

# SÉNAT

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1967-1968

Annexe au procès-verbal de la séance du 9 mai 1968.

## PROPOSITION DE LOI

*tendant à instaurer le divorce et la séparation de corps  
par consentement mutuel,*

PRÉSENTÉE

Par M. Henri CAILLAVET,

Sénateur.

(Renvoyée à la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

### EXPOSE DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

Le droit français actuel ne reconnaît la possibilité du divorce qu'en cas de faute grave imputable à l'un des époux, qu'il s'agisse d'une condamnation ou d'un manquement aux devoirs et obligations du mariage. Seul, le conjoint innocent possède la faculté de demander la dissolution du mariage. Ainsi, a-t-on pu dire qu'il s'agissait d'un « divorce sanction ». Or bien des divorces prononcés par les tribunaux ne sont, en fait, que des divorces par consentement mutuel déguisés.

Une situation aussi paradoxale rend donc indispensable un réexamen objectif de notre droit du divorce tant au regard des faits que de l'évolution des idées et des mœurs.

\*  
\* \*

C'est en 1884 que les articles concernant le divorce ont été introduits dans le Code civil par la loi Naquet ; innovation audacieuse à une époque où prédominait encore la conception chrétienne du mariage et de la famille. Le mariage est, selon cette conception, indissoluble : les époux sont unis, pour le meilleur et pour le pire, jusqu'à la mort. S'il est créé par la volonté des époux, le mariage ne peut être toutefois défait par elle puisqu'il est une institution spécifique, à laquelle nul ne peut porter atteinte. Une différence de nature, fondamentale, sépare ainsi le mariage de l'union libre qui, elle, repose entièrement sur la volonté des partenaires.

Une telle conception excluait absolument la possibilité d'un divorce par consentement mutuel, considéré comme sacrilège.

On s'explique que le législateur de 1884 ait enserré le divorce dans des règles extrêmement strictes et l'ait réservé à des cas exceptionnels, précisément pour que le lien matrimonial ne soit rompu que lorsque son maintien apparaît vraiment intolérable. En conséquence il ne peut y avoir divorce que si la faute d'un époux porte atteinte gravement à la dignité de l'autre conjoint : adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante, excès, sévices ou injures (art. 229 à 232 du Code civil). Encore les excès, sévices ou injures ne sont-ils une cause de divorce que s'ils « constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage » (loi du 2 avril 1941 confirmée par l'ordonnance du 12 avril 1945).

L'aspect « sanction » donné au divorce par la loi Naquet est encore plus accusé au regard de l'aliénation mentale ou de la maladie contagieuse et incurable qui ne peuvent justifier le divorce alors que pourtant elles rendent très difficile le maintien du lien conjugal.

Lié à une faute de l'un des époux, le divorce emporte de véritables peines civiles envers celui-ci, telles des peines d'ordre familial (l'époux coupable peut perdre la garde de ses enfants),

peines d'ordre patrimonial (perte du droit de jouissance légale sur les biens des enfants, perte des avantages et libéralités consentis par l'époux innocent depuis le mariage, versement d'une pension alimentaire et, éventuellement, de dommages et intérêts pour le tort matériel ou moral causé par le divorce).

Limité par son caractère répressif, le divorce est même rendu plus difficile encore par la procédure dont il est assorti. Plus longue et plus onéreuse que la procédure civile ordinaire, elle est destinée à décourager les époux d'aller jusqu'au bout de leur volonté de se séparer. La tentative de conciliation, les délais de réflexion que peut imposer le juge, la possibilité donnée au tribunal d'ajourner sa décision, autant de moyens de lasser les époux désireux de reprendre leur liberté, sans vouloir rappeler que le procès en divorce favorise toutes les lenteurs par la multiplication des incidents de procédure au sujet de la garde des enfants, du montant de la pension alimentaire, etc.

Tel est le droit dans sa lettre. Telle est la façade sévère érigée par le Code civil depuis trois quarts de siècle. Cependant la mise en œuvre du divorce par devant les tribunaux fait du divorce français un divorce assez facile, par la pratique généralisée de ce que les théoriciens nomment pudiquement le divorce d'accord. En effet, tout en respectant apparemment la règle de droit, il constitue, en fait, un véritable divorce par consentement mutuel. Il suffit simplement aux époux qui sont d'accord pour se séparer d'organiser une mise en scène permettant d'invoquer l'une des causes légales de divorce. Ainsi, par exemple, pour qu'il y ait injure grave, la femme, d'accord avec son mari, quittera le domicile conjugal ou réciproquement. Ou bien l'un des époux fera constater un adultère simulé. Les époux disposent évidemment de bien d'autres moyens encore de créer les conditions requises pour le divorce, telles l'expédition de lettres d'injures, de disputes devant témoins, etc...

Mais, objectera-t-on, il appartient au juge d'apprécier la recevabilité des preuves apportées et de rechercher si elles ne sont pas construites de toutes pièces, pour les besoins de la cause. Or, dans l'action en divorce, à l'exclusion de la phase de conciliation, le juge joue un rôle purement passif et l'expérience prouve que, débordé par d'innombrables tâches juridiques, il accepte les éléments apportés par les époux, sans

chercher à savoir s'ils masquent une fraude. Bien plus, les tribunaux vont jusqu'à favoriser indirectement l'intention des époux en leur permettant d'accélérer l'instance par l'utilisation de procédés expéditifs : c'est la pratique du jugement convenu dans lequel le projet de jugement rédigé à l'avance par les avoués des parties est entériné par le tribunal, sans débat.

Le juge accepte ainsi par des voies détournées le divorce par le consentement mutuel des époux.

\*  
\* \*

Devant une telle violation, sinon du droit, du moins de l'esprit des textes concernant le divorce, devant cette reconnaissance *de facto* du divorce par consentement mutuel, il convient de s'interroger honnêtement, de se demander s'il n'est pas plus sage dans ces conditions d'être réaliste et de reconnaître dans le droit le divorce par consentement mutuel.

De très nombreux arguments contribuent au soutien d'une telle initiative. Ils sont à la fois d'ordre sociologique, juridique et humain.

Sociologiquement tout d'abord, force est bien d'admettre qu'une évolution irréversible des concepts concernant le mariage s'est produite dans les esprits et que la situation de la femme dans le mariage s'est modifiée. Le mariage est maintenant considéré par la majorité des gens beaucoup plus comme « l'association » de deux individus que comme une institution religieuse ou sociale. Pour être logique, cette association ne doit être maintenue que si elle satisfait les deux partenaires. Il n'y a plus aucune raison de la laisser subsister lorsqu'il n'en est plus ainsi. D'autre part, c'est maintenant un lieu commun de dire que la position de la femme dans notre société a évolué dans le sens d'une libération de plus en plus totale, à la fois sur le plan économique et sur le plan familial. La reconnaissance de la méthode contraceptive n'en constitue-t-elle pas le symbole ?

Sur le plan économique, la femme tend à avoir, à l'égal de l'homme, une activité professionnelle et à accéder à des emplois de responsabilité qui étaient, il y a peu d'années encore, considérés comme incompatibles avec son sexe.

Cette évolution a forcément modifié la situation de la femme dans la famille, de par l'indépendance qu'elle lui donne par rapport à l'homme et l'égalité qu'elle a établi entre eux. La première étape de cette évolution a été la suppression de l'incapacité de la femme mariée par les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942. Plus récemment, le nouveau droit des régimes matrimoniaux a aussi consacré la capacité et l'indépendance de la femme sur le plan de la gestion de ses biens. Il apparaît maintenant inconcevable de ne pas reconnaître à la femme qui désire reprendre sa liberté, la possibilité de rompre volontairement le lien matrimonial qu'elle a contracté lorsque cette volonté correspond à celle de son conjoint. A ce titre, le divorce par consentement mutuel pourrait constituer l'un des derniers stades de la libération de la femme sur le plan du droit.

On peut peut-être regretter cette évolution. Mais il serait vain de s'y opposer par la règle de droit. Dans un tel domaine, celle-ci ne peut que traduire l'esprit des mœurs. C'est faute de ne l'avoir point fait assez tôt qu'elle se trouve actuellement violée aussi ouvertement.

L'attitude des tribunaux est à notre sens significative. Les magistrats ne sont évidemment pas dupes des comédies qui se déroulent sous leurs yeux. Ils savent, hélas ! qu'un ménage où chacun des époux veut divorcer est un ménage détruit et que rien ne sert de le maintenir, même en invoquant des règles de droit qui se révèlent de moins en moins justifiées.

A une époque où l'égalité et la liberté des conjoints justifient la recherche individuelle du bonheur, il n'est plus possible d'admettre que deux êtres entre lesquels existe une mésentente fondamentale soient contraints à vivre en état de mariage forcé. La loi ne peut leur interdire de tenter d'atteindre le bonheur dans une nouvelle expérience conjugale. Selon une formule devenue classique, les tribunaux ne se prononcent plus sur le divorce, sanction d'un manquement, mais remède à une vie commune devenue intolérable. Du divorce-sanction nous sommes parvenus au divorce-remède.

Ces arguments sociologiques sont renforcés par des arguments d'ordre historique. Le divorce par consentement mutuel repose sur une très longue tradition. Pratiqué couramment

dès l'Antiquité la plus lointaine, dans certaines sociétés asiatiques, dans le monde grec et enfin à Rome, c'est sans doute en droit romain qu'il a reçu la plus large application. Dominant la vie juridique romaine, il est lié à l'existence du mariage *sine manu* dans lequel c'est l'accord des volontés qui établit la vie commune. Pour sa continuation, le lien conjugal exige la persistance des éléments requis pour sa perfection. Si les époux n'ont plus la volonté de vivre ensemble, le mariage est dissous sans qu'aucune intervention civile ou religieuse soit requise. Est nulle de plein droit toute stipulation restreignant la liberté du divorce.

Rappelons également que le divorce par consentement mutuel a déjà existé dans notre Droit. La Révolution a fait du mariage un contrat civil. La loi du 20 septembre 1792 établit dans son préambule que la faculté de divorcer résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte. Strictement réglementé, entouré de conditions de forme et de procédure précises, le divorce par consentement mutuel n'a donné lieu, pendant la courte période où il a été appliqué, à aucun excès. Il ne reçut même qu'une application limitée.

Cette expérience a une importance particulière. Elle prouve que la reconnaissance juridique du divorce par consentement mutuel n'entraîne pas forcément une augmentation du nombre des divorces. Ainsi ceux qui craignent que la reconnaissance du divorce par consentement mutuel provoque un relâchement des mœurs doivent être rassurés. Le droit privé international par ailleurs en apporte la preuve.

Cette constatation d'ordre historique peut être étayée par des arguments d'ordre juridique. Notre droit tel qu'il est appliqué permet aux époux de divorcer s'ils ont la ferme volonté de rompre leur union. Le fait de reconnaître le divorce par consentement mutuel n'augmentera pas le nombre des divorces puisque le but recherché est simplement de légaliser une pratique courante et non de donner une possibilité nouvelle. De toutes façons, il est urgent, afin de mettre un terme à la violation systématique des règles actuelles, de prévoir une procédure spécialement adaptée au cas où les époux veulent tous deux se séparer. Les parodies, sinon l'hypocrisie, auxquelles se livrent à la fois les intéressés et les hommes de loi portent atteinte au prestige de notre justice.

Au surplus on peut faire valoir, en faveur du divorce par consentement mutuel, des arguments d'ordre humain. Créer des conflits et des fautes imaginaires est moralement dangereux pour les conjoints. Tels époux qui auraient pu se quitter dans la décence et la dignité prennent au sérieux les injures qu'ils échangent pour les besoins de la cause et parfois en viennent à agir méchamment et basement l'un envers l'autre. A quoi bon créer des conflits lorsqu'ils peuvent être évités ? Au contraire, la séparation librement acceptée, dans la loyauté et le respect des droits de chacun, permet d'espérer le respect des dispositions arrêtées et des engagements pris au moment du divorce.

\*  
\* \*

Telles sont brièvement exposées les raisons pour lesquelles la présente proposition de loi, dont l'objet est le rétablissement du divorce par consentement mutuel, vous est présentée. Son auteur s'est largement inspiré, quant à sa rédaction, des travaux très poussés effectués par la commission de réforme du Code civil et des discussions intéressantes auxquelles ils ont donné lieu. Deux soucis majeurs ont conditionné le choix des solutions proposées :

— un souci d'ordre familial. Autant le divorce par consentement mutuel se conçoit dans notre civilisation lorsque seuls sont en cause les deux partenaires qui se sont associés dans le mariage, autant la présence d'enfants légitimes semble incompatible avec une telle notion parce que la volonté des parents n'est plus seule en jeu. Il est des devoirs qui priment, à notre sens, la liberté individuelle. Celui de sauvegarder le foyer des enfants mis au monde tant qu'ils sont mineurs en est certainement un. Seule alors une faute grave de l'un des époux peut provoquer la dissolution du mariage ;

— un deuxième souci d'ordre psychologique : le divorce par consentement mutuel ne doit être admis que lorsque les époux ont suffisamment mûri leur décision de se séparer. C'est pourquoi, d'une part, la proposition de loi ne permet le divorce par consentement mutuel qu'aux époux mariés depuis plus de trois ans. Ainsi, après une expérience de vie commune suffisamment longue, la décision prise ne sera pas entachée de légèreté, alors que dans les

premiers temps du mariage des heurts inévitables pourraient conduire de jeunes époux à rompre sur un coup de tête et sans motifs sérieux !

D'autre part, le consentement des époux doit être précis et explicite. Aucun doute ne doit planer sur la volonté bien arrêtée de chacun. Il paraît donc opportun que l'enregistrement par le juge de la déclaration des époux revête une certaine solennité, et en particulier que chacun d'eux comparaisse personnellement. Ce caractère solennel aura l'avantage de faire reculer les hésitants.

Sur le plan de la procédure, il a paru souhaitable, dans un souci de simplicité, d'adopter le système préconisé par les rédacteurs de l'avant-projet de Code civil, système qui consiste à obliger les époux à présenter, au moment où ils comparaissent pour la première fois devant le juge, des conventions réglées par acte notarié, par lesquelles les époux fixeront par avance leurs droits respectifs, de telle sorte que tous les problèmes d'ordre matériel se trouveront résolus avant le début de l'action.

Sous le bénéfice de ces observations, nous avons l'honneur de vous demander d'adopter la présente proposition de loi qui est ainsi rédigée :

## PROPOSITION DE LOI

### Article premier.

Dans le titre VI du Livre premier du Code civil, le chapitre III (ancien) est rétabli dans la forme suivante :

#### « CHAPITRE II *bis*

##### « Du divorce par consentement mutuel.

« Art. 275. — Le divorce par consentement mutuel n'est possible que si les époux sont mariés depuis plus de trois ans et n'ont pas d'enfants communs mineurs.

« La demande n'est recevable que si les époux ont, préalablement, fait inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles et réglé, par acte devant notaire, tant pour la durée de l'instance qu'en prévision du divorce, leurs droits respectifs sur lesquels il leur sera néanmoins loisible de transiger.

« Les dispositions de l'accord des parties relatives à l'usage du nom et à la pension alimentaire consentie par l'un des époux peuvent, postérieurement au divorce, faire l'objet, s'il y a lieu, d'une demande en revision.

« Art. 276. — Les époux résolus au divorce par consentement mutuel présentent en personne et conjointement une requête au président du tribunal ou au juge qui en fait fonction.

« Les dispositions de l'article 234, alinéa 3, sont néanmoins applicables au divorce par consentement mutuel.

« Le juge, après avoir entendu les époux et leur avoir fait les observations qu'il croit convenables, leur demande s'ils persistent dans leur résolution. En cas de réponse affirmative, il leur donne acte de ce qu'ils demandent le divorce et y consent mutuellement. Il les invite à lui remettre les conventions prévues à l'article précédent, les autorise, s'il y a lieu, à résider séparément et les renvoie devant le tribunal.

« *Art. 277.* — Le juge peut, toutefois, suivant les circonstances, ajourner les parties, par une ordonnance non susceptible d'appel, pour une durée qui ne peut excéder deux mois. A l'expiration de ce délai, les époux comparaissent à nouveau et, s'ils persistent dans leur résolution, le juge les renvoie devant le tribunal.

« *Art. 278.* — Le tribunal, saisi par une requête commune des époux, vérifie en chambre du conseil si les conditions requises par la loi pour le divorce par consentement mutuel sont réunies et rend son jugement en audience publique.

« Si les conditions requises sont réunies, le jugement prononce le divorce. Si les conditions requises ne sont pas réunies, le jugement rejette la demande. Ce jugement n'est susceptible d'appel que de la part des parties agissant conjointement.

« Le dispositif du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce par consentement mutuel énonce la date de la première comparution des époux devant le juge.

« *Art. 279.* — L'action en divorce par consentement mutuel s'éteint par la réconciliation des époux survenue depuis la demande présentée par eux.

« Les dispositions de l'article 244, alinéa 3, sont applicables au divorce par consentement mutuel.

« *Art. 280.* — Les dispositions des articles 250, 251 et 252 sont applicables au divorce par consentement mutuel.

« *Art. 281.* — Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des biens qui en dépendent postérieurement à la présentation par les époux de leur requête en divorce sera présumée faite ou contractée en fraude des droits de la femme si cette dernière n'y a pas concouru.

« *Art. 282.* — Les dispositions des articles 295, 296 et 304 sont applicables au divorce par consentement mutuel. »

## Art. 2.

Dans le premier alinéa de l'article 307 du Code civil, la phrase : « Elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux » est supprimée.

Art. 3.

Il est inséré dans le Titre VI du Livre premier du Code civil, après le chapitre IV, un chapitre IV *bis* dont le texte est ainsi conçu :

« CHAPITRE IV *bis*

« De la séparation de corps par consentement mutuel.

« *Art. 312.* — La séparation de corps par consentement mutuel pourra avoir lieu dans les mêmes conditions que celles prévues pour le divorce par consentement mutuel par les articles 275 à 281 du présent code.

« Les dispositions de l'article 307, alinéa 2, sont applicables à la séparation de corps par consentement mutuel.

« Si le mari meurt au cours d'une instance en séparation de corps par consentement mutuel ou après que la séparation a été prononcée, la veuve pourra se remarier dans les conditions prévues à l'article 296, alinéa 3, pour le divorce.

« *Art. 313.* — La reprise volontaire de la vie commune par les époux séparés de corps fait cesser les effets du jugement de séparation.

« Cette réconciliation n'est opposable aux tiers que dans les conditions prévues par l'article 311, alinéa 2.

« Toutefois, l'accord conclu par les époux en ce qui touche leurs biens continue à recevoir effet sous réserve de leur droit de faire de nouvelles conventions matrimoniales par l'application de l'article 1397 du présent code.

« *Art. 314.* — Le jugement de séparation de corps par consentement mutuel sera de droit converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux, sous condition que soient exigées les conditions de délais prévues par l'article 310 du Code civil.

« Les dépens de cette demande seront mis pour le tout à la charge de l'époux demandeur.

« Les conventions remises au juge au moment de la séparation de corps conservent en tous cas leur effet.

« Pour le surplus, la demande est instruite et jugée dans les formes prévues par les alinéas 4 à 8 de l'article 310. »