



**CONSEIL DE  
L'UNION EUROPÉENNE**

**Bruxelles, le 5 juin 2000**

**8839/00**

**LIMITE**

**JUSTCIV 67**

**NOTE**

---

du :            Secrétariat général du Conseil  
au :            Comité sur les questions de droit civil

---

n° doc. préc. : 8838/00 JUSTCIV 66

---

Objet :        Questionnaire concernant le droit applicable en matière de divorce (Rome III)  
                  - Compilation des réponses des délégations (document ci-annexé)<sup>1</sup>

---

Les délégations trouveront ci-joint une compilation des réponses données par les Etats membres au questionnaire concernant la loi applicable en matière de divorce (télex n° 5659 du 20 décembre 1999). La synthèse des réponses figure dans le document 8838/00 JUSTCIV 66.

---

<sup>1</sup> Les délégations danoise et espagnole n'ont pas encore pu fournir leurs réponses au questionnaire.

**INVENTAIRE DES RÉPONSES DES DÉLÉGATIONS  
AU QUESTIONNAIRE CONCERNANT LE DROIT APPLICABLE  
EN MATIÈRE DE DIVORCE (ROME III)**

**SOMMAIRE**

	<b>Pages</b>
<b>I. DROIT MATÉRIEL NATIONAL</b> .....	3
<b>A) Divorce</b> .....	3
<b>B) Séparation de corps</b> .....	41
<b>C) Annulation du mariage</b> .....	52
<b>II. DROIT PROCÉDURAL NATIONAL</b> .....	61
<b>III. LOI APPLICABLE EN MATIÈRE DE DIVORCE, DE SÉPARATION DE CORPS OU D'ANNULATION DU MARIAGE</b> .....	75
<b>IV. QUESTIONS GÉNÉRALES</b> .....	87
<b>V. CARACTÉRISTIQUES D'UN ÉVENTUEL INSTRUMENT (ROME III)</b> .....	98
<b>A) Champ d'application</b> .....	98
<b>B) Règles de compétence législative</b> .....	106

# **I. DROIT MATÉRIEL NATIONAL**

## **A) Divorce**

*1. Quelles sont les formes de divorce admises par la législation de votre pays (par exemple, divorce contentieux, divorce par consentement mutuel) ?*

### **BELGIQUE**

Actuellement le droit belge (articles 229 à 233 du Code civil et 1254 et 1304 du Code judiciaire) connaît trois formes de divorce:

- le divorce pour cause déterminée, basé sur une faute du conjoint (adultère, excès, sévices ou injures graves);
- le divorce par consentement mutuel;
- le divorce par suite d'une séparation de fait de plus de deux ans (La loi du 16 avril 2000, qui sera publiée dans le Moniteur belge dans les prochains jours, ramène le précédent délai de cinq à deux ans).

### **ALLEMAGNE**

Le divorce ne peut être prononcé que par décision judiciaire sur demande d'un des époux ou sur demande conjointe des deux époux (article 1564, première phrase, du Code civil allemand).

Le divorce par consentement mutuel peut être prononcé lorsque les époux vivent séparés depuis un an au moins et que le divorce est demandé par les deux époux ou accepté par le défendeur (article 1566, paragraphe 1, du Code civil). Dans tous les autres cas, c'est la procédure du divorce contentieux qui s'applique.

### **GRÈCE**

Les formes de divorce admises sont le divorce contentieux et le divorce par consentement mutuel.

### **FRANCE**

La législation française prévoit 4 formes de divorce: 2 formes de divorces contentieux et 2 formes de divorces consensuels.

### **IRLANDE**

Les motifs de dissolution d'un mariage sont énoncés à l'article 41.3.2° de la Constitution ; approuvés par un référendum populaire en novembre 1995, ils sont repris dans la loi de 1996 sur le droit de la famille (divorce). Cet article prévoit qu'un "tribunal désigné par la loi" peut prononcer la dissolution d'un mariage si et seulement s'il a acquis la conviction :

- a) qu'à la date de l'introduction de la procédure, les époux ont vécu séparés l'un de l'autre pendant une ou plusieurs périodes totalisant quatre ans au moins sur les cinq dernières années,
- b) qu'on ne peut raisonnablement envisager une réconciliation des époux, et
- c) que des mesures, dont le tribunal estime qu'elles sont adéquates compte tenu des circonstances, ont été ou seront prises en ce qui concerne les époux, les enfants de l'un d'eux ou des deux et toute autre personne visée par la loi.

Selon la loi sur le droit de la famille (divorce), les personnes visées par la loi comprennent les enfants âgés de 18 à 23 ans qui suivent un enseignement à plein temps et les enfants de plus de 18 ans qui présentent un handicap physique ou mental tel qu'il ne leur est raisonnablement pas possible de pourvoir entièrement à leur entretien par eux-mêmes.

Le tribunal est habilité à prononcer un jugement de divorce dans tous les cas dès que les motifs énoncés ci-dessus sont réunis, que la demande soit contestée ou non.

## **ITALIE**

Les formes de divorce admises en Italie sont le divorce par procédure contentieuse, sur demande de l'un des époux, et le divorce par procédure gracieuse, dans le cas d'une demande conjointe.

## **LUXEMBOURG**

Le droit luxembourgeois admet le divorce pour cause déterminée (articles 229, 230 et 231 du Code civil) et le divorce par consentement mutuel (article 275 et suivants du Code civil).

## **PAYS-BAS**

Le divorce peut être demandé (introduction d'une requête) par un des deux époux ou par les deux époux conjointement (article 1150 du Code civil). Les mêmes dispositions sont généralement applicables dans les deux cas. Si les époux sont déjà séparés de corps, ils ne peuvent plus demander le divorce, mais ils doivent demander la dissolution du mariage (article 1179 du Code civil).

## **AUTRICHE**

Le droit autrichien prévoit tant le divorce contentieux que le divorce par consentement mutuel.

## **PORTUGAL**

Le droit portugais admet le divorce contentieux et le divorce par consentement mutuel (article 1773, point 1 du Code civil).

## **FINLANDE**

Depuis 1987, la législation finlandaise en matière de divorce est fondée sur le principe du "divorce sur demande". Chaque époux a le droit d'obtenir le divorce sur demande présentée soit conjointement, soit par l'un seulement des deux époux.

## **SUÈDE**

Un seul type de divorce est appliqué, qu'il y ait ou non consentement des époux.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

Le seul motif de divorce reconnu en Angleterre et au Pays de Galles est la rupture irrémédiable du mariage.

### **Écosse**

La loi écossaise n'autorise le divorce contentieux que pour le motif de la rupture irrémédiable du mariage.

## **2. Divorce contentieux**

**a) Votre législation prévoit-elle le divorce contentieux? Dans l'affirmative, veuillez préciser.**

### **BELGIQUE**

Les articles 229 et 231 du Code civil, instituant le divorce pour cause déterminée, permettent à chacun des époux de demander le divorce pour cause d'adultère de son conjoint ainsi que pour cause d'excès, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre.

### **ALLEMAGNE**

La procédure de divorce contentieux s'applique sauf lorsque le divorce est demandé par les deux époux ou accepté par le défendeur. Le divorce peut également être prononcé par voie contentieuse lorsque la condition relative au délai minimum de séparation d'un an n'est pas remplie, mais que le maintien du mariage serait d'une dureté intolérable pour le demandeur pour des motifs liés à la personne de l'autre conjoint (article 1565, paragraphe 2, du Code civil).

### **GRÈCE**

Oui. La procédure de divorce contentieux est suivie en cas de rupture de la vie commune et d'altération irrémédiable des relations matrimoniales.

### **FRANCE**

Les divorces contentieux sont le divorce pour faute et le divorce pour rupture de la vie commune.

### **IRLANDE**

Les motifs du divorce découlent du fait objectif d'une séparation pendant la période prévue et non d'une faute.

### **ITALIE**

En Italie, le divorce par procédure contentieuse est régi par la loi n° 898 du 1er décembre 1970, modifiée par la loi n° 436 de 1978 et par la loi n° 74 de 1987. Cette loi précise les cas dans lesquels le divorce peut être prononcé. En dehors des cas expressément prévus par la loi (art. 3), les époux ne peuvent pas obtenir le divorce.

### **LUXEMBOURG**

Le divorce contentieux est le divorce pour cause déterminée prévu aux articles 229, 230 et 231 du Code civil.

## **PAYS-BAS**

Oui. Le divorce peut être demandé par l'un des époux et l'autre époux peut présenter des moyens de défense. La partie requérante doit invoquer la rupture irrémédiable et, en cas de contestation par l'autre partie, la prouver.

## **AUTRICHE**

Les conditions d'un divorce contentieux sont régies par les articles 47 à 55 de la loi sur le mariage. L'une de ces conditions de fait doit être remplie.

## **PORTUGAL**

Le divorce contentieux peut être prononcé pour les motifs suivants:

- violation des devoirs conjugaux en fonction de la gravité des torts de chacun des époux (article 1779 du Code civil);
- séparation de fait pendant trois années consécutives (article 1781 a) du Code civil);
- séparation de fait d'une durée d'un an si le divorce est demandé par l'un des époux sans que l'autre s'y oppose (article 1781 b) du Code civil);
- altération des facultés mentales du conjoint lorsqu'elle subsiste depuis plus de trois ans et compromet, de par sa gravité, la possibilité de vie commune (article 1781 c) du Code civil);
- absence, sans aucune nouvelle de l'époux, d'une durée d'au moins deux ans (article 1781 d) du Code civil).

## **FINLANDE**

En règle générale, le divorce n'est pas accordé immédiatement, mais au terme d'une période de réflexion de six mois. Au terme de la période de réflexion, une nouvelle demande doit être introduite, après quoi le tribunal prononce le divorce. Le tribunal n'a aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant de rejeter la demande ou de différer le jugement de divorce. La nouvelle demande doit être présentée dans l'année suivant le début de la période de réflexion. Si ce délai est dépassé, le tribunal rejette la demande et l'époux qui souhaite divorcer doit recommencer la procédure depuis le début.

## **SUÈDE**

Le divorce est précédé d'un délai de réflexion de six mois:

- lorsque les deux conjoints le demandent,
- si l'un d'eux vit effectivement avec un enfant à lui de moins de 16 ans placé sous sa garde ou
- si l'un des deux conjoints seulement souhaite la dissolution du mariage.

## **ROYAUME-UNI**

Voir la réponse à la question 1 ci-dessus.

***b) En particulier***

***i) une altération irrémédiable des relations matrimoniales (sans qu'il y ait faute) constitue-t-elle un motif de divorce dans votre pays? Dans l'affirmative, quelles preuves doivent être apportées pour établir cette situation ?***

**BELGIQUE**

L'altération irrémédiable des relations matrimoniales sous-tend tout type de divorce, mais ne constitue pas en soi un motif de divorce.

L'altération des relations entre époux est explicitement présumée dans l'article 233 du Code civil en cas de divorce par consentement mutuel: "le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce". Le tribunal chargé de prononcer le divorce se contente dans cette hypothèse de vérifier que la volonté de divorcer existe, sans même devoir en apprécier les raisons. Cette forme de divorce implique toutefois que les époux s'entendent tant sur le fait même de leur divorce que sur ses effets.

Par ailleurs, l'article 232 du Code civil permet le divorce après cinq ans de séparation (une proposition de loi vise à abaisser ce délai de deux ans), pourvu que la désunion soit irrémédiable et pourvu que l'admission du divorce "n'aggrave pas de manière notable la situation matérielle des enfants mineurs".

**ALLEMAGNE**

Le divorce peut être prononcé en cas d'échec du mariage. Il y a échec du mariage lorsqu'il n'existe plus de communauté de vie entre les époux et que l'on ne peut pas s'attendre à ce que les époux la rétablissent (article 1565, paragraphe 1 du Code civil).

L'article 1566, paragraphe 1 du Code civil énonce une présomption irréfragable d'échec du mariage lorsque les époux vivent séparés depuis un an au moins et que le divorce est demandé par les deux époux ou accepté par le défendeur. Si les époux vivent séparés depuis trois ans au moins, il existe une présomption irréfragable d'échec du mariage, indépendamment de la prise de position des parties à l'instance (article 1566, paragraphe 2 du Code civil).

Aux termes de l'article 1567, paragraphe 1, première phrase du Code civil, il faut, pour qu'il soit considéré que les époux vivent séparés, qu'il n'y ait pas un foyer commun et que l'un des époux ait manifesté sa volonté de ne pas constituer un tel foyer car il refuse la communauté de vie conjugale. Le cas échéant, ces faits doivent être prouvés; des problèmes se posent essentiellement lorsque les époux vivent séparément sous le toit conjugal, cas expressément autorisé par la loi (article 1567, paragraphe 1, deuxième phrase du Code civil).

**GRÈCE**

L'altération irrémédiable des relations matrimoniales, pour laquelle la faute n'est pas requise -le fait que ces relations se soient objectivement altérées suffit- constitue un motif de divorce prévu à l'article 1439 du Code civil. Cet article prévoit notamment ce qui suit: "Chacun des époux peut demander le divorce, lorsque leurs relations ont été altérées si gravement, pour un motif concernant la personne du défendeur ou les deux conjoints, qu'il apparaît, de manière fondée, que le maintien de la relation matrimoniale est devenu intolérable pour le conjoint qui demande le divorce.

Dès lors que le défendeur n'apporte pas la preuve du contraire, l'altération irrémédiable est présumée en cas de bigamie ou d'adultère de sa part, d'abandon ou d'atteinte à la vie du défendeur par le demandeur. Si les conjoints sont séparés sans interruption depuis quatre ans au moins, l'altération est présumée de façon irréfragable et le divorce peut être demandé, même si le motif de l'altération concerne la personne du demandeur. La durée de la séparation n'est pas réputée interrompue par de brèves périodes de reprise de la vie commune résultant d'une tentative de restauration des liens entre les conjoints."

L'altération irrémédiable des relations matrimoniales peut être établie par des moyens de preuve tels que des témoignages, des documents, l'audition des parties et l'aveu, qui est toutefois apprécié souverainement. Ne peuvent être entendus comme témoins les enfants des parties (enfants légitimes, légitimés, adoptifs, reconnus), les enfants illégitimes de la femme ni leurs conjoints et descendants (articles 600 et 601 du Code de Procédure Civile).

## **FRANCE**

En cas de divorce pour rupture de la vie commune, une altération irrémédiable des relations matrimoniales peut constituer, sans qu'il y ait faute, un motif de divorce.

Une rupture de la vie commune d'une durée de 6 ans doit être alléguée. Peut également être invoquée, pendant cette durée, l'altération des facultés mentales de l'un des conjoints, ne permettant plus une communauté de vie.

La preuve peut être établie par tous moyens.

## **IRLANDE**

Le motif du divorce est la séparation (motif étranger à la notion de faute).

## **ITALIE**

Non. Si la vie commune devient intolérable, même indépendamment de la volonté de l'un des époux ou des deux, la séparation de corps peut être demandée.

## **LUXEMBOURG**

L'article 230 du Code civil prévoit le divorce pour séparation de fait. Cette forme de divorce nécessite la preuve:

- 1) de la séparation de fait continue et effective depuis au moins trois ans (élément matériel qui suppose l'absence de vie commune)
- 2) de la désunion irrémédiable des époux (élément intentionnel qui consiste en la volonté de vivre séparé de façon définitive. Il suffit que cette volonté émane d'un seul époux).

L'article 231 du Code civil prévoit le divorce pour séparation de fait due à l'aliénation mentale du conjoint. Cette forme de divorce nécessite la preuve :

- 1) de la séparation de fait de plus de cinq ans
- 2) de l'état d'aliénation mentale
- 3) de la désunion irrémédiable des époux (ce point est lié intimement au point 2).

## PAYS-BAS

Le seul motif de divorce, que celui-ci soit demandé par requête unilatérale ou par requête conjointe, est la rupture irrémédiable du mariage (article 1151 du Code civil et article 1154 du Code civil). Un mariage est irrémédiablement rompu si la poursuite de la vie commune est devenue intolérable et si la reprise de relations conjugales normales n'est pas envisageable. Le motif de divorce a un caractère objectif en ce sens qu'on peut l'invoquer dès qu'il existe une situation de rupture irrémédiable, sans qu'il soit nécessaire d'indiquer comment cette situation est née. L'élément de faute ne joue (plus) aucun rôle. Ce qui est déterminant, c'est l'existence - et non l'origine - de la rupture irrémédiable. Le requérant doit invoquer la rupture irrémédiable (obligation d'exposer les moyens) et la prouver en cas de contestation par le défendeur (charge de la preuve). Le juge établit s'il y a rupture irrémédiable. Si le défendeur reconnaît la rupture irrémédiable ou ne comparait pas, il est fait droit à la requête sans autre examen.

Si des moyens de défense sont présentés contre la requête en divorce, le requérant devra indiquer et prouver concrètement en quoi consiste la rupture irrémédiable. Le défendeur peut alléguer que le mariage n'est pas rompu irrémédiablement, et le requérant doit alors démontrer qu'il y a bel et bien rupture irrémédiable. Dans ce cadre, le requérant invoquera des faits précis. Différentes circonstances sont envisageables : il se peut, par exemple, que les époux vivent déjà séparés et que l'un d'eux ait une relation avec une tierce personne ; une autre situation est celle de l'adultère commis par le défendeur. Le fait que le requérant fasse preuve en introduisant une requête, de son désir de divorcer et qu'il maintienne sa position en appel constitue un indice sérieux de rupture irrémédiable (HR [Hoge Raad] 6 décembre 1996, NJ [Nederlandse Jurisprudentie] 1997, 189). Une absence de cohabitation de longue durée est également un indice de l'état de rupture irrémédiable (HR 15 septembre 1995, NJ 1996, 37, où la rupture irrémédiable a été induite d'une absence de cohabitation de 35 ans). La requête en divorce ne peut être rejetée au motif que la rupture irrémédiable est essentiellement imputable au requérant. La jurisprudence publiée ces dernières années à propos de cet argument est peu importante. Généralement, le moyen de défense selon lequel le mariage n'est pas (ou n'est pas irrémédiablement) rompu est rejeté.

Un autre moyen de défense admis est "l'argument relatif à la pension" visé à l'article 1153 du Code civil. Selon cette disposition, le défendeur peut alléguer pour sa défense que le divorce ferait disparaître ou diminuerait fortement ses perspectives actuelles de pension. Dans ce cas, il ne peut être fait droit à la requête en divorce que si des dispositions équitables pour les deux parties sont prises (article 1153, paragraphe 1 du Code civil). L'article 1153 du Code civil vise des allocations perçues au titre d'une pension de veuvage et d'autres allocations comparables, comme celles qui découlent d'une assurance-vie. Il ne vise pas les allocations provenant de la pension de vieillesse du mari (HR 20 octobre 1995, NJ 1997, 215). L'argument prévu au paragraphe 1 n'est pas retenu si l'on s'attend à ce que le défendeur puisse prendre lui-même des dispositions suffisantes ou s'il est lui-même essentiellement responsable de la rupture irrémédiable du mariage (article 1153, paragraphe 2 du Code civil). C'est ainsi que le Hoge Raad a jugé (le 19 décembre 1997, NJ 1999, 339) que l'argument relatif à la pension tiré de l'article 1153 du Code civil n'est pas valable si l'épouse est déjà suffisamment pourvue en cas de décès préalable de l'époux.

## AUTRICHE

L'altération des relations familiales constitue un motif de divorce; la cohabitation doit avoir cessé depuis trois ans.

## **PORTUGAL**

Le divorce contentieux est toujours demandé en justice par l'un des deux époux contre l'autre, pour l'un des motifs prévus aux articles 1779 et 1781 du Code civil. S'il y a faute de l'un des époux ou de chacun d'eux, ce fait sera mentionné dans le jugement (article 1787, point 1 du Code civil).

## **FINLANDE**

Lorsque les époux sont séparés de fait depuis au moins deux ans, ils peuvent demander le divorce immédiatement sans période de réflexion. Le divorce est aussi accordé immédiatement si le mariage a été contracté en dépit d'un empêchement légal (c'est-à-dire, bigamie ou parenté au degré prohibé).

## **SUÈDE**

Dans quelques cas exceptionnels, les époux peuvent obtenir le divorce sans délai de réflexion. C'est le cas, par exemple, lorsque les époux vivent séparés depuis deux ans, lorsque le mariage a été contracté en dépit du fait que les époux sont apparentés en ligne ascendante ou descendante directe ou s'ils sont cousins germains, ou encore si le mariage a été contracté alors que l'un des époux était déjà marié ou partenaire dans le cadre d'un partenariat enregistré. Dans ce cas, l'action en justice peut même être intentée par le procureur général.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

Il est nécessaire, pour établir l'existence de la rupture irrémédiable du mariage de prouver un des cinq faits suivants :

- le défendeur a commis un adultère et le demandeur estime que la vie commune est intolérable ;
- le défendeur s'est comporté de telle sorte qu'on ne peut raisonnablement attendre du demandeur qu'il poursuive la vie commune ;
- le défendeur a abandonné le demandeur pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans précédant immédiatement l'introduction de la demande en divorce ;
- les parties au mariage ont vécu séparées pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans précédant immédiatement l'introduction de la demande en divorce, et le défendeur consent à ce que le divorce soit prononcé ;
- les parties au mariage ont vécu séparées pendant une période ininterrompue d'au moins cinq ans précédant immédiatement l'introduction de la demande en divorce.

### **Ecosse**

La rupture irrémédiable est établie à partir de cinq faits, largement semblables à ceux qui sont prévus en Angleterre et au Pays de Galles.

*ii) l'un des époux peut-il obtenir le divorce en en faisant la demande unilatéralement, sans la motiver ? Dans l'affirmative, d'autres conditions doivent-elles être remplies dans ce cas ?*

### **BELGIQUE**

Non.

### **ALLEMAGNE**

Le divorce ne peut être prononcé qu'en cas d'échec du mariage. Cet échec est présumé de manière irréfragable (article 1566, paragraphe 2 du Code civil) lorsque les époux vivent séparés depuis trois ans au moins. Dans ce cas, le demandeur peut demander le divorce sans faire état d'autres circonstances que la durée de la séparation.

### **GRÈCE**

Le droit grec ne prévoit pas la possibilité pour l'un des époux d'obtenir le divorce en en faisant la demande unilatéralement et sans la motiver.

### **FRANCE**

Un époux ne peut obtenir un divorce pour rupture de la vie commune ou un divorce pour faute au terme d'une demande unilatérale et sans exposé de motifs.

### **IRLANDE**

Voir la réponse à la question 1 ci-dessus.

### **ITALIE**

Non. Il n'est possible de demander le divorce que dans les cas prévus par la loi.

### **LUXEMBOURG**

Le droit luxembourgeois n'admet pas la possibilité pour un époux d'obtenir le divorce par une demande unilatérale sans motiver cette demande.

### **PAYS-BAS**

Il n'existe qu'un seul motif de divorce : la rupture irrémédiable du mariage. Le requérant doit invoquer ce motif dans sa requête (article 815 du Code de Procédure Civile et article 429d, paragraphe 1 du Code de Procédure Civile) et, en cas de contestation, fournir la preuve de cet état.

### **AUTRICHE**

Un divorce n'est pas possible s'il n'est pas motivé.

## **PORTUGAL**

Aux termes de la loi portugaise, toute demande de divorce doit obligatoirement indiquer les motifs sur lesquels elle est fondée.

## **FINLANDE**

L'époux qui demande le divorce n'est pas tenu d'invoquer de motifs spécifiques ni d'en apporter la preuve.

## **SUÈDE**

Chaque conjoint a toujours le droit de demander le divorce sans être tenu d'invoquer des motifs particuliers à cette fin.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

Il est possible de contester une demande en divorce en alléguant que le fait invoqué n'est pas prouvé – ce qui peut arriver en particulier à l'égard des deux premiers faits. Il est actuellement très rare qu'une demande en divorce soit contestée. Le fait 4 (séparation de deux ans) correspond en fait à un divorce par consentement mutuel, et le fait 5 (séparation de deux ans) à un divorce demandé unilatéralement, assorti de la condition d'une séparation de la durée prévue.

### **Ecosse**

Il n'est pas possible de divorcer sur la base d'une demande unilatérale non motivée.

*c) Existe-t-il des cas particuliers dans lesquels il est impossible d'obtenir le divorce? Les époux peuvent-ils exclure la possibilité de divorcer ?*

### **BELGIQUE**

Les trois formes de divorce prévues par le droit belge permettent, en tout état de cause, pour autant que les conditions légales soient respectées, de divorcer.

Les époux ne peuvent transiger sur le divorce ou l'exclure, celui-ci étant d'ordre public.

### **ALLEMAGNE**

Le maintien d'un mariage qui a échoué (époux vivant séparément depuis trois ans au moins, article 1566, paragraphe 2 du Code civil) est possible lorsque et aussi longtemps que le maintien du mariage est nécessaire, pour des raisons particulières et à titre exceptionnel, dans l'intérêt des enfants mineurs issus du mariage ou lorsque et aussi longtemps que le divorce serait, pour le défendeur qui le refuse, en raison de circonstances exceptionnelles, d'une dureté telle que le maintien du mariage apparaît indiqué à titre exceptionnel même en tenant compte des intérêts du demandeur (article 1568 du Code civil).

Toute convention entre les époux visant à exclure la possibilité de divorcer est nulle et non avenue.

### **GRÈCE**

Le droit grec adopte le principe de la dissolubilité des liens du mariage et ne prévoit aucun cas dans lequel il serait impossible d'obtenir le divorce. Tout accord des conjoints en vue d'exclure la possibilité de divorcer est considéré comme nul et non avenue.

### **FRANCE**

En cas de cessation de communauté de vie du fait de l'état mental du conjoint, un juge peut rejeter la demande en divorce, si celui-ci risque d'avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité trop grandes pour l'époux malade. Un époux ne peut valablement exclure la possibilité de divorcer car il renoncerait à un droit d'ordre public.

### **IRLANDE**

Un tribunal peut prononcer un jugement de divorce dans tous les cas dès que les motifs énoncés dans la réponse à la question 1 sont réunis, mais uniquement dans cette hypothèse.

### **ITALIE**

Non. Toutefois, il convient de préciser que la loi régit expressément les cas de divorce.

Les époux ne peuvent pas exclure la possibilité de divorcer.

### **LUXEMBOURG**

L'article 232 du Code civil prévoit que dans le cadre des articles 230 et 231 (divorce pour séparation de fait), le juge peut rejeter la demande s'il constate que le divorce aurait pour le défendeur ou pour les enfants des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté.

L'article 272 du Code civil prévoit que l'action en divorce est éteinte par la réconciliation des époux (depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action ou depuis la demande en divorce).

Les époux ne peuvent pas exclure la possibilité de divorcer.

## **PAYS-BAS**

Si l'on n'a pu établir que le mariage est irrémédiablement rompu, la requête en divorce doit être rejetée. En pratique, cela n'arrive presque jamais puisque, si le requérant affirme et continue d'affirmer, en invoquant des motifs, qu'il ne peut vivre avec l'autre époux, le juge y voit une indication claire de la rupture irrémédiable du mariage.

Si le requérant n'est pas en mesure de prendre des dispositions dans le cadre de l'argument relatif à la pension tiré de l'article 1153 du Code civil la requête en divorce est rejetée (Hof's-Gravenhage 3 mai 1987, NJ 1989, 911 et Hof's-Gravenhage 1er mai 1987, NJ 1988, 432). L'argument relatif à la pension est très rarement pris en compte par le juge et n'est presque jamais invoqué en pratique.

Il n'est pas possible d'exclure à l'avance la possibilité de divorcer. Une convention de ce type entre les époux est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public et, partant, nulle en raison de l'article 340 paragraphe 1 du Code civil.

## **AUTRICHE**

Le droit de divorcer est exclu si la faute a été pardonnée ou si ce droit n'a pas été exercé dans les délais prescrits (en cas de divorce pour faute). Un divorce pour altération des relations matrimoniales peut être refusé lorsqu'il entraînerait pour l'autre époux des conséquences d'une exceptionnelle dureté. Après six ans de séparation, ce motif d'exclusion du divorce ne peut plus être invoqué.

La possibilité de divorcer ne peut pas être exclue a priori par les époux.

## **PORTUGAL**

Il est impossible d'obtenir le divorce contentieux lorsque l'époux qui en fait la demande a incité l'autre à commettre le fait invoqué comme motif de la demande, a intentionnellement créé les conditions propices à sa réalisation ou s'il a montré par son comportement postérieur, notamment par acceptation expresse ou tacite, qu'il ne considérerait pas que l'acte commis empêchait la vie commune (article 1775 du Code civil).

## **FINLANDE**

Il n'existe aucun cas où le divorce ne peut être obtenu. Les époux n'ont pas le droit d'exclure la possibilité de divorcer.

## **SUÈDE**

Il n'existe pas de cas particuliers dans lesquels il serait impossible d'obtenir le divorce. Les époux ne peuvent pas non plus se refuser mutuellement le droit de demander le divorce.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

Lorsque la rupture irrémédiable du mariage a été prouvée sur la base d'une séparation de cinq ans, le défendeur peut s'opposer au prononcé du divorce en alléguant que la dissolution du mariage aurait pour lui des conséquences graves, financières ou autres, et qu'il serait préjudiciable en tout état de cause de dissoudre le mariage. Il est très difficile pour un défendeur de présenter cette objection, entre autres parce que le tribunal peut ordonner accessoirement des mesures de réparation dans le cadre de la procédure en divorce, et il est extrêmement rare qu'une demande en divorce soit rejetée sur cette base.

Les époux ne peuvent exclure par accord préalable la possibilité de divorcer. Un divorce ne peut être prononcé durant la première année du mariage.

### **Ecosse**

Divers arguments et moyens de défense peuvent être opposés à une demande en divorce, à savoir le pardon d'un adultère, la reprise de la vie commune après un abandon de domicile, la connivence et un préjudice financier important quand une absence de cohabitation de cinq ans a été établie.

Il n'est pas possible de divorcer par accord préalable des parties.

### **3. Divorce par consentement mutuel**

***Votre législation reconnaît-elle le divorce par consentement mutuel? Dans l'affirmative, à quelles conditions est soumise la demande de divorce par consentement mutuel ?***

#### **BELGIQUE**

Le divorce par consentement mutuel fait l'objet des articles 233, 275 et 276 du Code civil, ainsi que des articles 1287 à 1304 du Code judiciaire.

Au niveau des conditions requises, les époux doivent chacun être âgés de 20 ans au moins (article 275 du Code civil) au moment du dépôt au greffe de la requête en divorce. En outre, le divorce par consentement mutuel n'est autorisé qu'après deux ans de mariage (article 276 du Code civil). Les articles 1287 et 1288 du Code judiciaire impose aux époux:

- le règlement de leurs droits respectifs quant à l'ensemble de leurs biens;
- l'accord par convention écrite sur la résidence de chacun d'eux pendant le temps des épreuves;
- l'accord de chacun d'eux par écrit quant à l'administration de la personne et des biens des enfants (autorité parentale et modalités d'hébergement);
- l'accord de chacun d'eux concernant la contribution des époux à l'entretien et à l'éducation des enfants;
- l'accord écrit de chacun d'eux concernant le montant éventuel de la pension alimentaire à payer par l'un des époux à l'autre pendant le temps des épreuves et après le divorce.

Tout litige entre les époux dans le cadre de l'aménagement des conventions empêche l'introduction de la procédure.

#### **ALLEMAGNE**

Le divorce ne peut être prononcé que par décision judiciaire et en cas d'échec du mariage. Il existe une présomption irréfragable d'échec du mariage lorsque les époux vivent séparés depuis un an au moins et que le divorce est demandé par les deux époux ou accepté par le défendeur (article 1566, paragraphe 1 du Code civil).

#### **GRÈCE**

Le droit grec reconnaît le divorce à l'amiable ou divorce par consentement mutuel (article 1441 du Code civil). L'introduction d'une demande de divorce par consentement mutuel est subordonnée aux conditions suivantes:

- le divorce par consentement mutuel ne peut être demandé au cours de la première année de mariage;
- les conjoints doivent soumettre au tribunal une demande conjointe faisant état de leur volonté commune de dissoudre leurs relations matrimoniales par voie consensuelle;
- s'il y a des enfants mineurs, les conjoints doivent présenter au tribunal une convention écrite réglant la garde des enfants et les relations avec eux (cette convention est homologuée par le tribunal et reste applicable jusqu'à ce qu'une décision judiciaire réglant définitivement la garde des enfants et les relations avec eux soit prise).

#### **FRANCE**

La législation française reconnaît le divorce par consentement mutuel. Quand les époux sont d'accord pour entreprendre cette forme de procédure, ils n'ont pas à en faire connaître la cause. Les dispositions du Code civil français précisent qu' "ils doivent seulement soumettre à l'approbation du juge, un projet de convention qui en règle les conséquences."

## **IRLANDE**

Les motifs de divorce sont énoncés dans la réponse à la question 1 : ils ne comprennent pas le divorce fondé sur un consentement mutuel.

## **ITALIE**

La loi n° 898 de 1970 prévoit que les deux époux peuvent demander ensemble le divorce en présentant une demande conjointe, selon la procédure gracieuse. La demande doit prévoir également les modalités relatives aux enfants et aux relations économiques. Après avoir vérifié que les conditions légales sont remplies, le tribunal rend un jugement. S'il estime que les modalités relatives aux enfants (garde, pension alimentaire) sont contraires aux intérêts de ceux-ci, le juge ordonne que l'instance soit poursuivie selon la procédure ordinaire.

## **LUXEMBOURG**

Les articles 233, 275 et suivants du Code civil prévoient les conditions de recevabilité du divorce par consentement mutuel:

- Les époux doivent être mariés depuis deux ans et âgés de plus de 23 ans (article 275 du Code civil);
- La communauté doit être liquidée (article 276 du Code civil);
- Les époux doivent rédiger une convention écrite réglant leur résidence pendant les épreuves, l'administration de la personne et des biens (correspondant au droit de garde) des enfants communs mineurs, le droit de visite et d'hébergement concernant ces enfants pendant les épreuves et, le cas échéant, la pension alimentaire éventuellement due par l'un des époux à l'autre.

## **PAYS-BAS**

Oui. Selon l'article 1154 du Code civil, le divorce est prononcé à la demande conjointe des époux si ceux-ci indiquent dans la requête qu'ils considèrent que leur mariage est irrémédiablement rompu. Le juge est tenu par l'estimation commune des époux. Il ne peut demander d'office une preuve concernant l'existence du motif de divorce. Chacun des époux peut se désister jusqu'au prononcé du jugement. Dans ce cas, l'autre époux peut procéder par requête unilatérale conformément à l'article 1153 du Code civil.

## **AUTRICHE**

Un divorce par consentement mutuel présuppose que la communauté de vie des époux ait cessé depuis au moins six mois et que tous deux reconnaissent que les relations matrimoniales se sont irrémédiablement altérées. Ils doivent conclure une convention écrite qui règle l'attribution des droits et des devoirs purement personnels découlant des relations familiales entre les parents et les enfants mineurs, l'exercice du droit d'entretenir des relations personnelles et l'obligation alimentaire envers leurs enfants communs, ainsi que leurs relations en matière d'entretien et les droits patrimoniaux que leur confère la loi l'un envers l'autre.

## **PORTUGAL**

Le divorce peut être demandé à tout moment par les époux, d'un commun accord auprès du tribunal ou du bureau de l'état civil (article 1773 du Code civil). Les époux ne sont pas tenus d'indiquer la cause du divorce mais doivent s'entendre sur la prestation d'aliments versée à celui qui en a besoin, l'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants mineurs, le sort réservé à la demeure familiale et le régime applicable pendant la durée de la procédure relative à ces trois aspects.

## **FINLANDE**

Chaque époux a le droit d'obtenir le divorce sur demande présentée conjointement. En règle générale, le divorce n'est pas accordé immédiatement, mais au terme d'une période de réflexion de six mois. Cette règle souffre d'une exception, à savoir lorsque les époux sont séparés de fait depuis au moins deux ans. En pareil cas, ils peuvent demander le divorce immédiat, sans période de réflexion. Le divorce est aussi accordé immédiatement si le mariage a été contracté en dépit d'un empêchement légal (c'est-à-dire, bigamie ou parenté au degré prohibé).

## **SUÈDE**

Si les époux sont d'accord pour divorcer, ils peuvent en faire la demande ensemble. Une telle demande n'est pas soumise à des règles particulières. Elle ne requiert pas non plus l'invocation de motifs particuliers.

## **ROYAUME-UNI**

Voir la réponse à la question 2.

#### **4. Effets du divorce**

##### **a) Quels sont:**

**i) les effets du divorce sur les relations personnelles entre époux (par exemple, le nom de chacun d'eux)?**

#### **BELGIQUE**

Le principal effet du divorce est de dissoudre le mariage, et de mettre ainsi fin aux droits et devoirs qu'il implique.

En ce qui concerne les relations personnelles entre époux, le divorce met fin à tous les effets personnels du mariage (devoir de cohabitation, de fidélité, de secours, d'assistance, droit au nom). Chacun des époux retrouve sa liberté matrimoniale immédiatement.

Les liens d'alliance unissant un époux à la parenté de l'autre disparaissent, sous réserve des empêchements à mariage en ligne directe, qui sont absolus, ou en ligne collatérale au second degré, qui sont relatifs.

#### **ALLEMAGNE**

Le conjoint divorcé conserve le nom de famille que les époux ont choisi au moment du mariage. Il peut, par déclaration auprès des services de l'état civil, reprendre son patronyme ou le nom qu'il portait jusqu'au moment du choix du nom de famille, ou encore faire précéder ou suivre le nom de famille choisi de son patronyme (article 1355, paragraphe 5, du Code civil).

#### **GRÈCE**

Les conjoints ne sont plus tenus au devoir de cohabitation (article 1386 du Code civil).

Chacun des conjoints reprend l'usage de son nom (article 1388 du Code civil), sauf s'ils en conviennent autrement.

La responsabilité atténuée des conjoints dans l'accomplissement de leurs obligations mutuelles cesse (article 1396 du Code civil, qui prévoit que "dans l'accomplissement des obligations mutuelles qui naissent du mariage, la responsabilité des conjoints est engagée à proportion de la diligence qu'ils montrent dans leurs affaires personnelles").

Il est mis fin à la suspension de la prescription des prétentions entre conjoints (article 256 et 257 du Code civil).

#### **FRANCE**

A la suite du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom. La femme peut néanmoins garder le nom de son mari si ce dernier le lui permet ou sur autorisation du juge. En cas de divorce pour rupture de la vie commune, la femme a le droit de conserver l'usage du nom marital.

#### **IRLANDE**

Lorsqu'un jugement de divorce est rendu, le mariage qui en fait l'objet est dissous et chacune des parties qui l'avait conclu peut se remarier. Le jugement de divorce n'a pas d'effet sur le nom des époux. Par exemple, une femme peut choisir, pour des raisons pratiques, de conserver le nom de son ex-époux. Sinon, elle peut choisir de reprendre son nom de jeune fille ou, en fait, de continuer à le porter vu qu'elle l'avait conservé durant le mariage.

## **ITALIE**

Chacun des époux recouvre sa liberté, sous réserve du respect, par la femme, de l'interdiction temporaire de contracter un nouveau mariage, conformément à l'article 89 du Code civil; cette interdiction n'est pas d'application dans les cas de divorce prononcé pour mariage non consommé ou à la suite d'une séparation de corps qui a duré trois ans.

La femme perd le nom qu'elle avait ajouté au sien en conséquence du mariage; le tribunal peut autoriser la femme qui en fait la demande à conserver le nom du mari lorsqu'un intérêt méritant d'être protégé subsiste pour elle-même ou pour les enfants.

## **LUXEMBOURG**

Le divorce rompt définitivement les liens du mariage. Il n'existe pas de disposition spéciale concernant le nom patronymique. Suivant la coutume, l'épouse a le droit de se servir du nom de son époux. Il en résulte que la femme n'a jamais perdu son nom. Après le divorce, elle perd le droit de se servir du nom de son mari.

## **PAYS-BAS**

Les effets du divorce sont les mêmes que le divorce soit prononcé à la suite d'une requête unilatérale ou d'une requête conjointe.

La femme et l'homme conservent chacun leur patronyme dans le mariage. Ils sont néanmoins autorisés à porter le patronyme de l'époux ou de l'ex-époux au lieu de leur propre nom, et de l'utiliser avant ou après leur propre nom (article 19, paragraphes 1 à 3 du Code civil). En cas de divorce, l'ex-conjoint non remarié conserve ce droit, à moins qu'aucun descendant dudit mariage ne soit plus en vie, auquel cas l'autre époux peut demander au tribunal de supprimer ce droit lorsqu'il existe des motifs justifiant cette décision.

## **AUTRICHE**

Les relations personnelles entre les époux prennent fin avec le divorce; celui-ci permet à chaque époux de reprendre son ancien nom.

## **PORTUGAL**

Le divorce dissout le mariage et produit les mêmes effets juridiques que la dissolution par décès, sous réserve des exceptions prévues par la loi (article 1788 du Code civil). L'époux peut conserver les noms de l'autre époux qu'il a adoptés si celui-ci y consent ou si le tribunal l'y autorise, compte tenu des motifs invoqués. L'affinité ne prend pas fin avec la dissolution du mariage (article 1585 du Code civil).

## **FINLANDE**

Une fois le divorce définitivement prononcé, chacun des ex-époux est libre de se remarier. Si les époux ont pris le même nom de famille lors de leur mariage, celui dont le nom a été changé peut soit garder le nom qu'il portait pendant le mariage, soit reprendre celui qu'il portait avant de se marier.

## **SUÈDE**

Lorsqu'un des époux a pris le nom de l'autre au moment du mariage ou au cours de celui-ci, l'intéressé a le droit de reprendre le nom qu'il (ou elle) portait avant le mariage.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

Les effets du divorce sont les mêmes quel que soit le fait ayant permis d'établir la rupture irrémédiable du mariage.

Le divorce met fin à la relation juridique entre le mari et la femme, ainsi qu'aux droits et obligations qui découlent selon la loi de cette relation. Il n'a cependant pas d'incidence par lui-même sur les relations personnelles entre les parties. Il donne à chacune d'elles le droit de se remarier. L'ex-épouse peut, à son choix, continuer à utiliser son nom de femme mariée ou reprendre son nom de jeune fille dans le cas, bien sûr, où elle avait changé de nom lors du mariage, ce qui est un simple usage ne s'appuyant sur aucune exigence légale.

### **Ecosse**

Ces dernières années, la tendance a été de réduire les conséquences personnelles du mariage ; par conséquent, le divorce a relativement peu d'effets sur les relations personnelles des époux. Le choix du nom est une question personnelle et il n'y a pas d'exigence légale en cette matière, que ce soit lors du mariage ou du divorce. Ni le mariage ni le divorce n'a d'effet automatique sur la nationalité ou le domicile. Lors du divorce, les parties retrouvent leur capacité de se marier et un remariage ne fait l'objet d'aucune restriction. Le droit d'occuper le domicile conjugal reconnu à la partie qui n'en est pas propriétaire naît automatiquement avec le mariage et s'éteint automatiquement avec le divorce. L'obligation qu'a un époux d'entretenir l'autre époux (obligation alimentaire) prend fin avec le divorce.

*ii) les effets du divorce sur les relations patrimoniales entre époux (par exemple, les sanctions patrimoniales à l'égard de l'époux qui a commis la faute)?*

## **BELGIQUE**

Le divorce pour cause déterminée implique que le conjoint survivant perde ses droits successoraux si le jugement prononçant le divorce n'est plus susceptible de recours à la date du décès (article 731 du Code civil).

Par ailleurs le divorce met fin de plein droit au régime matrimonial des époux, le patrimoine commun faisant l'objet d'une liquidation et d'un partage. Le divorce pour cause déterminée a également pour effet la perte des avantages matrimoniaux (droit de survie, institutions contractuelles dans le chef de l'époux fautif), ainsi que la révocation des donations entre époux. Le divorce peut éventuellement donner lieu au paiement de dommages et intérêts à l'époux "innocent", pour un préjudice particulier distinct des conséquences inhérentes au divorce, par application de la responsabilité civile (article 1382 du Code civil).

En outre, l'article 301 du Code civil donne à l'époux qui a obtenu le divorce un droit au paiement d'une pension alimentaire. En cas de divorce aux torts partagés, les deux époux perdent ce droit. Aucune pension n'est due à l'époux coupable. Cette pension après divorce a pour objet de permettre au bénéficiaire de poursuivre son existence dans des conditions équivalentes à celles dont il bénéficiait pendant la vie commune. On tient compte à cet effet des revenus et possibilités de chacune des parties au moment de la transcription du jugement de divorce.

Les effets patrimoniaux du divorce pour cause de séparation de fait de plus de cinq ans sont semblables à ceux du divorce pour cause déterminée, sauf sur deux plans. Le tribunal peut, à la demande de l'un des époux et s'il estime équitable en raison de circonstances propres à la cause, décider dans le jugement qui admet le divorce qu'il ne sera pas tenu compte dans la liquidation de la communauté de l'existence de certains avoirs constitués ou de certaines dettes contractées depuis le moment où la séparation de fait a pris cours. Les parties peuvent également former pareille demande au cours de la liquidation de la communauté. D'autre part, deux hypothèses sont envisagées par le législateur en ce qui concerne le paiement d'une pension alimentaire. Si le divorce est obtenu à la suite d'une séparation de fait qui est la conséquence de l'état de démence ou de grave déséquilibre mental dans lequel se trouve l'autre époux, le devoir de solidarité entre les époux est davantage marqué et le tribunal peut accorder à l'un des époux à charge de l'autre une pension alimentaire. Dans les autres hypothèses, l'époux demandeur en divorce est considéré comme celui contre qui le divorce est prononcé, à moins qu'il n'apporte la preuve que la séparation de fait est imputable aux fautes et manquements de l'autre époux.

Les conventions préalables signées entre époux régissent presque entièrement les effets du divorce par consentement mutuel. Sur le plan patrimonial, les parties sont liées par leurs conventions dans la mesure fixée par l'article 1134 du Code civil relatif au droit des contrats. Cette règle est d'application tant en ce qui concerne la pension alimentaire entre époux que les autres effets patrimoniaux.

## **ALLEMAGNE**

Si les époux vivent sous le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts, les acquêts font l'objet d'une compensation entre les époux lors du divorce (article 1372 et suivants du Code civil). Il peut être dérogé à cette règle si la compensation est manifestement inéquitable. Ce cas peut notamment se présenter lorsque le conjoint dont les acquêts ont été moindres a, de manière fautive, omis pendant une période assez longue, de s'acquitter des obligations économiques découlant du mariage (article 1381 du Code civil). La notion de faute pour ce qui est du divorce n'intervient pas dans ce contexte.

Si les époux vivent sous le régime de la communauté de biens, ils doivent partager la communauté. Il n'est pas prévu de sanctions à l'égard de l'époux qui a commis la faute.

Le logement conjugal peut, si les époux ne parviennent pas à s'entendre, être attribué par le tribunal à l'un des époux (article 1 de l'ordonnance sur le partage des effets mobiliers entre les époux). S'il s'agit d'un logement en location, le tribunal peut statuer sur le contrat de bail et créer une nouvelle situation de droit. Le tribunal décide souverainement.

Les effets mobiliers appartenant aux deux époux peuvent, si les époux ne parviennent pas à un accord, être répartis entre eux par le tribunal selon des considérations d'équité et d'opportunité. Les effets mobiliers qui appartiennent à l'un des époux sont affectés à l'autre époux s'ils sont indispensables à ce dernier et si le transfert peut raisonnablement être demandé au propriétaire.

En cas de décès, lorsque les conditions d'un divorce étaient réunies et que le conjoint défunt avait demandé ou accepté le divorce, le conjoint survivant ne peut faire valoir de droits successoraux légaux (article 1933 du Code civil). Les dispositions testamentaires en faveur de l'époux deviennent caduques sauf si le défunt a précisé qu'elles valaient également en cas de divorce (article 2077 du Code civil; en cas de testament commun, l'ensemble du testament devient caduc, cf. article 2268 du Code civil).

Pour ce qui est de l'entretien des époux après le divorce, les dispositions légales sont fondées sur l'hypothèse que chacun d'entre eux doit subvenir à ses propres besoins de manière autonome. Ce n'est que dans des situations de besoin particulières que le Code civil prévoit (articles 1570 - 1576) le droit pour un conjoint de bénéficier d'aliments après le divorce (pension alimentaire pour enfant à charge, pour des raisons d'âge, de maladie ou d'infirmité, dans l'attente d'une activité rémunérée adéquate, en vue d'une formation, d'une spécialisation ou d'une reconversion ou pour des raisons d'équité). Le droit d'un conjoint à bénéficier d'aliments peut être refusé, réduit ou limité dans le temps s'il est manifestement inéquitable d'imposer cette obligation au débiteur d'aliments (article 1579 du Code civil).

Le droit à bénéficier d'aliments après le divorce s'éteint à la mort du créancier d'aliments et en cas de remariage de ce dernier (articles 1586, 1586 b) du Code civil).

L'article 1587 du Code civil prévoit une partition compensatoire des droits à la retraite entre les époux divorcés, c'est-à-dire des droits acquis ou en cours d'acquisition par l'un des époux ou les deux pendant la durée du mariage du fait d'une activité professionnelle ou d'apports provenant du patrimoine, en vue de constituer une pension de vieillesse ou d'invalidité.

La réglementation légale part de l'hypothèse que les droits acquis par le conjoint exerçant une activité lucrative pendant la durée du mariage résultent d'une prestation commune des deux époux, conformément au partage des tâches convenu dans le cadre du mariage. L'union conjugale étant considérée comme établie à vie, la partition compensatoire est fondée sur le principe que les droits à pension acquis par le conjoint qui exerce une activité lucrative sont, dès le départ, destinés également à assurer l'entretien et la vieillesse de l'autre conjoint (principe de la co-acquisition des droits).

## **GRÈCE**

La présomption de propriété des biens meubles que les conjoints possèdent ou détiennent séparément ou en commun disparaît (l'article 1398 du Code civil prévoit en effet que "les biens meubles que les conjoints possèdent ou détiennent séparément ou en commun sont présumés, à l'égard des créanciers de chacun d'entre eux, appartenir à l'époux qui en est le débiteur. Cette présomption disparaît en cas d'interruption de la vie commune. Les biens que les conjoints possèdent ou détiennent en commun sont présumés, dans leurs relations mutuelles, leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié. Dans leurs relations mutuelles et avec leurs créanciers, les biens destinés à l'usage personnel de l'un des conjoints sont présumés lui appartenir").

L'un des conjoints peut avoir des prétentions sur la plus-value intervenue sur le patrimoine de l'autre conjoint pendant le mariage (article 1400 du Code civil).

Si les conjoints l'avaient choisi pour régler leurs relations matrimoniales, le régime de la communauté des biens cesse d'être applicable (article 1411 du Code civil).

Dans certaines conditions, l'un des conjoints peut réclamer une pension alimentaire (articles 1142 et 1445 du Code civil).

## **FRANCE**

Au niveau patrimonial, chacun des époux peut bénéficier d'une prestation compensatoire si le divorce a été prononcé à la suite d'une procédure engagée par consentement mutuel sur demande acceptée ou pour faute. Dans ce dernier cas, le divorce ne doit pas avoir été prononcé à ses torts exclusifs.

Le devoir de secours est maintenu en cas de divorce pour rupture de la vie commune.

Quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à verser des dommages-intérêts à l'autre.

## **IRLANDE**

Les motifs de divorce découlent du fait objectif d'une séparation pendant la période prévue et non d'une faute. Toutefois, en rendant une ordonnance relative aux biens à la suite d'un jugement de divorce et pour en déterminer les dispositions, le tribunal est obligé de tenir compte, entre autres, du comportement de chacun des époux s'il estime qu'il serait injuste de ne pas en tenir compte eu égard à toutes les circonstances de l'affaire.

Lorsqu'il prononce un jugement de divorce ou à tout moment après ce jugement, le tribunal est habilité, dans certaines conditions, à rendre toute une série d'ordonnances relatives aux biens réels et personnels (y compris la maison familiale, les titres, le produit de comptes bancaires, les biens du ménage, les pensions, les paiements forfaitaires, etc.) en faveur soit d'un époux, soit d'un membre à charge de la famille. En particulier, il peut ordonner le transfert d'un bien particulier à une de ces parties ou il peut le liquider au profit de ladite partie. Il ne peut rendre d'ordonnance relative à la maison familiale lorsque, après un divorce, un ex-époux qui s'est remarié y réside habituellement avec son nouveau conjoint. Le remariage d'un époux interdit également à ce dernier de demander, à l'encontre de son ex-conjoint, de nouvelles ordonnances de règlement des biens.

Le tribunal peut aussi accorder à un époux le droit d'occuper la maison familiale à l'exclusion de l'autre époux. Il peut limiter la durée de ce droit qui, par exemple, peut être valable tant que l'époux en question est en vie ou jusqu'à ce que tous les enfants de la famille en cause atteignent un certain âge. Par ailleurs, le tribunal peut ordonner la vente de la maison familiale dans les conditions qu'il estime appropriées et prévoir le partage du produit de la vente entre les époux concernés. Dans chacun de ces cas, le tribunal tient compte de la nécessité de procurer un logement adéquat et sûr et pour un des époux et pour les membres à charge de la famille. En cas de remariage, ces ordonnances sont soumises aux mêmes conditions que celles qui sont énoncées ci-dessus.

Pour augmenter l'efficacité d'une ordonnance alimentaire ou une ordonnance relative au règlement des biens, le tribunal peut ordonner par ailleurs la vente d'un bien particulier sur lequel les deux époux (ou l'un d'eux) ont un droit. Il ne peut utiliser cette compétence pour modifier le droit octroyé à l'un des époux, dans le cadre d'une ordonnance de règlement patrimonial, d'occuper la maison familiale. La maison familiale où un époux divorcé vit avec un deuxième conjoint est également protégée. Comme il arrive parfois qu'un tiers ait aussi un droit sur un bien susceptible de faire l'objet d'une ordonnance de ce type, le tribunal est obligé de tenir compte des observations que ce tiers pourrait souhaiter faire en l'occurrence.

En outre, le tribunal est habilité à rendre une ordonnance :

- i) attribuant tout ou partie des droits d'un époux dans une assurance-vie à l'autre époux ou à un membre à charge de la famille ;
- ii) ordonnant à un époux de souscrire une assurance-vie en faveur de l'autre époux ou d'un membre à charge de la famille, ou
- iii) ordonnant à un époux de continuer à effectuer tous les paiements nécessaires aux termes de la police d'assurance.

Ce type d'ordonnance peut remplacer les autres ordonnances patrimoniales ou financières, ou les compléter. Il s'agit essentiellement d'un des nombreux pouvoirs dont dispose le tribunal dans une procédure en divorce afin de veiller à ce que des mesures appropriées et raisonnables soient prises en faveur d'un époux et des membres à charge de la famille. L'ordonnance cesse de produire des effets lors du remariage ou du décès de l'époux en faveur duquel elle a été rendue.

Le divorce met automatiquement fin aux droits de succession que les époux ont l'un à l'égard de l'autre. Le tribunal est cependant habilité à prendre des mesures pour les époux, et en particulier pour un époux à charge, en utilisant les diverses mesures financières et patrimoniales qu'il peut ordonner en rendant le jugement de divorce. Le tribunal qui rend ces ordonnances est tenu de prendre en compte la perte des droits de succession des époux. L'époux pour lequel des mesures adéquates n'ont pu être prises au moment du prononcé du jugement et qui ne s'est pas remarié entre-temps peut, sauf si le tribunal l'a interdit précédemment, demander que lui soient attribués des biens provenant du patrimoine de son ex-conjoint.

## **ITALIE**

Dans la décision prononçant le divorce, le tribunal prévoit l'obligation pour l'un des époux de verser régulièrement une pension alimentaire à l'autre époux, si ce dernier ne dispose pas de ressources adéquates ou s'il ne peut pas se les procurer pour des raisons objectives; lors du calcul de la pension alimentaire, il est également tenu compte des raisons de la décision, c'est-à-dire des responsabilités de l'échec du mariage.

Dissolution de la communauté légale entre époux (de plein droit, en vertu de l'article 191 du Code civil), si la dissolution n'a pas déjà eu lieu en conséquence de la séparation de corps.

L'époux divorcé qui ne jouit pas d'un droit autonome à la sécurité sociale conserve ce droit vis-à-vis de l'organisme de sécurité sociale auquel est affilié l'autre époux.

L'époux divorcé ayant droit à la pension alimentaire, s'il n'a pas contracté un nouveau mariage, a droit à l'intégralité de la pension de réversion en cas de décès de l'ex-époux ou à un pourcentage de cette pension s'il y a un époux survivant.

Le conjoint divorcé ayant droit à la pension alimentaire, s'il n'a pas contracté un nouveau mariage, a droit à un pourcentage de l'indemnité de cessation de contrat de travail perçue par l'autre conjoint.

## **LUXEMBOURG**

L'article 1441 du Code civil dispose que la communauté se dissout par : 3° le divorce, 4° la séparation de corps.

L'article 299 du Code civil prévoit qu' "en cas de divorce prononcé sur la base de l'article 229 (divorce pour cause déterminée ou encore pour faute), l'époux contre lequel le divorce a été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. L'époux qui a obtenu le divorce conservera les avantages que lui avait accordés l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques, et que la réciprocité n'ait pas eu lieu." Cet article s'applique aussi bien aux divorces prononcés aux torts exclusifs qu'à ceux prononcés aux torts réciproques et la jurisprudence retient une interprétation large de la notion d'avantage matrimonial.

Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 1995, l'article a vocation à s'appliquer à tous les avantages que l'un des époux peut tirer des clauses d'une communauté conventionnelle et notamment de l'adoption du régime de communauté universelle.

L'article 300 alinéa 3 du Code civil dispose qu' aucune pension alimentaire ne sera due à la partie contre laquelle a été prononcé le divorce aux torts exclusifs.

L'article 301 du Code civil dispose que "dans tous les cas où le divorce a été prononcé sur la base de l'article 229 aux torts exclusifs d'un époux, le tribunal pourra allouer au conjoint qui l'a obtenu des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage lui fera subir." Seul l'époux "innocent" peut prétendre à l'allocation de dommages-intérêts sur la base de l'article 301 du Code civil. Le juge doit donc prononcer un jugement de divorce aux torts exclusifs de l'autre époux. Pour être réparable, le préjudice (matériel ou moral ) doit trouver son origine dans la dissolution même du mariage et il appartient à l'époux qui demande les dommages-intérêts sur la base de l'article 301 du Code civil de démontrer l'existence du préjudice par lui subi. En pratique les tribunaux n'admettent que très rarement un préjudice particulier trouvant son origine dans la dissolution du mariage.

Les époux peuvent encore demander des dommages-intérêts sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil (dispositions concernant la responsabilité civile) en ce qui concerne le préjudice subi suite aux fautes commises par leur conjoint avant le divorce. Cette action en dommages-intérêts est distincte de celle basée sur l'article 301 du Code civil et répond aux conditions de droit commun. Il faut donc prouver une faute, un dommage et une relation de causalité entre la faute et le dommage.

## **PAYS-BAS**

L'obligation d'entretien existant durant le mariage entre les époux non séparés de corps se poursuit dans un certain sens après la dissolution de leur mariage. L'obligation alimentaire est l'obligation unilatérale d'entretien de celui des ex-époux qui ne dispose pas de revenus suffisants et ne peut en acquérir raisonnablement. Peu importe à cet égard de savoir qui est le défendeur ; en d'autres termes, l'obligation alimentaire ne dépend pas de la notion de "faute". Les (ex-)époux peuvent convenir par un accord si et dans quelle mesure l'un d'eux est tenu de payer des aliments à l'autre après le divorce (article 1158 du Code civil). Le juge peut, sur la base de l'article 1157 du Code Civil, accorder une pension alimentaire, mais il n'y est pas obligé. Le montant de la pension est généralement fixé en tenant compte des besoins (de celui qui a droit à l'entretien) et de la capacité financière (de celui qui est tenu de payer). Indépendamment des besoins, l'ex-époux doit être nécessairement, c'est-à-dire ne pas avoir de revenus suffisants et ne pouvoir raisonnablement en acquérir pour pourvoir à son propre entretien. Pour évaluer la capacité financière, le juge peut tenir compte de toutes les circonstances raisonnablement pertinentes à cet égard. En pratique, il utilise pour calculer la pension alimentaire les lignes directrices mises au point par le Werkgroep Alimentatienormen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (groupe de travail sur les normes en matière de pension alimentaire relevant de l'Association néerlandaise pour le système judiciaire), appelées normes "Trema" parce qu'elles figurent dans la revue Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht, qui sont régulièrement adaptées. En ce qui concerne la durée de l'obligation alimentaire (article 1157, paragraphes 2 à 6 du Code civil), le régime suivant s'applique aux pensions accordées ou convenues après le 1er juillet 1994 : si le juge n'a pas fixé d'échéance et que les parties n'en sont pas convenues d'un commun accord, la durée légale est de 12 ans à dater de l'inscription du jugement de divorce dans les registres de l'état civil (article 1157, paragraphe 4 du Code civil). S'il s'agit d'un mariage qui n'a pas duré plus de 5 ans et s'il n'y a pas d'enfants, la durée légale maximale applicable - à défaut d'avoir été fixée autrement - est la même que celle du mariage. À l'expiration de la durée applicable de droit, le juge peut, dans des circonstances exceptionnelles, accorder une prolongation (article 1157, paragraphe 5 du Code civil).

L'obligation qu'a l'ex-époux de payer une pension alimentaire à la partie adverse prend fin lorsque cette dernière se remarie, conclut un partenariat enregistré ou encore vit avec une autre personne comme s'il y avait mariage ou partenariat enregistré (article 1160 du Code civil).

Le régime matrimonial légal est la communauté universelle de biens, réglementée par les dispositions du Titre 7 du Livre I du Code civil. En font partie tous les biens que chacun des époux possédait au moment de la conclusion du mariage et les biens acquis par la suite. Les biens acquis par héritage et les dons peuvent en être exclus par le testateur ou le donateur. La communauté est dissoute de plein droit entre autres lorsque le mariage se termine, par exemple par un divorce (article 1 099 du Code civil). Elle devient partageable conformément à l'article 1100 du Code civil. Avant la dissolution, les époux avaient chacun droit à la totalité des biens (droit solidaire), tandis qu'après la dissolution, chaque ex-époux a droit à la moitié du patrimoine (sauf dispositions contraires du contrat de mariage ou de la convention de divorce). Lorsque les époux ne veulent pas se marier sous le régime légal de la communauté universelle de biens, ils peuvent choisir un autre régime, dit facultatif, dans leur contrat de mariage. À cet égard, on peut établir une distinction entre les régimes légaux et conventionnels. Les régimes conventionnels sont des régimes convenus entre les époux qui ne sont pas réglementés par la loi, comme les clauses de règlement périodiques ou finales. Il existe trois régimes facultatifs légaux : la communauté de fruits et revenus (articles 1124 - 1127 du Code civil), la communauté de gains et pertes (article 1128 du Code civil) et la participation légale (articles 1132 - 1145 du Code Civil). Si les époux ont choisi la participation légale, la dissolution du mariage met fin à la participation (article 1134 du Code civil).

Selon la loi sur la péréquation des droits à la pension en cas de divorce (28 avril 1994, Stb. 342), un époux dispose, à l'encontre de la personne (légale) qui est tenue au paiement d'une pension de vieillesse à l'autre époux, d'un droit au paiement d'une partie de chaque versement de la pension. Le droit à la péréquation de la pension couvre les droits à la pension constitués durant le mariage (article 1155 du Code civil et article 2 de la loi sur la péréquation des droits à la pension). Ce droit au paiement directement opposable à l'organisme payeur ne prend naissance que si, dans les deux ans qui suivent la date de l'inscription du jugement de divorce dans les registres de l'état civil, l'un des époux notifie le divorce de la manière prescrite par la loi (au moyen d'un formulaire déterminé) ainsi que la date du divorce. Si le droit à la péréquation ne peut être opposé à l'organisme payeur parce que le formulaire n'a pas été transmis à temps, il existe néanmoins à l'encontre de l'autre époux. La loi part de l'hypothèse type où la pension de vieillesse constituée durant le mariage est partagée en deux entre les époux. Ces derniers peuvent exclure, limiter ou compléter autrement l'application de la loi sur la péréquation des droits à la pension dans leur contrat de mariage ou dans un autre document écrit, comme la convention de divorce.

L'article 1165 du Code civil contient une disposition provisoire relative aux difficultés de logement pouvant survenir pendant les premiers temps qui suivent le divorce. Selon le paragraphe 1 de cet article, le juge peut, à la demande d'un époux, décider dans le jugement de divorce ou dans une décision ultérieure, que l'ex-époux qui a la jouissance du domicile conjugal peut occuper ce dernier durant les 6 mois qui suivent l'inscription du jugement de divorce, moyennant une compensation raisonnable. Cette disposition est appliquée lorsque l'habitation fait partie d'une communauté (quelle qu'elle soit), est un bien commun ou lorsque le droit de location (le droit d'utilisation et de jouissance du bien loué) tombe dans la masse commune.

## **AUTRICHE**

Le divorce fait naître le droit d'exiger le partage des biens communs ainsi que des économies communes; un éventuel contrat de mariage est résilié.

## **PORTUGAL**

L'époux privé de ressources a droit à des aliments conformément à l'article 2016 du Code civil.

L'époux déclaré coupable unique ou principal :

- ne peut lors du partage recevoir plus que la part qui lui reviendrait si le régime matrimonial était la communauté d'acquêts (article 1790 du Code civil);
- perd tous les avantages reçus ou à recevoir de l'autre époux ou de tiers, au titre du mariage ou en raison de sa qualité d'époux, que l'octroi de ces avantages ait été prévu avant ou après la célébration du mariage (article 1791, point 1 du Code civil);
- est tenu de réparer les dommages non patrimoniaux causés à l'autre époux par la dissolution du mariage, la demande de réparation devant être formulée durant l'instance de divorce elle-même (article 1792 du Code civil).

## **FINLANDE**

Si un des époux est considéré comme étant dans le besoin à la suite du divorce, le tribunal peut ordonner à l'autre de lui verser une pension alimentaire, à condition que cela soit raisonnable compte tenu de ses capacités et de sa situation par ailleurs.

Les torts ne sont plus sanctionnés depuis la réforme de 1987 de la législation sur le divorce. En ce qui concerne le partage des biens matrimoniaux. La règle générale est la division à parts égales de tous les biens. En 1987, une "règle d'ajustement" a été introduite dans la loi sur le mariage, en vertu de laquelle la répartition des biens matrimoniaux peut être ajustée lorsque l'absence d'ajustement aurait des résultats inéquitables ou donnerait à l'un des époux des avantages économiques injustifiés. Lorsqu'un ajustement est envisagé, il est tenu compte en particulier de la durée du mariage, des contributions respectives des époux au ménage commun sous forme d'acquisitions et d'entretien des biens matrimoniaux ainsi que d'autres considérations financières comparables.

## **SUÈDE**

Après le divorce, les biens des époux sont partagés entre eux. En règle générale, le partage se fait à parts égales. Après le divorce, les époux sont tenus de subvenir à leurs propres besoins. Seules quelques situations particulières font exception, notamment lorsque l'un des époux a des difficultés pour subvenir à ses besoins au terme d'un mariage de longue durée ou s'il existe des raisons particulières.

La question de savoir lequel des époux est la cause de la dissolution du mariage n'intervient pas en droit suédois.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

Le tribunal statue généralement sur ces relations soit après avoir entendu les parties, soit sur la base d'un accord entre ces dernières, repris dans un jugement d'expédient. Les questions patrimoniales sont souvent réglées après le divorce, surtout dans les cas complexes. Il n'y a pas de sanctions patrimoniales à l'encontre de la partie qui a apparemment commis une faute selon les termes de la demande en divorce. Cependant, le tribunal peut tenir compte du comportement des parties dans le cas où il serait injuste de ne pas le faire : il s'agit d'une disposition très exceptionnelle, réservée aux cas d'inconduite les plus graves. Un jugement définitif de divorce met fin aux droits de succession (testamentaire, sauf si le testateur a fait part d'une intention contraire, ou intestat) d'un ex-époux à l'égard de l'autre.

Si les parties restent copropriétaires des biens après un divorce, ces derniers seront transmis entre eux en cas de "joint tenancy" (forme de propriété prévoyant qu'un bien est transmis au copropriétaire survivant) sauf s'il a été prévu de mettre fin au joint tenancy ; tel sera souvent le cas pour une maison. Ce droit reconnu au survivant n'est pas affecté par le divorce parce qu'il relève du droit des biens et non du droit de la famille. Un ex-époux peut revendiquer des biens appartenant au patrimoine de l'autre pour obtenir des mesures financière raisonnables : cela dépend des circonstances de l'espèce et des arrangements financiers pris lors du divorce, et les ordonnances à cet effet sont rares.

### **Écosse**

Lors du divorce, des mesures sont prises pour partager les biens des époux, et chacun de ces derniers peut demander au tribunal un certain nombre d'ordonnances relatives à des allocations financières. En général, on ne tient pas compte du comportement de chacune des parties sauf s'il a affecté ses ressources financières. Le tribunal peut ordonner le paiement d'un montant, le transfert d'un bien, le paiement d'une allocation périodique et rendre des ordonnances relatives aux droits à pension. D'autres ordonnances accessoires peuvent être rendues, notamment pour vendre ou évaluer des biens dont une partie peut hériter, ou régler la question de l'occupation du domicile conjugal. Quand le tribunal ordonne le paiement d'allocations financières, il doit tenir compte des principes suivants :

- la valeur nette des biens matrimoniaux doit être partagée équitablement entre les parties au mariage ;
- il faut tenir compte équitablement de tout avantage économique obtenu par l'une des parties à la suite de contributions faites par l'autre et des pertes économiques subies par l'une des parties dans l'intérêt de l'autre ou de la famille ;
- il faut partager équitablement entre les parties toute charge économique découlant de l'entretien, après un divorce, d'un enfant de moins de 16 ans issu du mariage ;
- il faut accorder à une partie qui dépendait substantiellement de l'aide financière de l'autre une allocation financière raisonnable pour lui permettre de s'adapter, pendant une période ne pouvant excéder trois ans à partir de la date du prononcé du divorce, à la perte de cette aide due au divorce ; et
- une partie qui, au moment du divorce, va vraisemblablement subir un préjudice financier important, doit obtenir une allocation financière raisonnable pour compenser ce préjudice pendant une durée raisonnable.

*iii) les effets du divorce sur les enfants des deux époux qui sont encore mineurs (par exemple, autorité parentale et obligations alimentaires) ?*

**BELGIQUE**

Divorce pour cause déterminée: Le divorce ne porte pas atteinte au principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, sauf décision du juge. Il ne supprime pas les obligations liées à l'établissement de la filiation. Chacun des parents reste tenu de contribuer aux dépenses d'entretien et d'éducation des enfants.

Divorce par consentement mutuel: En matière d'autorité parentale, le principe de l'autonomie de la volonté cède devant un principe supérieur fondé sur l'intérêt de l'enfant. Les parties peuvent saisir les juridictions en vue d'obtenir une modification de leurs conventions, en se fondant sur l'intérêt de l'enfant. En ce qui concerne la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants, on se réfère à ce qui a été convenu entre les parties, pour autant que les enfants aient tous ce à quoi ils ont droit. La convention peut cependant être modifiée par le juge, lorsque des circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties modifient sensiblement leur situation ou celle des enfants.

**ALLEMAGNE**

Le principe qui prévaut en droit allemand est que des parents mariés l'un à l'autre exercent conjointement la garde de leurs enfants (article 1626 du Code civil).

En cas de séparation autre que temporaire ou de divorce, il appartient en premier lieu aux parents de décider s'ils souhaitent ou non maintenir la garde conjointe. Dans ce cas, le tribunal des affaires familiales ne statue sur la garde des enfants que si l'un des parents demande la garde (article 1671 du Code civil). Il y a lieu de donner suite à la demande si l'autre parent l'accepte (sauf si l'enfant a 14 ans révolus et s'oppose au transfert du droit de garde) ou si la suppression de la garde conjointe et le transfert du droit au demandeur semblent répondre le mieux à l'intérêt de l'enfant.

Lorsque le tribunal des affaires familiales transfère le droit de garde à un seul parent, l'autre parent conserve fondamentalement le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant (article 1684, paragraphe 1 du Code civil). En outre, ce parent est habilité à prendre seul les décisions pratiques qui s'avèrent nécessaires lorsque l'enfant se trouve chez lui avec l'accord du parent qui en a la garde ou sur la base d'une décision judiciaire (article 1687 a) du Code civil en liaison avec l'article 1687, paragraphe 1 quatrième phrase, du Code civil). Le tribunal des affaires familiales peut, si l'intérêt de l'enfant l'exige, limiter ou exclure le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant ainsi que le droit découlant de l'article 1687 a) en liaison avec l'article 1687, paragraphe 1, quatrième phrase du Code civil (article 1684, paragraphe 4, article 1687 a) en liaison avec l'article 1687, paragraphe 2 du Code civil). Une décision visant à limiter ou à exclure pour une longue période ou en permanence le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant ne peut intervenir que si, dans le cas contraire, le bien de l'enfant serait compromis (article 1684, paragraphe 4, deuxième phrase, du Code civil).

L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants découle des articles 1601 et suivants du Code civil, qui prévoient que les enfants qui ne sont pas en mesure de subvenir eux-mêmes à leur besoins ont un droit à être entretenus par leurs parents conformément à leurs besoins. Selon l'article 1610, paragraphe 1, du Code civil, l'entretien à accorder à un enfant est déterminé en fonction de sa situation. En règle générale, les enfants mineurs n'ont pas de situation propre et partagent celle de leurs parents. Le montant de la pension alimentaire à accorder pour un enfant est donc calculé sur la base des revenus du parent qui verse la pension.

Conformément à l'article 1606, paragraphe 3, deuxième phrase du Code civil, le parent chez lequel vivent des enfants mineurs remplit en règle générale son obligation d'entretien en prenant en charge les besoins quotidiens et l'éducation des enfants alors que l'autre parent a l'obligation de contribuer à l'entretien des enfants en versant une somme d'argent (pension alimentaire).

## **GRÈCE**

Le tribunal doit se prononcer sur la question de l'exercice de l'autorité parentale et de la garde des enfants mineurs, ainsi que sur les relations avec le parent qui n'en a pas la garde.

Il convient de régler le droit à aliments qu'a l'enfant mineur à l'égard de ses parents.

## **FRANCE**

En ce qui concerne les enfants et sous réserve de l'intérêt de ceux-ci, la règle est l'exercice en commun de l'autorité parentale par les deux parents.

Une obligation d'entretien et d'éducation prenant la forme d'une pension alimentaire peut être mise à la charge du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale ou qui n'assure pas la résidence habituelle de l'enfant.

## **IRLANDE**

Le prononcé d'un jugement d'un divorce n'affecte pas, par lui-même, le droit qu'ont le père et la mère d'un enfant d'exercer conjointement la garde de ce dernier. Cependant, le tribunal peut déclarer que l'un des parents n'est pas apte à exercer la garde de l'enfant et, par conséquent, l'époux visé par l'ordonnance n'est pas en droit d'exercer cette garde au décès de l'autre époux. En outre, le tribunal est habilité à rendre des ordonnances relatives à la garde de l'enfant et au droit de visite au moment où il prononce le divorce ou à tout moment ultérieurement.

Parce qu'il a l'obligation de veiller à ce que des mesures adéquates soient prises à l'égard d'un enfant à la suite d'un jugement de divorce, le tribunal est habilité à rendre toute une série d'ordonnances financières et patrimoniales en faveur de cet enfant.

## **ITALIE**

Dans la décision prononçant le divorce, le tribunal prévoit l'attribution de la garde des enfants à l'un des parents et établit les modalités des relations avec le non gardien; c'est au premier qu'incombe l'exercice exclusif de l'autorité parentale, mais les décisions les plus importantes sont adoptées par les deux parents; la garde peut également être exercée en commun ou en alternance.

Le tribunal établit la mesure dans laquelle le parent non gardien doit contribuer à l'entretien, à l'instruction et à l'éducation des enfants, ainsi que la façon dont il doit y contribuer.

C'est au parent qui a la garde des enfants mineurs ou avec lequel vivent les enfants au-delà de leur majorité qu'est attribué, de préférence, le logement familial.

## **LUXEMBOURG**

L'article 302 du Code civil dispose que "le tribunal statuant sur le divorce confiera la garde des enfants, suivant ce qu'exigera l'intérêt des enfants, soit à l'un, soit à l'autre des époux, soit à une tierce personne, parente ou non, l'autorité parentale étant exercée conformément aux articles 378 et 389 du Code civil. En cas de divorce prononcé sur la base des articles 229, 230 et 231 (divorce contentieux) et en cas de divorce par consentement mutuel, le tribunal de la jeunesse pourra toujours, par la suite déterminer, modifier ou compléter le droit de garde pour le plus grand avantage de l'enfant.

Le droit de visite et d'hébergement ne pourra être refusé que pour des motifs graves à celui des père et mère qui n'a pas obtenu la garde des enfants. Dans l'intérêt des enfants mineurs, le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par eux dans les conditions de l'article 388-1" (concernant l'audition de l'enfant en justice et la défense de ses intérêts).

L'article 378 du Code civil prévoit que "si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre. Lorsque la garde a été confiée à un tiers, les autres attributs de l'autorité parentale continuent d'être exercés par les père et mère. Mais le tribunal, en désignant un tiers comme gardien provisoire, peut décider qu'il devra requérir à l'ouverture d'une tutelle."

L'article 389 du Code civil dispose que "les père et mère, légitimes ou naturels, qui exercent l'autorité parentale sont administrateurs légaux des biens de leurs enfants mineurs non émancipés (...). En cas de divorce ou de séparation de corps, l'administration légale appartient à celui des deux époux auquel a été confiée la garde de l'enfant, s'il n'en a été autrement ordonné."

L'obligation alimentaire de l'article 213 du Code civil subsiste après le divorce des époux. Le jugement qui prononce le divorce statuera donc sur le droit de garde, de visite et d'hébergement et la pension alimentaire en ce qui concerne les enfants communs mineurs du couple. En cas de désaccord des époux en ce qui concerne le droit de garde et le droit de visite et d'hébergement des enfants communs mineurs, le tribunal tranchera en prenant en considération l'intérêt de l'enfant. Celui des père et mère qui n'a pas obtenu le droit de garde devra contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants communs moyennant le versement d'une pension alimentaire à l'autre parent. En cas de désaccord sur le montant de la pension alimentaire, le tribunal fixera le montant de la pension alimentaire en prenant en considération d'une part les besoins des enfants et d'autre part les facultés contributives de chacun des père et mère.

En ce qui concerne le droit de garde, celui des père et mère qui a obtenu ce droit exercera seul l'autorité parentale, mais sous la surveillance de l'autre parent. Dans l'intérêt de l'enfant, le tribunal peut attribuer la garde de l'enfant à une tierce personne. Dans ce cas, les père et mère continuent cependant à exercer ensemble les autres attributs de l'autorité parentale. Il convient de préciser que si la garde de l'enfant est confiée à un tiers suite à une décision du tribunal de la jeunesse (mesure de placement), ce tiers exerce tous les attributs de l'autorité parentale (article 11 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse).

## **PAYS-BAS**

Durant le mariage, les parents exercent conjointement la garde des enfants issus de ce mariage (article 1251, paragraphe 1 du Code civil). Après le divorce, ils continuent d'exercer conjointement cette garde (en d'autres termes : poursuite de plein droit de la garde conjointe), à moins que les parents (ou l'un d'entre eux) demandent au tribunal, dans l'intérêt de l'enfant, de déclarer que la garde ne revient qu'à l'un d'eux (article 1251, paragraphe 2 du Code civil). Si chacun des parents souhaite la garde exclusive, le juge devra déterminer quelle est la décision qui correspond le mieux à l'intérêt de l'enfant.

Le Titre 15 du livre I du Code civil contient les dispositions qui régissent le droit de visite et le droit à l'information concernant les enfants mineurs. Selon l'article 1377 a), paragraphe 1, le parent qui n'a pas la garde et l'enfant mineur ont un droit réciproque de visite. Par droit de visite, on entend non seulement des visites proprement dites, mais aussi des contacts écrits et téléphoniques. Les deux parents (ou l'un d'eux) peuvent demander au juge de régler le droit de visite entre l'enfant et le parent qui n'en a pas la garde (article 1377 a), paragraphe 2).

Le juge ne peut refuser le droit de visite que pour une série limitative de motifs énumérés à l'article 1377 a), paragraphe 3 (préjudice grave pour le développement de l'enfant, inaptitude manifeste du parent qui n'a pas la garde, objections sérieuses d'un enfant de douze ans ou davantage, autres intérêts prépondérants). Le parent qui a obtenu seul la garde est tenu d'informer l'autre parent et de le consulter à propos de l'enfant, par exemple en ce qui concerne les choix scolaires et les choix professionnels, les questions importantes dans le domaine médical et financier (article 1377 a) du Code civil).

Outre les règles générales énoncées aux articles 1392 à 1403 du Code civil, les règles particulières des articles 1404 à 1408 du Code civil sont applicables aux obligations d'entretien entre les parents et leurs enfants mineurs. L'article 1392 du Code civil contient une obligation réciproque d'entretien entre parents et enfants fondée sur la parenté. Cette disposition est complétée par les articles 1404 à 1408 du Code civil : les parents sont tenus, selon leur capacité financière, de pourvoir aux frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants mineurs (article 1404, paragraphe 1 du Code civil). L'obligation d'entretien à l'égard des enfants existe indépendamment de la nécessité et ne s'éteint pas avec le prononcé du divorce des parents. Si les parents sont divorcés et que la garde est exercée par l'un d'eux, l'autre va généralement fournir une aide pécuniaire. Le parent qui exerce la garde peut, après le divorce, réclamer une contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants mineurs (article 1406, paragraphe 1, du Code Civil). Le juge peut statuer en ce sens en même temps qu'il décide de la garde des enfants (article 1406, paragraphe 2 du Code civil). Le paiement se fait en principe à l'autre parent.

### **AUTRICHE**

Les parents divorcés d'un enfant mineur peuvent soumettre au tribunal une convention déterminant celui d'entre eux auquel reviendra la garde exclusive de l'enfant; si une telle convention n'intervient pas dans un délai raisonnable ou si elle n'est pas homologuée, le tribunal doit alors trancher. La créance alimentaire des enfants est indépendante du divorce.

### **PORTUGAL**

En cas de divorce, le sort des enfants mineurs, les aliments qui leur sont dus et les modalités de prestation d'aliments sont réglés par accord entre les parents, sous réserve d'une homologation par le tribunal; celle-ci est refusée si l'accord ne répond pas aux intérêts de l'enfant, y compris l'intérêt pour celui-ci de maintenir des rapports étroits avec le parent qui n'en a pas la garde (article 1905, point 1 du Code civil). En l'absence d'accord, le tribunal statuera conformément aux intérêts de l'enfant, y compris celui de maintenir des rapports étroits avec le parent qui n'en a pas la garde, celle-ci pouvant être confiée à l'un quelconque des parents ou à un tiers ou encore à un établissement d'éducation ou d'assistance s'il y a lieu (article 1905, point 2 du Code civil). L'autorité parentale est exercée par le parent auquel l'enfant a été confié, et les parents peuvent convenir d'exercer en commun l'autorité parentale en décidant des questions relatives à la vie de l'enfant dans les mêmes conditions que celles qui s'appliquent à cet égard dans le cadre du mariage, ou convenir que certaines questions seront résolues d'un commun accord par les deux parents ou que la gestion des biens de l'enfant sera assurée par le parent auquel l'enfant a été confié (article 1906 du Code civil). Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale a un droit de regard sur l'éducation et les conditions de vie de l'enfant (article 1906, point 4 du Code civil).

## **FINLANDE**

Lorsqu'une procédure de divorce est en cours, le tribunal peut, à la demande d'un des époux ou d'un bureau local d'assistance sociale, décider de l'autorité parentale (garde, résidence et visites) à l'égard des enfants issus du mariage. Cependant, il n'est pas obligatoire de prendre des décisions en matière d'autorité parentale dans le cadre de la procédure de divorce. Si aucune demande n'est formulée dans ce sens, le divorce en tant que tel n'a aucun effet en matière d'autorité parentale.

Dans le cadre d'une procédure de divorce, le tribunal peut aussi décider, si le parent avec lequel l'enfant résidera en fait la demande, du versement d'aliments à l'enfant commun.

## **SUÈDE**

Après le divorce, les époux conservent automatiquement la garde conjointe de leurs enfants. La cessation de cette garde conjointe peut cependant être prononcée par un tribunal:

- à l'initiative du tribunal même lorsque la garde conjointe est manifestement contraire au bien de l'enfant, ou
- à la demande de l'un des époux lorsque le tribunal estime que l'intérêt de l'enfant est mieux servi par la garde unique de l'un des époux.

Lorsque les deux conjoints demandent qu'il soit mis fin à la garde conjointe, le tribunal est tenu de donner suite à cette demande. Les deux parents sont tenus à l'entretien de leurs enfants. Le parent qui n'habite pas avec l'enfant satisfait à ses obligations d'entretien par le paiement à son ex-conjoint d'une pension alimentaire au profit de l'enfant.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

Avant de prononcer un divorce, le tribunal doit vérifier les arrangements convenus par les parties à l'égard des enfants. Les mesures qu'il prendra dans ce domaine seront fondées sur le principe que le bien-être de l'enfant doit l'emporter sur toute autre considération. Il envisagera, par exemple, de rendre des ordonnances sur la résidence, le droit de visite et la pension alimentaire pour les enfants qui soient distinctes des ordonnances rendues en faveur d'un époux.

### **Ecosse**

La règle générale est que le divorce n'affecte pas la relation de droit entre parents et enfants. Les parents conservent leurs droits et devoirs parentaux, ainsi que leurs obligations d'entretien à l'égard de leurs enfants. Le tribunal peut néanmoins être appelé à régler certaines de ces questions à la suite d'un divorce. Un père n'acquiert automatiquement des droits et devoirs parentaux que s'il est marié avec la mère au moment de la conception de l'enfant ou après. Il peut cependant les acquérir en demandant un jugement au tribunal ou par un accord avec la mère de l'enfant, qui est ensuite officialisé. L'obligation d'entretenir les enfants n'est pas automatiquement affectée par le divorce, elle se poursuit jusqu'à ce que l'enfant ait 18 ans (ou 25 ans s'il suit des études ou une formation). Bien que ces droits et devoirs ne soient pas affectés par le divorce comme tel, le tribunal peut rendre les ordonnances qu'il estime appropriées, par exemple pour régler la question de la résidence et du droit de visite. A cette fin, il doit respecter trois principes :

- le bien-être de l'enfant doit l'emporter sur toute autre considération ;
- l'enfant doit avoir l'occasion d'exprimer son avis, dont il faut tenir compte s'il est suffisamment âgé et mûr ; et
- le tribunal ne doit rendre d'ordonnance que s'il est préférable pour l'enfant de le faire.

*b) Les époux peuvent-ils exclure ou modifier d'un commun accord certains des effets du divorce?*

## **BELGIQUE**

Non en ce qui concerne le divorce pour cause déterminée et pour cause de séparation de fait de plus de cinq ans.

La forme du divorce par consentement mutuel permet, par contre, aux époux de régir la majeure partie des effets de leur divorce. Les époux peuvent exclure par exemple, le paiement d'une pension alimentaire entre époux. Le principe de l'autonomie de la volonté connaît cependant certaines limites, notamment eu égard aux mesures concernant les enfants communs qui se doivent d'être conformes à l'intérêt de ceux-ci.

## **ALLEMAGNE**

Les époux peuvent régler leurs relations patrimoniales par convention ; ils peuvent abroger ou modifier le régime matrimonial après la conclusion du mariage (article 1408 du Code civil). La convention doit être enregistrée devant un notaire (article 1410 du Code civil).

Les époux peuvent conclure des conventions concernant l'obligation d'entretien en cas de divorce (article 1585 du Code civil). En vertu des articles 134 et 138 du Code civil la liberté contractuelle est totale. Une convention de cette nature peut en principe être conclue au moment du mariage mais aussi dans le cadre de la procédure de divorce. Une renonciation à l'entretien peut être immorale et donc nulle, par exemple si elle aboutit à faire porter par les services sociaux (organismes d'aide sociale) la prestation qui serait à la charge du conjoint débiteur des aliments.

Les conventions en matière d'entretien ne doivent en principe répondre à aucune condition de forme, sauf exception, par exemple en cas de divorce par consentement mutuel ; dans ce cas, il doit exister un titre de créance exécutoire portant sur l'obligation légale d'entretien (article 630, paragraphe 1, point 3, et paragraphe 3, en liaison avec l'article 794, paragraphe 1, point 5, du Code de Procédure Civile).

Les questions de partition compensatoire des droits à la retraite peuvent aussi être réglées par voie conventionnelle avant ou pendant le mariage ou encore dans le cadre de la procédure de divorce (articles 1408 et suivants et article 1587 du Code civil).

Les conventions concernant les obligations alimentaires à l'égard d'enfants communs sont aussi possibles en principe. En règle générale, une convention de ce type n'a d'effets juridiques qu'entre les parents. Toute renonciation pour l'avenir à une créance alimentaire légale d'un enfant est nulle et non avenue (article 1614, paragraphe 1, du Code civil).

## **GRÈCE**

Les conjoints peuvent convenir de procéder différemment en ce qui concerne l'usage du nom.

## **FRANCE**

Les époux peuvent modifier d'un commun accord tout ce qui a trait à l'organisation de la vie matérielle des enfants. Ils peuvent également exclure certains effets patrimoniaux du divorce (absence de demande de pension alimentaire, de prestation compensatoire...).

## **IRLANDE**

Les critères énoncés à l'article 41.3.2° de la Constitution et approuvés par le référendum populaire de novembre 1995 sur le divorce comportent l'exigence que le tribunal ait acquis la conviction, avant de prononcer un jugement de divorce, que des mesures qu'il estime adéquates compte tenu des circonstances ont été ou seront prises à l'égard des époux et de tout enfant de l'un d'eux ou des deux. Par conséquent, lorsqu'il rend un jugement de divorce et qu'il décide de rendre ou non une ordonnance accessoire en faveur d'un époux ou d'un enfant à charge, le tribunal est compétent pour assurer un partage équitable des revenus et des biens entre les parties concernées et il importe que ce pouvoir respecte les exigences constitutionnelles ; ce pouvoir ne peut donc être restreint par un contrat de séparation ou par un accord que ces parties auraient pu conclure avant d'instituer la procédure en divorce.

Les parties à ces procédures ont la faculté, si elles en sont convenues, de demander au tribunal de rendre pour leur compte des ordonnances accessoires reflétant les termes de tout contrat de séparation existant. A cet égard, la loi de 1996 sur le droit de la famille (divorce) prévoit que, lorsqu'il décide s'il y a lieu de rendre certaines ordonnances accessoires après le prononcé d'un jugement de divorce et qu'il en détermine le contenu, le tribunal doit tenir compte des termes de tout accord de séparation conclu par les époux et toujours en vigueur. La loi prévoit en outre qu'un grand nombre d'ordonnances rendues antérieurement (par exemple, à la suite d'une procédure antérieure de séparation de corps judiciaire) resteront valides comme si elles avaient été rendues après le prononcé du jugement de divorce, à moins que le tribunal ne les réforme en prononçant ledit jugement.

## **ITALIE**

Les époux peuvent définir les relations patrimoniales avant le jugement et, par exemple, ne pas demander la pension alimentaire.

Les effets du divorce sur les relations personnelles entre époux et par rapport aux enfants ne peuvent pas être modifiés par les parties.

## **LUXEMBOURG**

En ce qui concerne le secours personnel entre époux, l'article 300 du Code civil prévoit expressément dans son alinéa 5 que la créance d'aliments pourra faire l'objet d'une transaction ou d'une renonciation. Les conventions intervenues entre époux seront valables tant que durera dans le chef du créancier ou du débiteur la situation en considération de laquelle elles auront été conclues.

En ce qui concerne les enfants communs mineurs, les dispositions du jugement de divorce relatives au droit de garde, au secours alimentaire et au droit de visite et d'hébergement ne peuvent être modifiées que par un jugement du tribunal compétent en la matière. Cependant en pratique rien ne s'oppose à ce que les parties modifient d'un commun accord le montant des secours alimentaires pour les enfants, ainsi que le droit de visite et d'hébergement. Mais dès qu'ils rencontrent des difficultés, ils sont tenus de se tenir au jugement ayant prononcé ces mesures et de saisir le juge pour en obtenir la modification.

## **PAYS-BAS**

Les effets du divorce peuvent être réglés par les parties dans une convention de divorce, où elles peuvent convenir de l'existence et de l'importance de la pension alimentaire, de l'immutabilité d'une obligation alimentaire convenue, du partage des biens, d'une renonciation au droit à la péréquation de la pension et - sous réserve d'une confirmation judiciaire - de la garde des enfants mineurs, de la réglementation du droit de visite, de mesures relatives aux frais d'entretien et d'éducation.

Les époux peuvent convenir d'un commun accord si et dans quelle mesure l'un est tenu à l'égard de l'autre, après le divorce, au paiement d'aliments. Ils peuvent aussi convenir d'un commun accord de renoncer entièrement aux aliments, par la "clause nihil". Les époux peuvent en outre préciser que l'accord sur les aliments conclu entre eux ne peut être modifié par le juge au motif d'un changement de circonstances : il s'agit de la "clause d'immutabilité". Dans des circonstances exceptionnelles, le juge peut néanmoins passer outre la clause d'immutabilité.

Les époux peuvent limiter ou exclure par écrit l'application de la loi sur la péréquation des droits à pension.

Si les parents (ou l'un d'eux), ne souhaitent pas poursuivre la garde conjointe après le divorce, ils doivent s'adresser au juge en lui demandant de statuer sur cette question. Les parents qui ont continué d'exercer conjointement la garde après le divorce mais qui, à un moment donné, ne peuvent ou ne veulent plus l'exercer, peuvent s'adresser au tribunal en demandant de mettre fin à la garde conjointe et de confier la garde à l'un d'eux (article 1253 n) du Code civil). Le tribunal précise alors auquel des parents la garde est attribuée et peut en même temps régler le droit de visite.

## **AUTRICHE**

Il n'est pas possible de renoncer à l'avance au droit d'exiger le partage des biens communs, mais les modalités de ce partage peuvent cependant être définies contractuellement à l'avance, à condition de respecter certaines conditions de forme. Il est également possible de conclure des conventions relatives à l'obligation alimentaire pour la période postérieure au divorce.

## **PORTUGAL**

Les époux peuvent fixer d'un commun accord les conséquences du divorce pour ce qui est des modalités d'exercice de l'autorité parentale, du sort de l'enfant mineur, des aliments qui lui sont dues et de leurs modalités de prestation, de la gestion des biens de l'enfant et de l'affectation de la demeure familiale.

## **FINLANDE**

Les époux peuvent modifier la répartition des biens matrimoniaux en signant une convention matrimoniale une fois mariés ou avant de se marier. Les parents peuvent aussi régler à l'amiable l'exercice de l'autorité parentale en concluant une convention écrite qu'ils soumettent à l'approbation du bureau local d'assistance sociale. Une fois que celui-ci l'a approuvée, cette convention produit les mêmes effets qu'une décision du tribunal. Si la convention est refusée, elle n'a pas d'effet juridique. L'obligation d'entretien peut aussi être établie par convention soumise à l'accord du bureau local d'assistance sociale. Une convention approuvée par ce bureau produit les mêmes effets qu'une décision du tribunal.

## **SUÈDE**

Les époux peuvent convenir entre eux du partage de leurs avoirs et des modalités de paiement de la pension alimentaire. Si les partenaires sont d'accord, ils peuvent établir une convention sur les questions relatives au partage de leurs biens matrimoniaux et au versement des pensions alimentaires.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

Les époux ne peuvent exclure ni modifier à l'avance aucun des effets du divorce. Lors de la rupture de leur relation, ils peuvent tenter d'arriver par eux-mêmes à un accord sur les biens et les enfants, mais ils ne peuvent écarter la compétence du tribunal dans ces matières. Le tribunal doit en particulier vérifier, avant de prononcer un divorce, que les arrangements concernant les enfants sont satisfaisants. Les accords patrimoniaux préalables au mariage ne sont pas contraignants, mais les tribunaux peuvent en tenir compte.

### **Ecosse**

S'ils le préfèrent, les époux peuvent régler certains des effets du divorce par voie d'accord, dont le procès-verbal est enregistré officiellement dans les registres du tribunal. Ces accords peuvent réduire le temps et le coût que nécessite un litige en justice, mais les tribunaux conservent un vaste pouvoir pour les modifier ou les écarter.

*c) A partir de quelle date le divorce prend-il effet ?*

**BELGIQUE**

En vertu des articles 1278 et 1304 du Code judiciaire, le divorce ne produit d'effets à l'égard des tiers qu'à compter du jour de sa transcription dans le registre de l'état civil, mention en étant faite en marge de l'acte de mariage.

En ce qui concerne les rapports patrimoniaux entre époux, le divorce pour cause déterminée produit ses effets au jour de la demande, et le divorce par consentement mutuel, au jour du procès-verbal de première comparution des époux.

Les effets personnels du divorce entre époux se produisent, quant à eux, le jour où la décision acquiert "force de chose jugée", c'est-à-dire à la date à laquelle les délais de recours auront expiré.

**ALLEMAGNE**

Le divorce prend effet lorsque le jugement de divorce est devenu irrévocable (article 1564, deuxième phrase, du Code civil).

**GRÈCE**

Le divorce prend effet à compter de la date à laquelle la décision judiciaire qui le prononce est devenue irrévocable.

**FRANCE**

Le mariage est dissous à la date à laquelle la décision de divorce est devenue définitive c'est-à-dire quand les voies de recours n'ont pas été utilisées dans les délais impartis ou quand elles sont épuisées.

Le jugement de divorce est opposable au tiers, en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où il est mentionné à l'état civil en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance des époux. Le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre époux, dès la date de l'assignation en divorce en ce qui concerne leurs biens.

**IRLANDE**

Un jugement de divorce prend effet à la date du prononcé du jugement par le tribunal.

**ITALIE**

Le jugement de divorce est provisoirement exécutoire en ce qui concerne les dispositions de nature économique.

Entre les parties, les effets se produisent au moment où la décision prend force de chose jugée et, par rapport aux tiers, lorsque la décision est inscrite en marge de l'acte de mariage.

En cas de divorce par consentement mutuel, les effets du divorce se diversifient uniquement par le fait que les parties sont tenues d'indiquer dans la demande également les modalités relatives aux enfants et aux relations économiques, modalités qui, lorsqu'elles répondent à l'intérêt des enfants mineurs, sont prises en compte dans le jugement de divorce.

## **LUXEMBOURG**

Aux termes de l'article 266 du Code civil, "le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce opérera de plein droit la dissolution du mariage à compter du jour où il sera définitif. Ce même jugement ou arrêt devenu définitif remontera quant à ses effets entre époux en ce qui concerne leurs biens, au jour de la demande. L'un des conjoints pourra demander que cet effet du jugement soit avancé à la date où leur cohabitation et leur collaboration ont cessé. A l'égard des tiers, le jugement ou arrêt ne produira effet que du jour de la mention ou de la transcription."

## **PAYS-BAS**

Selon l'article 1163 du Code civil, le divorce prend effet par l'inscription du jugement dans les registres de l'état civil ( paragraphe 1). L'inscription doit être demandée au plus tard six mois après la date à laquelle le jugement a acquis force de chose jugée. A défaut, le jugement perd sa force de chose jugée.

## **AUTRICHE**

Le divorce prend effet avec l'entrée en vigueur du jugement.

## **PORTUGAL**

Le divorce produit ses effets à partir de la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée. Mais en ce qui concerne les relations patrimoniales entre les époux, il prend effet dès la date de l'introduction de l'instance (article 1789 du Code civil).

## **FINLANDE**

Le divorce prend effet à la date où la décision du tribunal ne peut plus faire l'objet d'un recours par les voies ordinaires. En règle générale, un divorce est effectif le huitième jour suivant la décision d'un tribunal local.

## **SUÈDE**

Le divorce prend effet à la date à laquelle le prononcé du jugement n'est plus susceptible d'un recours.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

L'obtention d'un divorce passe par deux étapes : un jugement provisoire et un jugement définitif. Le divorce prend effet au prononcé du jugement définitif.

### **Ecosse**

Un jugement de divorce prend effet immédiatement après son prononcé par le tribunal.

## **B) Séparation de corps**

### ***1. Quels SONT les motifs de la séparation de corps ?***

#### **BELGIQUE**

Il existe en droit belge deux formes de séparation de corps, la séparation de corps pour cause déterminée et la séparation de corps par consentement mutuel.

Les causes qui peuvent justifier une séparation de corps pour cause déterminée sont identiques à celles pouvant justifier un divorce pour cause déterminée (article 1305 du Code judiciaire). Chacun des époux peut demander la séparation pour cause d'adultère de son conjoint, excès, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre.

Il en va de même en ce qui concerne la séparation de corps par consentement mutuel, les règles de divorce par consentement mutuel étant applicables aussi bien pour les conditions que pour la procédure et les effets (articles 1305, alinéa 2 et 1306, alinéa 2 du Code judiciaire).

La principale différence entre cette procédure et le divorce tient aux conséquences sur les rapports personnels entre les parties puisque le mariage subsiste.

#### **ALLEMAGNE**

Le droit allemand ne connaît pas de notion juridique équivalant à celle de séparation de corps reconnue dans d'autres ordres juridiques.

Chacun des époux peut, sans aucune restriction juridique, décider de rompre la vie commune mais ce comportement de fait ne crée pas en soi une nouvelle situation de droit.

#### **GRÈCE**

Le droit grec ne connaît pas le régime de la séparation de corps en tant que situation intermédiaire entre la cohabitation des conjoints et sa cessation par voie de divorce. Si la séparation de corps est mentionnée dans la disposition de droit international privé figurant à l'article 16 du Code civil grec, cela ne signifie pas qu'elle soit reconnue en droit grec; elle n'y figure que parce que ce régime existe dans divers droits matériels étrangers.

#### **FRANCE**

La séparation de corps peut être demandée dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce.

#### **IRLANDE**

De nombreux couples conviennent - généralement par le biais d'une médiation ou avec l'aide de leurs avocats - des conditions dans lesquelles ils vivront séparés l'un de l'autre, ces conditions étant exprimées dans un accord écrit formel (contrat de séparation). A défaut, chaque partie peut demander au tribunal de prononcer une séparation de corps judiciaire, en invoquant l'un des six motifs particuliers énoncés ci-dessous. L'existence d'un accord de séparation entre les parties empêche l'une de celles-ci d'instituer une action en séparation judiciaire, même si l'accord ne contient pas de clause expresse à cet effet .

Séparation légale : un contrat par lequel un mari et une femme décident de vivre séparés (accord de séparation) est valide et exécutoire. Cependant, la manière dont un tel accord règle les droits respectifs des époux est soumis à diverses restrictions légales. Par exemple, un accord de séparation ne peut interdire à un époux de demander ultérieurement une ordonnance judiciaire relative à la garde, au droit de visite des enfants ou une ordonnance judiciaire relative aux aliments. Les avocats agissant pour des époux séparés ont une obligation légale, avant d'entamer une procédure de séparation judiciaire ou de divorce ou d'y intervenir au nom de la défense, d'examiner avec leurs clients la possibilité de passer par une médiation pour se séparer sur une base convenue.

Séparation judiciaire: la loi de 1989 sur la réforme de la séparation judiciaire et du droit de la famille habilite le tribunal à prononcer une séparation judiciaire à la requête de l'un des époux, lorsque ces derniers ne peuvent se mettre d'accord sur les conditions de leur séparation. Les motifs permettant de prononcer une séparation judiciaire sont les suivants:

- a) le défendeur a commis un adultère;
- b) le défendeur s'est comporté de telle sorte qu'on ne peut raisonnablement attendre du demandeur qu'il poursuive la vie commune;
- c) le défendeur a abandonné le domicile conjugal pendant au moins une année ininterrompue précédant immédiatement la date de la requête en séparation;
- d) les époux ont vécu séparés pendant au moins une année ininterrompue précédant immédiatement la date de la requête et le défendeur consent à ce qu'un jugement soit rendu;
- e) les époux ont vécu séparés sans interruption pendant au moins les trois années précédant immédiatement la date de la requête;
- f) le mariage est rompu dans la mesure où le tribunal a acquis la conviction, eu égard à toutes les circonstances, qu'il n'y a pas eu de relation conjugale normale entre les époux pendant au moins une année précédant immédiatement la date de la requête.

## **ITALIE**

La séparation de corps par procédure contentieuse peut être demandée lorsque la poursuite de la vie commune entre les époux est devenue intolérable, même indépendamment de la volonté de l'un ou des deux époux.

En prononçant la séparation, le juge précise, lorsque les circonstances l'exigent et qu'il y a lieu de le faire, auquel des époux la séparation est imputable, en raison d'un comportement contraire aux obligations qui naissent du mariage.

La séparation de corps peut intervenir sur demande conjointe, mais elle n'a pas d'effets sans son homologation par le juge.

## **LUXEMBOURG**

La séparation de corps peut être demandée pour les mêmes motifs que ceux du divorce pour cause déterminée (article 306 du Code civil).

## **PAYS-BAS**

L'obligation de cohabitation imposée aux époux est levée par la séparation de corps (article 1168 du Code civil). Pour le reste, le mariage continue d'exister. La séparation de corps est demandée pour le même motif (rupture irrémédiable du mariage) et de la même manière (requête unilatérale ou conjointe) que le divorce (article 1169, paragraphe 1 du Code civil). Un seul motif est admis : la séparation de corps est prononcée si le mariage est rompu irrémédiablement. Aucune défense relative à la pension ne peut être opposée à une demande de séparation de corps.

## **AUTRICHE**

Le droit autrichien ne prévoit pas de séparation de corps entre époux prononcée par voie judiciaire. Néanmoins, l'un des époux peut prendre provisoirement un logement séparé dans la mesure où l'on ne peut exiger de lui qu'il vive avec l'autre époux, notamment en raison de menaces physiques, ou si des raisons personnelles importantes le justifient. Sur demande, le tribunal peut constater cet état de fait.

## **PORTUGAL**

Les motifs de la séparation de corps et de biens peuvent être les mêmes que dans le cas du divorce contentieux.

## **FINLANDE**

Depuis l'entrée en vigueur en 1987 de la réforme de la loi sur le mariage, la séparation de corps n'existe plus en Finlande en tant qu'institution juridique. Les époux qui étaient séparés de corps avant l'entrée en vigueur de cette réforme et qui ont continué à vivre ainsi ont le droit d'obtenir le divorce sans se soumettre à la période de réflexion mentionnée plus haut.

## **SUÈDE**

Le droit suédois ne prévoit pas de dispositions sur la séparation de corps.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

La séparation de corps (appelée séparation judiciaire) peut être obtenue en prouvant l'un des cinq faits dont la preuve doit être apportée pour obtenir un divorce. Il ne faut cependant pas démontrer, pour obtenir une séparation judiciaire, que le mariage est irrémédiablement rompu en raison d'un de ces faits, puisque la séparation judiciaire ne met pas fin au mariage.

### **Écosse**

Même réponse que pour l'Angleterre et le Pays de Galles

## *2. Quels sont les effets juridiques de la séparation de corps ?*

### **BELGIQUE**

Effets sur les rapports personnels entre époux: Alors que le divorce implique la dissolution du mariage, la séparation de corps n'emporte que le relâchement des effets du mariage. Le devoir de cohabitation est suspendu. Le devoir de fidélité est au contraire maintenu, de sorte que l'infidélité d'un époux peut justifier l'exercice d'une action en divorce à sa charge. Le devoir de secours subsiste au bénéfice de l'époux qui a obtenu la séparation (article 308 du Code civil). En réalité, le devoir de secours est converti en une obligation alimentaire sur la base du maintien de l'obligation de secours et d'assistance. Par contre, la contribution aux charges du mariage prend fin. Le droit au nom subsiste.

Effets sur les rapports patrimoniaux entre époux: En vertu de l'article 311 du Code civil, la séparation de corps emporte toujours séparation de biens. Les époux soumis à un régime de communauté en verront la conversion automatique en un régime de séparation de biens. En outre la séparation de corps, comme le divorce pour cause déterminée, met fin aux droits successoraux (article 731 du Code civil) et aux droits de survie. L'époux coupable perd aussi tous ses avantages matrimoniaux (article 311 bis renvoyant aux articles 299 et 300 du Code civil). La séparation de biens produit ses effets vis-à-vis des tiers à dater de la transcription et, entre époux avec effet rétroactif à la date de la demande. La séparation de corps par consentement mutuel a les mêmes effets que le divorce par consentement mutuel, renvoyant aux conventions établies par les parties.

Effets à l'égard des enfants: Les règles en matière de divorce pour cause déterminée sont transposées en l'espèce, en vertu de l'article 311 bis du Code civil renvoyant aux articles 302, 303 et 304 du Code civil. En principe, en cas de séparation de corps par consentement mutuel, l'on se réfère aux règles contenues dans les conventions préalables des parties en ce qui concerne l'autorité parentale et la contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants communs. Particularité, l'article 311 bis du Code civil rend applicable à la séparation de corps tant par consentement mutuel que pour cause déterminée, l'article 304 du Code civil qui dispose que "les enfants ne sont privés d'aucune des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère.

### **ALLEMAGNE**

Pendant la séparation de fait, au sens du point 1 ci-dessus, chacun des époux peut exiger de l'autre qu'il lui remette les effets mobiliers qui lui appartiennent. Il doit toutefois laisser à l'autre conjoint, selon des considérations d'équité, les effets dont celui-ci a besoin pour gérer un ménage séparé. Les effets qui appartiennent aux deux époux sont partagés entre eux selon des principes d'équité (article 1361 a) du Code civil).

En cas de séparation de fait, l'un des époux peut exiger de l'autre qu'il lui laisse l'usage de tout ou partie du logement conjugal dans la mesure où cela est nécessaire pour éviter une situation d'une dureté particulière. Il est tenu compte notamment de la situation concernant la propriété du logement (article 1361 b) du Code civil).

Si les époux sont séparés de fait, des aliments peuvent être exigés dans les conditions prévues à l'article 1361 du Code civil. La responsabilité du débiteur à l'égard du créancier des aliments et le devoir qu'a ce dernier de prendre en compte les intérêts du débiteur sont renforcés par rapport à la situation d'époux divorcés (Bundesgerichtshof, FamRS 1986, p. 556).

## FRANCE

La séparation de corps ne dissout pas le mariage, elle laisse subsister le devoir de secours et de fidélité mais elle met fin au devoir de cohabitation et entraîne toujours séparation de biens.

## IRLANDE

Un accord de séparation précise généralement qu'un couple est d'accord de se séparer et les conditions dans lesquelles il se sépare. Il ne met cependant pas légalement fin à leur mariage. De même, une séparation judiciaire met fin à l'obligation légale qu'ont les époux de cohabiter, mais sans mettre légalement fin au mariage ; par conséquent, elle ne permet pas un remariage.

Les conditions d'un accord de séparation légale, qui constitue un contrat exécutoire de plein droit, peuvent comprendre des dispositions relatives au partage des biens en faveur d'un époux ou d'un membre à charge de la famille.

A la suite du prononcé d'une séparation judiciaire, le tribunal est habilité à rendre toute une série d'ordonnances relatives aux biens (y compris la maison familiale, les titres, le produit de comptes bancaires, les biens du ménage, les pensions, les paiements forfaitaires, etc.). Il peut en particulier ordonner le transfert de biens d'une partie à l'autre ou il peut liquider un bien particulier au profit de cette partie. En rendant une ordonnance de ce type, le tribunal est obligé de tenir compte, entre autres, du comportement de chacun des époux s'il estime qu'il serait injuste de ne pas en tenir compte eu égard à toutes les circonstances de l'affaire.

Le tribunal peut accorder à un époux le droit d'occuper la maison familiale à l'exclusion de l'autre époux. Il peut limiter la durée de ce droit qui, par exemple, peut être valable tant que l'époux en question est en vie ou jusqu'à ce que tous les enfants de la famille atteignent un certain âge. Par ailleurs, le tribunal peut ordonner la vente de la maison familiale dans les conditions qu'il estime adéquates et prévoir le partage du produit de la vente entre les époux concernés. Dans l'un et l'autre cas, le tribunal tient compte de la nécessité de procurer un logement adéquat et sûr pour un des époux et pour les membres à charge de la famille.

Pour augmenter l'efficacité d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance relative au règlement des biens, le tribunal peut ordonner par ailleurs la vente d'un bien particulier sur lequel les deux époux (ou l'un d'eux) ont un droit. Il ne peut utiliser cette compétence pour modifier le droit octroyé à un des époux, dans le cadre d'une ordonnance de règlement patrimonial, d'occuper la maison familiale. Comme il arrive parfois qu'un tiers ait aussi un droit sur un bien susceptible de faire l'objet d'une ordonnance de ce type, le tribunal est tenu de tenir compte des observations que ce tiers pourrait souhaiter faire en l'espèce.

En outre, le Tribunal est habilité à rendre une ordonnance :

- i) attribuant tout ou partie des droits d'un époux dans une assurance-vie à l'autre époux ou à un membre à charge de la famille ;
- ii) ordonnant à un époux de souscrire une assurance-vie en faveur de l'autre époux ou d'un membre à charge de la famille, ou
- iii) ordonnant à un époux de continuer à effectuer tous les paiements nécessaires aux termes de la police d'assurance.

Ce type d'ordonnance peut remplacer les autres ordonnances patrimoniales et financières ou les compléter.

Le prononcé d'une séparation judiciaire est sans effet sur les droits de succession de chacun des époux, mais le tribunal peut rendre une ordonnance prévoyant l'extinction des droits de succession dans le cadre du règlement global.

Si un accord de séparation contient des dispositions relatives à la garde d'un enfant ou au droit de visite et qu'une procédure est entamée ultérieurement, le tribunal ne rendra pas cette disposition exécutoire si elle est contraire au bien-être de l'enfant. Un époux qui se sépare ne peut pas non plus, en tant que parent, se soustraire aux droits et obligations de la garde des enfants.

Le prononcé d'une séparation judiciaire n'affecte pas, par lui-même, le droit qu'ont le père et la mère d'un enfant d'exercer conjointement la garde de ce dernier. Cependant, le tribunal peut déclarer que l'un des parents n'est pas apte à exercer la garde de l'enfant et, par conséquent, l'époux visé par l'ordonnance n'est pas en droit d'exercer cette garde au décès de l'autre époux. En outre, le tribunal est habilité à rendre des ordonnances relatives à la garde de l'enfant et au droit de visite au moment où il prononce le jugement ou à tout moment ultérieurement.

De plus, étant tenu de veiller à ce que des mesures adéquates soient prises à l'égard d'un enfant à la suite d'une séparation judiciaire, le tribunal est habilité à rendre toute une série d'ordonnances financières et patrimoniales en faveur de cet enfant.

## **ITALIE**

En ce qui concerne les relations personnelles et patrimoniales entre les époux, l'obligation de cohabitation disparaît; la persistance des autres obligations qui naissent du mariage (assistance, fidélité, collaboration) est sujette à controverses. Le juge peut exclure l'utilisation du nom du mari sur demande de ce dernier ou de son épouse. Le juge prévoit, en faveur de l'époux auquel la séparation n'est pas imputable, une pension alimentaire si celui-ci ne dispose pas de revenus propres adéquats. Dissolution de la communauté légale.

En ce qui concerne les enfants mineurs communs, il convient de se référer aux dispositions relatives au divorce pour ce qui est de la garde, de la pension alimentaire et de l'attribution du logement conjugal.

En cas de séparation de corps sur demande conjointe, les conditions relatives à la garde et à la pension alimentaire des enfants sont indiquées par les parties, mais le juge peut indiquer les modifications qu'il convient d'adopter et il peut refuser l'homologation en cas de solution non appropriée.

## **LUXEMBOURG**

La séparation de corps entraîne toujours séparation de biens (articles 311 et 1441 du Code civil).

## **PAYS-BAS**

Relations personnelles entre les époux: L'effet juridique le plus important de la séparation de corps est la levée de l'obligation de cohabitation (article 1168 du Code civil). Selon l'article 1092 a) CC, le Titre 7, contenant les dispositions sur les droits et obligations des époux, ne s'applique pas aux époux séparés de corps. Les époux séparés de corps conservent la possibilité de porter le nom de l'autre époux à la place du leur ou de l'utiliser avant ou après leur propre nom.

Relations patrimoniales entre les époux: Les dispositions des articles 1157 à 1159 a) du Code civil concernant l'obligation alimentaire après un divorce s'appliquent ici. Dissolution d'une éventuelle communauté de biens (article 1099 du Code civil) et résiliation d'une éventuelle participation légale (article 1134 du Code civil). Péréquation de la pension au titre de la loi sur la péréquation des droits à la pension (article 1169, paragraphe 2, et article 1155 du Code civil). Droit de résidence pendant six mois (article 1175 du Code civil).

Enfants: Les règles concernant la garde des enfants après une séparation de corps et concernant les visites et l'information correspondent aux règles applicables en cas de divorce (article 1251, paragraphes 2 à 4 du Code civil pour la garde, article 1377 a) du Code civil pour le droit de visite et article 1377 b) du Code civil pour l'information).

## **PORTUGAL**

La séparation de corps et de biens ne dissout pas le lien matrimonial mais met fin aux devoirs de cohabitation et d'assistance, sans préjudice du droit à aliments; en ce qui concerne les biens, la séparation produit les effets liés à la dissolution du mariage (article 1795 A du Code civil).

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

Au sens strict, un jugement de séparation judiciaire libère les parties de l'obligation de cohabitation qui incombe – du moins en théorie – aux couples mariés. Si une partie décède intestat, sa succession est dévolue comme si l'autre partie était décédée antérieurement.

En ce qui concerne les relations patrimoniales et les enfants, les mêmes ordonnances peuvent accompagner un jugement de séparation judiciaire qu'un jugement de divorce. Elles sont rarement demandées actuellement.

### **Écosse**

Les réponses sont largement semblables à celles de l'Angleterre et du Pays de Galles.

**3. La séparation de corps peut-elle être convertie en divorce? Dans l'affirmative, à quelles conditions (par exemple, durée minimale de la séparation) ?**

**BELGIQUE**

Oui, après trois ans à dater de la transcription du dispositif du jugement ou de l'arrêt admettant la séparation, chacun des époux a la faculté de demander le divorce au tribunal (article 1309 et 1310 du Code judiciaire).

La conversion suite à une séparation de corps pour cause déterminée n'est pas automatique: c'est le juge qui apprécie en fait et souverainement les motifs invoqués et qui pourra admettre le divorce compte tenu de toutes les circonstances (article 1309 du Code judiciaire). Les effets sont ceux du divorce pour cause déterminée. Les torts sont à la charge de l'époux contre lequel la séparation de corps avait été prononcée.

Après une séparation de corps par consentement mutuel, les époux ont la faculté de divorcer, en demandant conjointement le divorce (article 1310 du Code judiciaire). Il n'est, dans ce cas, d'autres conditions à remplir que le délai de trois ans à dater de la transcription du jugement admettant la séparation.

**ALLEMAGNE**

Sans objet, puisque le droit allemand ne connaît pas la séparation de corps.

**FRANCE**

Un jugement de séparation est, à la demande de l'un des époux, converti de plein droit en jugement de divorce quand un délai de 3 ans s'est écoulé depuis le prononcé de la décision de séparation.

**IRLANDE**

Non. La conversion n'est pas un concept reconnu par notre système juridique.

**LUXEMBOURG**

L'article 310 du Code civil dispose que "lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, chaque époux pourra demander le divorce au tribunal, qui ne le prononcera, si l'autre époux, présent ou dûment appelé ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation."

**PAYS-BAS**

Non. La séparation de corps ne peut être convertie en divorce. Une fois séparés de corps, les époux ne peuvent plus demander le divorce: une telle demande est déclarée irrecevable. Si des époux séparés de corps veulent obtenir la dissolution de leur mariage, ils doivent invoquer les articles 1179 et suivants du Code civil. La dissolution du mariage peut être demandée sur la base de l'article 1179 du Code civil, par un des époux ou par requête conjointe. Les parties ne doivent plus alléguer ou prouver la rupture irrémédiable du mariage parce que la séparation de corps était déjà fondée sur cet état. La défense relative à la pension prévue par l'article 1180 du Code civil peut être opposée à une demande de dissolution du mariage. La portée de cette défense est celle prévue par l'article 1153 du Code civil concernant le divorce.

## **AUTRICHE**

Une procédure spéciale est prévue pour convertir une (ancienne) décision de séparation en divorce.

## **PORTUGAL**

La séparation de corps et de biens peut être convertie en divorce à l'initiative de l'un des époux deux ans après que la décision ayant prononcé la séparation, contentieuse ou par consentement mutuel, a pris force de chose jugée, sans que les époux se soient réconciliés (article 1795 D, point 1 du Code civil), ou dans quelque délai que ce soit si l'autre époux commet un adultère après la séparation (article 1795 D, point 3 du Code civil). Si la conversion est demandée par les deux époux, le délai de deux ans n'est pas applicable (article 1795 D, point 2 du Code civil).

## **FINLANDE**

Aux termes de la convention signée le 6 février 1931 par le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède, qui comprend des dispositions de droit international privé concernant le mariage, l'adoption et le droit de garde, une séparation de corps reconnue dans un des Etats contractants peut être convertie en divorce à condition que les époux aient été séparés de corps pendant une période correspondant à la période de réflexion sans avoir de nouveau cohabité par la suite.

## **ROYAUME-UNI**

**Ni le droit anglais, ni le droit écossais** ne permettent de convertir un jugement de séparation judiciaire en jugement de divorce. Toutefois, si la demande en divorce est fondée sur les mêmes faits que la demande antérieure de séparation judiciaire, le tribunal peut, dans le cadre de la procédure de divorce, accepter le jugement de séparation judiciaire comme preuve des faits au regard desquels il a été prononcé.

*4. La séparation de corps est-elle nécessaire pour prononcer le divorce ? Dans l'affirmative, indiquer la durée nécessaire pour convertir la séparation de corps en divorce.*

#### **BELGIQUE**

Oui, dans le cas d'une conversion en divorce de la séparation de corps. La condition de durée de la séparation de corps est fixée à trois ans à dater de la transcription du jugement admettant la séparation (article 1309 et 1310 du Code judiciaire).

#### **ALLEMAGNE**

En principe, il faut qu'il y ait eu une séparation de fait d'un an (ce qui n'équivaut pas à une séparation de corps) pour que le divorce puisse être prononcé.

#### **FRANCE**

La séparation de corps n'est pas nécessaire pour prononcer le divorce.

#### **IRLANDE**

Non. Un accord de séparation légale ou un jugement de séparation judiciaire n'est pas un préalable nécessaire pour obtenir un jugement de divorce, sans préjudice du fait que l'article 41.3.2° de la Constitution exige qu'à la date de l'institution de la procédure de divorce, les époux aient vécu séparés l'un de l'autre pendant une certaine période.

#### **ITALIE**

Le divorce est prononcé lorsque la séparation de corps a duré trois ans sans interruption à compter de la date de la première comparution des époux devant le président du tribunal.

#### **LUXEMBOURG**

La séparation de corps n'est pas une condition nécessaire pour obtenir le prononcé du divorce.

#### **PAYS-BAS**

Non. Une séparation de corps ne peut être un préalable du divorce. Une séparation de corps peut être suivie d'une demande en dissolution du mariage au sens de l'article 1179 du Code civil (requête unilatérale) ou de l'article 1181 du Code civil (requête conjointe). S'il s'agit d'une requête unilatérale en dissolution, il faut compter un délai de trois ans à partir du jour où le jugement de séparation de corps a acquis force de chose jugée (article 1179, paragraphe 1). À la demande de l'un des époux, ce délai peut être ramené à un an au moins si l'autre époux manifeste une inconduite permanente telle que la poursuite du mariage ne peut être imposée au demandeur (article 1179, paragraphe 2 du Code civil). Il n'y a pas de délai en cas de requête conjointe.

#### **AUTRICHE**

La séparation n'est pas nécessaire pour prononcer le divorce.

## **ROYAUME-UNI**

**En droit anglais comme en droit écossais**, un jugement de séparation judiciaire n'est pas un préalable au prononcé d'un divorce.

## **C) Annulation du mariage**

### ***1. Votre législation prévoit-elle l'annulation du mariage? Dans l'affirmative, pour quels motifs le mariage peut-il être annulé ?***

#### **BELGIQUE**

Oui, les articles 180 à 202 du Code civil consacrent un chapitre relatif aux demandes en nullité de mariage.

Les *nullités absolues* sont celles qui sanctionnent la violation des conditions qui touchent l'ordre public et, qui peuvent être invoquées par les époux, par tous ceux qui y ont intérêt ou encore par le ministère public. Ces nullités sont au nombre de six: l'impuberté, l'inceste, la bigamie, la clandestinité, l'incompétence de l'officier de l'état civil et la simulation (article 184 du Code civil). A ces cas prévus dans la loi, s'ajoutent les nullités virtuelles absolues, non prévues par des textes. Ce type de nullité recouvre l'identité de sexe, le défaut de célébration devant l'officier de l'état civil et l'absence totale de consentement des époux ou de l'un d'eux.

Les *nullités relatives*, quoique se rapportant à des conditions essentielles de la validité du mariage, ne protègent que des intérêts particuliers, se rapportant aux vices de consentement des époux. Cette distinction a pour conséquence que le mariage demeure valable si les intéressés eux-mêmes n'en réclament pas la nullité. En outre, le droit d'agir est dans cette hypothèse réservé exclusivement à l'époux dont le consentement a été vicié (article 180 du Code civil).

#### **ALLEMAGNE**

En droit allemand, la "dissolution du mariage" peut être assimilée à une annulation du mariage ; cette dissolution peut être prononcée lorsque la formation du mariage est entachée de certains vices. La dissolution du mariage ne peut être prononcée que par voie judiciaire, sur demande (article 1313 du Code civil). Les motifs de dissolution, prévus à l'article 1314 du Code civil, sont les suivants :

- l'un des époux était mineur et ne disposait pas de la dispense nécessaire;
- l'un des époux était incapable;
- l'un des époux était déjà marié ;
- les époux sont parents en ligne directe ou sont frère et sœur ou demi-frère et demi-sœur, même si le lien de parenté est effacé par adoption; les époux n'ont pas donné leur consentement personnellement et en présence l'un de l'autre devant un officier de l'état civil ou ont assorti leur consentement d'une condition ou d'une limitation dans le temps ;
- l'un des époux se trouvait, au moment de la célébration du mariage, dans un état d'inconscience ou de perturbation passagère des facultés mentales ;
- l'un des époux ne savait pas, au moment de la célébration du mariage, qu'il s'agissait d'un mariage;
- l'un des époux a été trompé en vue de contracter le mariage ;
- l'un des époux a subi des menaces en vue de contracter le mariage ;
- les deux époux étaient d'accord, au moment de la célébration du mariage, sur le fait qu'ils ne souhaitaient pas de communauté de vie conjugale.

Ces cas sont à distinguer de ceux où le mariage est inexistant et où il n'y a donc pas lieu de l'annuler. Ces cas sont les suivants :

- le mariage n'a pas été célébré devant un officier de l'état civil ;
- les déclarations de consentement ont été faites devant un officier de l'état civil qui a indiqué clairement qu'il n'était pas disposé à célébrer le mariage;
- les fiancés n'ont pas fait de déclaration de consentement lors de la célébration du mariage ;
- les deux personnes sont de même sexe.

## GRÈCE

Oui. Le mariage est annulé pour les motifs suivants:

- lorsque le mariage a été contracté en violation des articles 1350 à 1352, 1354, 1356, 1357 et 1360 du Code civil, qui prévoient ce qui suit:
  - il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas consentement des futurs conjoints, qui doivent déclarer leur consentement personnellement, sans condition ni délai (article 1350, paragraphe 1 du Code civil);
  - les futurs époux doivent avoir dix-huit ans révolus, sauf si, pour des raisons graves, le tribunal permet que le mariage soit contracté avant cet âge (article 1350 paragraphe 2 du Code civil);
  - ne peuvent contracter mariage ceux qui n'ont pas la capacité juridique parce qu'ils n'ont pas dix ans révolus ou parce qu'ils sont placés sous tutelle (il s'agit principalement des personnes dont les facultés mentales sont altérées ou qui, en raison d'une invalidité physique, ne sont pas en mesure de se prendre en charge), ceux qui ne sont pas conscients de leurs actes et ne peuvent par conséquent exprimer valablement leur volonté ainsi que ceux qui ont été frappés d'une interdiction judiciaire de contracter mariage (notamment pour des raisons d'invalidité physique ou mentale) (article 1351 du Code civil);
  - certaines personnes placées sous curatelle (notamment les handicapés physiques ou mentaux) ne peuvent contracter mariage qu'avec le consentement de leur curateur ou, en cas de refus de celui-ci, après autorisation du tribunal (article 1352 du Code civil);
  - on ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution ou l'annulation irrévocable du premier (article 1354 du Code civil);
  - en ligne directe, le mariage entre parents de sang est totalement prohibé; en ligne collatérale, il est prohibé jusqu'au quatrième degré (article 1356 du Code civil);
  - en ligne directe, le mariage entre alliés est totalement prohibé; en ligne collatérale, il est prohibé jusqu'au troisième degré (article 1357 du Code civil);
  - le mariage entre l'adoptant ou ses descendants et l'adopté est prohibé (article 1360 du Code civil);
- lorsque le mariage a été contracté à la suite d'une erreur sur l'identité de l'autre conjoint (article 1374 du Code civil);
- lorsqu'un des deux conjoints a été contraint de contracter mariage sous la menace, par des moyens illégaux ou de manière contraire aux bonnes moeurs (article 1375 du Code civil).

## FRANCE

Le mariage peut être annulé quand il n'y pas eu de consentement, quand le consentement n'a pas été donné librement ou quand il y a erreur sur la personne ou sur les qualités essentielles de celle-ci. Le mariage peut encore être annulé quand il y a eu fraude à la loi, quand un premier mariage n'a pas été dissous (bigamie), quand les conditions d'âge n'ont pas été respectées, quand il a été contracté entre ascendants et descendants légitimes ou naturels (inceste), entre alliés dans la même ligne, entre frère et soeur, oncle et nièce, tante et neveu.

Il peut enfin être annulé quand l'obligation de présence à la cérémonie, même pour un français se mariant à l'étranger, n'a pas été respectée.

## IRLANDE

Le tribunal est habilité à prononcer un jugement d'annulation lorsqu'un mariage est frappé de nullité absolue ou relative. Un mariage frappé de nullité absolue est considéré comme n'ayant jamais eu lieu. Une partie à un mariage nul peut se remarier sans devoir obtenir au préalable un jugement, mais ce dernier est souhaitable pour écarter tout doute quant à la validité de la célébration du remariage.

Un mariage peut être frappé de nullité absolue pour un des motifs suivants :

- incapacité ;
- non-respect de certaines exigences de forme relatives à la célébration du mariage ;
- absence de consentement.

Un mariage frappé de nullité relative reste valide à toute fin jusqu'à ce qu'un jugement d'annulation soit prononcé, jugement qui ne peut être rendu que si une des parties entame une procédure en annulation. Ce jugement invalide rétroactivement le mariage. Les motifs de nullité relative du mariage sont les suivants :

- impuissance ;
- incapacité de commencer et de maintenir une relation conjugale adéquate ou normale.

## **ITALIE**

En Italie, le mariage peut être soit déclaré nul soit annulé.

Les cas de nullité et d'annulation sont expressément prévus par la loi (article 117 et suivants du Code civil). Le mariage est nul, notamment, lorsqu'il a été contracté avant la dissolution d'un précédent mariage de l'un des époux, lorsqu'il y a violation des prohibitions qui découlent des liens de parenté, d'adoption, d'alliance, de filiation (notamment, mariage entre frères et sœurs, descendants et ascendants, alliés en ligne directe, etc.), ou lorsque l'un des époux a été condamné pour meurtre ou tentative de meurtre sur l'ex-époux de l'autre.

Il peut y avoir annulation lorsque le mariage a été contracté par l'incapable sous tutelle ou par la personne dépourvue d'intelligence ou volonté, ou encore lorsque le consentement de l'un des époux est vicié par la violence ou l'erreur.

## **LUXEMBOURG**

Les motifs de l'annulation du mariage sont prévus aux :

- article 180 alinéa 1er (vice du consentement) et alinéa 2 (erreur dans la personne) du Code civil;
- article 182 du Code civil: dans le cas où le mariage a été contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille alors qu'il aurait nécessité leur consentement;
- article 184 du Code civil: tout mariage conclu en contravention:
  - de l'article 144 ("l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant seize ans révolus, ne peuvent contracter mariage");
  - de l'article 147 ("on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier");
  - de l'article 161 ("en ligne directe, le mariage est prohibé entre les ascendants et descendants légitimes ou naturels et les alliés dans la même ligne");
  - de l'article 162 ("en ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la soeur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré");
  - de l'article 163 ("le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu").
- article 191 (vice de forme quand le mariage n'a pas été contracté publiquement et n'a pas été célébré devant l'officier public compétent).

## **PAYS-BAS**

Oui. L'annulation du mariage est prévue par les dispositions de la Section 5 du Titre 5 (le mariage) du Livre I du Code civil. La loi énonce de manière limitative les motifs d'annulation d'un mariage.

Les articles 1031 à 1041 du Code Civil énoncent les conditions devant être remplies pour pouvoir contracter un mariage. Le non-respect de ces conditions constitue le fondement de l'annulation au titre de l'article 1069 du Code civil. D'une façon générale, il s'agit du motif que les époux ne réunissent pas les conditions nécessaires pour pouvoir contracter ensemble un mariage, comme la condition de l'âge, la capacité de déterminer sa propre volonté et de comprendre le sens de ses déclarations.

En outre, un mariage peut être annulé en raison de l'incompétence du fonctionnaire ou en raison d'une menace ou d'une erreur (article 1071, paragraphes 1 et 2 du Code civil) ou encore - à la requête du ministère public - en cas de mariage simulé, contraire à l'ordre public (article 1071 a) du Code civil).

## **AUTRICHE**

Un mariage peut être déclaré nul lorsqu'il existe un motif de nullité. Les motifs de nullité sont le vice de forme, l'incapacité d'exercice ou de discernement, la conclusion du mariage uniquement pour des raisons de nom et de citoyenneté, la bigamie et la parenté. Le mariage peut être annulé pour défaut de consentement du représentant légal, en raison d'une erreur sur la conclusion du mariage ou sur la personne de l'autre époux, d'une erreur sur des faits concernant la personne de l'autre époux, pour cause de dol ou de menace.

## **PORTUGAL**

Le mariage peut être annulé en présence des motifs d'annulation mentionnés dans la loi (article 1631 du Code civil), à savoir quand:

- il est passé outre à un empêchement dirimant;
- le mariage a été contracté sans le consentement libre de l'un des époux ou des deux, ou le consentement a été contraint ou donné par erreur;
- le mariage a été célébré en l'absence des témoins requis par la loi.

## **FINLANDE**

Depuis la réforme de 1987 de la loi sur le mariage, l'annulation du mariage n'existe plus en Finlande. Un mariage qui a été contracté en dépit d'un empêchement légal est dissous à la demande du procureur.

## **SUÈDE**

Le droit suédois ne prévoit pas de dispositions sur l'annulation du mariage. Le mariage peut prendre fin de deux façons: par le décès de l'un des époux ou par divorce.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

Un mariage peut être annulé parce qu'il est frappé de nullité absolue ou relative. Il est frappé de nullité absolue si l'une des conditions suivantes se présente :

- les personnes ont entre elles un degré de parenté interdit, que ce soit par consanguinité ou par alliance ;
- une des parties est âgée de moins de 16 ans à la date du mariage ;
- les parties se sont mariées sans respecter certaines exigences relatives à la conclusion du mariage (comme l'obtention de l'autorisation ou du certificat nécessaires) ;

- une des parties était déjà mariée légalement au moment du mariage ;
- les parties ne sont pas respectivement du sexe masculin et du sexe féminin ;
- dans le cas d'un mariage polygame conclu en dehors de l'Angleterre et du Pays de Galles, l'une des parties était domiciliée au moment du mariage en Angleterre ou au Pays de Galles.

Un mariage est frappé de nullité relative si l'une des conditions suivantes se présente :

- le mariage n'a pas été consommé en raison de l'impuissance ou du refus délibéré d'une des parties ;
- le consentement d'une des parties a été vicié par la contrainte, l'erreur, la faiblesse d'esprit ou autrement ;
- quoique capable de donner un consentement valable, l'une des parties souffrait au moment du mariage de troubles mentaux tels qu'elle n'était pas apte au mariage ;
- le défendeur était atteint au moment du mariage d'une maladie vénérienne contagieuse ;
- au moment du mariage, la défenderesse était enceinte d'une autre personne que le demandeur.

Le tribunal ne prononcera pas un jugement d'annulation au motif qu'un mariage est frappé de nullité relative s'il acquiert la conviction que le demandeur, sachant qu'il avait la faculté de faire annuler le mariage, a eu à l'égard du défendeur un comportement de nature à faire croire raisonnablement à ce dernier qu'il ne le ferait pas annuler et qu'il serait injuste à l'égard du défendeur de prononcer le jugement. Sauf si elle est fondée sur le premier motif, la demande doit être présentée dans les trois années qui suivent le mariage, à moins que le tribunal n'ait autorisé une présentation plus tardive. Pour ce qui est des deux derniers motifs, le tribunal doit acquiescer la conviction que le demandeur ignorait, au moment du mariage, les faits allégués.

### **Écosse**

Selon le droit écossais, un mariage peut être frappé de nullité absolue ou relative. Dans les deux cas, l'une des parties ou un tiers ayant un droit légitime peut demander au tribunal une déclaration de nullité. Un mariage frappé de nullité relative reste valide jusqu'au prononcé de la déclaration de nullité. Par contre, un mariage frappé de nullité absolue est nul *ab initio* et il n'est pas nécessaire d'obtenir une déclaration de nullité, bien que cela puisse être souhaitable pour confirmer l'état civil des parties. Un mariage n'est frappé de nullité relative que si une des parties était impuissante de manière incurable et permanente au moment du mariage. Peu de déclarations de nullité fondées sur la nullité relative sont demandées actuellement. Un mariage peut être frappé de nullité absolue pour des motifs liés à la capacité et au consentement des parties. Si l'une des parties n'a pas la capacité nécessaire, le mariage est frappé de nullité absolue. Les empêchements affectant la capacité sont un mariage antérieur non dissout, la minorité d'âge (d'une) des parties, l'appartenance au même sexe et des degrés de parenté interdits. Un mariage peut être frappé de nullité absolue pour absence de consentement réel, par exemple, en cas de maladie ou de déficience mentale, d'intoxication, d'erreur, de mariage fictif ou de recours à la force et aux menaces.

## *2. Quels sont les effets juridiques de l'annulation du mariage ?*

### **BELGIQUE**

Quelles que soient les causes de nullité qui l'affectent, le mariage subsiste tant qu'il n'a pas été annulé par décision de justice. Mais, dès le prononcé de l'annulation, le mariage est effacé, tant pour l'avenir que dans le passé, la nullité rétroagit.

Quant aux effets tant sur les relations personnelles entre époux que sur leurs biens, le mariage est censé n'avoir jamais existé. Les conventions matrimoniales ne peuvent produire aucun effet; chaque époux perd le droit de succéder à son conjoint; les donations faites en vue du mariage tombent; et l'obligation alimentaire disparaît pour l'avenir, mais non pour le passé.

Il reste à distinguer l'institution particulière que constitue le mariage putatif (article 201 du Code civil). Lorsque la conduite des époux paraît excusable, c'est-à-dire lorsqu'ils sont de bonne foi, le mariage demeure nul, mais cette nullité n'agira que pour l'avenir. Autrement dit, le mariage subsiste pour le passé, avec tous ses effets civils, au profit du ou des époux de bonne foi.

Par exception, le mariage produit tous ses effets à l'égard des enfants, dont la filiation reste établie, et ce même si aucun des époux n'a été de bonne foi (article 202 du Code civil).

### **ALLEMAGNE**

La dissolution du mariage ne produit d'effets que pour l'avenir. Une compensation au titre des acquêts est opérée également dans le cas d'une dissolution, si cela n'est pas manifestement inéquitable au vu des circonstances qui prévalaient au moment du mariage ou, en cas de bigamie, eu égard aux intérêts de la tierce personne (article 1318, paragraphe 3 du Code civil).

Pour ce qui est de la partition compensatoire des droits à la retraite et de l'attribution des effets mobiliers et du logement conjugal, les règles sont les mêmes qu'en cas de divorce; là aussi les circonstances de la conclusion du mariage et, en cas de bigamie, les intérêts de la tierce personne doivent être pris en compte (article 1318, paragraphes 3 et 4 du Code civil).

Les droits successoraux du conjoint survivant s'éteignent de la même manière qu'en cas de divorce, c'est-à-dire lorsque les conditions de la dissolution du mariage sont réunies et qu'une demande en ce sens a été déposée. En outre, en cas d'incapacité, de bigamie, de parenté, de vice de forme ou d'aliénation mentale, le conjoint survivant qui connaissait déjà le motif de dissolution au moment de la conclusion du mariage ne peut faire valoir de droits successoraux (article 1318, paragraphe 5 du Code civil).

Des aliments ne peuvent en règle générale être réclamés que si le conjoint qui les réclame n'avait pas connaissance au moment de la conclusion du mariage du motif de dissolution, s'il n'était pas conscient au moment du mariage du fait qu'il contractait un mariage ou s'il y a eu tromperie ou menace à son égard pour qu'il contracte le mariage.

### **GRÈCE**

La décision judiciaire irrévocable qui prononce l'annulation du mariage annule rétroactivement tous les effets de celui-ci. Cet effet rétroactif de l'annulation vise en principe toutes les relations des conjoints, qu'il s'agisse de relations personnelles, patrimoniales ou familiales. Toutefois, les enfants issus d'un mariage annulé conservent la qualité d'enfants légitimes après l'annulation du mariage. Par ailleurs, la prétention d'un conjoint de participer à l'accroissement du patrimoine de l'autre conjoint intervenu pendant le mariage, reste valable en cas d'annulation du mariage.

## FRANCE

En principe, la nullité entraîne l'anéantissement rétroactif du mariage. Mais d'une part, les enfants nés d'un mariage nul demeurent légitimes. On peut avoir recours, d'une part, à la notion de mariage putatif: les époux doivent alors avoir été de bonne foi quand ils ont contracté un mariage en ignorant les vices qui pouvaient l'affecter. Le mariage est alors dissous mais tous les effets, déjà produits, notamment patrimoniaux, sont maintenus. Ces effets cessent en revanche pour l'avenir.

## IRLANDE

Si un mariage est frappé de nullité absolue, la relation - qui n'a pas existé en droit - ne peut avoir d'effet juridique. S'il s'agit d'un mariage frappé de nullité relative, le jugement a pour effet d'invalider rétroactivement le mariage, qui est alors nul *ab initio* : la situation juridique des parties est la même que celle de parties à un mariage frappé de nullité absolue. Par conséquent, les dispositions légales relatives au mariage ne s'appliquent plus.

Le prononcé d'un jugement d'annulation n'a pas d'effet sur les droits de garde de la mère d'un enfant. Cela vaut également pour le père qui était partie à un mariage frappé de nullité relative lorsque l'enfant est né avant le prononcé du jugement d'annulation ou dans les dix mois qui l'ont suivi. Lorsque le père était partie à un mariage frappé de nullité absolue, ses droits de garde sont inchangés s'il a cru raisonnablement (sauf preuve contraire) que la célébration était valide et a) si la célébration du mariage a eu lieu durant les dix mois précédant la naissance de l'enfant, ou b) si la célébration a eu lieu après la naissance de l'enfant.

Lorsqu'il prononce un jugement d'annulation, le tribunal peut déclarer que l'un des époux concernés n'est pas apte à exercer la garde d'un membre mineur à charge de la famille ; dans ce cas, l'époux visé par l'ordonnance n'est pas en droit d'exercer la garde de ce mineur au décès de l'autre époux.

Le tribunal qui prononce un jugement d'annulation n'est pas compétent, dans le cadre de la procédure d'annulation, pour rendre des ordonnances accessoires réglant des questions patrimoniales ou financières entre les parties. Cependant, une partie peut, dans un délai de trois ans après le prononcé du jugement, entamer une procédure en référé distincte pour faire régler par les tribunaux tout conflit relatif à la propriété ou à la possession d'un bien, et elle peut en tout temps entamer une procédure pour demander le partage (ou la vente au lieu du partage) d'un bien détenu conjointement par les parties. Un accord de séparation conclu par un couple dont le mariage a été annulé est nul, puisqu'il a été conclu par un couple qui n'était en fait pas marié. La mariage n'étant pas valide, la question des droits de succession ne se pose pas.

## ITALIE

Si les deux époux sont de bonne foi, le mariage produit les effets d'un mariage valide à leur égard jusqu'à la décision du tribunal.

Dans ce cas, le juge peut ordonner, pour une durée qui ne dépasse pas trois ans, le versement périodique de sommes d'argent à l'époux qui ne dispose pas de ressources propres adéquates et qui n'a pas contracté un nouveau mariage.

Les enfants conservent le statut d'enfants légitimes; le juge peut adopter en leur faveur les dispositions prévues à l'article 155 du Code civil pour la séparation de corps.

Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit les effets d'un mariage valide qu'en faveur de cet époux et des enfants, jusqu'à la décision du tribunal. L'époux de mauvaise foi est tenu de verser à l'autre une indemnité adéquate, comprenant le montant nécessaire à l'entretien de l'autre époux pendant trois ans. Si la mauvaise foi existe de la part des deux époux, le mariage ne produit les effets d'un mariage valide qu'à l'égard des enfants, à l'exception des cas d'inceste ou de bigamie.

La décision de nullité ou d'annulation entraîne la nullité des cadeaux nuptiaux et la dissolution de la communauté légale.

## **LUXEMBOURG**

L'hypothèse d'une demande de nullité de mariage ne se pose que très rarement. Dans les cinq dernières années, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg n'a eu à connaître que d'une seule demande. Dans cette affaire, l'un des époux séparés de corps s'était remarié, alors que la procédure en divorce d'un premier mariage était encore en cours. Le tribunal a annulé le second mariage sur la base de l'article 184 du Code civil. En matière de nullité, les tribunaux luxembourgeois suivent de très près la jurisprudence française. Article 201 du Code civil: mariage putatif. Article 202 du Code civil: effet à l'égard des enfants.

## **PAYS-BAS**

L'article 1077 du Code civil énonce les effets juridiques de l'annulation. L'annulation rétroagit au jour de la célébration du mariage (paragraphe 1). Le paragraphe 2 apporte à cette règle un certain nombre d'exceptions, qui concernent les points suivants.

- Les enfants des époux: Les enfants issus du mariage annulé conservent des liens juridiques familiaux avec les deux parents. Il faut pourvoir à la garde de ces enfants de la même manière qu'après un divorce.
- Le conjoint de bonne foi: La bonne foi est présumée, la mauvaise foi devant être prouvée par la partie adverse. Un conjoint est de bonne foi s'il ne savait pas, lors de la conclusion du mariage, qu'il existait un empêchement au mariage ou qu'une condition de forme n'était pas respectée. Le conjoint de bonne foi peut faire valoir un droit à l'entretien à l'encontre de l'autre époux et peut invoquer la confusion des patrimoines; il ne dispose cependant pas de cette dernière possibilité si le mariage est annulé en raison de l'existence d'un mariage antérieur ou d'un partenariat antérieurement enregistré.
- Les tiers: À l'égard des autres personnes que les époux et leurs enfants, l'annulation n'a pas d'effet rétroactif dans la mesure où celles-ci ont acquis des droits de bonne foi avant l'inscription de l'annulation.

## **AUTRICHE**

L'annulation provoque la dissolution ex-nunc du mariage et cette dissolution a les mêmes effets qu'un divorce.

## **PORTUGAL**

La dissolution, la déclaration de nullité ou l'annulation du mariage met fin aux relations personnelles et patrimoniales entre les époux (article 1688 du Code civil). L'époux de bonne foi garde toutefois le droit à aliments une fois que la décision a pris force de chose jugée ou a été enregistrée (article 2017 du Code civil) et ne perd ce droit que s'il contracte un nouveau mariage ou s'il se rend indigne en raison de son comportement amoral (article 2019 du Code civil). En ce qui concerne les enfants mineurs, l'annulation a les mêmes conséquences que le divorce (article 1906 du Code civil).

## **ROYAUME-UNI**

**En droit anglais et écossais**, un jugement de nullité sanctionnant un mariage frappé de nullité absolue n'a qu'une force déclaratoire, puisque le mariage est nul de plein droit. Un jugement de nullité sanctionnant un mariage frappé de nullité relative annule le mariage à la date de son prononcé.

Lors de l'annulation d'un mariage, les mêmes ordonnances peuvent être rendues que dans le cadre d'un divorce ou d'une séparation judiciaire.

## **II. DROIT PROCÉDURAL NATIONAL**

### ***1. Quel est l'organe habilité à prononcer un jugement de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage ?***

#### **BELGIQUE**

Le tribunal de première instance.

#### **ALLEMAGNE**

Le tribunal des affaires familiales ("*Familiengericht*") est le seul compétent pour prononcer le divorce ou la dissolution du mariage, pour constater l'existence ou l'inexistence d'un mariage, pour connaître d'actions en reprise de la vie commune ou en constatation du droit à la séparation de fait au sens du droit allemand. Ce tribunal est une section spéciale du "*Amtsgericht*" (tribunal de première instance en matière civile et pénale). Il est constitué d'un juge unique.

#### **GRÈCE**

L'organe habilité à prononcer un jugement de divorce ainsi que l'annulation du mariage est le tribunal de grande instance ("*Polymeles protodikeio*") du lieu où se trouve la résidence du défendeur ou du lieu où les conjoints ont vécu en commun pour la dernière fois. En ce qui concerne le divorce par consentement mutuel, c'est toutefois le tribunal d'instance à juge unique ("*Monomeles protodikeio*") qui est compétent.

#### **FRANCE**

Depuis la loi du 8 janvier 1993, c'est le juge aux affaires familiales qui est seul compétent pour prononcer le divorce et la séparation de corps ainsi que pour statuer sur leurs conséquences (article L.312-1 du Code de l'organisation judiciaire, article 247 du Code civil).

Cependant, il peut renvoyer à la formation collégiale de son tribunal de grande instance. Ce renvoi est obligatoire lorsqu'une partie le demande (article 247 al.3 du Code civil).

Il n'est pas compétent pour annuler un mariage. Dans ce cas, c'est la procédure de droit commun qui s'applique (Tribunal de grande instance: article L.311-2 du Code de l'organisation judiciaire).

#### **IRLANDE**

La Circuit Court et la High Court sont compétentes pour entendre les parties et statuer dans les procédures découlant de demandes en séparation de corps, en divorce et en annulation.

#### **ITALIE**

L'organe habilité est le tribunal.

#### **LUXEMBOURG**

Le Tribunal d'arrondissement est compétent pour prononcer le divorce. En matière de divorce par consentement mutuel, la procédure se déroule toutefois devant le Président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace et en réfère au tribunal.

## **PAYS-BAS**

En matière de divorce, de séparation de corps, de dissolution du mariage après une séparation de corps, d'annulation du mariage, le tribunal d'arrondissement a une compétence d'attribution (article 55 a) du Code l'Organisation Judiciaire). La compétence territoriale est réglée par l'article 429 c) du Code de Procédure Civile.

## **AUTRICHE**

Un divorce ne peut être prononcé que par voie judiciaire.

## **PORTUGAL**

Le tribunal, en règle générale. Est également habilité le conservateur de l'état civil en cas de divorce par consentement mutuel, lorsque le couple n'a pas d'enfant mineur ou, s'il en a, lorsque l'exercice de l'autorité parentale a déjà été réglé par la justice.

## **FINLANDE**

Le tribunal local (käräjäoikeus/tingsrätt)

## **SUÈDE**

Les tribunaux (en première instance, le tribunal de première instance; en deuxième instance, la cour d'appel; en troisième instance, la cour suprême).

## **ROYAUME-UNI**

**En Angleterre et au Pays de Galles**, un jugement de divorce, de séparation de corps ou d'annulation peut être prononcé par une county court ou par la High Court.

**En Écosse**, un jugement de divorce peut être prononcé soit par la Court of Session, soit par la Sheriff Court. Seule la Court of Session peut être saisie d'une demande en déclaration de nullité du mariage.

## ***2. Existe-t-il d'autres possibilités non judiciaires pour régler les questions relatives au divorce (médiation) ?***

### **BELGIQUE**

En droit belge, la médiation familiale n'est pas "institutionnalisée" en ce sens qu'elle n'est pas organisée par la loi. En pratique, certains juges y recourent mais leur nombre reste encore fort limité. Une proposition de loi visant à donner un fondement légal à cette pratique est actuellement examinée par le Parlement: cette proposition donne notamment au juge la possibilité d'avoir recours à des médiateurs familiaux:

- dans le cadre d'une procédure en divorce;
- avant toute procédure en divorce, lorsque l'entente des époux est gravement perturbée.

### **ALLEMAGNE**

En République fédérale d'Allemagne, la médiation est connue depuis 1982 environ dans les affaires de séparation ou de divorce. Le but de la médiation est de régler les questions litigieuses et d'amener les parties à reconnaître et comprendre les conflits sous-jacents. Il est possible dans ce cadre de conclure des conventions en matière de pension alimentaire, de patrimoine, de propriété et de garde des enfants. La suppression (en 1977) de la notion de faute dans la procédure de divorce et la reconnaissance de la garde parentale conjointe (depuis 1982) ont créé les conditions qui ont permis à la médiation de constituer un cadre permettant aux parties de dégager de manière responsable et consensuelle des solutions aux problèmes qui se posent en cas de séparation ou de divorce.

En vertu de l'article 17 du Livre VIII du Code social, les parents ont la possibilité, en cas de séparation ou de divorce, de consulter les services d'aide à l'enfance qui peuvent les aider à définir des conditions de garde conformes à l'intérêt de l'enfant (article 17, paragraphe 1, du Livre VIII du Code social). Les services d'aide à l'enfance ont pour mission d'aider les parents, avec une participation adéquate de l'enfant, à dégager une solution consensuelle en matière de garde. Cette solution peut aussi servir de base à la décision judiciaire en matière de garde des enfants après la séparation ou le divorce (article 17, paragraphe 2, du Livre VIII du Code social).

En vertu de l'article 18, paragraphe 3, troisième phrase, du Livre VIII du Code social, les parents peuvent bénéficier des conseils des services d'aide à l'enfance pour ce qui est de l'exercice du droit à entretenir des relations personnelles avec l'enfant. Ces services remplissent une fonction de médiateur et peuvent le cas échéant fournir une aide pour l'établissement de relations personnelles et la mise en oeuvre des modalités définies par convention ou par voie judiciaire (article 18, paragraphe 3, quatrième phrase, du Livre VIII du Code social).

Aux termes de l'article 52, paragraphe 1, deuxième phrase, de la loi en matière de juridiction gracieuse, les tribunaux doivent, en cas de litige, informer les parents des possibilités de consultation qui leur sont offertes auprès des services d'aide à l'enfance. À moins qu'il n'en résulte un retard préjudiciable pour l'enfant, le tribunal sursoit à statuer :

- si les personnes concernées sont prêtes à recourir à des conseils extrajudiciaires;
- si le tribunal a la conviction qu'il existe une perspective d'accord ; dans ce cas, le tribunal doit suggérer aux parties de recourir à des conseils extrajudiciaires (article 52, paragraphe 2, de la loi en matière de juridiction gracieuse).

Plusieurs professions sont impliquées dans la mise en oeuvre et la généralisation de la médiation dans le domaine du droit de la famille. La présence d'avocats est légalement requise dans toutes les procédures de divorce et ces derniers peuvent remplir les fonctions de médiateurs. Si des enfants ou des jeunes sont concernés, les services de protection de la jeunesse interviennent toujours et sont représentés, en général, par des assistant(e)s sociaux (sociales).

Depuis la loi de 1990 sur la protection des enfants et des jeunes et la réforme de 1998 du droit de la filiation, la mission de ces services dans les affaires de séparation et de divorce a évolué : leur travail qui se limitait à préparer les décisions du tribunal des affaires familiales se double maintenant d'un rôle de prévention en ce qui concerne la situation des enfants et des jeunes concernés. Il arrive fréquemment que l'on fasse appel aussi à des organismes d'orientation ou d'éducation ou à d'autres structures d'appui psychologique ou pédagogique.

### **GRÈCE**

Non.

### **FRANCE**

Pour le prononcé du divorce, le système français est exclusivement judiciaire. Une mesure de médiation judiciaire peut néanmoins être sollicitée par les époux auprès du juge aux affaires familiales aux fins notamment de s'entendre sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et plus généralement sur les conséquences du divorce ou de la séparation.

Les mesures ainsi arrêtées n'auront cependant force exécutoire que si le juge les homologue.

### **IRLANDE**

Les parties à une procédure en divorce ont la faculté, si elles en sont convenues, de demander au tribunal de rendre pour leur compte des ordonnances accessoires reflétant les termes de tout contrat de séparation existant. À cet égard, la loi de 1996 sur le droit de la famille (divorce) prévoit que, lorsqu'il décide s'il y a lieu de rendre certaines ordonnances accessoires après le prononcé d'un jugement de divorce et qu'il en détermine le contenu, le tribunal doit tenir compte des termes de tout accord de séparation conclu par les époux et toujours en vigueur. Dans le cadre d'une séparation judiciaire et d'une procédure en divorce, une disposition légale prévoit l'ajournement de la procédure pour faciliter une réconciliation ou un accord sur les conditions de la séparation ou du divorce. Il existe un service public de médiation familiale, et des services de consultation familiale peuvent profiter d'un programme d'allocations de l'État.

### **ITALIE**

Non.

### **LUXEMBOURG**

Outre le divorce par consentement mutuel dans lequel les parties doivent régler elles-mêmes, sous le contrôle du président du tribunal d'arrondissement, les conséquences de leur divorce, il n'existe pas de voie extrajudiciaire (comme par exemple la médiation) pour régler les questions relatives au divorce.

### **PAYS-BAS**

Non. Le divorce, la séparation et la dissolution du mariage nécessitent une décision judiciaire. La situation évolue cependant à cet égard. En 1996, la Commission de révision de la procédure de divorce (Commission De Ruiter) a publié un rapport dans lequel elle propose d'instaurer un divorce sans intervention du juge, moyennant le respect d'une série de conditions qui concernent l'égalité des parties et la protection de l'intérêt des enfants.

Ce rapport contient aussi, entre autres, des propositions relatives à une médiation lors de l'élaboration et de l'application des accords concernant le droit de visite. En 1998, des expériences de médiation en matière de divorce et de droit de visite ont commencé ; dans ce cadre, une commission de contrôle instaurée à cette fin effectuera des recherches concernant le divorce sans intervention d'un juge. Aucune proposition de loi à ce sujet n'a encore été déposée.

### **AUTRICHE**

Le règlement extrajudiciaire des différends est possible, mais n'est pas prescrit par la loi.

### **PORTUGAL**

Il n'existe pas au Portugal de procédure de médiation entre les époux. Néanmoins, il y a lieu de rappeler le rôle du conservateur de l'état civil.

### **FINLANDE**

Des services de médiation familiale existent dans chaque commune. Au cours de la médiation, les époux ont l'occasion de signer des conventions réglant la question de l'autorité parentale et les obligations alimentaires. Cependant, la médiation a plutôt pour objectif principal de faciliter le règlement des problèmes d'ordre émotionnel et psychologique qui peuvent survenir dans le cadre du mariage.

Les époux peuvent se mettre d'accord à l'amiable et signer une convention réglant la pension alimentaire, l'entretien des enfants, la garde, la résidence et les visites. Une fois cette convention approuvée par le bureau local d'assistance sociale, elle produit les mêmes effets qu'une décision du tribunal.

### **SUÈDE**

Les époux peuvent s'adresser à un service de "conseil familial", dont la mission est de traiter les conflits dans les relations de couple et les relations familiales. La plupart bénéficieront d'une aide leur permettant de résoudre les problèmes et les conflits afin de poursuivre la vie commune. Pour d'autres, la séparation est inéluctable. Le conseil familial pourra néanmoins aider à atténuer les conflits de telle sorte que les adultes puissent assumer ensemble leur rôle de parents, même après la séparation. Le service de conseil familial est assuré aussi bien par des organismes publics (communes, département) que par des organismes religieux ou privés. Les communes sont tenues de veiller à ce que le service de conseil familial soit fourni à ceux qui en font la demande.

Les époux ont également droit à des "entretiens de collaboration". Ces entretiens visent les rapports avec les enfants et non les relations entre adultes. Ils visent en premier lieu à ce que les parents puissent se mettre d'accord sur les questions relatives à la garde des enfants, à leur lieu de résidence et aux relations entre parents et enfants. Les entretiens de collaboration sont dirigés par des spécialistes en la matière. Les communes sont tenues de veiller à ce que les entretiens de collaboration soient fournis à ceux qui en font la demande.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

Les parties peuvent recourir à la médiation pour régler les questions liées au divorce, mais les accords définitifs doivent être avalisés par le tribunal pour avoir force obligatoire.

### **Écosse**

Les parties à un mariage peuvent conclure un procès-verbal d'accord pour régler certains des effets du divorce. Les époux peuvent se mettre d'accord par le biais d'une médiation, mais ce n'est pas une étape obligatoire de la procédure de divorce.

*3. Les effets du divorce sont-ils arrêtés par le même organe que celui mentionné au point 1 ? Dans la négative, veuillez donner les précisions voulues, en indiquant quels effets du divorce doivent être obligatoirement arrêtés dans la décision en matière de divorce.*

### **BELGIQUE**

Oui.

### **ALLEMAGNE**

Le juge des affaires familiales examine conjointement la demande de divorce et les questions accessoires soulevées dans les délais et statue en principe en même temps sur cet ensemble de questions. En règle générale, le divorce ne doit être prononcé que si les questions accessoires sont réglées.

Les effets ci-après du divorce sont examinés et réglés en même temps que le divorce:

Le juge des affaires familiales statue d'office sur la partition compensatoire des droits à la retraite. Sur proposition d'une partie, il statue sur les relations personnelles des parents avec l'enfant. Ce n'est qu'à la demande d'une partie que le juge statue sur la garde d'un enfant, la remise d'un enfant à l'autre parent, l'obligation alimentaire légale à l'égard d'un enfant, l'obligation légale d'entretien fondée sur le lien matrimonial, les droits sur le logement conjugal et sur les effets mobiliers et les droits découlant du régime matrimonial.

Le tribunal des affaires familiales ne peut prononcer qu'exceptionnellement un divorce avant qu'une question accessoire n'ait été tranchée ; c'est le cas en particulier si une décision concomitante retarde la décision sur le divorce d'une manière telle que ce retard comporte des conséquences d'une dureté inacceptable, même compte tenu de l'importance que revêt la question accessoire.

### **GRÈCE**

Les effets du divorce ne sont en principe pas arrêtés par le tribunal dans la décision qui prononce le divorce. Le tribunal n'est tenu d'inclure une disposition réglant la garde des enfants et les relations de ceux-ci avec les parents divorcés que lorsqu'il statue en matière de divorce par consentement mutuel.

### **FRANCE**

Seul le juge aux affaires familiales est compétent pour statuer sur les conséquences du divorce (et de la séparation de corps).

### **IRLANDE**

Oui.

### **ITALIE**

Oui, lorsqu'il ne s'agit pas d'effets de plein droit (par exemple, la dissolution de la communauté de biens).

## **LUXEMBOURG**

En matière de divorce pour cause déterminée, les effets du divorce sont prononcés par la juridiction qui prononce le divorce.

En matière de divorce par consentement mutuel, les parties arrêtent elles-mêmes les effets du divorce dans une convention préalable au jugement de divorce.

## **PAYS-BAS**

Tant la décision concernant les aliments que celle concernant la garde des enfants mineurs est rendue par le tribunal. Elle peut aussi bien être rendue dans le cadre du jugement de divorce que constituer une décision ultérieure indépendante.

## **AUTRICHE**

Les conséquences du divorce ne doivent pas être arrêtées en même temps que le divorce. Lorsque les époux ne parviennent pas à se mettre d'accord, c'est le tribunal qui tranche en matière d'aliments, de partage des biens communs et des économies, ainsi qu'en matière de garde des enfants.

## **PORTUGAL**

Seul le tribunal peut imposer l'accomplissement des effets du divorce (s'il n'y a pas accord entre les parties).

## **FINLANDE**

Le tribunal qui prononce le divorce peut, dans le cadre de la procédure de divorce, décider de l'autorité parentale et des obligations alimentaires. Il peut aussi arrêter des mesures provisoires concernant l'utilisation des biens familiaux (par exemple le logement commun). Aucune de ces questions ne doit nécessairement être réglée par le jugement de divorce.

## **SUÈDE**

Oui. Le même tribunal examine les questions qui touchent aux conséquences d'un divorce. Si les époux souhaitent modifier leurs conventions relatives à la garde des enfants, le tribunal doit prendre une décision dans ce sens ou l'accord entre les partenaires doit être approuvé par le comité local des affaires sociales.

## **ROYAUME-UNI**

**En Angleterre et au Pays de Galles ainsi qu'en Écosse**, toutes les décisions définitives relatives aux biens et aux enfants sont prononcées par les tribunaux.

#### ***4. Peut-on faire appel d'une décision en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage ?***

##### **BELGIQUE**

Oui. Tout jugement peut être frappé d'appel dans un délai d'un mois à dater de sa signification (article 1050 et suivants du Code judiciaire). Par ailleurs, un jugement ou un arrêt prononcé en degré d'appel, peut être frappé d'opposition, dans le même délai, s'il a été rendu par défaut (article 1070 et suivants du Code judiciaire). Enfin, un arrêt de la Cour d'appel peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Le pourvoi doit être formé dans les trois mois de la signification pour les arrêts contradictoires ou du jour où l'opposition ne sera plus recevable pour les arrêts rendus par défaut (article 1073 et suivants, 1274 du Code judiciaire).

Le divorce et la séparation de corps par consentement mutuel connaissent un régime sensiblement différent sur les points suivants. Le jugement peut être frappé d'appel, mais dans un délai d'un mois à compter du prononcé. En outre, seul le procureur du Roi peut interjeter appel d'un jugement qui prononce le divorce. Par contre l'appel d'un jugement qui refuse le divorce n'est recevable que s'il est introduit par les deux époux séparément ou conjointement (articles 1299 et 1300 du code judiciaire).

##### **ALLEMAGNE**

La voie de recours contre une décision du tribunal des affaires familiales est l'appel. Cela vaut également si le recours porte sur des questions accessoires arrêtées en même temps que le divorce. Le tribunal d'appel est l'"*Oberlandesgericht*". Le degré suivant de recours est la "révision", qui doit toutefois avoir été autorisée dans le jugement rendu en appel.

##### **GRÈCE**

Oui.

##### **FRANCE**

Les décisions du juge aux affaires familiales sont susceptibles d'appel dans les conditions de droit commun.

Toutefois, dans le divorce sur demande conjointe des époux, l'article 1102 du Nouveau Code de Procédure Civile prévoit que les décisions du juge aux affaires familiales qui homologuent les conventions entre époux et qui prononcent le divorce sont insusceptibles d'appel. En effet, ayant obtenu ce qu'elles souhaitent, on voit mal quel serait l'intérêt à agir des parties.

Le pourvoi en cassation est toutefois recevable contre la décision de divorce sur requête conjointe.

##### **IRLANDE**

On peut faire appel des décisions de la Circuit Court devant la High Court, et les décisions de la High Court peuvent être portées en appel devant la Supreme Court. Le recours devant la High Court consiste en une réaudition des témoignages pertinents dans l'affaire concernée. Un pourvoi devant la Supreme Court est fondé sur une transcription des témoignages présentés à l'audience originelle devant la High Court. Ce n'est que dans des circonstances très exceptionnelles et limitées que la Supreme Court entend des témoignages oraux.

## **ITALIE**

Pour faire appel d'une décision en matière de divorce (de séparation de corps ou d'annulation), il est possible d'introduire un recours auprès de la Cour d'appel et, contre l'arrêt de la Cour d'appel, il est possible de se pourvoir en cassation pour des questions de droit.

## **LUXEMBOURG**

En matière de divorce pour cause déterminée, l'article 262 du Code civil détermine la juridiction compétente et l'article 263 du Code civil fixe le délai d'appel.

En matière de divorce par consentement mutuel, l'appel n'est possible que contre le jugement qui refuse de prononcer le divorce et il ne sera recevable que quand il est interjeté par les deux parties dans un délai de quarante jours à partir de la notification du jugement (article 288 du Code civil).

En ce qui concerne la séparation de corps et l'annulation du mariage, il n'y a pas de dispositions spécifiques dans le Code civil concernant les possibilités d'appel, mais les parties peuvent interjeter appel selon les règles du droit commun.

## **PAYS-BAS**

Oui. Un appel peut être formé contre une décision en matière de divorce. Le délai d'appel est de deux mois. Après l'appel, un pourvoi en cassation est encore possible.

## **AUTRICHE**

On peut faire appel d'une décision judiciaire en matière de divorce devant une juridiction supérieure, et en cas de divorce par consentement mutuel, il est possible de former un recours judiciaire.

## **PORTUGAL**

Un recours peut toujours être formé devant le "Tribunal da Relação" et ensuite devant la Cour suprême (recours portant uniquement sur des points de droit), et le jugement de divorce peut être infirmé si le tribunal saisi statue dans ce sens. Le recours a un effet suspensif (article 1415 du Code de Procédure Civile).

## **FINLANDE**

Oui. En pratique, cependant, l'appel est limité généralement aux questions accessoires.

## **SUÈDE**

Oui.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

On peut se pourvoir en appel d'un jugement provisoire de divorce, de séparation ou d'annulation dans les quatre semaines qui suivent son prononcé. La partie qui a eu le temps et la possibilité d'introduire un recours contre le jugement provisoire et qui ne l'a pas fait ne peut faire appel d'un jugement définitif.

## **Écosse**

En Écosse, un jugement de divorce prend immédiatement effet, mais il peut faire l'objet d'un appel. Dans ce cas, le jugement est suspendu jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'appel. On ne délivre généralement pas d'extrait du jugement de divorce, qui fournit la preuve du divorce, avant l'expiration du délai d'appel. Les appels des décisions de la Sheriff Court peuvent être formés devant la Court of Session ; au sein de la Court of Session, les décisions de la Outer House sont appelables devant la Inner House, et les appels des décisions de la Court of Session peuvent être formés devant la Chambre des Lords.

**5. Toutes les décisions de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage sont-elles inscrites dans un registre public ? Dans l'affirmative, veuillez décrire brièvement la procédure applicable.**

### **BELGIQUE**

Oui. Lorsque le jugement l'arrêt ayant prononcé le divorce a acquis force de chose jugée, le greffier en adresse dans le mois le dispositif à l'officier de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré ou, si le mariage n'a pas été célébré en Belgique, à l'officier de l'état civil de Bruxelles. L'officier de l'état civil doit, dans le mois de la réception de l'extrait de la décision, opérer sa transcription dans les registres de l'état civil; mention en est faite en marge de l'acte de mariage s'il a été dressé ou transcrit en Belgique (article 1275 et 1303 du Code judiciaire).

### **ALLEMAGNE**

Le tribunal informe l'officier de l'état civil de toute décision de divorce ou de dissolution du mariage et de toute constatation de l'inexistence d'un mariage et celui-ci doit les inscrire dans le registre familial. Ce registre est établi à l'issue du mariage par l'officier d'état civil qui a célébré le mariage et est constamment tenu à jour par l'officier d'état civil compétent, à savoir celui du domicile des époux ou, à défaut, de leur résidence habituelle.

### **GRÈCE**

Non.

### **FRANCE**

La décision de divorce, de séparation de corps et d'annulation du mariage est inscrite en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance de chaque époux.

### **IRLANDE**

Non, pas actuellement. L'inscription des jugements de divorce et d'annulation est cependant envisagée dans le contexte d'une révision globale des services de l'état civil.

### **ITALIE**

- Toutes les décisions en matière de divorce sont inscrites dans les registres de l'état civil. Après avoir pris force de chose jugée, la décision est transmise sous forme de copie conforme, établie par le greffe du juge qui a rendu la décision, à l'officier de l'état civil de la commune où le mariage a été transcrit, pour être inscrite.
- La décision relative à la nullité ou à l'annulation doit aussi être inscrite dans les registres de l'état civil; il n'est pas prévu que le jugement de séparation soit inscrit dans les registres.

## **LUXEMBOURG**

- L'article 264 du Code civil prévoit expressément la mention du dispositif du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance de chacun des époux. Il appartient à la partie qui a obtenu le divorce de signifier ou de remettre contre accusé de réception la décision dans le délai d'un mois à compter du jour où elle est devenue définitive à l'officier de l'état civil compétent. Si la partie qui a obtenu le divorce ne demande pas la transcription ou la mention en marge, l'autre partie a le droit d'en faire la réquisition.
- En vertu de l'article 1030 du Nouveau Code de Procédure Civile, le dispositif du jugement qui prononce la séparation de corps est publié conformément aux alinéas 2 et 3 de l'article 1020 du même Code. Les alinéas 2 et 3 de l'article 1020 disposent que "le dispositif de la décision est signifié à l'officier d'état civil du lieu où le mariage a été célébré, aux fins de la mention en marge de l'acte de célébration. En outre, si un contrat de mariage a été passé par les époux, le dispositif de la décision est signifié au notaire détenteur de la minute du contrat. Le notaire est tenu de faire la mention de la décision sur la minute et ne doit plus, à peine de dommages-intérêts, en délivrer aucune grosse ou expédition sans reproduire ladite mention."
- Les jugements et arrêts rendus en matière d'état des personnes (annulation du mariage) et comportant une incidence sur l'état civil sont transcrits en marge des actes indiqués par le juge.

## **PAYS-BAS**

- Le jugement de divorce est inscrit dans les registres de l'état civil (article 1163, paragraphe 1 du Code civil). L'inscription a lieu à la demande des parties ou de l'une d'elles (paragraphe 2). Avec la demande d'inscription doit être produite une copie authentique du jugement de divorce ainsi qu'une déclaration du greffier prouvant qu'aucun pourvoi légal ne peut être formé contre le jugement (déclaration de non-appel). Une mention du divorce est ajoutée ultérieurement à l'acte de mariage (article 1020, paragraphe 2 du Code civil). Si le mariage a été contracté aux Pays-Bas, l'inscription a lieu dans les registres de l'état civil de la commune où le mariage a été conclu. C'est en effet dans ce registre que se trouve l'acte de mariage auquel est ajoutée ultérieurement la mention du jugement de divorce. S'il s'agit d'un mariage contracté en dehors des Pays-Bas, dont l'acte ne figure pas dans les registres néerlandais de l'état civil, le divorce est inscrit dans le registre des divorces à La Haye (article 1021 du Code civil).
- La décision concernant la séparation de corps ne doit pas être inscrite dans les registres de l'état civil. Elle prend effet à partir du moment où elle a acquis force de chose jugée. Selon l'article 1173 CC, l'inscription dans le registre public des biens matrimoniaux est nécessaire pour que la décision produise des effets à l'égard des tiers.
- La dissolution du mariage après une séparation de corps a lieu lors de l'inscription du jugement dans les registres de l'état civil (article 1183 du Code civil).
- Une mention ultérieure de l'annulation judiciaire du mariage est ajoutée à l'acte de mariage conservé dans les registres de l'état civil (article 1 020 du Code civil).

## **AUTRICHE**

Un jugement de divorce ou toute autre décision relative à la dissolution du mariage sont mentionnés dans le livret de famille, si un registre des mariages est tenu sur le territoire concerné. A cette fin, le tribunal envoie une expédition du jugement au service de l'état civil compétent.

## **PORTUGAL**

Toutes les décisions en matière de divorce sont enregistrées au bureau de l'état civil auprès duquel le mariage avait été enregistré, une mention des divorces étant inscrite dans le registre de mariage correspondant.

## **FINLANDE**

Oui. Lorsqu'un tribunal a prononcé le divorce, il en envoie d'office notification au registre de l'état civil du système d'informations démographiques.

## **SUÈDE**

Oui. Lorsqu'un jugement de divorce devient sans appel, le tribunal informe l'autorité fiscale (qui est responsable des registres de l'état civil) et l'Office central des statistiques (qui est responsable de la tenue des registres de mariage). Les partenaires eux-mêmes ne doivent entreprendre aucune démarche pour la mise à jour des registres.

## **ROYAUME-UNI**

**En Angleterre et au Pays de Galles**, le Principal Registry de la Family Division, à Londres, tient un registre central des jugements définitifs de divorce. Le registre et le jugement même sont des documents publics : chacun a le droit de consulter le registre et d'obtenir des copies de son contenu.

**En Écosse**, tous les divorces et déclarations de nullité sont officiellement inscrits dans le Registre des divorces, qui est public.

### III. LOI APPLICABLE EN MATIÈRE DE DIVORCE, DE SÉPARATION DE CORPS OU D'ANNULATION DU MARIAGE

*1. Quelle est la législation applicable en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage dans votre pays ?*

#### BELGIQUE

Le droit international privé, est une matière complexe. Il se caractérise d'une part par le choix de solutions parfois différentes entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour cause déterminée, d'autre part par une tendance à privilégier dans certains cas l'applicabilité de la loi belge. Ces solutions font l'objet de critiques. Il est dès lors envisagé, dans le cadre d'un avant-projet de loi portant Code de droit international privé, actuellement à l'examen au Conseil d'Etat, de les réformer sensiblement. Le droit positif étant ainsi appelé à être modifié dans un délai relativement rapproché, il a paru utile de faire d'ores et déjà état des solutions qui devraient être soumises à l'examen du Parlement.

#### De lege lata

En principe, l'article 3, alinéa 3 du Code civil s'applique : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Belges, même résidant en pays étranger ».

La loi du 27 juin 1960, qui fait application de la loi du for, règle certaines questions :

- article 1 : « Dans le cas de mariage entre étrangers, l'admissibilité du divorce pour cause déterminée est réglée par la loi belge, à moins que la loi nationale de l'époux demandeur ne s'y oppose ».
- article 2 : « Dans le cas d'un mariage entre époux de nationalité différente mais dont l'un est belge, l'admissibilité du divorce est régie par la loi belge ».
- article 3 : « La détermination des causes du divorce relève de la loi belge ».

Principes et solutions :

*Divorce d'époux dont l'un est belge et l'autre étranger :*

- En cas de divorce pour cause déterminée, l'admissibilité et les causes du divorce sont régies par la loi belge (Loi du 27 juin 1960, art. 2 et 3).
- Le divorce par consentement mutuel connaît la même solution, ce divorce est admis, même si la loi nationale de l'époux étranger ne connaît pas ce type de divorce ou l'interdit.
- La séparation de corps et sa conversion en divorce est régie par la loi belge, tant du point de vue de son admissibilité que de ses causes.

*Divorce d'époux étrangers de même nationalité :*

- Le divorce pour cause déterminée est soumis à la loi belge quant à son admissibilité, sauf si la loi nationale de l'époux demandeur s'y oppose. Il suffit que la loi nationale des époux connaisse l'institution du divorce sous l'une ou l'autre forme, et celui-ci sera admissible en Belgique. Dans le cas contraire, le divorce ne pourra pas être prononcé en Belgique. Lorsque le divorce est déclaré admissible, il sera prononcé, le cas échéant, en vertu d'une cause prévue par la loi belge (loi du 27 juin 1960, art.3). Peu importe que la cause invoquée n'existe pas dans le droit des parties ou que celui-ci soit plus restrictif que le droit belge.

- En cas de divorce par consentement mutuel, la loi nationale des époux détermine s'ils peuvent divorcer par consentement mutuel et à quelles conditions. Seul l'article 3, alinéa 3 du Code civil s'applique à cette hypothèse.
- La séparation de corps et sa conversion en divorce n'est pas abordée par la loi du 27 juin 1960. Il est donc fait application de l'article 3, alinéa 3 du Code civil et, en vertu de celui-ci, de la loi nationale des parties.

#### *Divorce d'époux étrangers de nationalités différentes :*

- Le divorce pour cause déterminée sera déclaré admissible conformément à la loi belge, sauf si la loi nationale de l'époux demandeur ne connaît pas cette institution. Le principe du divorce admis, le juge en déterminera les causes selon la loi belge (loi du 27 juin 1960, art.3).
- Divorce ou séparation de corps par consentement mutuel : une controverse existe dans la doctrine et la jurisprudence entre l'application de la règle du «cumul limitatif», consistant à retenir les dispositions les plus restrictives de chacune des lois en présence, et la règle qui consiste à ne retenir le cumul des lois nationales que si celles-ci prohibent toutes deux cette forme de divorce. C'est cette dernière solution qui a la majorité.
- La séparation de corps pour cause déterminée et sa conversion en divorce, connaît la même controverse.

#### De lege ferenda

Les solutions suivantes sont envisagées.

Le divorce et la séparation de corps sont régis :

1° par le droit de l'Etat de la résidence habituelle des époux ;

2° à défaut de résidence habituelle dans un même Etat, par le droit de l'Etat dont les époux ont la nationalité ;

3° à défaut par le droit belge.

Toutefois, les époux peuvent choisir, lors de la première comparution, le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps. Ce droit peut être soit le droit de l'Etat dont les époux ont la nationalité lors de l'introduction de la demande, soit le droit belge.

Enfin, on notera que l'application du droit désigné par la loi est écartée si ce droit ignore l'institution du divorce.

#### ALLEMAGNE

- En matière de divorce, il est renvoyé à la loi qui régit les effets généraux du mariage au moment de la litispendance de la demande de divorce, c'est-à-dire la loi qui régit les relations personnelles entre les époux pendant le mariage (article 17, paragraphe 1, première phrase, en liaison avec l'article 14 de la loi introductive du Code civil).

Etant donné que le point de rattachement temporel est expressément défini (moment de la litispendance), le droit applicable au divorce ne peut plus changer à partir du moment de l'introduction de la demande de divorce et reste donc pertinent même en cas de modification des critères de rattachement.

Par conséquent, le droit applicable au divorce est :

- en premier lieu le droit national commun des époux à la date en question ou, à défaut, le dernier droit national commun des deux parties si l'un des époux a encore la nationalité de ce pays ;
- en deuxième lieu le droit du pays de la résidence habituelle commune des époux à la date en question ou, à défaut, le droit du pays de la dernière résidence habituelle commune si l'un des époux y réside encore;
- le cas échéant, le droit du pays avec lequel les époux présentent, à la date en question, le lien le plus étroit autre que les liens précités.

Il existe donc une "échelle" des critères de rattachement.

A titre subsidiaire, le droit allemand s'applique lorsque le divorce est impossible si l'on applique les critères de rattachement énumérés ci-dessus et que l'un des époux a la nationalité allemande ou l'avait au moment du mariage (article 17, paragraphe 1, deuxième phrase, de la loi introductive du Code civil).

La notion de divorce relève du droit déterminé conformément aux règles de conflit de lois. Selon la doctrine dominante, la séparation de fait au sens du droit allemand et l'annulation du mariage ne sont pas couvertes. En revanche, la notion de séparation de corps connue dans d'autres ordres juridiques est appréciée en appliquant les critères de rattachement applicables au divorce.

- La séparation de fait au sens du droit allemand est régie par le droit applicable aux effets généraux du mariage, c'est-à-dire aux relations personnelles entre les époux pendant le mariage (article 14 de la loi introductive du Code civil).
- L'annulation du mariage par dissolution est régie par le droit applicable à la conclusion du mariage (article 13 de la loi introductive du Code civil), à savoir, pour chaque époux, la loi de son pays. Ce sont les règles les plus strictes qui l'emportent lorsque les effets de l'empêchement du mariage ou du défaut d'une des conditions du mariage sont différents. Le droit allemand peut s'appliquer dans des cas définis de manière exhaustive lorsqu'il existe un lien étroit avec l'Allemagne.

## **GRÈCE**

Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi applicable aux relations personnelles des conjoints lors de l'ouverture de la procédure de divorce ou de séparation (article 16 du Code civil). Les relations personnelles des conjoints sont régies, dans l'ordre d'importance: 1) par la loi du pays de leur dernière nationalité commune durant le mariage, si l'un des conjoints a conservé la nationalité de ce pays; 2) par la loi du pays de leur dernière résidence habituelle commune durant le mariage; 3) par la loi à laquelle les conjoints sont le plus étroitement liés (article 14 du Code civil).

## **FRANCE**

L'article 310 du Code civil donne compétence à la loi française lorsque les deux époux sont français ou s'ils sont tous deux domiciliés en France ou encore si aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente alors que les tribunaux français sont compétents.

Les nullités du mariage relèvent de règles jurisprudentielles spécifiques. La nullité du mariage est soumise à la loi qui régit la condition violée (loi du lieu de célébration pour une condition de forme, loi personnelle d'un époux pour incapacité ou vice du consentement).

## **IRLANDE**

Le droit interne relatif au divorce et à la séparation judiciaire est régi par une série de lois dont aucune ne prévoit l'application d'un autre droit que celui du for. Il n'y a aucune disposition légale concernant le droit applicable aux accords de séparation. Cela vaut également pour les cas de nullité du mariage et, si la question du choix du droit n'a jamais tenu une place importante dans les règles irlandaises de conflit de lois dans ces cas, la règle générale est que la *lex loci celebrationis* est la loi qui détermine la validité formelle d'un mariage. Pour ce qui est de la capacité de se marier, c'est la loi du pays ou des pays dans lequel (lesquels) les parties sont domiciliées au moment du mariage qui s'applique généralement. Cependant, le droit irlandais contient une exigence de fond pour qu'un mariage soit valide, à savoir qu'un mariage ne peut être célébré entre des personnes dont l'une d'elles a moins de 18 ans, sauf avec l'autorisation des tribunaux irlandais. Cette exigence de fond s'applique aux mariages célébrés dans le pays, et aux mariages célébrés en dehors du pays si les époux (ou l'un d'eux) n'y ont pas leur résidence habituelle.

Il convient d'observer que les décisions irlandaises dans ce domaine sont toutefois rares.

## **ITALIE**

La séparation de corps et la dissolution du mariage sont régies par la législation nationale commune aux époux au moment de la demande; à défaut, est applicable la législation de l'État dans lequel il s'avère que s'est principalement déroulée la vie conjugale; si elles ne sont pas prévues par la législation étrangère applicable, la séparation de corps et la dissolution du mariage sont régies par la législation italienne (article 31 de la loi n° 218 de 1995).

Les relations personnelles et patrimoniales entre parents et enfants, y compris l'autorité parentale, sont régies par la législation nationale des enfants.

## **LUXEMBOURG**

- L'article 305 du Code civil dispose que "le divorce et la séparation de corps sont régis: 1° par la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune; 2° par la loi de leur domicile effectif commun lorsqu'ils sont de nationalité différente; 3° par la loi du for lorsque les époux de nationalité différente n'ont pas de domicile effectif commun."

Suivant la jurisprudence relative à cet article, la notion de domicile ne correspond pas à la définition de l'article 102 du Code civil (lieu du principal établissement de la personne), mais au milieu social et juridique (c'est-à-dire au territoire national).

- Faute de disposition spécifique, la législation applicable à l'annulation du mariage est déterminée conformément aux règles jurisprudentielles dégagées par le droit international privé. Le mariage se rattache au statut personnel des personnes. Par bilatéralisation de la règle donnée par l'article 3 du Code civil pour les Luxembourgeois, l'état et la capacité des personnes physiques, c'est-à-dire leur statut personnel, sont soumis à leur loi nationale. Le problème d'une demande en nullité de mariage ne se pose que très rarement. En cas de conflit de lois, le tribunal tranchera probablement par analogie à l'article 305 du Code civil. La loi normalement compétente pour les exigences de forme est la loi du lieu de la célébration du mariage et celle pour les exigences de fond la loi nationale;
- la loi applicable à l'annulation du mariage est celle de la condition violée.

## **PAYS-BAS**

Les règles de conflit de lois applicables à la dissolution du mariage (comprenant le divorce et la dissolution du mariage après une séparation de corps) et à la séparation de corps figurent à l'article 1 de la loi sur les règles de conflit de lois en cas de divorce (WCE) du 25 mars 1981, S.166. L'article 1 WCE donne aux époux une compétence limitée pour désigner le droit applicable à leur divorce.

A défaut de choix d'un droit, les règles suivantes, définies à l'article 1, paragraphe 1, WCE, sont applicables :

- si les parties sont soumises à un droit national, le droit national commun s'applique (point a)) ;
- à défaut de droit national commun, c'est le droit du pays où les parties ont leur résidence habituelle qui s'applique (point b)) ;
- à défaut de droit national commun et de résidence habituelle dans le même pays pour les parties, c'est le droit néerlandais qui s'applique (point c)).

La loi ajoute deux précisions en ce qui concerne le lien avec la nationalité. Test de réalité : selon l'article 1, paragraphe 2, si un des époux n'a manifestement pas un lien social réel avec le pays de la nationalité commune, la nationalité commune visée au paragraphe 1 est censée faire défaut. C'est alors le droit indiqué au paragraphe 1, point b) ou point c), qui est applicable. Dans ce cas, il est possible de choisir le droit national commun. Test d'effectivité : si un époux a plus d'une nationalité, c'est, selon l'article 1, paragraphe 3, le droit du pays avec lequel il a le lien le plus étroit compte tenu de toutes les circonstances qui est considéré comme son droit national.

L'annulation du mariage n'est pas réglementée par la WCE. On considère en principe que la demande d'annulation (et tout ce qui l'accompagne, comme le délai, la capacité pour l'invoquer) est traitée conformément au droit dont relève la disposition non respectée.

## **AUTRICHE**

Les conditions et les effets du divorce doivent être appréciés selon le droit national commun aux époux, à défaut selon le dernier droit national que les époux ont eu en commun lorsque l'un d'entre eux y est toujours soumis, et sinon, selon le droit de l'Etat dans lequel se trouve la résidence habituelle des époux, à défaut selon le droit de l'Etat dans lequel se trouvait la dernière résidence habituelle des deux époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore.

Les conditions de la nullité du mariage et de la dissolution doivent être appréciées pour chacune des parties selon le droit de son pays d'origine.

## **PORTUGAL**

Le Livre IV du Code civil concernant le droit de la famille détermine la loi applicable en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage. En matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, lorsque la procédure est engagée dans le pays de la résidence habituelle des deux époux ou dans le pays de la résidence habituelle d'un des époux, la loi applicable est celle du pays dont les époux sont ressortissants s'ils ont la même nationalité et, sinon, celle de la résidence habituelle commune. En l'absence d'une telle résidence, la loi applicable est celle du pays avec lequel la vie familiale présente les liens les plus étroits.

## **FINLANDE**

La loi applicable en matière de divorce est la loi du for. La loi du for régit aussi les décisions provisoires concernant l'utilisation du domicile familial et du patrimoine du ménage pendant une séparation de fait.

La loi applicable aux décisions en matière d'autorité parentale est la loi du for. Pour ce qui est des obligations alimentaires, la situation actuelle n'est pas très claire. Certains font valoir que les dispositions de 1929 concernant la loi qui régit les obligations alimentaires devraient être considérées comme dépassées. Selon ces dispositions, la loi qui régit l'entretien d'un enfant est la loi du pays dont l'enfant est ressortissant. L'obligation d'entretien d'un époux est régie par la loi du pays dont celui-ci est ressortissant. Si les époux n'ont pas la même nationalité, un époux ne peut bénéficier des obligations alimentaires que dans la mesure où cela est prévu par les législations des pays respectifs de chacun des époux.

## **SUÈDE**

Une demande en divorce présentée devant un tribunal suédois est toujours examinée au regard du droit suédois (principe de la loi du for). Le droit d'un autre pays peut aussi être pris en compte dans certains cas.

- Lorsque les époux sont tous deux ressortissants étrangers et qu'aucun n'est domicilié en Suède depuis au moins un an, le divorce ne peut être prononcé contre la volonté de l'un des époux s'il n'est pas motivé aux termes de la loi de l'Etat dont les époux ou l'un d'eux sont ressortissants.
- Lorsque les deux époux sont ressortissants étrangers et que l'un d'eux allègue que le divorce n'est pas motivé aux termes de la loi du pays dont il est ressortissant, le divorce n'est pas prononcé si des raisons particulières s'y opposent compte tenu de l'intérêt de ses enfants ou de leurs enfants communs.

Il est important de faire observer que, même dans ce cas, il s'agit d'appliquer simplement le droit suédois, en cherchant néanmoins à ne pas prononcer le divorce si les époux n'ont que de faibles liens avec la Suède ou si des motifs graves s'y opposent.

La législation suédoise ne prévoit pas de dispositions sur la séparation de corps ou l'annulation du mariage.

On peut signaler en outre que les questions de responsabilité parentale et de pension alimentaire pour les enfants qui sont soulevées dans une affaire de divorce sont examinées conformément au droit suédois lorsque l'enfant est domicilié en Suède. La Suède n'a pas ratifié la convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

A l'égard du Danemark, de la Finlande, de la Norvège et de l'Islande, il existe des dispositions particulières.

## **ROYAUME-UNI**

### **Angleterre et Pays de Galles**

- Dans les procédures de divorce ou de séparation judiciaire, les tribunaux vont toujours appliquer le droit anglais.
- Dans les procédures d'annulation du mariage, les questions relatives à la validité formelle du mariage sont généralement régies par le droit du pays où le mariage a été célébré ; les questions relatives à la capacité de se marier et au consentement au mariage sont généralement régies par le droit du pays où chacune des parties était domiciliée avant le mariage. Dans ce contexte, la capacité des parties couvre les degrés de parenté interdits, l'âge des parties, l'existence d'un mariage antérieur, l'appartenance à un même sexe et la polygamie. Le consentement des parties au mariage couvre la maladie mentale, le fait que la défenderesse est enceinte d'une autre personne et l'infection de la partie défenderesse par une maladie vénérienne.
- Dans les procédures d'annulation de mariage, les questions ayant trait à la nullité relative d'un

mariage non consommé en raison de l'impuissance ou du refus délibéré d'une partie semblent être régies par le droit anglais. Ce point n'est pas entièrement résolu et il se peut, bien que ce soit peut-être improbable, que les questions de ce type soient régies par le droit du pays où le demandeur était domicilié au moment du mariage. Malgré l'absence de doctrine et de jurisprudence sur ce point, il semble peu probable qu'un mariage puisse être annulé en Angleterre pour un motif inconnu du droit anglais.

### **Écosse**

- Un tribunal écossais applique le droit écossais dans les procédures de divorce même si l'affaire contient des éléments étrangers et même quand les deux parties sont domiciliées à l'étranger.
- Le choix du droit applicable aux annulations est régi en Écosse par la common law. Les manquements allégués aux exigences formelles sont régis par la *lex loci celebrationis*. Les manquements allégués aux exigences de fond ou la question de la capacité légale sont régis par le droit du pays où chaque partie était domiciliée avant le mariage.
- Le choix du droit applicable aux séparations judiciaires est régi par les mêmes règles que dans le cas d'un divorce ou d'une annulation.

*2. Votre pays est-il partie à une convention internationale qui a une incidence sur le droit applicable en matière de divorce ?*

**BELGIQUE**

Non.

**ALLEMAGNE**

Non.

**GRÈCE**

Non.

**FRANCE**

Oui. La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 qui soumet le divorce à la seule loi nationale commune des époux (article 9). La Convention franco-polonaise du 5 avril 1967 qui soumet le divorce à la loi nationale commune ou à celle du domicile commun ou du dernier domicile (article 8).

**IRLANDE**

Non.

**ITALIE**

Non.

**PAYS-BAS**

Non, pas en ce qui concerne des conventions contenant une règle sur le droit applicable.

**AUTRICHE**

L'Autriche n'est pas partie à une convention en la matière.

**PORTUGAL**

Le Portugal est partie à la convention pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps, signée à La Haye le 12 juin 1902, confirmée et ratifiée par décret royal du 7 février 1907. Il a ratifié la treizième convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, conclue le 1er juin 1970.

## **FINLANDE**

La Finlande est partie à la Convention du 6 février 1931 entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède, qui comprend des dispositions de droit international privé concernant le mariage, l'adoption et le droit de garde. D'après cette convention, le droit applicable en matière de divorce est la loi du for. Si une décision concernant l'autorité parentale est prise dans le cadre d'une procédure de divorce, le droit applicable à cette décision est la loi du for. La loi du for régit aussi les décisions provisoires concernant l'utilisation du domicile familial et du patrimoine du ménage pendant une séparation de fait.

## **SUÈDE**

La Suède a conclu avec le Danemark, la Finlande, l'Islande et la Norvège une convention en date du 6 février 1931 comportant des dispositions de droit international privé sur le mariage, l'adoption et la tutelle (cf. article 35 paragraphe 2 du projet de règlement Bruxelles II).

Cette convention prévoit des règles concernant notamment la loi applicable en matière de séparation de corps et de divorce ainsi que les questions accessoires, à savoir le partage des biens entre les époux, la garde des enfants, les relations avec les enfants et la résidence de ceux-ci. Les questions de partage des biens sont examinées au regard de la loi de l'Etat nordique où les époux étaient domiciliés le jour de leur mariage. Si les époux ont ensuite résidé tous deux dans un autre Etat nordique, c'est la loi de ce dernier qui est appliquée à la place, sauf si un acte de procédure antérieur produit ses effets. Toutes les autres questions sont jugées selon la loi de l'Etat de la procédure (principe de la loi du for).

## **ROYAUME-UNI**

**Le Royaume-Uni** n'est partie à aucune convention internationale qui a une incidence sur le droit applicable en matière de divorce.

### **3. Les parties peuvent-elles choisir le droit applicable ?**

**a) Dans l'affirmative, ce choix est-il limité à un seul droit (loi du pays dont les époux sont ressortissants, loi du pays de résidence du demandeur, loi du pays de résidence du défendeur ou loi du pays de la dernière résidence commune des parties) ?**

#### **BELGIQUE**

Non.

#### **ALLEMAGNE**

Le choix d'un droit régissant les effets généraux du mariage a une incidence indirecte également sur le divorce. Le droit choisi, applicable au moment de la litispendance de la demande de divorce, l'emporte dans ce cas sur les critères de rattachement légaux.

La condition préalable pour que le choix du droit applicable aux effets généraux du mariage soit valable est, conformément à l'article 14, paragraphe 3, de la loi introductive du code civil, que les époux n'aient pas de droit national commun ou pas de dernier droit national commun pouvant tenir lieu de point de rattachement légal. Il faut en outre qu'aucun des époux n'ait la nationalité du pays où les deux époux ont leur résidence habituelle ou que les époux aient leur résidence habituelle dans des États différents.

#### **GRÈCE**

Non.

#### **FRANCE**

Non. S'agissant en outre d'une matière où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, le juge français doit appliquer d'office la règle de conflit.

#### **IRLANDE**

Non.

#### **LUXEMBOURG**

En matière de divorce, de séparation de corps et d'annulation du mariage, la législation luxembourgeoise, ne contient aucune disposition permettant aux parties de choisir le droit applicable.

#### **PAYS-BAS**

Oui. La WCE prévoit, à l'article 1, paragraphe 4, la possibilité de choisir le droit néerlandais. Le paragraphe 4 permet de choisir, conjointement ou unilatéralement et sans contestation que le droit néerlandais s'applique au divorce quelle que soit la nationalité ou la résidence habituelle des époux. La deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 1 permet de choisir, conjointement ou unilatéralement et sans contestation, le droit de la nationalité étrangère commune. Peu importe à cet égard que les parties aient encore un lien social réel avec le pays de leur nationalité commune : le test de réalité n'est pas appliqué ici.

## **AUTRICHE**

Il n'est pas possible de choisir le droit applicable.

## **PORTUGAL**

Les époux ne peuvent choisir le droit applicable à la séparation de corps et de biens et au divorce, qui sont réglementés par les articles 52 et 55 du Code civil.

## **FINLANDE**

Non.

## **SUÈDE**

Non. Les parties n'ont pas la possibilité de choisir le droit applicable dans les cas de divorce ou de séparation de corps.

## **ROYAUME-UNI**

Ni le droit anglais ni le droit écossais ne reconnaissent aux parties le droit de choisir le droit applicable à la procédure de divorce, de séparation judiciaire ou d'annulation du mariage.

*b) Ce choix doit-il être formulé expressément ou peut-il être tacite ?*

**ALLEMAGNE**

Ce choix doit être formulé expressément et dans le respect des formes prévues (article 14, paragraphe 4, de la loi introductive du Code civil). Si le choix intervient en Allemagne, il doit être enregistré devant notaire. Sinon, ce sont les formes du droit choisi ou les formes du lieu en question qui s'appliquent.

**PAYS-BAS**

Le choix d'un droit au sens de l'article 1, paragraphe 4, doit, selon l'interprétation généralement admise, contenir une mention du droit néerlandais, par exemple de l'article 1151 c), ou une remarque afin que le droit néerlandais soit applicable. La simple affirmation que le mariage est irrémédiablement rompu n'est pas considérée comme un choix du droit néerlandais.

Pour ce qui est du choix prévu à l'article 1, paragraphe 2, on peut alléguer qu'un droit a été choisi tacitement lorsque la demande est fondée sur un motif de divorce que le droit néerlandais ne connaît pas ou lorsqu'il est affirmé que le droit national étranger commun est applicable.

## **IV. QUESTIONS GÉNÉRALES**

***1. Y a-t-il suffisamment d'éléments justifiant un instrument communautaire relatif au droit applicable en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage et quels avantages ou inconvénients présenterait un tel instrument communautaire ?***

### **BELGIQUE**

Dès lors que les décisions de divorce seront reconnues dans tous les Etats de l'Union européenne (Bruxelles II) et cela quel que soit le droit applicable, la plus-value d'un tel instrument sera faible.

Les solutions retenues pour une matière de ce type devraient idéalement être aussi universelles que possibles. L'application de règles « régionales » doit être justifiée sur la base de critères objectifs.

S'agissant du droit applicable au divorce, on voit mal quels pourraient être ces critères. On n'aperçoit pas en effet ce qui pourrait justifier l'application en Belgique d'un droit différent au divorce entre un Belge et une ressortissante de l'Union d'une part, entre un Belge et une ressortissante d'un Etat tiers d'autre part.

L'Union européenne n'est donc peut-être pas l'enceinte la plus appropriée pour élaborer un tel instrument, vu sa limitation géographique.

### **ALLEMAGNE**

L'uniformisation des règles de conflit de loi correspond aux objectifs fixés par le traité d'Amsterdam. L'unification du droit favorise la libre circulation générale et effective des particuliers.

Jusqu'à présent il n'existe pas d'accords multilatéraux importants au niveau européen ou international visant à unifier le droit applicable en matière matrimoniale. Actuellement, c'est le droit international privé de chaque pays qui détermine les règles de conflit de lois applicables au divorce et aux questions accessoires et les divergences entre ces règles sont encore grandes dans ce domaine. Cela entraîne des conséquences négatives, par exemple des rapports de droit lacunaires et la pratique du "forum shopping". Si le futur règlement Bruxelles II facilite la reconnaissance et l'exécution des jugements de divorce prononcés dans un autre Etat membre de l'UE, il se pourrait qu'il y ait un risque accru de voir les personnes concernées rechercher intentionnellement le droit le plus avantageux en matière de divorce. Par conséquent, les avantages que présente l'instrument envisagé l'emportent.

### **GRÈCE**

Il convient de se référer au point 5 du préambule du projet de règlement Bruxelles II qui peut s'appliquer, *mutatis mutandis*, au cas présent. Certaines différences entre les règles nationales en matière de loi applicable rendent plus difficile la libre circulation des personnes ainsi que le bon fonctionnement du marché intérieur; il est en conséquence justifié d'arrêter des dispositions permettant d'unifier les règles de conflit de lois en matière de divorce.

### **FRANCE**

L'unification des règles de conflit de lois en matière de divorce est en principe de nature à réduire le phénomène du "forum shopping". Néanmoins, tant la convergence accrue des droits matériels du divorce dans l'Union européenne que la coordination des règles de compétence juridictionnelle instituée par les mécanismes de "BRUXELLES II" limiteront en réalité ce phénomène.

Compte tenu des difficultés prévisibles à trouver des réponses uniformes aux conflits de loi en matière matrimoniale et de la plus-value relative qui en résultera pour le citoyen, on peut donc s'interroger sur la priorité qu'il y aurait à accorder à l'élaboration d'un tel instrument.

## **IRLANDE**

En tant que principe général, il est évident que la libre circulation des personnes au sein de l'UE nécessite une sécurité concernant les questions légales de sorte qu'une personne qui, par exemple, est divorcée dans un pays conserve ce statut dans toute l'UE. Il s'agissait d'une des justifications du règlement Bruxelles II. La situation est moins claire quand il s'agit du droit applicable. Il est certain que, si des personnes font appel aux tribunaux d'un pays, elles doivent être pleinement informées du droit qui s'appliquera à leur cas précis. Il n'est pas si évident que cette nécessité d'être informé exige un instrument contenant les règles déterminant le droit applicable dans toute l'UE aux questions matrimoniales. En particulier, si un instrument proposé devait aller au-delà du champ d'application de Bruxelles II - en ce sens qu'il traiterait aussi des effets du divorce, de la séparation de corps et de l'annulation - la nécessité de s'adapter aux différentes considérations politiques intervenant dans les différents États membres pourrait faire aboutir à un instrument qui ajouterait une nouvelle couche de complexité à la situation existante. Le droit de la famille contient des points sensibles qui sont absents des relations commerciales, et les principes qui fonctionnent bien dans d'autres domaines litigieux pourraient ne pas être appropriées dans ce cas-ci.

## **ITALIE**

L'instrument communautaire permettrait de résoudre plus facilement des conflits de lois en matière de dissolution du lien conjugal et aurait des effets positifs sur le règlement des relations entre les époux divorcés et le règlement des relations avec les enfants. Au vu de la croissance des flux migratoires à destination de l'Europe, il semble qu'un tel instrument est opportun. Le principe de la libre circulation des personnes permet également d'envisager des dispositions relatives au statut de l'époux et aux effets de la dissolution du mariage sur les relations avec l'autre époux et avec les enfants mineurs, dans la mesure où ils font partie du noyau familial qui accompagne l'intéressé.

## **PAYS-BAS**

Le plan d'action part de la constatation qu'il existe suffisamment d'éléments justifiant d'entreprendre le projet. La question de savoir si tel est bien le cas est néanmoins reposée ici. L'article 65 du traité CE accorde une place centrale à l'amélioration du fonctionnement du marché intérieur. La libre circulation des personnes est en cause dans le contexte du droit international privé et dans le domaine du droit de la famille. La convention Bruxelles II prévoit la reconnaissance de plein droit des divorces intervenus, en tenant compte des critères de compétence qu'elle énonce. L'existence d'une réglementation uniforme en matière de compétence et de reconnaissance est manifestement considérée comme un argument pour harmoniser aussi les règles concernant le droit applicable. Cependant, Bruxelles II prévoit la reconnaissance mutuelle des divorces *quel que soit le droit applicable*. A cet égard, l'exemple de la Convention de La Haye de 1970 sur la reconnaissance des divorces est suivi et aussi, en substance, celui de la Convention de Luxembourg de 1967 sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal. De l'avis des Pays-Bas, l'unification des règles concernant le droit applicable ne constitue pas un ajout utile. Si cela devait s'avérer nécessaire, la solution devrait être trouvée de préférence au niveau mondial.

On pourrait supposer qu'un habitant de l'UE tirerait profit de l'harmonisation parce qu'il saurait à l'avance quelles sont les règles de conflit applicables, et où il peut plaider en Europe. Le revers de l'harmonisation pourrait être que le même habitant, s'il a le choix entre deux fors (ou plus), ne pourrait plus opérer ce choix sur la base du droit matériel en matière de divorce qui lui est le plus favorable. Dans ce sens, il est probablement limité dans sa liberté. Le droit international privé néerlandais en matière de divorce est fondé sur le principe du *favor divortii*. Il ne faut pas négliger la possibilité qu'un droit harmonisé des conflits s'écarte de ce principe.

Selon le point 16 du plan d'action, une "indication claire du droit applicable" serait souhaitable. Ce critère est satisfait aux Pays-Bas dans tous les cas, puisque les règles du droit international privé sont énoncées dans la loi. La réalisation d'un "guide pratique" du droit international privé en matière de divorce dans les pays de l'UE ne semble pas difficile à réaliser. La clarté ne requiert dès lors pas une harmonisation des règles concernant le droit applicable.

Le point 41 mentionne les possibilités d'arrêter des règles de détermination de la loi applicable afin d'éviter un "forum shopping". Les Pays-Bas estiment que la prévention du "forum shopping" ne fournit pas un bon argument pour harmoniser les règles de conflit de loi concernant le divorce. Si les règles de compétence de Bruxelles II établissent certaines limitations quand au choix du for en matière de divorce, les habitants de l'UE ont cependant le choix entre divers fors dans un certain nombre de situations. Ce choix leur permet essentiellement de choisir entre différents systèmes de droit matériel. Les Pays-Bas sont d'avis qu'il n'existe pas de raison pour introduire des règles uniformes de conflit de loi qui limitent ou suppriment la liberté de choix mentionnée ci-dessus. La position des Pays-Bas est par conséquent qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments pour entreprendre ce projet.

## **AUTRICHE**

Le principal avantage de cet instrument serait de permettre l'uniformité du droit des conflits de lois et la prévention du "forum shopping".

## **PORTUGAL**

Il existe suffisamment d'éléments justifiant un instrument communautaire relatif au droit applicable en matière de divorce, de séparation de corps et d'annulation du mariage. Un tel instrument communautaire permettrait d'éviter que les critères de détermination de la loi applicable dans les Etats membres ne présentent des différences trop grandes et d'assurer une harmonisation, la sécurité, une plus grande certitude et connaissance de la situation juridique.

## **FINLANDE**

Bruxelles II fixe un grand nombre de critères de compétences. Dans l'UE, le divorce est relativement facile à obtenir dans certains pays alors qu'il est plus difficile à obtenir dans d'autres. Cette situation pourrait, en théorie au moins, entraîner une "course au système le plus favorable" dans les cas où les époux relèvent de plusieurs juridictions. Cependant, ce risque ne doit pas être exagéré. Dans la vaste majorité des cas, en effet, même l'époux qui ne demande pas le divorce y consent, car il juge impossible de rester marié contre le gré de son ou sa partenaire. Les cas où les époux ont des intérêts véritablement opposés eu égard au divorce proprement dit sont donc peu fréquents.

Pour ce qui est des aspects accessoires au divorce, le problème est légèrement différent. Si le règlement d'une question accessoire devait varier fondamentalement en fonction de la juridiction, cela serait très dommageable pour l'époux qui "perd" la course au meilleur système. Il pourrait en être ainsi dans le domaine des obligations alimentaires, car le droit interne varie considérablement d'un Etat membre à l'autre pour ce qui est, par exemple, de la durée de l'obligation et des normes en la matière. En ce qui concerne l'autorité parentale, les problèmes sont moindres, car, pour autant que nous sachions, le principe de "l'intérêt de l'enfant" est appliqué dans tous les Etats membres de l'UE. En outre, la Convention de La Haye de 1996 réglerait les problèmes découlant du choix de la loi applicable dans ce domaine, si elle était ratifiée par tous les Etats membres.

Dans une très large mesure, la loi en matière de divorce relève de l'ordre public. De ce point de vue, l'application de la loi étrangère poserait des problèmes en particulier dans les cas où cela aurait pour effet de réintroduire des règles ou des institutions que l'Etat du for a abolies parce qu'elles étaient dépassées, ne fonctionnaient pas ou étaient redondantes. Il est toujours difficile d'appliquer une loi étrangère et d'obtenir des informations détaillées à son sujet. Il peut même arriver que, suivant la nature de l'instrument qui peut être utilisé, la loi applicable soit différente de la loi d'un Etat membre. Clarifier le contenu d'une loi étrangère peut entraîner des frais supplémentaires pour les parties. Compte tenu de tout de ce qui précède, il est peu probable que les avantages d'un instrument unique l'emporteraient sur les inconvénients.

Pour ce qui est des questions accessoires, il serait peut-être bon de fixer une règle de manière à uniformiser le mode de détermination du droit à appliquer en matière d'obligations alimentaires. En revanche, en ce qui concerne l'autorité parentale, le moyen le plus simple de résoudre le problème du choix de la loi applicable serait de ratifier la Convention de La Haye de 1996.

## **SUÈDE**

Il n'est pas certain qu'il y ait suffisamment d'éléments justifiant un instrument communautaire relatif au droit applicable en matière de dissolution des liens du mariage.

Un tel instrument aurait évidemment l'avantage d'accroître la prévisibilité pour les particuliers et de comporter une certaine sécurité dans la mesure où tous les Etats membres appliqueraient les mêmes principes en ce qui concerne le choix de la loi applicable.

Un autre avantage pourrait être d'éviter la course au plus offrant ("forum shopping"). Ces considérations ont joué un rôle important lorsque les Etats membres ont décidé de compléter la convention de Bruxelles I de 1968 par une convention sur le choix de la législation applicable (convention de Rome de 1980). Le "forum shopping" ne semble cependant guère déterminant dans le cas du règlement Bruxelles II- et d'un éventuel instrument Rome III. La question du mariage concerne des particuliers qui, d'une manière générale, n'ont guère intérêt - en tout cas pas les mêmes possibilités que les entreprises- à spéculer sur le choix de l'Etat de juridiction. Dans la mesure où il y a spéculation, on peut supposer que le choix de l'Etat de juridiction, dans bien des cas, n'est pas motivé au premier chef par le résultat de la procédure proprement dite, à savoir la dissolution des liens matrimoniaux entre les époux, mais bien plus par d'autres demandes qui peuvent être liées à la dissolution du mariage, par exemple les responsabilités respectives des parents et les pensions alimentaires. Il est normalement possible d'obtenir un jugement de divorce quel que soit le pays où l'action est intentée, même si la procédure dans certains pays risque d'être plus longue que d'autres. Dans bon nombre de cas, les partenaires sont d'ailleurs d'accord de dissoudre leur mariage et le litige porte en réalité avant tout sur des questions telles que la responsabilité parentale et les obligations alimentaires. Le dénouement quant à ces questions peut varier considérablement en fonction du pays dont la loi est appliquée et avoir d'importantes conséquences économiques et personnelles pour les partenaires.

Parmi les désavantages de règles uniformes quant au choix de la loi applicable en matière de divorce, il y a le fait que, si les règles ne découlent pas d'une application de la loi du for, le tribunal peut être tenu d'appliquer des règles qui ne sont pas nécessairement cohérentes avec les traditions et règles juridiques du pays de la juridiction. Le prononcé du divorce suppose, par exemple, dans certains Etats membres que l'on puisse prouver que l'un des époux a commis une faute justifiant la dissolution du mariage ou que l'on puisse établir de manière irrévocable que les conditions permettant de poursuivre la vie commune font défaut. Si une législation étrangère est appliquée pour la dissolution du mariage, on pourrait être amené à appliquer des règles relatives à la séparation de corps ou à l'annulation du mariage. Comme il a été observé lors de la discussion du questionnaire en commission du gouvernement, cela impliquerait que ce statut, depuis longtemps supprimé, serait, par les règles communes en matière de choix du droit applicable et par la législation étrangère, "réintroduit" dans le droit suédois d'une manière qui pourrait être difficile à accepter par l'opinion publique.

L'application d'une législation étrangère risque également de placer les partenaires devant une procédure sensiblement plus coûteuse et plus longue que si la loi du pays de la juridiction était appliquée. A l'heure actuelle, il n'existe guère de système au sein de l'UE qui permette de manière simple, rapide et peu coûteuse d'obtenir des informations sûres sur la législation d'un autre Etat. C'est un point de vue qui a été particulièrement défendu par les tribunaux lors de la discussion en commission.

Au lieu d'un instrument juridique communautaire sur le choix de la législation en matière de divorce, une autre formule intéressante serait d'élaborer un instrument concernant d'autres questions de droit familial, par exemple le choix de la législation lorsque l'affaire porte sur les régimes matrimoniaux, sur les pensions alimentaires à payer entre époux, sur les relations avec les enfants ou les questions de successions. Exception faite des questions d'obligations alimentaires, qui sont couvertes par la Convention de Bruxelles I, les règles sur le choix de la législation doivent, en pareil cas, être combinées avec des règles sur la compétence du tribunal ainsi que sur la reconnaissance et l'exécution des jugements.

## **ROYAUME-UNI**

Le Royaume-Uni estime qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments justifiant un instrument communautaire relatif au droit applicable en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage.

L'application - admise depuis longtemps - de la *lex fori* aux affaires de divorce est une règle simple, prévisible et sûre qui n'a donné lieu à aucun problème en pratique. Les motifs pour lesquels un divorce a été prononcé à l'étranger sont à l'origine d'un nombre insignifiant de refus de reconnaître ledit jugement de la part des tribunaux du Royaume-Uni, et le choix des règles de conflit de lois retenu par les tribunaux étrangers n'a pas non plus causé de difficultés. Les risques d'un forum shopping dans ce domaine ne constituent pas, selon nous, un problème réel. A l'avenir, la compétence juridictionnelle et la reconnaissance en matière de divorce seront régies au sein de l'Union européenne par le règlement Bruxelles II. Les règles de compétence énoncées dans cet instrument sont fondées sur un consensus quant au choix d'un for approprié, et les règles de reconnaissance n'autorisent pas de refuser de reconnaître un jugement au simple motif qu'un divorce, une annulation ou une séparation de corps ne serait pas accordé sur la base des mêmes faits par le tribunal auquel il est demandé de reconnaître ledit jugement.

Il existe de bonnes raisons pratiques pour ne pas s'écarter de la règle de la *lex fori*. Exiger d'un demandeur qu'il présente des preuves relevant d'un droit étranger dans une affaire jugée par défaut (et plus de 95 % des divorces sont des défauts) constituerait une entrave sérieuse à une administration rapide et peu coûteuse de la justice. Une opposition populaire pourrait aussi se manifester pour des raisons sociales, et le fait de demander aux tribunaux du Royaume-Uni de dissoudre des mariages pour des motifs ignorés de notre droit poserait des problèmes politiques graves.

*2. Considérez-vous qu'un instrument relatif au droit applicable en matière de divorce relève de l'article 65 du traité instituant la Communauté européenne ? Selon vous, d'autres dispositions du traité pourraient-elles servir de base juridique à un instrument de cette nature ?*

### **BELGIQUE**

L'article 65 ne trouve à s'appliquer que dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. Dans ce cadre, il peut servir de base aux instruments permettant de "favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétence". Sous réserve de l'examen des réponses au questionnaire données par les Etats membres, il ne semble pas qu'il y ait dans cette matière des problèmes affectant le fonctionnement du marché intérieur, ou des incompatibilités entre les lois nationales.

### **ALLEMAGNE**

L'article 65, et notamment son point b), devrait constituer une base juridique appropriée pour un instrument relatif au droit applicable en matière matrimoniale.

### **GRÈCE**

L'instrument relatif au droit applicable en matière de divorce relèverait de l'article 65 du traité.

### **FRANCE**

L'article 65 du traité pourrait constituer une base appropriée au futur instrument.

### **IRLANDE**

La réponse à cette question est très complexe et nécessiterait un examen plus détaillée que ne le permet le cadre du présent questionnaire, mais nous aurions de sérieuses réserves quant à la possibilité de choisir une base juridique pour l'instrument proposé dans le nouveau Titre IV du traité. L'article 65 permet de prendre des mesures pour autant qu'elles soient "nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur". Nous ne sommes pas convaincus que l'instrument proposé respecte ce critère. Certes, le Conseil dispose clairement d'un "pouvoir d'appréciation" pour déterminer si une mesure, compte tenu de son objet et de sa teneur, est "nécessaire" au bon fonctionnement du marché intérieur au sens de l'article 65 du traité CE, mais nous sommes loin d'être sûrs que ce "pouvoir" serait suffisant en l'espèce. Il se peut que l'article 293 (ex-article 220) ou l'article 308 (ex-article 235) constituent une base juridique de remplacement, mais il se peut tout autant que le traité ne contienne pas actuellement de base juridique adéquate pour un instrument de cette nature.

### **ITALIE**

Il semble que l'article 65 du traité constitue une base juridique suffisante pour l'adoption de l'instrument communautaire en matière de divorce.

## **PAYS-BAS**

On peut réfléchir de différentes façons à la question de savoir si et dans quelle mesure le fonctionnement du marché intérieur de l'UE profiterait d'une réglementation uniforme des conflits de loi en matière de divorce. Les Pays-Bas répondent par la négative à cette question. On pourrait aussi envisager une réglementation sous la forme d'une convention de l'UE, mais l'opportunité de son adoption soulèverait en essence les mêmes questions que s'il s'agissait d'un règlement.

## **AUTRICHE**

L'instrument relèverait du champ d'application de l'article 65 du traité CE.

## **PORTUGAL**

L'instrument en question étant lié au statut personnel du citoyen communautaire, il paraît indiqué en principe de lui donner la forme d'une convention, qui serait élaborée dans le cadre de la coopération intergouvernementale entre Etats membres conformément à l'article 293 du Traité de Rome.

## **FINLANDE**

Il est encore trop tôt pour arrêter une position définitive sur la base juridique à retenir pour établir un instrument relatif au droit applicable en matière de divorce. Les observations qui suivent sur l'opportunité de retenir l'article 65 comme base juridique ne sont données qu'à titre préliminaire et ne préjugent en rien de notre position ultérieure.

Pour déterminer si l'article 65 serait la base juridique appropriée sur laquelle serait fondé l'instrument en cause, la première question à se poser est de savoir si l'adoption de cet instrument est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. Pour déterminer si tel est le cas, une démarche pragmatique s'impose: d'une manière générale, il est peu probable qu'un instrument de ce type soit nécessaire s'il ne peut être établi qu'il se traduira par une véritable amélioration pour les citoyens de l'UE. Dans une certaine mesure, cela dépend du contenu de l'instrument envisagé, mais, il est légitime de se demander si l'établissement d'une règle unique pour régir le choix de la loi applicable en matière de divorce permettrait d'obtenir ce résultat.

## **SUÈDE**

Il est prématuré de prendre dès maintenant une position définitive sur la base juridique. A titre préliminaire, on peut cependant affirmer qu'il n'est pas sûr que des règles uniformes sur le choix de la législation applicable soient vraiment nécessaires pour la libre circulation des personnes et, par là, pour le bon fonctionnement du marché intérieur au sens de l'article 65 du traité CE.

## **ROYAUME-UNI**

Nous n'avons pas sollicité d'avis juridique sur les implications de cette question, mais nous doutons sérieusement qu'un accord sur le droit applicable en matière de divorce puisse satisfaire à l'exigence énoncée à l'article 65 du traité CE, à savoir que les mesures adoptées au titre de cette disposition soient "nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur". A supposer qu'il y ait un lien entre la liberté de circulation ou le fonctionnement du marché intérieur et les règles régissant le droit applicable en matière de divorce, ce lien doit être des plus ténus.

**3. L'élaboration d'un instrument communautaire (Rome III) serait-elle en conformité avec le principe de subsidiarité ? Veuillez donner les justifications nécessaires.**

**BELGIQUE**

Le principe de subsidiarité implique que l'Union ne doit pas assumer des tâches que les Etats membres sont en état d'exécuter correctement. Sous réserve de l'examen des réponses au questionnaire, il ne paraît pas que se soient révélées dans ce domaine au sein des Etats membres des lacunes ou des difficultés qui imposent une action de l'Union.

**ALLEMAGNE**

L'élaboration d'un instrument relatif au droit applicable en matière matrimoniale serait conforme au principe de subsidiarité énoncé à l'article 5, deuxième alinéa, du traité CE. Ce n'est qu'au niveau communautaire que peut être réalisé le rapprochement des règles de conflit de lois.

**GRÈCE**

Conformément au principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 du traité, les objectifs de l'instrument "Rome III" ne pourront être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et pourront donc être mieux réalisés au niveau communautaire.

**FRANCE**

Les Etats ne sont pas en mesure d'uniformiser individuellement les solutions aux conflits de lois dans les 15 pays de l'Union européenne. Seul un instrument communautaire permettrait d'atteindre ce résultat.

**IRLANDE**

Selon le point 4 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, les raisons permettant de conclure qu'un objectif communautaire peut être mieux réalisé à l'échelon communautaire doivent s'appuyer sur des indicateurs qualitatifs et, chaque fois que c'est possible, quantitatifs. Nous estimons qu'il n'est absolument pas évident que ces raisons puissent être fournies sans procéder à une étude objective des règles de conflit de lois applicables dans différents Etats membres, étude qui tiendrait compte des questions politiques sous-tendant ces règles et des difficultés que ces dernières posent en pratique.

**PAYS-BAS**

On peut donner deux sens au principe de subsidiarité.

En premier lieu, on peut le considérer comme le principe selon lequel un instrument communautaire ne doit être adopté que si le règlement d'une question ne peut être laissé au législateur national. Pour les Pays-Bas, l'harmonisation des règles de conflit de lois en matière de divorce n'apporte par de valeur ajoutée. La libre circulation des jugements de divorce ne s'en trouve pas améliorée. En ce sens, le principe de subsidiarité n'est pas respecté.

En deuxième lieu, on peut comprendre par principe de subsidiarité le principe en vertu duquel l'UE doit s'abstenir d'agir lorsqu'une question se prête à un règlement au niveau mondial. La Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces est en elle-même la preuve que le droit international sur le divorce peut être inclus dans cette catégorie. S'il était nécessaire d'harmoniser les règles sur le droit applicable, l'opération serait possible au niveau mondial. Dans ce sens non plus, le principe de subsidiarité n'est pas respecté.

### **AUTRICHE**

L'instrument serait compatible avec le principe de subsidiarité; un droit des conflits de lois uniforme, qui seul peut empêcher le "forum shopping", ne peut être élaboré qu'au niveau communautaire.

### **PORTUGAL**

Tout instrument communautaire dans ce domaine devra respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité tels qu'ils sont définis par l'article 5 du traité de Rome instituant la Communauté européenne, modifié par le traité d'Amsterdam.

### **FINLANDE**

La question de savoir si l'élaboration d'un instrument communautaire est conforme au principe de subsidiarité n'est judicieuse que si l'on considère que la Communauté est compétente pour l'adoption de cet instrument. Selon l'article 5 du traité CE, l'application du principe de subsidiarité signifie que, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres. Autrement dit, ce principe est censé guider la prise de décision en ce qui concerne l'exercice de la compétence communautaire dans les domaines où tant la Communauté que les Etats membres sont compétents.

L'adoption d'une position définitive quant à la compétence communautaire suppose que l'on ait d'abord beaucoup d'informations sur le champ d'application et le contenu de l'instrument envisagé. A cet égard, le choix des critères de rattachement ainsi que la détermination du champ d'application personnel auront aussi leur importance. Pour l'instant, il n'est donc pas possible d'arrêter une position définitive sur l'application de ce principe.

### **SUÈDE**

Il est prématuré de prendre dès maintenant une position définitive sur le principe de subsidiarité. On peut toutefois observer que l'essentiel pour les personnes qui circulent librement au sein de l'UE est d'avoir la possibilité de faire examiner la question de la dissolution du mariage dans les Etats avec lesquels ils ont un lien véritable et que leur statut de personne mariée ou divorcée soit reconnu dans les autres Etats membres. Le règlement Bruxelles II répond à cette nécessité. Les partenaires peuvent normalement obtenir la dissolution du mariage quel que soit le pays dont la législation est appliquée, encore que la procédure risque d'être plus ou moins longue en fonction du pays dont la législation est appliquée.

## **ROYAUME-UNI**

Notre première réaction sur ce point est qu'il n'a pas été démontré que le problème du droit applicable en matière de divorce entraîne des effets transnationaux que les États membres ne pourraient pas traiter de manière satisfaisante à leur niveau. Il est impossible de donner une réponse précise à ce sujet tant qu'on ne dispose pas d'une proposition détaillée, mais nous estimons à ce stade que le critère énoncé au point 5 du protocole sur la subsidiarité ne serait pas satisfait.

## **V. CARACTÉRISTIQUES D'UN ÉVENTUEL INSTRUMENT (ROME III)**

### **A. Champ d'application**

*1. Cet instrument devrait-il porter uniquement sur le divorce ou devrait-il s'appliquer aussi à la séparation de corps et à l'annulation du mariage ?*

#### **BELGIQUE**

Si un tel instrument était élaboré, il devrait viser le divorce, la séparation de corps et l'annulation du mariage.

#### **ALLEMAGNE**

Il conviendrait de prévoir une réglementation parallèle à celle de Bruxelles II.

L'instrument devrait en tout cas couvrir le divorce et la séparation de corps, cette dernière revêtant une grande importance dans certains États membres dans le cadre de procédures de divorce ultérieures et de procédures en matière alimentaire. C'est précisément parce que le droit de certains États membres ne connaît pas la séparation de corps qu'une réglementation globale de la question permettrait de simplifier l'application du droit et garantirait d'une manière générale une plus grande sécurité juridique.

Pour ce qui est de l'annulation du mariage, on ne peut nier qu'il s'agit d'une situation proche, dans les faits, de la rupture des liens du mariage. On pourrait toutefois aussi dire que l'annulation du mariage en raison de vices entachant sa conclusion ne doit pas être qualifiée de divorce mais de conclusion irrégulière du mariage. Par conséquent, les règles de conflit de lois en matière d'annulation du mariage pourraient aussi être énoncées dans un instrument européen concernant le droit international relatif à la conclusion du mariage au lieu d'être incluses dans le projet d'instrument Rome III.

#### **GRÈCE**

L'instrument juridique envisagé doit inclure toutes les formes de rupture légale du mariage ayant pour conséquence la dissolution juridique du lien matrimonial (divorce et annulation du mariage). Il doit aussi couvrir le régime de la séparation de corps, connu dans certains pays.

#### **FRANCE**

Le champ d'application matériel devrait correspondre à celui de "Bruxelles II" et donc couvrir le divorce, la séparation de corps et l'annulation du mariage.

#### **IRLANDE**

L'instrument éventuel devrait porter aussi sur le divorce et la séparation de corps et sur l'annulation.

## **ITALIE**

Cet instrument devrait être applicable au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage. Bien qu'étant problématique à certains égards (par rapport à la particularité des cas prévus par les législations en cas de conflit), l'application de cet instrument à l'annulation du mariage doit être envisagée car elle permettrait de résoudre avec rapidité des conflits de lois dans les cas où le maintien du lien conjugal est de toute façon remis en question, et donc la liberté de la personne de l'intéressé.

## **LUXEMBOURG**

L'éventuel instrument devrait s'appliquer au divorce et à la séparation de corps, les matières étant étroitement liées, notamment en cas de conversion de la séparation de corps en divorce. Quant à l'annulation du mariage, les demandes y relatives sont d'une rareté telle que l'utilité d'un instrument désignant la loi applicable à ces demandes n'est pas évidente. Cependant, eu égard au fait qu'une action en annulation du mariage, action concernant l'état des personnes, tend à la disparition rétroactive ou, comme le divorce, à la dissolution du mariage, elle pourrait trouver sa place dans l'éventuel instrument devant porter sur le relâchement et la dissolution des liens conjugaux.

## **PAYS-BAS**

Il n'y a aucun obstacle à ce qu'un futur règlement soit également applicable à la séparation de corps (comme la Convention de La Haye, la Convention de Luxembourg et Bruxelles II) et à l'annulation du mariage (comme la Convention de Luxembourg et Bruxelles II). Il faudra cependant examiner à part les règles de conflit de lois en matière d'annulation du mariage.

## **AUTRICHE**

Cet instrument devrait porter non seulement sur le divorce, mais également sur l'annulation et la dissolution du mariage.

## **PORTUGAL**

Le futur instrument dans ce domaine devra couvrir toutes les situations mentionnées, à l'exception de l'annulation du mariage catholique dans les pays qui le prévoient.

## **FINLANDE**

Etant donné que Bruxelles II couvre toutes les questions matrimoniales mentionnées dans la question, il serait judicieux d'engager les travaux éventuels en partant du principe que la séparation de corps et l'annulation du mariage sont couvertes. D'un autre côté, la nécessité d'unifier les règles régissant le choix de la loi en matière d'annulation de mariage est loin d'être impérieuse. L'unification des règles régissant le choix de la loi en matière de séparation de corps et d'annulation de mariage créerait d'autres problèmes si cette unification était fondée sur un autre principe que la loi du for, du fait que la législation finlandaise ne prévoit pas ces institutions.

## SUÈDE

Si le nouvel instrument doit comporter des règles sur le choix de la législation en matière de dissolution du mariage, il est en principe souhaitable qu'il ait le même champ d'application que le règlement Bruxelles II, c'est-à-dire qu'il porte sur le divorce, la séparation de corps et l'annulation du mariage.

## ROYAUME-UNI

Nous pensons qu'il serait démesurément ambitieux et sans avantage réel de vouloir harmoniser le droit applicable en matière d'annulation.

Les *leges causae* adoptées par les États membres dans ce domaine reflètent leur choix quant aux règles de conflit de lois sur la conclusion du mariage lorsqu'il est probable que les droits des États membres présentent de nombreuses différences. Compte tenu de cette difficulté et de la rareté relative des procédures d'annulation (le système juridique de plusieurs États membres ne prévoit pas cette procédure), il ne semblerait pas utile d'entreprendre un tel travail. Des considérations semblables valent pour la séparation judiciaire : elle est rarement utilisée et donnerait lieu à des problèmes spécifiques (par exemple, le tribunal du for devrait-il appliquer le droit du pays X pour déterminer si une séparation peut être convertie en divorce, alors qu'à l'audience antérieure de séparation, c'est le droit du pays Y qui avait servi à déterminer les droits et devoirs actuels et futurs des parties ?).

## ***2. Cet instrument devrait-il aussi traiter des questions accessoires touchant à l'autorité parentale ou d'autres questions accessoires ?***

### **BELGIQUE**

Les effets du divorce en ce compris sur l'autorité parentale posent une problématique particulièrement complexe.

### **ALLEMAGNE**

Il faut se demander s'il est opportun de prévoir une réglementation européenne particulière étant donné que la Conférence de La Haye de droit international privé a adopté en 1996 la Convention de La Haye sur la protection des enfants. Cette convention présente l'avantage d'avoir une portée mondiale. La multiplication des actes juridiques nuit à l'unité du droit et ne sert finalement pas les intérêts des citoyens.

Si l'on considère la question de la garde parentale sous l'angle de la protection des mineurs, il faudrait en fait la traiter de manière autonome et indépendamment de la question de savoir si les parents sont ou non mariés. D'un autre côté, dans la plupart des cas de rupture du mariage, des décisions doivent être prises en matière de garde parentale, et l'on pourrait donc estimer qu'il existe un lien objectif entre ces deux aspects.

### **GRÈCE**

L'autorité parentale et les autres questions accessoires présentent, par rapport à la dissolution du mariage et à la séparation de corps, un certain nombre de caractéristiques propres et de particularités qui ne permettent pas leur examen et leur inclusion dans le cadre de l'instrument envisagé.

### **FRANCE**

Il n'est pas certain que l'autorité parentale et les questions accessoires puissent être traitées aisément dans un tel instrument. La loi applicable à ces questions étant souvent différente de celle appliquée à l'action concernant le lien matrimonial.

### **IRLANDE**

L'instrument éventuel devrait, dans la mesure du possible, traiter de questions liées à l'autorité parentale à l'égard des enfants des deux époux se posant dans le cadre des procédures en question. Il ne devrait pas traiter de questions accessoires compte tenu du fait que Bruxelles II ne le fait pas. Nous considérons que l'instrument proposé devrait être parallèle et complémentaire à Bruxelles II.

### **ITALIE**

De préférence, oui. Tout instrument juridique en matière de séparation, de divorce ou d'annulation devrait inclure également des dispositions relatives aux enfants mineurs. Il convient de tenir compte de l'importance du message culturel transmis par un instrument communautaire en matière de divorce, qui est de responsabiliser les parents vis-à-vis des enfants nés du mariage qui a échoué.

## **LUXEMBOURG**

L'éventuel instrument pourrait porter sur les questions de l'autorité parentale en relation avec le divorce ou la séparation des parents. La question de la loi applicable à la garde des enfants à la suite d'un divorce est actuellement réglée par la Convention de La Haye de 1961. D'autres conventions multilatérales (Luxembourg, 25 mai 1980; La Haye, 25 octobre 1980) concernent le droit de garde des mineurs.

## **PAYS-BAS**

Les Pays-Bas sont opposés à un élargissement d'un futur règlement à l'autorité parentale ou à des questions annexes. Les règles de la Convention de La Haye de 1961 sur la protection des enfants s'appliquent actuellement dans un grand nombre d'États (Autriche, Belgique, France, Allemagne, Grèce (signée), Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège (signée), Pologne, Portugal, Espagne, Turquie. Les Pays-Bas plaideront en faveur de la ratification de la Convention de La Haye de 1996 par tous les États de l'UE. Une réglementation relative à l'approbation et à la mise en oeuvre de la convention est en préparation aux Pays-Bas. L'Allemagne et l'Irlande ont fait savoir qu'elles se préparaient à la ratification. Dans d'autres pays, dont la Suisse, la ratification est envisagée. Les règles sur le droit applicable qui sont reprises dans cette convention sont, en essence, les mêmes que celles qui figurent dans la convention de 1961.

## **AUTRICHE**

Cet instrument ne devrait pas traiter des questions touchant à l'autorité parentale.

## **PORTUGAL**

Cet instrument devra également régler l'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants communs mineurs.

## **FINLANDE**

La Convention de la Haye de 1996 contient des dispositions modernes et appropriées en ce qui concerne la loi à appliquer en matière d'autorité parentale. Il est peu probable qu'il soit nécessaire de les reprendre dans un autre instrument. La ratification de la Convention de la Haye serait peut-être un meilleur moyen d'harmonisation dans ce domaine.

Pour ce qui est des obligations alimentaires, la Convention de la Haye de 1973 contient des dispositions sur la loi applicable à cet égard. Plusieurs États membres de l'UE l'ont ratifiée, mais pas tous. Compte tenu du fait que c'est dans ce domaine que les problèmes créés par la course au meilleur système en matière matrimoniale sont les plus aigus, il serait peut-être utile d'examiner l'opportunité et la possibilité d'introduire dans un instrument de l'UE des règles sur le choix de la loi qui soient moins compliquées que celles de la Convention de La Haye.

Cet instrument éventuel ne devrait pas contenir des règles sur le choix de la loi applicable en ce qui concerne les sanctions des torts, telles que les indemnités à verser pour cruauté mentale ou perte d'un nom obtenu par mariage. En effet, l'acceptabilité de ces sanctions est très étroitement liée à l'ordre public et devrait donc continuer à relever de la loi du for.

## **SUÈDE**

Pour ce qui est des questions de responsabilité parentale qui seraient actualisées dans le cadre de cet instrument, on peut constater que des règles adéquates sur le choix de la législation existent déjà dans la convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. On peut se demander s'il est utile de régler ces mêmes questions dans le nouvel instrument Rome III. Une autre possibilité qu'il convient d'examiner serait que les Etats membres adhèrent à la convention de La Haye de 1996, où l'on trouve un complément naturel au règlement Bruxelles II.

## **ROYAUME-UNI**

Selon nous, une nouvelle convention dans ce domaine ne devrait pas couvrir les questions liées à l'autorité parentale ni d'autres questions accessoires. Sinon, on courrait le risque de conflits avec des conventions existantes, en particulier la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants.

**3. Cet instrument devrait-il couvrir les cas visés par la Convention Bruxelles II ou devrait-il aussi couvrir d'autres cas ? Dans l'affirmative, lesquels ?**

**BELGIQUE**

Voir les réponses aux points 1 et 2 ci-dessus.

**ALLEMAGNE**

L'instrument devrait, dans un premier temps, porter uniquement sur les matières visées au point 1. Il sera encore temps, au cours des travaux, d'examiner si les liens avec les règles de conflit de lois concernant la conclusion du mariage ou les effets personnels du mariage sont si étroits qu'il apparaîtrait opportun d'intégrer l'un ou l'autre de ces aspects dans l'instrument.

**GRÈCE**

Cet instrument ne devrait couvrir que les cas visés par la Convention Bruxelles II.

**FRANCE**

Il devrait couvrir les mêmes cas que "Bruxelles II" si l'instrument concerné envisageait de régler la loi applicable à l'autorité parentale.

**IRLANDE**

L'instrument ne devrait couvrir que les cas visés par la Convention Bruxelles II.

**ITALIE**

Cet instrument devrait couvrir les cas visés par la Convention de Bruxelles II.

**LUXEMBOURG**

Voir les réponses aux points 1 et 2 ci-dessus.

**PAYS-BAS**

Sur le plan de la cohérence, il est souhaitable qu'un instrument futur relatif au conflit de lois soit applicable dans les mêmes cas (divorce ou annulation) que Bruxelles II. Les Pays-Bas peuvent encore toujours examiner si le contenu d'un règlement déjà adopté peut aussi être déclaré applicable à d'autres cas.

**AUTRICHE**

Cet instrument ne devrait pas couvrir les cas qui ne sont pas visés par la Convention de Bruxelles II.

**PORTUGAL**

Le futur instrument devra couvrir les cas visés par la Convention de Bruxelles II.

## **FINLANDE**

Il serait peut-être utile d'engager les travaux en partant du principe que l'instrument couvre les cas dans lesquels un Etat membre de l'UE est compétent en vertu des articles 2, 5 et 6 du règlement Bruxelles II. Si la question des aliments entre dans le champ d'application de cet instrument, il serait peut-être judicieux de limiter l'application de la règle du choix de la loi aux cas dans lesquels un tribunal d'un Etat membre est compétent en vertu des articles 2 ou 5 de Bruxelles I.

## **SUÈDE**

Le nouvel instrument Rome III pourrait aussi contenir des règles sur le choix de la législation pour les questions relatives aux pensions alimentaires entre époux et aux relations avec les enfants. Des règles correspondantes sur la compétence des tribunaux et la reconnaissance et l'exécution des décisions existent dans la Convention de Bruxelles I et le projet de règlement Bruxelles I. Il n'est cependant pas certain que d'autres questions qui sont liées au mariage mais qui ne sont pas couvertes par les règlements de Bruxelles doivent être incluses, par exemple les questions relatives à la situation patrimoniale des époux.

## **ROYAUME-UNI**

Si l'on estimait utile de créer un nouvel instrument, son champ d'application ne devrait pas être plus large que celui du règlement Bruxelles II.

## **B. Règles de compétence législative**

**1. Quelle loi devrait s'appliquer au divorce, à la séparation de corps ou à l'annulation du mariage:**

**a) lorsque la procédure est introduite dans le pays de la résidence habituelle des deux époux ?**

### **BELGIQUE**

La Belgique vient de procéder à une réflexion approfondie qui l'a amenée à envisager une réforme en la matière. Ces conceptions sont donc celles qui, en l'état actuel des choses, nous paraissent les plus pertinentes.

Le divorce et la séparation de corps devraient être régis :

1° par le droit de l'Etat de la résidence habituelle des époux ;

2° à défaut de résidence habituelle dans un même Etat, par le droit de l'Etat dont les époux ont la nationalité ;

3° à défaut par le droit belge.

### **ALLEMAGNE**

Il convient de déterminer si la résidence habituelle est le critère de rattachement approprié pour déterminer le droit applicable au divorce ou si c'est le droit national commun ou le dernier droit national commun des époux ou encore un autre droit (par exemple le droit de l'Etat dans lequel est formée la demande de divorce). Il serait peut-être utile de combiner le critère de la résidence habituelle avec une certaine durée de résidence (comme pour Bruxelles II).

### **GRÈCE**

Dans l'ordre d'importance, la loi applicable devrait être:

- la loi du pays de la dernière nationalité commune des conjoints durant le mariage, si l'un des conjoints a conservé la nationalité de ce pays;
- la loi de leur dernière résidence habituelle commune.

### **FRANCE**

Une compétence de la *lex fori* devrait être envisagée pour le divorce et la séparation de corps. En revanche, une règle spécifique devrait être appliquée aux nullités du mariage.

### **IRLANDE**

Par tradition, les tribunaux irlandais seraient fortement enclins à appliquer la loi du for chaque fois que possible ; pour les exemples donnés, une première réponse serait que la loi du for semble appropriée. Cependant, il est incontestable que des difficultés peuvent surgir selon la base précise sur laquelle le tribunal fonde sa compétence. Le règlement Bruxelles II envisage une série de bases de remplacement pour régler les conflits de juridictions, et concevoir des règles fixes pour tenir compte de cette variété n'est pas une tâche facile.

## **ITALIE**

Il faudrait appliquer la loi nationale commune aux deux époux ou, à défaut, la loi du lieu de résidence commune des époux ou la loi du lieu dans lequel il s'avère que s'est principalement déroulée la vie conjugale, puis, par ordre, la loi du lieu de résidence habituelle d'un des époux.

## **LUXEMBOURG**

Lorsqu'un époux ou les deux époux introduisent une procédure de divorce ou de séparation de corps dans le pays de leur résidence habituelle, la loi de cet Etat doit trouver application.

## **PAYS-BAS**

La question est quelle loi devrait s'appliquer lorsque la procédure est introduite dans le pays de la résidence habituelle des deux époux ? La prévention du "forum shopping" ne constitue pas un argument pertinent pour harmoniser les règles de conflit de lois en matière de divorce.

Dans le cadre d'un rapport présenté par un groupe de travail de l'Association néerlandaise pour la justice (Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, le Comité public de droit international privé a rendu en 1995 un avis proposant d'aligner les règles relatives au droit applicable qui figurent dans la loi sur le conflit de lois en cas de divorce sur la pratique qui s'est mise en place durant les vingt dernières années. Cet avis sera transposé en termes législatifs dans la future proposition de loi visant la consolidation des lois adoptées entre-temps dans le contexte du droit international privé. La proposition présentée dans l'avis consiste à simplifier notablement la formulation des règles de conflit de lois.

À la lumière dudit avis, nous répondons comme suit à la question posée:

La *lex fori* devrait être applicable (dans la situation évoquée, le droit de la résidence habituelle des deux époux).

Au lieu de la *lex fori*, le droit de la nationalité étrangère commune devrait être applicable

- a) si ce droit est choisi d'un commun accord, ou
- b) s'il est choisi par un époux et non contesté par l'autre, ou
- c) s'il est choisi par un des époux et que les deux époux ont un lien réel avec le pays de leur nationalité commune.

La réponse est la même dans le cas où les époux ont leur résidence habituelle en dehors du pays du for. Dans ce cas, c'est (conformément au droit international privé néerlandais actuel et aussi à Bruxelles II) le juge néerlandais qui est seul compétent lorsque les deux époux sont néerlandais.

## **AUTRICHE**

C'est avant tout le droit national commun aux époux qui doit être déterminant et, lorsqu'il n'existe pas de droit national commun, le droit de l'Etat dans lequel se trouve leur résidence habituelle doit être appliqué.

## **PORTUGAL**

En matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, lorsque la procédure est engagée dans le pays de la résidence habituelle des deux époux, la loi applicable devra être celle du pays dont les époux sont ressortissants s'ils ont la même nationalité et, sinon, celle de la résidence habituelle commune. En l'absence d'une telle résidence, la loi applicable devra être celle du pays avec lequel la vie familiale présente les liens les plus étroits.

## **FINLANDE**

Il est trop tôt pour arrêter une position définitive sur cette question. Cela dit, le choix des critères de rattachement devrait tendre en général à ce que le tribunal saisi de l'affaire puisse appliquer normalement la loi du for. Le nombre des cas où le tribunal est obligé d'appliquer une loi étrangère devrait être réduit au minimum inévitable. Il existe différentes techniques pour y parvenir.

## **SUÈDE**

Il est prématuré de prendre déjà définitivement position sur les modalités des règles de compétence législative. D'un point de vue général, il est cependant souhaitable que le tribunal qui a été saisi d'une demande de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage applique le principe de la loi du for.

## **ROYAUME-UNI**

Le droit applicable devrait être celui du for. Nous ne sommes pas convaincus que la loi de la résidence habituelle devrait l'emporter sur la loi du for, en particulier dans les cas où la résidence n'est établie que depuis assez peu de temps. Il n'y a pas lieu de craindre que l'application des règles de compétence juridictionnelle prévues par le règlement Bruxelles II conduirait à choisir un for totalement inapproprié.

*b) lorsque la procédure est introduite dans le pays de la résidence habituelle d'un des époux ?*

**BELGIQUE**

Même réponse qu'au point a).

**ALLEMAGNE**

Si un seul des époux a sa résidence habituelle dans l'État du tribunal saisi, il conviendrait de prévoir un second critère qui permettrait d'assurer qu'il existe un lien commun qui rattache les deux époux au droit applicable. Il pourrait s'agir du droit national commun, de la dernière résidence habituelle commune ou de tout autre lien le plus étroit des époux avec le droit d'un État donné.

**GRÈCE**

Dans l'ordre d'importance, la loi applicable devrait être:

- la loi du pays de la dernière nationalité commune des conjoints durant le mariage, si l'un des conjoints a conservé la nationalité de ce pays;
- la loi à laquelle les conjoints sont le plus étroitement liés (article 14 du Code civil).

**FRANCE**

La nationalité commune des époux devrait être un critère de désignation.

**IRLANDE**

Même réponse qu'au point a).

**ITALIE**

Même réponse qu'au point a).

**LUXEMBOURG**

Si la procédure de divorce ou de séparation de corps est introduite dans le pays de la résidence habituelle d'un des époux, l'application de la loi du for pourrait être envisagée, à moins que les deux époux ne soient de même nationalité, cas dans lequel le divorce et la séparation de corps des époux devraient être régis par leur loi nationale commune.

**PAYS-BAS**

Même réponse qu'au point a).

**AUTRICHE**

Même réponse qu'au point a).

**PORTUGAL**

Même réponse qu'au point a).

**FINLANDE**

Même réponse qu'au point a).

**SUÈDE**

Même réponse qu'au point a).

**ROYAUME-UNI**

Même réponse qu'au point a).

*2. Le fait que les deux époux aient la même nationalité (ou le même "domicile" dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande) qu'il s'agisse de la nationalité d'un Etat membre ou d'un Etat tiers, doit-il avoir une incidence sur le droit applicable dans les cas 1 a) et 1 b)?*

### **BELGIQUE**

Voir la réponse au point 1.

### **ALLEMAGNE**

Cela pourrait être utile par exemple dans des cas où la résidence habituelle commune dans un autre Etat membre n'est pas établie de manière durable. La nationalité commune pourrait dans ce cas remplacer la résidence habituelle comme critère de rattachement.

### **GRÈCE**

La nationalité commune des époux, qu'il s'agisse de celle d'un Etat membre ou d'un Etat tiers, constitue un critère de rattachement primordial dans les deux cas précités.

### **FRANCE**

Oui.

### **IRLANDE**

Il s'agit d'une des difficultés évoquées dans la réponse à la question 1 ci-dessus. Nous n'avons pas encore de position définitive sur cette question, bien qu'il soit envisageable que le fait d'avoir la même nationalité (ou "domicile") puisse avoir une incidence sur le droit applicable.

### **ITALIE**

La loi nationale commune aux deux époux.

### **LUXEMBOURG**

La nationalité commune des parties ne devrait pas en principe avoir d'incidence sur la loi applicable en cas d'introduction d'une procédure de divorce ou de séparation de corps dans le pays de la résidence habituelle des deux conjoints à moins qu'on autorise deux époux de même nationalité qui ont leur résidence habituelle dans un pays autre que l'Etat dont ils sont ressortissants à choisir l'application de leur loi nationale commune.

### **PAYS-BAS**

Le fait d'avoir la même nationalité est important pour le choix du droit applicable.

### **AUTRICHE**

Voir la réponse au point 1.

## **PORTUGAL**

Lorsque les époux ont la même nationalité, la loi applicable doit être celle du pays dont ils sont ressortissants.

## **FINLANDE**

Voir la réponse au point 1.

## **SUÈDE**

Voir la réponse au point 1.

## **ROYAUME-UNI**

Une référence aux concepts de domicile et de nationalité ne ferait qu'ajouter à la complexité de la question et augmenterait encore les difficultés et les dépenses pour les justiciables. Bien qu'il soit plus rapide de déterminer la nationalité que le domicile, ce critère n'a joué jusqu'ici aucun rôle significatif pour choisir les règles de droit concernant les particuliers dans les systèmes juridiques du Royaume-Uni et il se pourrait qu'il ne s'agisse que d'un lien ténu, dans un monde où la liberté de circulation augmente, entre une personne et un système juridique particulier.

**3. Y a-t-il lieu d'établir avant tout un lien avec les critères de rattachement visés au point 1 ou avec ceux qui sont indiqués au point 2 ?**

### **BELGIQUE**

Voir la réponse au point 1.

### **ALLEMAGNE**

Il existe suffisamment d'arguments en faveur des deux critères. Celui de la résidence habituelle commune présente l'avantage de permettre l'application de la loi du for, ce qui simplifie les choses dans la pratique et accélère sans doute la procédure. En outre, ce critère est suffisamment souple pour que l'on puisse tenir compte de l'intégration de fait et de l'intégration sociale des époux ayant une autre nationalité. Le rattachement à la nationalité commune permet d'un autre côté d'éviter l'arbitraire en cas de résidence habituelle commune fortuite et se prête moins à des manipulations. En outre, même si la résidence habituelle dans un pays a été de longue durée, on ne peut pas en conclure systématiquement que le droit du pays de résidence est celui avec lequel les époux ont les liens les plus étroits. C'est pourquoi il pourrait être utile d'établir une "échelle" des critères de rattachement afin de couvrir tous les cas de figure. Dans ce cas, il faut aussi se demander si les critères de rattachement doivent être strictement subsidiaires ou s'ils s'appliquent de manière substitutive.

### **GRÈCE**

La nationalité commune des époux doit l'emporter sur la résidence habituelle commune.

### **FRANCE**

Oui.

### **IRLANDE**

Voir la réponse au point 1.

### **ITALIE**

Il y a lieu d'établir avant tout un lien avec les critères de rattachement visés au point 2.

### **LUXEMBOURG**

Voir la réponse au point 1.

### **PAYS-BAS**

Le point de départ doit être la *lex fori* (qui est la plupart du temps le droit de la résidence habituelle des deux époux ou de l'un d'eux).

## **AUTRICHE**

Voir la réponse au point 1.

## **PORTUGAL**

Le premier critère de rattachement devra être fondé sur la nationalité; sera prise en compte ensuite la résidence habituelle commune et, en dernier lieu, les éléments de rattachement de la vie familiale qui traduisent le mieux une relation de proximité avec une loi donnée.

## **FINLANDE**

Voir la réponse au point 1.

## **SUÈDE**

Voir la réponse au point 1.

## **ROYAUME-UNI**

Avec aucun des deux : le for devrait appliquer son droit.

*4. L'instrument envisagé devrait-il prévoir la possibilité de déroger à la règle ? En cas de circonstances exceptionnelles, serait-il possible de s'écarter de la règle générale de conflit de lois ?*

#### **BELGIQUE**

L'application du droit désigné par la loi devrait être écartée si ce droit ignore l'institution du divorce.

#### **ALLEMAGNE**

Une dérogation pourrait être envisagée pour les cas où l'application des critères de rattachement prévus aboutirait à une impossibilité de prononcer le divorce ou de le prononcer à ce moment-là. Il faut se demander si, dans ces cas, ce doit toujours être le droit prévu par la loi du for qui s'applique. Il faut toutefois tenir compte du fait que la possibilité de déroger à la règle peut nuire à la sécurité juridique.

#### **GRÈCE**

Vu la nature du lien devant faire l'objet d'une réglementation, il n'est pas indiqué de prévoir dans l'instrument envisagé la possibilité de déroger à la règle. Il est difficile de se prononcer sur la possibilité de s'écarter de la règle générale dans des circonstances exceptionnelles. Elle pourrait se justifier lorsqu'il s'agit de faire prévaloir le principe de la dissolubilité du mariage lorsque celui-ci risque de ne pas s'appliquer.

#### **FRANCE**

Non, car la règle doit être suffisamment prévisible et la matière ne justifie pas que des circonstances exceptionnelles, dont on voit mal le contour, viennent altérer cette prévisibilité.

#### **IRLANDE**

Il semble souhaitable à ce stade qu'un instrument prévoie une règle de dérivation dans les cas où des considérations d'ordre public interviennent.

#### **ITALIE**

On peut prévoir la possibilité de déroger à la règle. On ne peut pas exclure, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, de s'écarter de la règle générale.

#### **PAYS-BAS**

La première question n'est pas très claire. Si l'on a voulu demander si un instrument futur doit contenir une disposition relative au conflit mobile, la réponse est la suivante.

En pratique, il ressort de l'application de la loi sur le conflit de lois en cas de divorce que le juge tient compte, dans des conditions strictes, d'un changement de nationalité durant la procédure. Le changement ne peut avoir été provoqué dans le but d'influencer le résultat de l'application de la règle de conflit de lois, et le droit de la nouvelle nationalité doit aboutir à faire droit à la requête alors que le droit de l'ancienne nationalité ne le faisait pas. L'incorporation d'une règle sur le conflit mobile pourrait dès lors être envisagée, à condition d'avoir la portée décrite ici.

À la question de savoir s'il serait possible, dans des circonstances exceptionnelles, de s'écarter de la règle générale de conflit de lois, nous pouvons répondre qu'une possibilité de déroger au système esquissé ci-dessus n'est pas une nécessité.

### **AUTRICHE**

En cas de circonstances exceptionnelles dans lesquelles les époux entretiennent des relations plus étroites avec le droit d'un même Etat tiers, ce droit doit être applicable.

### **PORTUGAL**

Une disposition de ce type ne paraît pas nécessaire, car les critères utilisés pour déterminer la loi applicable tiennent compte de tous les types de situation qui peuvent se présenter.

### **FINLANDE**

Il pourrait être difficile de définir les cas dans lesquels il est acceptable de s'écarter de la règle générale. Cela dit, il ne serait pas inutile de s'efforcer d'introduire une certaine souplesse dans l'instrument envisagé.

### **SUÈDE**

Le principe de la loi du for pourrait éventuellement être complété par la possibilité pour les tribunaux de tenir compte, dans certaines situations particulières, des caractéristiques de la loi du pays où les partenaires résident ou dont ils ont la nationalité. Les règles qui ne découleraient pas de l'application de la loi du for posent des problèmes, notamment parce que le tribunal serait tenu d'appliquer des règles qui ne sont cohérentes avec les traditions et règles juridiques du pays de la juridiction. Le prononcé du divorce suppose, par exemple, dans certains Etats membres que l'on puisse établir de manière irrévocable que les conditions permettant de poursuivre la vie commune font défaut.

On pourrait aussi être amené à appliquer des règles sur la séparation de corps ou l'annulation du mariage, un statut qui, depuis longtemps, n'existe plus en droit suédois. Comme certaines instances consultatives l'ont fait observer, ces règles, si elles étaient appliquées à une certaine échelle, pourraient aller à l'encontre des principes suédois concernant l'ordre public.

### **ROYAUME-UNI**

Nous nous opposerions à toute possibilité de dérogation dans ce contexte; elle ne ferait que créer des complications et des retards.

**5. Les époux devraient-ils avoir la possibilité de choisir la loi applicable en tout ou partie ? Dans l'affirmative, dans quelles conditions ?**

**BELGIQUE**

Les époux devraient avoir la possibilité de choisir, lors de la première comparution, le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps. Ce droit pourrait être soit le droit de l'Etat dont les époux ont la nationalité lors de l'introduction de la demande, soit le droit belge.

**ALLEMAGNE**

Si l'on ajoutait aux critères de rattachement le droit de l'Etat dans lequel les deux époux déposent la demande de divorce, on admettrait en quelque sorte une possibilité de choix "tacite" du droit applicable.

En revanche, si l'instrument permet, d'une manière générale, d'opérer le choix du droit applicable au moment du dépôt de la demande de divorce, l'un des époux risque de contraindre l'autre, au stade de la constatation de l'échec du mariage, à opérer un choix moins favorable pour ce dernier qui se trouverait ainsi défavorisé. Le choix du droit applicable ne devrait donc être possible que dans certaines limites. On pourrait ainsi se référer à un moment antérieur à la demande de divorce (par exemple choix limité au droit régissant les effets généraux du mariage, donc les relations personnelles entre les époux durant le mariage) ou ne permettre que le choix de l'ordre juridique le plus évident. On pourrait aussi envisager un contrôle juridictionnel obligatoire.

Prévoir la possibilité de choisir un droit applicable en partie fait courir le risque de voir s'appliquer des droits différents et éventuellement non compatibles à différentes questions.

En principe, il ne faudrait prévoir la possibilité de choisir le droit applicable qu'en cas d'absence de point de rattachement.

**GRÈCE**

Vu la nature et l'importance de la question, les époux ne devraient pas avoir la possibilité de choisir la loi applicable.

**FRANCE**

Si un consensus existait sur la nécessité de conférer à la volonté des époux un rôle en la matière, celui-ci ne devrait pas intervenir pour l'annulation du mariage et il devrait être cantonné à des hypothèses très limitées (option pour la loi nationale ou celle du domicile lorsque les époux ont une nationalité commune et un domicile commun et que l'Etat de leur domicile est différent de l'Etat de leur nationalité).

**IRLANDE**

Il ne nous semble pas que la liberté de choix concernant la loi applicable soit souhaitable en matière matrimoniale.

**ITALIE**

Non, car il s'agit d'un sujet qui ne devrait pas être laissé à l'appréciation des parties.

## **LUXEMBOURG**

Dans la mesure où le divorce est une matière dans laquelle les droits ne sont pas à la libre disposition des parties, celles-ci ne sont pas autorisées à choisir la loi applicable. Mais on peut aussi être d'avis que les parties ont la libre disposition de leurs droits au moins pour le divorce par consentement mutuel, ce qui devrait permettre aux époux d'opter pour l'application de la loi du for ou de leur loi nationale commune au cas où, d'après la règle de conflit, une autre loi serait compétente.

## **PAYS-BAS**

Oui. La loi sur le conflit de lois en cas de divorce ne prévoit pas les modalités pour choisir un droit. Lors de l'application pratique de la loi, on ne déduit pas de la seule affirmation (non contestée) que le mariage est irrémédiablement rompu que le droit néerlandais est choisi implicitement. Quand une partie affirme que le droit néerlandais du divorce est applicable, cela est généralement interprété comme un choix implicite de ce droit. Il serait indiqué d'insérer dans une réglementation uniforme de l'UE une disposition sur la manière dont il y a lieu d'effectuer le choix d'un droit.

## **AUTRICHE**

Les époux ne devraient pas avoir la possibilité de choisir la loi applicable.

## **PORTUGAL**

La loi applicable devra l'être dans sa totalité, pour éviter la confusion, l'insécurité et l'incertitude juridiques qui résulteraient d'un libre arbitre des époux.

## **FINLANDE**

Compte tenu du fait qu'il n'est pas facile pour un tribunal d'appliquer une loi étrangère, il serait souhaitable que les époux aient la possibilité de s'entendre, explicitement ou tacitement, pour que la loi applicable en matière de divorce soit la loi du for. Pour être valable, cette entente devrait être conclue dans le cadre d'une procédure de divorce réelle, toute entente préalable étant considérée comme nulle et non avenue.

## **SUÈDE**

Il convient d'examiner si les époux doivent, sous certaines conditions, avoir le choix de la législation applicable en matière de dissolution des liens matrimoniaux.

## **ROYAUME-UNI**

Les époux (ou l'un d'eux) ont choisi le for : c'est toute l'autonomie qui devrait leur être permise ; les parties ne devraient pas être autorisées à choisir le droit applicable dans ce domaine.

## **6. Effets du divorce:**

### **a) Quelle devrait être la loi régissant les effets du divorce ?**

#### **BELGIQUE**

Le projet de codification belge opte pour qu'ils soient réglés par le droit applicable à chacune des institutions juridiques concernées. Par exemple l'effet du divorce sur le nom dépend de la loi applicable au nom. Il en est de même pour le droit aux aliments ou l'autorité parentale.

#### **ALLEMAGNE**

Si Rome III se fonde sur Bruxelles II, les effets du divorce ne devraient pas être réglés par le nouvel instrument. De surcroît, il existe déjà, en matière de garde et d'aliments, des conventions conclues dans le cadre de la conférence de la Haye et il ne faudrait pas arrêter une nouvelle réglementation communautaire divergente. En outre, la Commission européenne a proposé, dans le plan d'action de Vienne, que le droit applicable en matière de régimes matrimoniaux et de droits successoraux fasse l'objet d'un instrument séparé. Par conséquent, le nouvel instrument régissant le divorce ne devrait pas être "surchargé".

#### **GRÈCE**

Le droit régissant le divorce devrait régler les effets directs du divorce, c'est-à-dire les situations que l'on ne peut concevoir tant que dure le mariage, mais qui naissent après le divorce et découlent directement de celui-ci (par exemple la question de savoir si le conjoint aux torts duquel le divorce a été prononcé est tenu d'assurer la subsistance de l'autre conjoint etc...).

#### **FRANCE**

La détermination du domaine de la loi applicable est délicate et devrait donc être très précise. Il faut bien distinguer la loi qui gouverne le principe et les causes du divorce, de la séparation de corps et de l'annulation, les effets propres à toutes ces situations ainsi que les incidences sur la situation des enfants et les incidences patrimoniales. Pour toutes ces situations, il n'est pas envisageable de définir une seule loi applicable.

#### **IRLANDE**

Si l'on part de l'avis que l'instrument doit être limité aux cas de Bruxelles II, la question ne se pose pas.

#### **ITALIE**

La loi régissant les effets du divorce devrait être la loi appliquée pour la décision prononçant le divorce.

## **LUXEMBOURG**

L'application de la loi du divorce aux effets personnels (par exemple la possibilité de se remarier, le nom), effets que la jurisprudence semble actuellement soumettre à la loi personnelle des conjoints pourrait être envisagée.

La loi applicable au divorce régit en principe les effets pécuniaires entre conjoints du divorce notamment les aliments et les dommages-intérêts. L'article 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 désigne d'ailleurs la loi du divorce comme la loi applicable aux obligations alimentaires entre époux divorcés. La difficulté consiste à déterminer quels sont exactement les effets pécuniaires du divorce dans chaque Etat.

## **PAYS-BAS**

Le divorce produit un grand nombre d'effets, chacun d'eux étant soumis à un régime propre de conflit de lois et couvert par des conventions multilatérales (aliments, nom, droit de garde et de visite, régime matrimonial). On dépasserait de loin le cadre du présent travail si l'on voulait aussi réglementer ces effets.

## **AUTRICHE**

En principe, la loi régissant le divorce lui-même devrait être applicable aux conséquences du divorce.

## **PORTUGAL**

Il y a lieu d'appliquer les critères mentionnés ci-dessus: la loi nationale commune aux époux; s'ils n'ont pas la même nationalité, il convient d'appliquer la loi du pays de résidence commune et, en son absence, la loi du pays avec lequel la vie familiale présente les liens les plus étroits.

## **FINLANDE**

Les effets juridiques du divorce sont innombrables et ne se limitent pas au droit matrimonial. de même, les questions accessoires (c'est-à-dire les questions qui peuvent ou doivent obligatoirement être réglées dans le cadre du jugement de divorce) sont nombreuses et varient d'un pays à l'autre. L'idée d'une règle générale régissant le choix de la loi, qui serait appliquée à tous les effets d'un divorce, est donc irréaliste et peu judicieuse.

## **SUÈDE**

Les règles de compétence législative en matière de responsabilité parentale doivent être en parfaite concordance avec la convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

Les questions de pensions alimentaires doivent en premier lieu être examinées au regard de la loi de l'Etat où le bénéficiaire de la pension réside. Eventuellement, on pourrait aussi accepter une certaine liberté de choix, du moins après l'apparition de la discorde.

Pour ce qui est de la situation patrimoniale des époux, il semble naturel d'admettre que les époux puissent eux-mêmes choisir la législation applicable. Cette règle a été admise dans plusieurs instruments internationaux récents en la matière et dans les réformes nationales entreprises dans plusieurs Etats membres depuis la fin des années 1970. Si les époux ne se sont pas mis d'accord sur le choix d'une législation, il convient d'appliquer la législation de l'Etat où les époux résident ou ont eu leur dernière résidence commune.

### **ROYAUME-UNI**

La loi du for devrait régir les effets du divorce, sous réserve du respect de l'ordre public dans un for ultérieur où un mariage subséquent est envisagé et sous réserve que des États ayant un intérêt suffisant en ce qui concerne, par exemple, la loi de l'emplacement pour les biens matrimoniaux puissent ajouter des mesures financières si le for du divorce les a omises pour l'une ou l'autre raison.

*b) Faudrait-il prévoir des exceptions à cette règle générale ?*

**BELGIQUE**

Voir la réponse au point a).

**ALLEMAGNE**

Cette question est quelque peu prématurée. Il faut d'abord trancher la question fondamentale de la portée de cet acte.

**GRÈCE**

La règle générale ne doit pas souffrir d'exceptions.

**FRANCE**

Voir la réponse au point a).

**IRLANDE**

Voir la réponse au point a).

**ITALIE**

Il ne faudrait autoriser aucune exception.

**LUXEMBOURG**

En ce qui concerne le régime matrimonial, la loi du régime sera compétente (Convention de la Haye du 2 octobre 1978).

**PAYS-BAS**

Voir la réponse au point a).

**AUTRICHE**

Des exceptions pourraient être prévues pour les aspects relatifs au patrimoine et aux aliments.

**PORTUGAL**

Il n'est pas nécessaire de prévoir des exceptions à la règle générale.

**FINLANDE**

Si l'instrument envisagé couvrirait l'autorité parentale - ce dont nous doutons-, les règles régissant le choix de la loi applicable devraient être reprises de la Convention de la Haye de 1996. S'il couvrirait les obligations alimentaires, il pourrait s'inspirer de la Convention de La Haye de 1973.

**SUÈDE**

Voir la réponse au point a).

**ROYAUME-UNI**

Voir la réponse au point a).

**7. Existe-t-il des dispositions de la loi du for qui devraient prévaloir sur toutes les règles de conflit de lois (par exemple, les règles de procédure) ?**

**BELGIQUE**

Les règles procédurales de l'Etat du for doivent prévaloir.

Par ailleurs le projet de codification belge prévoit que

- le Code ne porte pas atteinte à l'application des règles du droit belge qui régissent impérativement la situation, en vertu de la loi ou en raison de leur but manifeste, quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois
- le droit désigné n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît de l'ensemble des circonstances que la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat

Indépendamment de la question de savoir si ces situations pourraient trouver application dans le cas du divorce, de la séparation de corps ou de l'annulation de mariage, il faudrait se demander s'il existe des raisons justifiant de porter atteinte à une codification du droit international privé pour une matière déterminée et pour un champ d'application territorial par définition limité.

**ALLEMAGNE**

Il serait bon que les règles de procédure relèvent entièrement de la loi du for.

**GRÈCE**

Les règles de procédure et plus généralement les règles du *jus cogens* (règles directement applicables) du for devraient prévaloir sur les règles de conflit de lois.

**FRANCE**

La procédure devrait être toujours régie par la loi du for.

**IRLANDE**

Oui, la loi du for devrait prévaloir sur les règles applicables à la preuve, au mode de jugement, à la signification et à la notification des documents, à l'exécution forcée, etc., pour des impératifs d'ordre pratique.

**ITALIE**

En tout état de cause, les principes généraux en matière de contradiction et de défense devraient être respectés.

**PAYS-BAS**

Le principe généralement accepté est que les règles de procédure relèvent de la *lex fori*. Dans la mesure où la doctrine des règles prioritaires est visée (loi d'application immédiate, mandatory rules), on peut répondre qu'il n'est pas nécessaire, dans le système esquissé ci-dessus, d'avoir une règle qui prévoit l'application de certaines règles prioritaires.

## **AUTRICHE**

La loi du for doit être appliquée à la procédure.

## **PORTUGAL**

Les lois du for à caractère impératif devront prévaloir.

## **FINLANDE**

Les règles de procédure devraient continuer à relever du droit national. Il se peut que, au cours des travaux, quelques exceptions mineures à cette règle générale se révèlent nécessaires.

## **SUÈDE**

Oui. Il est un principe de droit international privé et procédural généralement reconnu qui veut que la loi du for soit appliquée pour les questions de procédure.

## **ROYAUME-UNI**

La *lex fori* et la *lex causae* devraient être une seule et même loi en matière de divorce.

*8. Devrait-il être possible d'appliquer des lois différentes à différents stades de la même procédure de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage ?*

### **BELGIQUE**

En principe non.

### **ALLEMAGNE**

Cela n'irait en tout cas pas dans le sens d'une simplification de la procédure et risquerait d'aboutir à des appréciations contradictoires.

### **GRÈCE**

Il n'est pas indiqué, dans ce cas, d'appliquer des lois différentes à différents stades de la même procédure de divorce, séparation de corps ou annulation de mariage. Le dépeçage du droit applicable, qui est lié au principe de liberté des contractants, ne s'accorde pas avec l'institution rigoureuse qu'est le divorce.

### **FRANCE**

Oui. Voir la réponse au point 6.

### **IRLANDE**

La réponse à cette question est indissociable du champ d'application de l'instrument proposé. Nous recommandons a priori la prudence.

### **ITALIE**

Non. On peut néanmoins prévoir d'appliquer, par exemple, la loi nationale commune aux époux lorsqu'une obligation de ce type est avérée ou se précise au cours du procès, même si elle n'existe pas à la date de la demande.

### **LUXEMBOURG**

La possibilité d'appliquer avant le prononcé du divorce ou de la séparation de corps différentes lois à la procédure créerait des difficultés considérables et semble devoir être exclue. La possibilité d'appliquer des lois différentes au divorce et à certains effets du divorce pourrait être envisagée.

### **PAYS-BAS**

Si l'on limite la matière au divorce ou à la séparation de corps et à l'annulation, la réponse est non.

### **AUTRICHE**

La loi applicable ne doit pas être fonction du stade de la procédure de divorce; l'application de lois différentes à différents objets de la procédure est en revanche envisageable, mais elle devrait être exceptionnelle.

## **PORTUGAL**

Il ne doit pas être possible d'appliquer des lois différentes à différents stades de la même procédure de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, car cela entraverait l'accès de tous les intervenants au procès et augmenterait donc la lenteur de la justice à laquelle on veut remédier, avec toutes les conséquences qui pourraient en résulter.

## **FINLANDE**

Le projet en étant encore au tout premier stade, il n'est pas possible d'arrêter une position sur ce point. Si la conversion d'une séparation de corps en divorce est demandée à un tribunal dans un Etat membre autre que l'Etat (membre) où la séparation de corps a été prononcée, il pourrait être utile d'avoir la possibilité d'appliquer une autre loi que celle en vertu de laquelle la séparation de corps a été prononcée.

## **SUÈDE**

Il n'y a guère d'objections à cette possibilité.

## **ROYAUME-UNI**

Nous ne voyons aucune utilité à dépecer les lois dans ce contexte : cela ne ferait qu'entraîner complexité, confusion et frais et retards supplémentaires.

**9. Le principe d'ordre public devrait-il être appliqué pour éviter des effets juridiques incompatibles avec le système juridique d'un pays ?**

**BELGIQUE**

Le projet de Code prévoit que l'application du droit étranger est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public.

Ici aussi se poserait une question de cohérence de la codification. De plus, le droit applicable pourrait se révéler être un droit d'un Etat extérieur à l'Union. La problématique en la matière ne peut être comparée à celle qui a été invoquée en matière de reconnaissance et d'exécution.

**ALLEMAGNE**

Oui. Cela permettrait aussi de mieux faire accepter l'unification du droit puisque chaque Etat membre aurait ainsi la possibilité de corriger les effets juridiques incompatibles avec son ordre juridique. On pourrait toutefois envisager de ne permettre l'application du principe d'ordre public qu'en cas de violation "manifeste".

**GRÈCE**

Oui.

**FRANCE**

On peut s'interroger sur la nécessité de maintenir une clause échappatoire d'ordre public si le futur instrument ne devait régir que la situation des ressortissants des pays de l'Union européenne.

**IRLANDE**

A ce stade, nous serions réticents à l'idée d'écarter la possibilité d'appliquer le principe d'ordre public dans les circonstances énoncées dans la question.

**ITALIE**

Oui.

**LUXEMBOURG**

Compte tenu des systèmes juridiques différents, l'exception de l'ordre public international devrait être prévue dans l'éventuel instrument.

**PAYS-BAS**

La question se posera rarement si on prend la *lex fori* comme point de départ. Seul le choix unilatéral du droit national commun, lorsqu'il existe un lien réel avec le pays concerné, peut entraîner l'application d'un droit qui n'est peut-être pas compatible avec l'ordre public néerlandais. Dans ce contexte, une clause sur l'ordre public pourrait être souhaitable.

## **AUTRICHE**

Le principe de l'ordre public devrait s'appliquer, mais uniquement pour exclure l'application d'une loi étrangère qui n'est pas compatible avec les valeurs fondamentales de l'ordre juridique de l'Etat concerné.

## **PORTUGAL**

Le principe d'ordre public doit toujours être appliqué en présence d'intérêts manifestement contraires à cet ordre.

## **FINLANDE**

Oui.

## **SUÈDE**

Le besoin d'un principe d'ordre public dépend de la manière dont sont conçues les règles de compétence juridictionnelle. Si les règles se fondent sur la condition de résidence ou de nationalité, il n'est pas exclu qu'une règle sur l'ordre public soit nécessaire pour éviter des conséquences trop fâcheuses. Il serait contraire aux principes suédois en matière d'ordre public d'appliquer des règles étrangères prévoyant que la dissolution du mariage dépend, par exemple, de la faute d'un des époux.

## **ROYAUME-UNI**

Le principe d'ordre public est généralement appliqué au stade de la reconnaissance. Son application par les tribunaux qui prononcent un divorce peut être considérée comme nécessaire dans le contexte d'une nouvelle convention, mais elle créerait une incertitude : un demandeur pourrait se demander, par exemple, si les tribunaux du pays où il demande le divorce vont accepter, compte tenu de l'ordre public, d'appliquer le droit du pays dont il est ressortissant.

**10. Le futur instrument devrait-il régir le choix de la loi applicable pour déterminer si un mariage est valide ?**

### **BELGIQUE**

Non, c'est une problématique tout à fait différente.

### **ALLEMAGNE**

Cela ne paraît pas primordial. Il se pose toutefois la question du lien factuel entre la loi régissant la conclusion du mariage et le droit applicable en matière d'annulation du mariage.

### **GRÈCE**

L'existence d'un mariage valide en tant que condition préalable au divorce est régie par la loi applicable à cette condition préalable. Dans la mesure où l'instrument envisagé ne porte pas sur le mariage, il ne devrait pas inclure de règle relative à la loi applicable pour déterminer si un mariage est valide.

### **FRANCE**

Oui, mais avec des règles spécifiques.

### **IRLANDE**

Oui. En règle générale, la *lex loci celebrationis* devrait être la loi applicable pour déterminer la validité formelle d'un mariage. Cependant, diverses questions devraient être prises en compte au cours des discussions.

### **ITALIE**

Non. Il semble du reste que la base juridique n'existe pas.

### **PAYS-BAS**

La question de la validité du mariage est déjà réglée par la Convention de La Haye de 1978 sur le mariage. Il faudrait encourager tous les États membres de l'UE à ratifier cette convention. Une réglementation dans Rome III n'est pas souhaitable.

### **AUTRICHE**

Cet instrument pourrait également régir le choix applicable pour déterminer si un mariage valide existe ou non, à savoir la loi applicable à la conclusion du mariage; néanmoins, on ne voit pas de nécessité urgente à cela, même si Bruxelles II porte également sur les jugements relatifs à l'annulation d'un mariage.

### **PORTUGAL**

L'instrument déterminant la loi applicable au divorce, à la séparation de corps ou à l'annulation du mariage devra également régler la question de la validité du mariage.

## **FINLANDE**

Non. La validité du mariage est une question distincte. Son inclusion dans l'instrument envisagé entraînerait un surcroît de travail considérable. A cet égard, il serait préférable de ratifier la Convention de La Haye de 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

## **SUÈDE**

Non. L'instrument doit avoir le même champ d'application que le règlement Bruxelles II.

## **ROYAUME-UNI**

Si une nouvelle convention dans ce domaine couvre la nullité du mariage, elle devra aussi aborder la question de la validité du mariage. Si cependant elle ne couvre pas cette question, nous ne sommes pas convaincus qu'il soit nécessaire d'harmoniser les règles de conflit de lois sur le mariage. Nous doutons en fait très fort de l'utilité de règles uniformes de ce type pour le bon fonctionnement du marché intérieur.

---