de loyauté.

Mais que reste-t-il de la loyauté dès lors qu'un époux s'empare d'écrits qui ne lui sont pas destinés...

Les solutions jurisprudentielles ont été consacrées par le législateur.

A la suite de son examen par le Sénat, le projet d'article 259-1 était ainsi rédigé :

¹³ Voir les décisions citées par A. Rieu, in *Un nouveau mode de preuve de l'adultère : l'expertise sanguine*, PA 7 novembre 2006, p. 10.

¹⁴ Art. 259-1 du code civil.

¹⁵ 2^e Civ., 29 janvier 1997, *Bull.* 1997, II, n° 28, p. 15.

¹⁶ R. Girard, *Mensonge romantique et vérité romanesque*, Grasset, 1961.

¹⁷ 2^e Civ., 6 mai 1999, *Bull.* 1999, II, n° 85, p. 63, D. 2000, p. 557, note C. Caron, JCP 1999 éd. G, II, 10201, note Garé, RTDCiv. 1999, p. 608, note J Hauser.

« Un époux ne peut verser aux débats les communications échangées entre son conjoint et un tiers qu'il aurait obtenues par violence ou fraude.

Un époux ne peut pas non plus verser aux débats le contenu des écrits personnels appartenant à son conjoint qu'il aurait obtenu par fraude ou violence ».

La notion de « *communications* » englobait les courriers électroniques ; celle d'« *écrits personnels* » visait le journal intime.

Finalement, le législateur a opté pour une formule plus générale, visant tous les « *éléments de preuve* ».

Il faut encore préciser que le courrier électronique doit naturellement être traité comme la correspondance classique, dès lors qu'il constitue une correspondance au sens de l'article 432-9 du code pénal¹⁸.

Là encore, c'est aux avocats qu'il incombe, au premier chef, de veiller à ce que la loyauté des débats ne soit pas entachée par la production d'éléments de preuve n'ayant pas vocation à être mis sur la place publique, le tout sous le contrôle du juge.

C/ La multiplication des passerelles

Enfin, la loi du 26 mai 2004 encourage les époux à se tourner, à tout moment, vers une procédure de divorce amiable.

La passerelle du divorce contentieux vers le divorce par consentement mutuel¹⁹ a été élargie : elle peut être mise en œuvre à tout moment, même si une décision au fond est intervenue ; le choix peut donc être opéré en cause d'appel.

Les époux qui, s'étant engagés dans une procédure de divorce pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, s'entendent finalement sur le principe du divorce, peuvent également se tourner vers le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage²⁰ et ce, à tout moment de la procédure.

La solution se substitue avantageusement au prononcé du divorce aux torts partagés sans énonciation des griefs, qui était précisément utilisé lorsque, après la conciliation, les époux tombaient d'accord sur le principe de la séparation.

¹⁸ TGI Paris, 2 novembre 2000, D. 2000, IR 286.

¹⁹ Art. 247 du code civil

²⁰ Art. 247-1 du code civil.

Enfin, la loi nouvelle permet à l'époux qui s'est initialement prévalu de l'altération définitive du lien conjugal de modifier le fondement de sa demande, et de revenir vers un divorce pour faute en cas de demande reconventionnelle pour faute de son conjoint²¹.

Il s'agit d'éviter l'écueil auquel se heurtait l'époux qui, ayant demandé le divorce pour rupture de la vie commune, ne pouvait ensuite opposer à son conjoint, qui formait une demande reconventionnelle pour faute, son propre comportement fautif.

La loyauté doit également présider au règlement des conséquences pécuniaires et patrimoniales du divorce.

²¹ Art. 247-2 du code civil.

II. La coopération loyale des époux au règlement de leurs intérêts pécuniaires et patrimoniaux

La séparation peut entraîner une disparité entre les conditions de vie respectives des époux, à laquelle la prestation compensatoire a pour objet de remédier. Pour permettre son évaluation au plus juste, les époux doivent souscrire une déclaration sur l'honneur (A).

Lorsqu'ils divorcent par consentement mutuel, les époux liquident leurs intérêts patrimoniaux et financiers en même temps que leur mariage. Dans les autres hypothèses, le législateur a souhaité que les époux mettent à profit le temps du divorce pour prévenir les litiges afférents à la liquidation du régime matrimonial (B).

A/ La prestation compensatoire

La prestation compensatoire est fixée à la lumière des déclarations sur l'honneur que les époux sont tenus de souscrire en application de l'article 272 du code civil, depuis la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire.

Quelle que soit la procédure de divorce empruntée, les époux doivent fournir « *au juge une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie* ».

Cependant, le texte ne prévoit pas de sanction.

La Cour de cassation a décidé, dans un premier temps, que les juges du fond ne pouvaient se prononcer sur la prestation compensatoire sans inviter les parties à fournir la déclaration sur l'honneur²².

Elle décide désormais que le défaut de production de la déclaration sur l'honneur ne remet en cause la recevabilité, ni de la demande de prestation compensatoire²³, ni de celle tendant à son rejet²⁴.

Elle juge également que celui qui s'est abstenu de produire la déclaration sur l'honneur, mais également celui qui a omis d'en réclamer la production, ne peuvent ériger leur propre carence en grief²⁵.

²² 2^e Civ., 14 novembre 2002, *Bull.* 2002, II, n° 255, p. 201 ; 14 novembre 2002, n° 254, p. 200 ; 11 juillet 2002, n° 164, p. 131.

²³ 1^e Civ., 11 janvier 2005, *Bull.* 2005, I, n° 13, p. 9.

²⁴ 1^e Civ., 23 mai 2006, *Bull.* 2006, I, n° 260, p. 228.

²⁵ 1^e Civ., 14 mars 2006, *Bull.* 2006, I, n° 147, p. 134 ; 3 novembre 2004, n° 240, p. 201.

Enfin, elle décide que les juges du fond n'ont pas à faire spécialement mention dans leur décision de la déclaration sur l'honneur²⁶.

Par ailleurs, cette déclaration n'est revêtue d'aucune force probante particulière : sa valeur et sa portée sont souverainement appréciées par les juges du fond²⁷.

Il appartient donc à l'avocat de faire en sorte que la production de la déclaration sur l'honneur demeure une exigence effective.

Il doit non seulement inviter son client, demandeur ou défendeur à l'action en divorce, à souscrire une déclaration sur l'honneur, mais encore à l'établir avec toute la sincérité requise.

La production d'une déclaration sur l'honneur qui ne rend pas fidèlement compte de la situation patrimoniale et financière de son auteur, tombe non seulement sous le coup de l'incrimination de faux et usage de faux, mais elle expose son auteur aux sanctions du recel de communauté, à une action en complément de partage ou encore à une action en paiement de créances entre époux.

Pour fixer la prestation compensatoire, le juge doit notamment avoir égard au patrimoine des époux après la liquidation du régime matrimonial. Il en sera d'autant mieux tenu compte que la liquidation a été préparée précocement.

B/ La liquidation du régime matrimonial

Diverses mesures tendent à empêcher que, le divorce prononcé, le conflit conjugal ne se cristallise sur la liquidation des intérêts financiers. Il s'agit d'éviter un « divorce-bis » (1)

La proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux, applicable aux divorces contentieux, est le principal outil mis à la disposition des époux (2).

1. La loi nouvelle incite les époux à préparer sans attendre la liquidation de leur régime matrimonial.

Lors de l'audience de conciliation, le juge peut tout d'abord désigner, au titre des mesures provisoires, un notaire ou un autre professionnel chargé

²⁶ 1^{er} Civ., 6 juillet 2005, *Bull.* 2005, I, n^o 308, p. 257.

²⁷ 1^{er} Civ., 22 mars 2005, *Bull.* 2005, I, n^o 146, p. 124.

d'élaborer un inventaire estimatif assorti de propositions ou un projet de liquidation du régime matrimonial²⁸.

On peut sans doute regretter que la lenteur du travail des notaires ait favorisé la résurgence de comportements dilatoires, consistant à faire perdurer les avantages résultant de l'ordonnance de non-conciliation (pension alimentaire, jouissance gratuite du domicile conjugal...).

Pour autant, cette mesure provisoire ne doit pas être négligée car le recours au notaire impose aux époux une transparence patrimoniale et financière qui permet d'asseoir la fixation de la prestation compensatoire sur des bases plus solides.

Et elle est plus avantageuse que la possibilité offerte par l'ancien article 1116 du nouveau code de procédure civile de « *charger un notaire ou un professionnel qualifié d'établir un projet de règlement des prestations et pensions après divorce* » ou de « *donner mission à un notaire de dresser un projet de liquidation du régime matrimonial* », qui ne s'appliquait que pendant l'instance en divorce.

Autre mesure de simplification, le juge peut, lors du prononcé du divorce, accorder aux époux une avance sur leur part de communauté ; si le projet de liquidation établi par le notaire dans le cadre des mesures provisoires comporte des informations suffisantes, il peut même statuer sur les désaccords persistants²⁹.

La loi nouvelle encourage par ailleurs les solutions amiables, puisque le juge n'ordonne la liquidation et le partage qu'à défaut de règlement conventionnel alors qu'auparavant les accords entre époux étaient strictement encadrés par l'article 1450 du code civil, applicable aux seuls régimes de communauté.

Enfin, la liquidation et le partage sont désormais enfermés dans un calendrier précis : la liquidation doit intervenir dans un délai d'un an après que le jugement de divorce est passé en force de chose jugée.

A défaut, le notaire transmet au tribunal un procès-verbal de difficultés ; le tribunal peut accorder un délai supplémentaire de six mois ; il statue ensuite sur les contestations qui subsistent³⁰.

2. L'offre de règlement prévue à l'article 257-2 du code civil procède de la même inspiration.

²⁸ Art. 255-9° ou 10° du code civil.

²⁹ Art. 267 du code civil.

³⁰ Art. 267-1 du code civil.

A peine d'irrecevabilité, l'assignation en divorce doit comporter une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux³¹.

L'offre doit contenir un « *descriptif sommaire* » du patrimoine et préciser « *les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision, et, le cas échéant, quant à la répartition des biens* »³².

Il ne s'agit que d'une proposition, et non d'une prétention ; son absence n'est pas une fin de non-recevoir : elle doit être dénoncée « *avant toute défense au fond* ».

* *
 *

« *A quoi sert de se quereller, quand le raccommodement est impossible?* »³³

Voilà une sage maxime, à laquelle les époux qui se séparent ne souscrivent que trop rarement ; à leurs avocats de leur rappeler, au moment où leur mariage échoue, qu'ils peuvent encore, dans leur intérêt et celui de leurs enfants, réussir leur divorce.

³¹ Art. 257-2 du code civil

³² Art. 1115, alinéa 1^{er}, du nouveau code de procédure civile.

³³ A. de Musset, *On ne badine pas avec l'amour*, Acte III, Scène VI.