

FRÉDÉRIQUE FERRAND ET HUGUES FULCHIRON, DIR, *LA RUPTURE DU MARIAGE EN DROIT COMPARÉ*, PARIS, LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, 2015

*Mariane Durivage**

L'Union européenne (UE) est un acteur à part lorsqu'il s'agit d'étudier son fonctionnement, au niveau politique en raison de sa nature intergouvernementale, mais également sur le plan juridique s'agissant d'une entité indépendante¹. La liberté de mouvement résultant de cette coopération interétatique, notamment en matière de loi, a provoqué la hausse de la mobilité des biens d'une part, et des personnes de cet espace de l'autre. Ressort de cette tendance, la problématique relevant du droit international privé qu'est la rupture du mariage. Bien que diverses études s'y soient déjà intéressées, on note depuis les années soixante-dix une évolution importante de ce domaine, une orientation marquée vers la libéralisation des procédures matrimoniales. Sous la direction de Frédérique Ferrand et Hugues Fulchiron, tous deux professeurs agrégés de droit privé associé à l'Université Jean Moulin Lyon 3 et membres de l'Institut universitaire de France, *La rupture du mariage en droit comparé* s'intéresse à l'état actuel du droit dans quatorze pays européens² dans l'optique de déceler des évolutions communes entre ces législations.

La hausse notable des demandes de divorce dans cette région du monde a fortement motivé la mise en place de cette étude. Plus précisément, « [l'] Eurostat relève entre 1970 et 2009 une chute de 34 % du nombre de mariages dans l'Union européenne et un doublement du nombre des divorces.³ » Plusieurs auteurs ont collaboré afin de créer des questionnaires composés de quatre-vingt-seize questions, qui ont par la suite été transmis aux experts étrangers afin de tirer un portrait global des mesures législatives existantes en matière de mariage et de divorce. Puis, s'en est suivi l'analyse par les spécialistes du droit de la famille des rapports nationaux rédigés sur la base des réponses recueillies dans les questionnaires. Ceci dans la perspective de présenter aux praticiens français les législations actuelles en matière de divorce de certains États européens au regard de l'entrée en vigueur du règlement Rome III⁴ qui vient parfois compliquer leur travail quotidien. En vigueur depuis le 21 juin 2012 dans les États ayant soumis leur souveraineté à ce nouvel instrument, il vient encadrer les

* Étudiante au baccalauréat en relations internationales et droit international à l'Université du Québec à Montréal (UQAM).

¹ Institut national de la statistique et des études économiques, « Union européenne/UE » (13 octobre 2016), en ligne : INSEE <<https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1753>>.

² Ont pris part à cette étude l'Allemagne, l'Angleterre, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, l'Espagne, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, la Roumanie et la Suède.

³ Frédérique Ferrand et Hugues Fulchiron, dir, *La rupture du mariage en droit comparé*, Paris, La Société de législation comparée, 2015 à la p 32.

⁴ CE, *Règlement (CE) 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps* [2010] JO, L 343/10 [Rome III]. Il est important de noter que le règlement Rome III n'est pas admis par l'ensemble des États participants à l'étude. Seulement neuf des quatorze juridictions étudiées participent à cette volonté de coopération renforcée dans le domaine de la rupture du mariage.

règles applicables dans le domaine du divorce, plus particulièrement par son règlement 1259/2010. Ce dernier remanie le domaine du droit privé de la famille, en prônant une collaboration accrue des États en matière de divorce, invitant du même coup les États à statuer sur des décisions de nature matrimoniale prises par des juridictions étrangères.

Le rapport de recherche s'amorce par la présentation de l'état général puis spécifique à chacun des pays étudiés du droit relatif aux mesures de divorces. Il ressort de cette section l'importance grandissante de la libéralisation, ainsi que de la prise en considération de la volonté des époux dans le processus de divorce. Ces deux facteurs ayant grandement remanié les décisions de rupture du mariage, et par conséquent le cadre législatif qui le régit, les cadres juridiques nationaux du divorce sont exposés dans le but de faire ressortir les similarités ou les éléments de disparité entre chacun d'eux.

La structure de l'œuvre s'articule par la suite en trois parties qui sont elles-mêmes sous-divisées en trois chapitres. La première se concentre sur les actions pouvant mener au divorce en Europe et sur les procédures que cela entraîne. Les directeurs de l'ouvrage y analysent les législations nationales afin de relever les motifs pouvant justifier la décision de rupture du mariage. Au final, une ou plusieurs causes peuvent être nécessaires afin que la demande de divorce soit jugée valide, la base de causes multiples demeure toutefois la voie empruntée par la majorité des systèmes étudiés. Une exception qui prend la forme d'une tendance acceptée par plusieurs existe cependant. Il s'agit d'une demande de divorce faite sans qu'aucune preuve ne soit exigée comme c'est le cas en Espagne et en Suède où la volonté des époux agit comme seul fondement lors de la décision de rupture du mariage.

Une fois la preuve établie, la compétence de prononcer le divorce revient exclusivement à l'État pour treize des quatorze systèmes étudiés. La pérennité de cette pratique n'est toutefois pas assurée. L'émergence imminente d'avant-projets ayant pour objectif de désengorger les systèmes de justice d'une part et de les rendre plus accessibles de l'autre en accordant le divorce administratif ou notarial comme éventualité à l'exclusivité du tribunal à rendre une décision valide pourrait représenter une alternative viable au mécanisme établi. La Roumanie se distingue des autres États puisqu'elle peut traiter d'une demande de divorce sans que celle-ci doive être appréciée par la compétence exclusive d'un tribunal. D'autres juridictions hors du cadre de l'étude comparative sont également dotées d'une législation semblable, notamment l'Ukraine et la Russie. Vient ensuite l'analyse des parties aux procédures, plus précisément sur l'intervention d'une tierce partie, habituellement justifiée par l'existence d'un enfant mineur issu de la relation. Dans l'optique d'assurer un respect optimal de son intérêt supérieur, quoique non reconnu par tous, certains États confèrent au ministère public ou au service de protection de la jeunesse un droit de participation dans les procédures de divorce. Dans les cas plus complexes, le juge se doit par la suite de prendre des mesures provisoires, s'il conçoit qu'elles sont requises, pour l'organisation de la vie séparée des époux ou pour protéger l'un ou des membres de l'Union.

La seconde partie s'intéresse aux mesures post-divorce. La libéralisation du

divorce qui s'orchestre depuis quelques années a conduit les systèmes à accorder une large liberté contractuelle aux époux lorsque vient le moment pour eux de délimiter les finalités de leur divorce. Les conventions permettent aux parties impliquées de la faire habilement, et ce, à tout moment du mariage. Celles-ci se doivent d'inclure certaines des conséquences du divorce pour un règlement à l'amiable entre les époux. Les points essentiels du divorce sont de trois ordres, soit « la résidence de l'enfant et toutes les modalités d'exercices de l'autorité parentale, les modalités d'exécution de l'obligation d'entretien envers l'enfant [et] les conséquences du divorce entre époux⁵. »

L'État demeure l'autorité compétente pour évaluer ces accords, la variable interétatique étant l'étendue du contrôle en fonction des droits nationaux étudiés. Au sein de ces conventions, une attention plus marquée est portée aux conséquences que le divorce aura sur l'enfant. L'intérêt de ce dernier est d'ailleurs le critère premier de décision, malgré « le postulat selon lequel une solution amiable convenue entre les parents [y] est en principe conforme⁶ ». Les conséquences sur les époux ne sont pas délaissées pour autant, étant également encadrées par des droits, desquels on décèle une certaine tendance vers l'homogénéisation. En majorité, il est soulevé par les auteurs que la rupture du lien matrimonial n'a aucune répercussion sur le nom commun des époux et encore moins sur la nationalité qui a été acquise en raison d'un mariage, dans le but de maintenir la permanence du statut personnel.

Dans la troisième partie, les directeurs de l'ouvrage abordent la notion de divorce en droit international de manière plus générale, tout en prenant compte le cadre particulier de l'UE. Y sont présentés les changements survenus corollairement à l'eupéanisation du droit de la famille — au transfert des compétences nationales vers un cadre plus grand : vers l'Union européenne elle-même. La liberté de mobilité humaine qui caractérise l'UE devait s'accompagner de la reconnaissance des décisions nationales dans les autres juridictions, plus précisément en matière de mariage. En ce sens, l'uniformisation des droits qui la compose était prévisible ou du moins souhaitable compte tenu de son objectif de coopération interétatique.

À ce titre, les règlements Bruxelles II bis⁷ et Rome III⁸ ont eu un effet direct sur l'harmonisation des pratiques dans le domaine du divorce tant pour ce qui est de la distribution des compétences, du cadre juridique applicable ou encore de sa reconnaissance et de son exécution. Sans être totale, en raison de l'absence d'entente au sujet de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux, cette homogénéité est de plus en plus complète. Or, bien que le principe de reconnaissance représente un enjeu réel, une problématique persiste : une contradiction avec l'ordre public peut mener les États à outrepasser leurs engagements internationaux et à ne pas reconnaître la décision prise par une autre instance en vertu du principe de souveraineté étatique.

⁵ *Ibid* aux pp 118–19.

⁶ *Ibid* à la p 136.

⁷ CE, *Règlement (CE) 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le Règlement (CE) 1347/2000*, [2003] JO, L 338/1.

⁸ Rome III, *supra* note 4.

La question de la reconnaissance du divorce est par le fait même particulièrement intéressante lorsqu'on la transpose à celle de la reconnaissance du mariage/divorce homosexuel, qui est rarement reconnu dans les pays qui ont pris part à l'étude. L'absence de définition du terme mariage contribue à ce vide et à cette division des États de l'Union européenne. Par conséquent, cela complique le travail du législateur qui doit interpréter ses lois nationales en plus de prendre en compte les lois internationales et celles des autres États membres.

L'analyse conjointe des rapports nationaux présentés par chaque État profite et nuit à la fois à l'ouvrage. La variété de juridictions analysées permet au lecteur de comparer les différents systèmes présents offrant ainsi une meilleure compréhension des enjeux et des concepts mis de l'avant par les auteurs. Il est donc aisé d'en saisir les similitudes ou les divergences, qu'elles soient grandes ou petites, occasionnées par l'eupéanisation du cadre juridique relatif au droit de la famille. De cela en résultent des longueurs, principalement lorsque l'attitude adoptée par un État pour juger d'une situation est semblable ou encore identique à celle adoptée par un autre. Ainsi, une analyse plus concise axée sur les différences et les ressemblances aurait allégé le texte.

Au final, la pertinence de l'étude ne fait aucun doute, compte tenu de la présentation du contexte international, mais également des problématiques soulevées par les auteurs notamment en ce qui concerne le mariage homosexuel et l'absence d'instrument le régulant. Une continuation de ce type de travaux mériterait d'être envisagée en y incluant cet aspect en évolution depuis les dernières années, ainsi qu'en l'étendant à une plus grande partie du continent européen et en ouvrant la comparaison au reste du globe.