Norbert ROULAND [1948-]

Docteur en droit, en science politique et en anthropologie juridique
Membre de l'Institut universitaire de France,
Professeur à la Faculté de Droit d'Aix en Provence

(2001)

“La proposition de loi du 26 juin 2001 et la réforme du divorce. En finir avec la faute ?”

Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, bénévole,
professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi
Courriel: jean-marie_tremblay@uqac.ca
Site web pédagogique : <http://www.uqac.ca/jmt-sociologue/>

Dans le cadre de: "Les classiques des sciences sociales"
Une bibliothèque numérique fondée et dirigée par Jean-Marie Tremblay,
professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi
Site web: <http://classiques.uqac.ca/>

Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque
Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi
Site web: <http://bibliotheque.uqac.ca/>

Politique d'utilisation de la bibliothèque des Classiques

Toute reproduction et rediffusion de nos fichiers est interdite, même avec la mention de leur provenance, sans l'autorisation formelle, écrite, du fondateur des Classiques des sciences sociales, Jean-Marie Tremblay, sociologue.

Les fichiers des Classiques des sciences sociales ne peuvent sans autorisation formelle:

- être hébergés (en fichier ou page web, en totalité ou en partie) sur un serveur autre que celui des Classiques.
- servir de base de travail à un autre fichier modifié ensuite par tout autre moyen (couleur, police, mise en page, extraits, support, etc...),

Les fichiers (.html, .doc, .pdf, .rtf, .jpg, .gif) disponibles sur le site Les Classiques des sciences sociales sont la propriété des **Classiques des sciences sociales**, un organisme à but non lucratif composé exclusivement de bénévoles.

Ils sont disponibles pour une utilisation intellectuelle et personnelle et, en aucun cas, commerciale. Toute utilisation à des fins commerciales des fichiers sur ce site est strictement interdite et toute rediffusion est également strictement interdite.

L'accès à notre travail est libre et gratuit à tous les utilisateurs. C'est notre mission.

Jean-Marie Tremblay, sociologue
Fondateur et Président-directeur général,
[LES CLASSIQUES DES SCIENCES SOCIALES](#).

Cette édition électronique a été réalisée par Jean-Marie Tremblay, bénévole, professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi à partir de :

Norbert Rouland

“La proposition de loi du 26 juin 2001 et la réforme du divorce. En finir avec la faute ?”

Contribution écrite publiée dans **Les documents législatifs de l'Assemblée nationale. Réforme du divorce. Rapport d'information, première lecture, onzième Législature.**, no 3294, 2001, pp. 111-125.

[Autorisation formelle accordée par l'auteur le 19 décembre 2010 et reconfirmée le 11 janvier 2011 de diffuser cet article dans Les Classiques des sciences sociales.]

Courriel : norbert.rouland@wanadoo.fr

Polices de caractères utilisée :

Pour le texte: Times New Roman, 12 points.

Pour les citations : Times New Roman, 12 points.

Pour les notes de bas de page : Times New Roman, 10 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2008 pour Macintosh.

Mise en page sur papier format : LETTRE US, 8.5'' x 11''.

Édition numérique réalisée le 1^{er} juin 2011 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, Québec.

Norbert ROULAND [1948-]

Docteur en droit, en science politique et en anthropologie juridique
Membre de l’Institut universitaire de France,
Professeur à la Faculté de Droit d’Aix en Provence

“La proposition de loi du 26 juin 2001 et la réforme du divorce. En finir avec la faute ?”

Contribution écrite publiée dans **Les documents législatifs de l’Assemblée nationale. Réforme du divorce. Rapport d’information, première lecture, onzième Législature.**, no 3294, 2001, pp. 111-125.

Table des matières

Introduction

Section I. Données comparatives sur le divorce et la faute

A) L'anthropologie

B) L'histoire

Section II. La faute, toujours ?

Section III. En finir avec la faute ?

Norbert Rouland

Docteur en droit, en science politique et en anthropologie juridique
Membre de l’Institut universitaire de France,
Professeur à la Faculté de Droit d’Aix en Provence

**“La proposition de loi du 26 juin 2001
et la réforme du divorce. En finir avec la faute ?”**

Contribution écrite publiée dans **Les documents législatifs de l’Assemblée nationale. Réforme du divorce. Rapport d’information, première lecture, onzième Législature.**, no 3294, 2001, pp. 111-125.

"De quelque façon que la société s'affirme partie prenante au mariage de ses membres — par le canal des groupes particuliers auxquels ceux-ci appartiennent, ou, plus directement, par une intervention de la puissance publique —, il reste vrai que le mariage n'est pas, n'a jamais été, ne peut pas être une affaire privée" ¹.

"Dans une action aussi libre et où le coeur doit avoir tant de part, on mit la gêne, la nécessité, et la fatalité du destin même. On compta pour rien les dégoûts, les caprices, et l’insociabilité des humeurs ; on voulut fixer le coeur, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus variable et de plus inconstant dans la nature ; on attacha, sans retour et sans espérance, des gens accablés l'un de l'autre, et presque toujours mal assortis ; et l'on fit comme ces tyrans qui faisaient lier les hommes vivants à des corps morts"» ².

¹ C. Lévi-Strauss, *Le regard éloigné*, Paris, Plon, 1983, 75.

² Montesquieu, *Lettres persanes*, CXVI.

INTRODUCTION

[Retour à la table des matières](#)

Qu'il paraît lointain, ce texte de Montesquieu, époux malheureux et volage, dénonçant l'indissolubilité chrétienne du mariage... Pourtant, le message évangélique n'excluait pas la possibilité du divorce pour faute, en l'occurrence l'adultère de la femme ³. Mais l'Eglise trancha en faveur de l'interdit absolu : pas de divorce ⁴, qu'il y ait faute ou non, mais seulement les possibilités de l'annulation ou de la séparation (interdisant le remariage), cette dernière n'étant possible que pour des faits très graves. Pourtant, même à l'heure actuelle, l'indissolubilité ne s'est pas complètement dissoute dans la laïcisation du mariage et le droit du divorce...

En 1977, il y avait encore 83 % de mariages célébrés aussi à l'église ⁵.

Pur rituel sans réelle signification religieuse ? Sans doute dans beaucoup de cas, mais la réalisation de ce rite visait la sacralisation de l'union, et toute sacralisation ne passe pas nécessairement par la conviction religieuse. Il faut et il suffit qu'il y ait aperçu d'une transcendance, le sentiment qu'on se situe hors du domaine commun : le mariage n'est pas un contrat comme les autres. D'ailleurs, même aujourd'hui, celles et ceux qui se marient ne le font-ils pas dans l'espoir que leur amour durera toute la vie, même si les statistiques leur donnent tort... en partie

³ « [C'est Jésus qui parle] *Je vous dis donc que quiconque répudie sa femme-sauf pour fornication-et en épouse une autre, commet l'adultère* . », (Évangile selon saint Matthieu, 19,9) ; même prescription *ibid.*, 5, 31-32. Mais on ne retrouve pas cette restriction dans les autres évangiles.

⁴ Saint Augustin le premier a posé le principe de l'indissolubilité, au motif de l'égalité entre l'homme et la femme (*De adulteriis conjugis*, 1.7). Mais il aurait pu aussi bien à partir du même raisonnement reconnaître à l'épouse la faculté de se séparer de son mari lorsque ce dernier commettait l'adultère...

⁵ Cf. A.Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, 227.

seulement. Car même si cela ne signifie pas nécessairement la félicité, environ 60 % des couples mariés, en France, ne divorcent pas. Il faudrait aller y voir de plus près. Faire la part de l’habitude certainement, de l’intérêt supposé des enfants fréquemment, de la lâcheté et du découragement parfois. Mais aussi de la fidélité à un engagement, malgré les fluctuations du désir, l’apprentissage souvent lassant du quotidien, la tentation du doute ; du pardon et de l’autocritique ; de l’acceptation à deux des incertitudes de notre temps. De l’amitié enfin, qui se joint à l’exultation du corps et aux élans du cœur.

En bref, de ce qui construit *aussi* l’amour et lui permet de durer, dans l’évitement ou le pardon de la faute.

Mais le droit ? Le divorce y est inscrit en France depuis 1884, semble-t-il définitivement. Ne nie t’il pas l’indissolubilité ? Assurément.

Cependant, même en droit positif, l’indissolubilité subsiste comme une vapeur. Depuis quelques années, le législateur insiste bien sur le fait que si le divorce met fin au couple conjugal, le couple parental, lui, subsiste : même s’il n’est plus conjugal, le couple existe encore, et il faut un minimum de coopération entre les ex-époux pour qu’ils continuent à jouer un rôle convenable de parents. Le rêve de l’indissolubilité fait aussi partie des histoires racontées par les livres pour enfants : le "bon divorce" y apparaît comme celui qui préserve des relations amicales entre les anciens époux, et entre ceux-ci et leurs nouveaux compagnons ou compagnes ⁶. Un rêve partagé par les adultes. Interrogés en 1993 sur leurs préférences en matière de modèle familial, les Français ont placé en premier la famille biparentale non séparée, puis la famille recomposée et en troisième position la famille monoparentale ⁷.

⁶ Cf. S.Cadolle, Séparation et recomposition familiale d’après les livres pour enfants, *Recherches et prévisions*, n° 64, 2001, 30.

⁷ Cf. F. de Singly, *Le Soi, le Couple et la Famille*, Paris, Nathan, 1996.

Ceci dit, la réalité résiste à cet imaginaire ainsi qu'aux bonnes intentions du législateur : dans bien des cas, le père cesse de voir ses enfants, qui risquent de perdre non seulement sa mémoire, mais aussi celle de tout son lignage. D'ailleurs, les mêmes livres pour enfants traduisent à leur manière cette réalité : le père est étrangement absent de ces récits, ou très souvent représenté infantile, faible et irresponsable ⁸. D'autre part, même après le divorce, un époux peut devoir à l'autre durant toute sa vie une aide financière (dans le cas où elle est versée sous forme de rente, ce qui était le plus courant jusqu'ici), qui a un caractère indemnitaire. Cette prestation est d'ailleurs transmissible aux héritiers, qui ne l'apprécient guère : un couple dissous, mais qui rappelle son existence passée dans les comptes en banque. Notons aussi que l'obligation de secours entre les époux subsiste dans le cas du divorce pour rupture de la vie commune, il est vrai résiduel.

Enfin, jusqu'ici en tout cas, la permanence de la faute : si le mariage était réellement dissoluble, il devrait suffire de pouvoir invoquer son échec pour y mettre fin sans avoir en rechercher les causes.

Cela d'autant plus que nous sommes face à une situation radicalement nouvelle par rapport à tous ceux qui nous ont précédés dans l'espace et le temps : l'allongement de la durée de la vie. L'homme et la femme sont peut-être faits pour vivre ensemble⁹, mais le sont-ils pour vivre ensemble *si longtemps* ¹⁰ ? D'autant plus qu'on promet à nos enfants un allongement spectaculaire de la durée de vie. Auparavant, la mort, comme le temps cher à Corneille, pouvait régler bien des choses... Et puis on nous dit que nous sommes en train de migrer du mariage *fusionnel* (romantique et dépassé) vers le mariage *fissionnel* ¹¹, où l'union s'accommode d'un très large degré d'autonomie des conjoints. Si tel est le cas, l'avenir nous dira si ce mariage est vraiment assuré de durer davantage que son ancêtre romanti-

⁸ *Ibid.*, 25-30.

⁹ Encore que les anthropologues connaissent des mariages sans réelle cohabitation.

¹⁰ Il est intéressant de noter que les Français qui divorcent le font en moyenne au bout de quatorze ans de mariage : une durée sans doute voisine de celle des unions dans les temps anciens, où la mort frappait tôt.

¹¹ Cf. S.Chaumier, *La déliaison amoureuse*, Paris, A.Colin, 1999.

que... En tout cas, la reconnaissance d'un plus large degré d'autonomie aux conjoints devrait aller dans le sens de l'atténuation, sinon de la disparition de la notion de faute au profit, peut-être, de celle d'erreur, et en dehors des cas manifestes d'atteinte de la dignité à la personne de l'autre (violences conjugales).

Comment se repérer dans ce bouleversement de cadres séculaires ? La tentation est grande d'aller chercher du côté de l'anthropologie ou de l'histoire pour y trouver... Quoi exactement ? Des modèles ? Nous risquons alors être déçus. Car l'histoire n'a pratiquement jamais servi à anticiper le futur : cela se saurait, et les chefs d'État seraient tous historiens. Beaucoup plus modestement, convenons que les comparaisons peuvent donner des idées, et méritent donc quand même le détour. Mais des idées seulement, qu'il nous appartient d'élaborer, de réinterpréter. Car comme le disait le révolutionnaire Jean-Paul Rabaut Saint-Étienne : *"Notre histoire n'est pas notre code"*.

On peut aussi, puisqu'il s'agit du cœur de l'intimité entre un homme et une femme, faire appel aux données de la psychologie. C'est même souhaitable. Mais ici encore, pas d'espoir illusoire. Les psychologues, psychiatres et psychanalystes soignent un individu pour le guider dans la reconquête de lui-même, insistant souvent sur le fait que les sentiments de culpabilité sont plus destructeurs que constructifs. A quoi l'on peut répondre qu'en effet, si la recherche de la faute peut être destructrice¹² (c'est un des motifs de son évacuation la présente proposition de loi), son refoulement dans le non-dit peut être tout autant délétère. La réalité existe, avec sa part d'altruisme et de culpabilité. D'ailleurs le juriste, et tout particulièrement le juge, confrontés au concret, doivent dénouer des conflits entre plusieurs personnes, décider si besoin est de questions cruciales (enfants, argent...), et tout cela en fort peu de temps, compte tenu de l'encombrement des prétoires. Le

¹² C'est ce que semble montrer une recherche menée à Genève de 1989 à 1993 (cf. M. David-Jouneau, *Divorces conflictuels : le recours au droit...*, *Droit et Cultures*, 28,1994, 195-207. Mais outre le fait que les cas recensés sont très peu nombreux (quatre), le droit suisse d'alors était très différent du nôtre (pas de divorce par consentement mutuel, possibilité pour un des époux de refuser le divorce, etc.).

recours à la notion de faute peut dès lors apparaître comme une solution qu'il serait peut-être imprudent de trop vite jeter dans les poubelles de l'histoire.

Mais justement, que nous disent l'anthropologie et l'histoire ?

Section I. Données comparatives sur le divorce et la faute

Nous interrogerons successivement l'anthropologie et l'histoire... tout en gardant à l'esprit qu'elles sont si riches d'exemples divers que chacun risque d'y trouver exactement ce qu'il y cherche.

A) *L'anthropologie* ¹³

[Retour à la table des matières](#)

Un constat est évident : la plupart des sociétés humaines connaissent le divorce. L'indissolubilité reste une exception. Cependant, il faut immédiatement tempérer ce constat par d'autres observations : le mariage à durée déterminée reste rare (les chiites l'admettent) ; dans certaines sociétés, le mariage est stable (c'est-à-dire toujours dissoluble, mais dans les faits, de longue durée), dans d'autres non ; quand il y a dissolution, la détermination d'une faute est fréquente. En général, le divorce à l'initiative de la femme est plus facile dans les sociétés matrilineaires, où la femme garde un contact étroit avec ses parents, qui peuvent lui servir de secours. En cas de querelle, l'épouse peut se réfugier chez eux. Le mari doit alors aller l'y récupérer. S'il s'estime fautif, il doit s'excuser auprès d'elle et lui offrir des cadeaux pour prouver sa volonté de réconciliation. S'il estime au contraire que son épouse est fautif, il doit rester chez lui et la séparation suffit dans beaucoup de sociétés à valoir divorce : la femme peut se remarier sans pro-

¹³ Cf. notamment R.Verdier, Customary Family Law, in : *International Encyclopedia of comparative law*, Vol. IV, Ch.11, The Hague, J.C.B.Mohr, 1983, 119-121.

cédure additive particulière. En sens contraire, l'existence d'une dot (à l'africaine : il s'agit de biens matériels versés par le fiancé aux parents de sa future épouse) a un effet stabilisateur, la famille de l'épouse devant rendre la dot en cas de divorce. L'idée de faute est ici donc nette. Quelles sont les fautes les plus fréquemment reprochées ? Les mauvais traitements causés par le mari, l'adultère et l'abandon du foyer par la femme, et quelquefois la stérilité et la sorcellerie. Dans la pratique, ces causes sont plus souvent facultatives que péremptoires : les autorités chargées de régler les litiges se demandent avant tout si en fonction des circonstances, le mariage peut ou non raisonnablement continuer.

Mais ces comparaisons ont leurs limites. Nous sommes dans une société individualiste, dans laquelle la femme ne peut pas compter sur les secours de la matrilinéarité. D'autant plus que l'âge est un facteur de discrimination négative pour les femmes. 40 ans est un niveau d'âge qui représente pour elles le point culminant des chances d'une vie en couple, alors que cette limite se situe à 55 ans pour les hommes. De même, les chances de contracter une nouvelle union après une rupture sont cinq fois moindres à 50 ans qu'à 25 pour les femmes, alors que la proportion chute à une fois et demie seulement pour les hommes ¹⁴.

De plus, dans les sociétés traditionnelles, le groupe influe davantage sur les choix individuels, qu'ils s'exercent en direction de la séparation, ou du maintien des liens conjugaux.

Citons aussi la conception traditionnelle chinoise du non-recours au droit ¹⁵, à laquelle semblent faire écho les motifs exposés dans la proposition de loi, qui se donne pour but la pacification du divorce plutôt que la recherche des responsabilités, l'organisation du futur plus que la rumination du passé. Or, dans la pensée chinoise traditionnelle, nourrie du confucianisme, on constate l'aversion pour le droit, d'application résiduelle : n'en sont à vrai dire justifiables que les criminels

¹⁴ Cf. *Le Nouvel Observateur*, 16-22 août 2001, 9.

¹⁵ Ce peu d'estime pour le droit nous paraît très exotique. Pourtant, dans beaucoup de langues, le terme *droit* n'existe pas. Chez les Inuit, il n'existe pas de termes pour traduire les vocables de *coupable*, *culpabilité*, *crime*, *peine*, *droit*.

incorrigibles... et les étrangers, la plupart du temps méprisés. Méfiance, également, envers le règlement contentieux des litiges, qu'il est préférable de gérer par la transaction, la conciliation ou l'arbitrage. L'idée de recherche de la faute, d'une délimitation des responsabilités est conçue comme perturbatrice des relations sociales, génératrice au pire d'envie de revanche, au mieux d'amertume. Or, il importe avant tout de restaurer l'harmonie, cette clé de la pensée confucéenne, de revenir à des relations sociales pacifiées. Or, cette volonté d'évitement du droit et du juge tient à des conceptions philosophiques particulières, à l'opposé des traditions monothéistes par lesquelles notre civilisation a été formée¹⁶. En effet, dans la Chine ancienne, on ne croit pas à l'existence d'un dieu créateur, révélant une loi par des intermédiaires (prophètes en Israël et en islam) ou par sa propre incarnation (christianisme). Le monde passe par une succession infinie de cycles réguliers ; l'homme doit trouver lui-même les moyens de vivre au mieux avec la nature (d'où l'importance de l'astrologie) et avec ses semblables.

Mais il nous faut davantage creuser la notion de faute, puisqu'elle est au centre de la proposition de loi qui nous est soumise. Examinons la tout d'abord dans notre propre tradition juridique.

Observons pour commencer que la culpabilité- un terme qui n'entre dans la langue française qu'en 1835¹⁷- suppose l'infraction à un interdit édicté par une source de droit.

Ensuite, définissons-la de la manière la plus générale : la culpabilité repose sur une faute (*culpa*) susceptible d'engendrer une responsabilité. Même si bien entendu la responsabilité peut-être aussi sans faute. L'art. 1384 du Code civil précise bien que : "*On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde*".

¹⁶ Cf. N.Rouland,, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, 401-402 .

¹⁷ Cf. J.-M.Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, 222.

De plus, l'intention dommageable peut ne pas être nécessaire à la mise en cause de la responsabilité. Aux termes de l'art. 1383 du Code civil : "*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*". C'est la notion de quasi-délit, alors que l'article 1382 est la source de la responsabilité *civile* délictuelle (celle qui intervient dans les rapports entre particuliers) et met explicitement en jeu la notion de faute : "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*".

Mais existe aussi la responsabilité *pénale* : dans ce cas, la gravité d'un comportement ou sa nature sont tels qu'ils atteignent non seulement les relations entre des particuliers, mais touchent aussi les intérêts de la société. Leur réparation ne saurait donc se satisfaire d'un seul dédommagement entre les particuliers : les coupables sont susceptibles de divers types de sanction, depuis des sanctions infamantes (publicité de l'infraction dans un journal) jusqu'à l'incarcération, en passant par le versement de sommes d'argent au profit de l'Etat. L'établissement de la responsabilité pénale suppose en principe l'existence à la fois d'un élément matériel (le dommage objectivement causé) et d'un élément intentionnel (la volonté de celui qui a commis l'infraction : "*Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre*", (art.121-3 du code pénal). Cependant, depuis une loi de 1996, la responsabilité pénale peut être engagée en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité. D'autre part, on peut être jugé responsable d'une infraction à laquelle on n'a pas participé matériellement ; seul suffit alors l'élément moral : c'est la responsabilité pénale du fait d'autrui, qui pèse notamment sur les chefs d'entreprise vis-à-vis de leurs employés (négligence dans les modes d'exploitation de l'industrie ou du commerce).

Le divorce peut être engendré par des faits de nature civile. Depuis la loi de 1975, l'adultère n'est plus qu'un fait imputable parmi d'autres et ne peut engendrer qu'une responsabilité civile. Cependant, il entraînait une responsabilité pénale jusqu'à la loi de 1975. Mais la responsabilité impliquée dans le divorce peut aussi être pénale : violences diverses (le viol entre époux existe juridiquement), attentat

à la pudeur, etc... Non sans cause. Car d'après une enquête menée par Mme Irène Théry, portant sur 700 divorces difficiles, la violence extrême était la cause de 21 % des affaires ¹⁸. Un chiffre à méditer avant d'envoyer la faute à la trappe.

Portons maintenant notre regard plus loin. Les sociétés lointaines nous en disent-elles moins ou davantage que notre propre tradition, qui, d'après les rédacteurs de la proposition de loi, semblerait en matière de divorce bien essoufflée, au point qu'ils estiment préférable la disparition de la notion de faute ?

Tout d'abord, retrouve-t-on cette distinction majeure entre responsabilités civile et pénale ? On a longtemps cru que non : dans les sociétés "*archaïques*", en raison de la prégnance du groupe sur l'individu, tout serait pénal. Cette opinion reposait aussi sur un préjugé suivant lequel seules les sociétés "*civilisées*" auraient été capables à la fois de parvenir au concept même de l'individu, et d'élaborer des conceptions assez fines de la responsabilité, distinguant entre les intérêts des seuls individus et ceux de la société toute entière. Bien que ce préjugé soit encore exprimé dans de nombreux manuels de droit pénal contemporains, cela fait près d'un siècle que les études anthropologiques, menées notamment par B. Malinowski (*Le crime et la coutume dans les sociétés primitives*), ont montré le contraire.

Dans les sociétés traditionnelles, l'individu n'est pas totalement dominé par le groupe auquel il obéirait de manière quasi-automatique. Il est parfaitement capable de contracter avec son voisin des obligations que nous nommerions *civiles*, sans la nécessaire intervention du groupe. Dans la plupart des sociétés humaines, l'adultère semble d'ailleurs avoir été davantage envisagé sur le plan civil que pénal ¹⁹, sans doute en raison d'une sacralisation du mariage moins forte que dans nos sociétés longtemps marquées par l'enseignement de l'Eglise.

¹⁸ Cf. M.Gomez, Le divorce pour faute pourrait disparaître, *La Croix*, 18 septembre 2001,16.

¹⁹ Cf. J.Lombard, La peine et la répression, dans J.Poirier (dir.), *Histoire des mœurs*, le vol. II, Paris, Gallimard, 1991, 684.

Constatons ensuite, ce qui semble rassurant, que toute société prévoit des sanctions en cas de transgression d'un interdit ²⁰. Pour autant, la notion de faute est loin d'être uniforme ²¹.

Chez les Inuit, si la culpabilité entraîne la sanction de la faute, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. En effet, seule est punissable la faute qui porte atteinte à l'intérêt communautaire : dans un environnement très contraignant, le groupe compte davantage que l'individu. Le but de la justice n'est pas de déterminer des responsabilités individuelles, mais de parvenir au rétablissement de la paix sociale : les deux concepts ne sont pas équivalents. De plus, l'élément moral-l'intention n'est pas nécessaire à la culpabilité : il faut et il suffit qu'il y ait eu dommage causé à la collectivité (la faute la plus grave étant la sorcellerie), indépendamment de l'état d'esprit de l'infracteur au temps de l'action délictueuse. Ceci peut choquer. Et pourtant... Le même raisonnement est bien présent dans l'histoire de notre propre civilisation. Nous avons longtemps accepté l'idée de péché originel : la culpabilité y est première par rapport à la volonté et trouve sa source métaphorique dans un lointain passé. Celui où l'homme est devenu imparfait, souffrant et mortel, parce qu'il a voulu connaître le tracé du partage entre le bien et le mal : sans nous en dire plus, le mythe biblique suppose là une jouissance. Le "*judéo-christianisme*" est-il donc coupable de cette culpabilité qui nous révolte ? Observons tout d'abord que dans l'histoire de notre droit, ce sont largement les ecclésiastiques, auteurs de droit canon, qui, à partir des XIIe et XIIIe siècles, ont élaboré une théorie fine de la culpabilité. Ils sont allés au-delà de la seule matérialité de l'infraction, pour prendre en compte l'intention et les motifs (bien longtemps auparavant, Saint Benoît, qui vécut de 480 à 547, avait déjà insisté sur la nécessité de s'intéresser davantage à la nature du délinquant qu'à celle de la faute).

²⁰ « ... toute société, la plus sauvage, barbare, « autre » soit-elle possède un sens de l'ordre et de la référence sans lequel il n'y a pas d'humanité possible », (L.Assier-Andrieu, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996,106).

²¹ Cf. J.Hoareau-Dodinau et P.Textier (dir.), *La culpabilité*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2001, 16-21.

Observons également que l'Eglise, jusqu'à la Révolution française, fut seule à appliquer "*la peine du mur*" (l'incarcération de longue durée) afin d'amener le coupable à l'auto-amendement, alors que le pouvoir temporel préférait l'application de peines physiques et infamantes, avec une mise en scène de diverses mutilations dans le but de l'exemplarité.

D'autre part, l'idée de culpabilité *initiale* n'est pas exclusivement liée à celle de péché originel. À Madagascar, le réseau des interdits est tellement serré qu'il est impossible à l'homme de ne pas être en faute ; on peut aussi être puni pour un acte qui a été commis par un ancêtre.

Autre exemple, mais européen et plus moderne, celui du système pénal des camps de concentration nazis ²². Les détenteurs du pouvoir y avaient créé une "*jungle de motifs de punition*", dans laquelle même l'obéissance n'écartait pas les sanctions. Le nombre des interdits, officiels ou informels, était si grand que les détenus ne pouvaient tous les connaître. Ou encore, ces interdits étaient porteurs d'un niveau d'exigences impossibles à réaliser. On était donc toujours punissable, y compris par la mort.

Mais en quoi ces conceptions éloignées dans le temps ou l'espace, ou extrêmes, évoquent-elles quelque chose pour nous, *ici et maintenant* ?

Tout d'abord, on pourrait opposer que la plupart des exemples cités ci-dessus concernent la mise en oeuvre de la responsabilité pénale. Mais nous avons vu que celle-ci peut aussi être impliquée dans le divorce. D'autre part, l'exposé des motifs de la proposition de loi (p. 12) précise bien que doivent demeurer sanctionnés "... des préjudices qui peuvent être importants, dont l'origine peut se trouver dans un comportement fautif même non pénal d'un des époux". C'est donc dire implicitement que le pénal sera fortement concerné. D'autant plus que le texte poursuit en

²² Cf. W.Sofsky, *L'organisation de la terreur*, Paris, Calmann-Lévy, 1993, 268 sq. (Cet ouvrage constitue une véritable anthropologie du système concentrationnaire).

précisant que le juge pourra dispenser de la médiation l'époux qui établirait "... *la réalité de violences conjugales ou familiales*".

Il précise immédiatement après : "*Ainsi des coups et blessures, des faits d'injure, etc..., pourront faire l'objet de dommages et intérêts fixés par le juge aux affaires familiales*".

Plus généralement, observons qu'il faut néanmoins une fois de plus résister à la tentation des fausses similitudes. Nous semblons partager avec les Chinois ou les Inuit un idéal de pacification. Mais il a un contenu bien différent. Dans la pensée confucéenne, cette harmonie est celle qui résulte d'un ordonnancement social très inégalitaire entre des groupes enchâssés dans des statuts tenant au sexe, à l'âge, à l'appartenance sociale. Dans la société inuit, le constat tient à la nécessité pour le groupe (souvent de dimension très restreintes : quelques dizaines d'individus), soumis aux pressions d'un environnement très dur, de penser davantage à la collectivité qu'à l'individu. Dans la nôtre au contraire, qui connaît malgré les disparités socio-économiques une opulence matérielle jamais atteinte dans l'histoire, il s'agit d'ajuster des relations conçues comme essentiellement individuelles (au point qu'on suppose que l'intrusion du juge serait dans la plupart des cas considérée par les parties comme inappropriée ou illusoire), dans un contexte égalitaire, à grand renfort de contractualisation supposée²³ du mariage... et du divorce. Ce n'est pas de variations sur les modalités d'imputation et d'appréciation de la faute ou sur le degré de tension qu'elle engendre par rapport à l'intérêt général qu'il s'agit ici, mais de la *disparition* même de la notion de faute d'un des éléments fondateurs de la famille : l'alliance et sa dissolution. Un tout autre problème...

Cependant, l'exemple chinois demeure instructif. En effet, l'homme y doit recourir avant tout à lui-même parce qu'il ne peut compter sur un message venu du ciel. Or nous nous trouvons dans une situation comparable : les grandes idéologies politiques se sont affaïssées ; il en va de même de la croyance dans les vertus

²³ Sur la part d'illusion dont souffre cette idée de contractualisation, cf. *infra*, n.30.

explicatives des systèmes philosophiques, encore très vivace dans les années soixante et dix ; Dieu n'est peut-être pas mort, mais on distingue beaucoup moins bien qu'avant son visage... et son éventuel message. Nous sommes donc dans une situation d'*anomie*. Forgé par Durkheim et devenu une des notions les plus importantes de la théorie sociologique, ce concept s'applique aux situations dans lesquelles les règles qui guidaient les conduites des individus perdent leur pouvoir, sont incompatibles entre elles ou doivent se modifier sous la pression de l'évolution des mœurs. Il y a un siècle, Durkheim avait notamment établi dans ses études sur le suicide que l'anomie augmentait dans les périodes où les mariages devenaient plus fragiles.

Cette situation d'anomie n'est pas sans analogie avec l'absence de Dieu dans le système chinois. Mais nous nous en séparons par ailleurs dans notre recours de plus en plus systématique au juge. Sauf justement dans le règlement des conflits familiaux où le juge semble un intrus : on l'accuserait même de violer l'intimité du couple, en venant par exemple fixer la fréquence des rapports sexuels pour établir la culpabilité de l'époux qui s'y refuse ou en demande trop, ou encore procéder à la description minutieuse des baisers adultérins (de la jurisprudence existe effectivement sur ces points... mais on se doute des problèmes de preuve). Or, toute recherche de la faute serait ici illusoire ; des normes communes à tous les couples impossibles à fixer ; le juge incapable de parvenir réellement à la vérité, sans parler de la surcharge qui lui est imposée par la croissance du contentieux. Donc, puisqu'il n'y a pas de salut à attendre d'une autorité extérieure, autant, pour l'essentiel, s'en remettre largement aux parties, en somme privatiser le divorce.

Nous verrons que les choses ne sont pas si simples.

B) L'histoire

[Retour à la table des matières](#)

L'exposé des motifs de la proposition de loi fait allusion aux sources révolutionnaires du divorce. Mais il ne précise pas que "*le divorce pour cause objective*" qu'il propose n'est pas complètement nouveau, même si ses précédents n'ont connu qu'une brève période d'application. En effet, la loi de septembre 1792 prévoit le divorce pour incompatibilité d'humeur ou de caractère, au nom de la liberté individuelle. Il ne nécessite pas de faute, mais une procédure qui peut durer quelques mois, puisqu'il est nécessaire de réunir trois assemblées de parents ou d'amis, distantes d'un ou deux mois l'une de l'autre, afin d'aménager malgré tout le temps de la réflexion. Si les tentatives de réconciliation échouent, l'officier d'état civil prononce le divorce, qu'il ne fait que constater. Les délais seront bientôt raccourcis. S'en suit une progression spectaculaire des divorces, qui inquiète la Convention. À partir de 1795, on rend les choses plus difficiles. Le divorce d'incompatibilité d'humeur disparaîtra dans le Code civil de 1804, sans jamais renaître. Avec la Restauration, tout divorce s'évanouit de 1816 à 1884. En 1884, la loi Naquet instaure de nouveau le divorce : c'est un divorce-sanction : il est la punition d'une faute que le coupable doit assumer. Sans parler du divorce pour incompatibilité d'humeur, même le divorce par consentement mutuel n'est pas rétabli. De plus, les mœurs résistent : pendant plus d'un demi-siècle, même légal, le divorce restera rare ²⁴. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Est-il pour autant banalisé ²⁵ ? Comme l'écrit S.Cadolle en rendant compte d'une étude sur le divorce d'après les livres pour enfants ²⁶ :

²⁴ 5000 en 1885, 9144 en 1894, 15000 en 1913, 25000 dans les années vingt, 27000 à la veille du second conflit mondial.

²⁵ Une étude de 70 fictions télévisuelles diffusées entre 1993 et 1995 montre que dans plus des deux tiers des scénarios concernant des enfants et des adolescents, les enfants ne vivent pas avec leurs deux parents (cf. S.Chalvon-Demersay, Une société élective, scénarios pour un monde de relations choisies, *Esprit*, 1997, n° 8-9). Une maximisation plus fictive que réelle, puisqu'en France, en 1994, 83 % des enfants mineurs vivaient avec leurs deux parents.

²⁶ Cf. *supra*, n.6, p.29.

"le "politiquement correct" en matière familiale veut aujourd'hui que le divorce et le remariage des parents soient dédramatisés et vécus positivement par les enfants". Alors que jusqu'en 1992 le divorce et les familles recomposées étaient quasiment absentes de ce type de récits, ces ouvrages en présentent aujourd'hui une image systématiquement positive. La séparation est salubre parce qu'elle met fin aux disputes, le chagrin du parent-victime n'est que temporaire, le couple parental subsiste après le divorce. Mais celui-ci opéré, l'objectif demeure la reconstitution de la famille. Les belles-mères et beaux-pères, contrairement à l'image traditionnelle (*exit* la marâtre de Cendrillon), sont pleins de qualités et accueillants envers les enfants de leur nouveau conjoint ; la reconstitution est réussie quand sont effacées les différences entre les filiations des enfants de lits multiples, qui se considèrent tous comme frères et sœurs. Cette reconstitution est d'ailleurs tellement souhaitée par l'enfant que souvent celui-ci va chercher le nouveau conjoint de son parent, favoriser la rencontre. Bien entendu, nous sommes là dans le domaine de l'imaginaire. Mais il est instructif. L'exagération de ces couleurs sulpiciennes ne montre-t-elle pas au contraire, au second degré, combien la réalité peut y être rebelle ?

Au total, l'anthropologie comme l'histoire permettent de constater une quasi-permanence de la faute dans le divorce. Mais ce constat ne doit-il pas être relativisé par le fait que même si le mariage arrangé n'exclut pas nécessairement toujours le développement de sentiments, il ne peut être comparé au mariage romantique, fondé sur l'attirance réciproque, sexuelle et affective, qui était du XIX^e siècle jusqu'ici notre modèle ? Sans doute. Mais deux remarques sont nécessaires. D'une part, on rend en général l'Eglise responsable de l'indissolubilité du mariage, ce qui est incontestable. Mais on oublie de dire qu'elle le fut aussi de l'introduction du consensualisme des individus dans cette union, alors que la société y voyait surtout un arrangement entre des familles : le droit canon et les mœurs n'étaient pas à ce niveau en concordance. Mais dans l'optique de l'Eglise, une fois ce consentement donné, il était irrévocable. D'autre part, il ne nous semble pas que la valorisation sentimentale du mariage conduise à la disparition de la faute. Au contraire, ne peut-on pas penser que l'amour déçu, trompé, trahi engendre la faute comme la nuée l'orage ? L'abandon est crucifiant.

La faute et la passion sont-elles donc toujours nécessaires, le temps n'est-il pas venu de les remplacer enfin par la paix et la raison ?

Section II : La faute, toujours ?

[Retour à la table des matières](#)

En dehors de la famille, dans la vie sociale, c'est plutôt au renouveau de la faute et de sa réparation qu'il nous semble assister : on parle sans cesse de la judiciarisation de nos mœurs.

On peut se demander si l'appel aux juges ne provient pas d'une lacune normative. Dérégulation, affaiblissement des grandes idéologies et des religions. La justice serait devenue une instance morale par défaut ²⁷ : un signe fort en est que de plus en plus les juges travaillent avec les thérapeutes, nouveaux directeurs de conscience. Dès lors, n'existe-t-il pas une certaine contradiction dans le renouvellement de cet appel aux juges et le caractère insupportable que revêt pour certains son intervention dans les affaires familiales, au point qu'on a un moment agité l'idée d'un divorce prononcé par une autorité administrative ou communale... Mais justement, opposera-t-on, la famille est le cercle d'intimité, distinct de la vie sociale. Sans doute, tant qu'elle demeure une famille. Mais lors de la dissolution, justement elle ne l'est plus, ce qui rend nécessaire l'intervention d'un tiers.

Peut-on se quitter sans se haïr, faire en sorte que, suivant les dernières lignes des motifs de la proposition de loi, le divorce du XXI^e siècle devienne à la fois "*responsable et apaisé*" ?

Outre que la présence éventuelle d'enfants y incite, c'est évidemment une éventualité souhaitable pour les époux eux-mêmes, pour leur bilan de vie. Comme

²⁷ Cf. A.Garapon, *Le gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996, 183.

l'affirme encore à juste titre l'exposé des motifs : "... On ne fera pas "comme si" il fallait effacer leur vie commune, et comme s'ils n'avaient jamais vécu ensemble (...) Le constat de la mésentente ne doit pas faire disparaître les aspects positifs de la vie commune (...) [Les parents] ont forcément vécu une période correspondant à leur souhait. Les enfants ont été conçus d'une volonté commune, et les biens ont été acquis en vue d'un projet d'avenir formé ensemble".

Le divorce pacifié a d'ailleurs été encouragé par le législateur dès 1975. L'articulation de la loi montre clairement la défaveur de la faute, même si le divorce pour faute y reste inscrit. Le texte énonce en effet en premier le divorce par consentement mutuel, puis celui pour rupture de la vie commune avant d'en venir au divorce pour faute. Par ailleurs, même dans cette dernière procédure, la faute se fait plus discrète : les causes spécifiques traditionnelles disparaissent (notamment l'adultère), pour être fondues dans la catégorie plus générale de violations graves ou renouvelées des devoirs et obligations du mariage rendant intolérables le maintien de la vie commune. Dans cette formulation, on distingue sans peine ce qui est un mélange du divorce-sanction, hérité du passé, et le divorce-faillite, promesse de l'avenir. Une faillite qui peut d'ailleurs être lourde à régler sur le plan financier, où se cumulent éventuellement dommages-intérêts et prestation compensatoire : essoufflée dans les causes, la faute retrouve de la vigueur dans les effets.

Quelle a été la réponse des mœurs ? Mitigée, à vrai dire. Dans près de la moitié des cas (46 %), vingt-cinq ans plus tard, les parties continuent à choisir le divorce pour faute (peut-être pas seulement par affection de la faute, mais dans l'espoir de délais procéduraux plus brefs ?). De toute façon, celui-ci se ventile différemment suivant les catégories sociales : il concerne surtout les plus démunis, économiquement et/ou culturellement. Le divorce par consentement mutuel progresse en revanche parmi les élites : un divorce des beaux quartiers et de l'intelligentsia ? Il serait en tout cas bon de réfléchir sur cette inégale répartition, dans la mesure où le législateur est sociologiquement davantage issu des couches favorisées que plébéiennes. Il pourrait donc être influencé par les mœurs de son milieu, les croyant peut-être avec quelque illusion extensibles à tous les Français.

C'est qu'il faut beaucoup de volonté ou d'altruisme à celui qui souffre pour ne pas se sentir, à tort ou à raison, en position de victime. La recherche de la faute, de sa reconnaissance par une autorité extérieure, peuvent donc correspondre à une logique qui n'est pas toujours malsaine. D'autre part, le conflit est-il nécessairement pathologique ? La réponse positive à laquelle nous avons tendance à parfois trop céder méconnaît les leçons de la psychologie et de la sociologie : le conflit peut aussi révéler comme le silence tuer ; ce n'est pas le conflit lui-même qui est pathologique, mais l'éventuelle absence de son mode de règlement. D'ailleurs, une des fonctions de la justice consiste bien dans la sublimation de la violence. Loin d'être escamotée, cette violence apparaît souvent dans les décors des palais de justice ²⁸ : objets tranchants, corps transpercés, gueules de lions, etc... Ces évocations sont intentionnelles : le tribunal doit être le lieu où la violence s'exprime et se vide, par le rituel judiciaire et la décision du juge. Le droit lui-même participe à cet ordre symbolique : effacer la notion de faute peut augmenter l'anomie déjà si présente dans nos sociétés. Au demeurant, la proposition de loi se montre d'une prudence serpentine. Le terme de faute n'est pas écarté. On la trouve notamment dans le projet de rédaction de l'article 267 du Code civil, qui prévoit la possibilité de dommages-intérêts accordés à l'époux justifiant d'un préjudice matériel ou moral, lié à des *"fautes caractérisées de l'autre époux qui ont concouru à la rupture ou l'ont accompagnée"* On remarquera que les fautes, littéralement, n'ont pas causé la rupture. Elles y ont plus modestement conduit ; elles ne l'ont pas *causée*.

Par ailleurs, quand on considère l'évolution de la jurisprudence, on s'aperçoit que les juges ont des pouvoirs très importants pour qualifier ou non un comportement de fautif, d'autant plus que la Cour de cassation refuse d'opérer un contrôle en la matière, laissant les juges du fond apprécier souverainement ce qui peut constituer une violation des devoirs du mariage. Ils peuvent donc moduler, et répercuter s'ils le souhaitent l'évolution des mœurs. D'autre part, l'atténuation de la faute est également lisible dans le régime des droits pécuniaires après divorce tel qu'il est institué par la loi du 11 juillet 1975. Même si l'attribution des torts n'est pas sans conséquences, un autre critère devient déterminant : la comparaison des

²⁸ *Ibid.*, 196-197.

situations *objectives* des deux époux en vue de procéder éventuellement un ré-équilibre patrimonial après la séparation ²⁹. Dans ces conditions, est-il bien nécessaire de procéder à une quasi-éviction de la faute, dans la mesure où les juges ont les moyens de l'apprécier de façon très libérale ?

D'autant plus que ce retrait peut avoir un effet symbolique. Être compris par les justiciables comme si le divorce était mis en lisière du droit. Alors que le mariage, même si nos contemporains y voient surtout une affaire de coeur, reste fermement encadré par le droit ³⁰, attribuée aux époux des obligations importantes, sans compter l'aide due aux beaux-parents. La disparition de la faute entraînerait donc une certaine dissymétrie.

Et il faut bien reconnaître qu'elle serait d'un certain illogisme sur le plan juridique. Tout le monde s'accorde à dire que nous sommes passés du mariage-institution au mariage-contrat ³¹, sous l'effet du prix toujours croissant accordé aux droits individuels. Mais si le mariage est un contrat (ce qui, au mieux, n'est que partiellement exact ³²), pourquoi échapperait-il à la faute, alors qu'en matière contractuelle, celle-ci existe bien ? Et s'il n'en est pas véritablement un, alors on ne peut fonder sur une nature contractuelle présumée l'inéluctabilité d'une évolution qui conduirait à l'admission du divorce sur demande unilatérale non causée.

²⁹ Cf. A.Bénabent, *Droit civil-La famille*, Paris, Litec, 2001, 208.

³⁰ Cf. N.Rouland et *alii*, *Inventons la famille*, Paris, Bayard, 2001, 124-149.

³¹ Le Code civil ne donne pas de définition du mariage, ni d'ailleurs du sexe. Quant à l'amour, la Cour de cassation a décidé en 1972 que le fait de ne pas aimer sa femme ne constituait pas une cause de divorce...

³² Cf. *infra*, n.37, les analyses de F.Dekeuwer-Défossez. Pour cet auteur, on peut faire valoir beaucoup de raisons pour contester la nature contractuelle du mariage ainsi que du divorce : sur de nombreux points, la volonté des parties n'est pas aussi libre que l'exigerait la définition générale de la liberté contractuelle. Elle est limitée soit par le Code civil lui-même (cf. notamment l'article 1388, qui interdit aux époux de déroger aux devoirs et aux droits résultant pour eux du mariage, ainsi qu'aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle), soit, dans le cadre des procédures de divorce-y compris celle par requête conjointe- par le contrôle exercé par le juge.

Car c'est bien ce dernier type de divorce qu'institue en réalité la proposition de loi en faveur d'un divorce pour cause dite objective.

D'autre part, comme nous venons de le voir, la proposition de loi prévoit des dommages-intérêts en cas de préjudice matériel ou moral résultant de fautes *caractérisées*. Mais il semble bien que l'esprit du texte, indépendamment des interprétations jurisprudentielles dont il serait l'objet, soit de ne réserver cette possibilité qu'à des comportements véritablement excessifs (violences conjugales, par exemple).

Mais pourtant, n'existe-il pas de bonnes raisons de croire à la désuétude de la faute ?

Section III : En finir avec la faute ?

[Retour à la table des matières](#)

Pourquoi pas ? Quoi qu'il en soit en effet des sociétés lointaines ou du passé, nous avons notre libre-arbitre, d'autant plus que nous vivons dans des conditions radicalement nouvelles : allongement de la durée de la vie, primauté des liens affectifs et authentiques dans la définition du couple (ce que le consentement a fait, sa disparition peut le défaire), montée de l'individualisme, exigences de liberté, etc.

Des enquêtes ont été menées en 1987, 1993 et 2000 sur le sentiment de la faute chez les adolescents français ³³. En 1987, le phénomène de distanciation à l'égard de la notion de faute (*l'erreur est humaine, rien ne sert de culpabiliser les intéressés*) et le refus de la sanction (au mieux une *erreur psychologique*, au pire une *vengeance*) n'apparaissent pas. En revanche, en 1993, il se généralise à toutes les

³³ Cf .C.Kourilski-Augeven, Faute et sanction dans la conscience juridique en France et en Russie, dans : J.Hoareau-Dodinau, *La culpabilité, op.cit. supra* n.16, 113-25.

catégories d'adolescents, aussi bien filles que garçons, et dans des milieux sociaux très différenciés. Mais en 2000, le tableau est plus nuancé : la notion de faute est le plus souvent présentée comme une erreur, mais à la différence de l'enquête de 1993, beaucoup de réponses contredisent cette assertion générale. Elles font en effet état d'une évaluation morale de la faute en termes de bien ou de mal, dont on doit assumer la responsabilité, ce qui justifie dans une certaine mesure l'idée de sanction. La faute aurait-elle un avenir ? En tout cas, son atténuation possède un passé, comme nous le révèle le droit comparé.

Celui-ci témoigne en effet d'une évolution certaine en faveur de l'atténuation, sinon de la disparition de la faute ³⁴ au profit du divorce-faillite : le mariage a échoué, sans qu'il soit nécessaire d'en chercher vraiment le responsable, d'autant plus que le juge n'en a véritablement ni le temps, ni les moyens, d'où sa tendance, en cas de doute, à recourir assez systématiquement à la formule des torts et griefs partagés.

Dès le début du XXe siècle, certains pays (pays nordiques, Suisse, Allemagne) avaient commencé à connaître une évolution de ce type, mais faisaient figure d'exceptions. En revanche, depuis la fin des années soixante, cette tendance s'est amplifiée. En Suède, on parle de "*droit inconditionnel au divorce*" de chacun des époux. En Allemagne fédérale, des parlementaires y ont vu un "*effet de la fatalité*" plus que de la volonté commune ou unilatérale des conjoints. D'autre part, on relève qu'actuellement beaucoup de systèmes sont pluralistes : ils prévoient plusieurs types de divorce, basés ou non sur la faute. C'est le cas jusqu'ici de la France depuis 1975, de la Belgique, du Luxembourg, de l'Autriche, de la Suisse. Au Danemark, en Norvège et en Finlande, le divorce pour faute existe toujours, mais à l'état de vestige, comme en Russie, où il est très peu utilisé (mais dans ce dernier pays, le divorce est très banalisé depuis longtemps). On retrouve la mixité des systèmes en Italie, Espagne et Portugal. Dans d'autres cas, des systèmes sont dits unicistes : la notion de faute disparaît quasiment. Elle est remplacée par un constat

³⁴ Cf. M.T.Meulders-Klein, La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale, dans : du même auteur, *La personne, la famille, le droit-Trois décennies de mutations en Occident*, LGDJ, Paris, 1999, 53-119.

: l'échec irrémédiable du mariage. C'est ce qu'ont choisi l'Angleterre (1969), les Pays-Bas (1971), la Suède (1973), l'Allemagne (1976), l'Écosse (1976) et la Grèce (1983). Mais que se passe-t-il quand un des deux époux refuse de divorcer ? Cas d'autant plus important que c'est *a priori* celui où le risque de souffrance, et donc de passion, est le plus grand. Se pose alors le problème de la preuve par le demandeur du caractère irrémédiable qu'il invoque concernant l'échec du mariage. En toute logique, si l'on veut vraiment éradiquer la faute, il faudrait décider que la seule volonté du demandeur du divorce suffit. Un seul Etat européen a fait ce choix : la Suède, sous la réserve d'un délai de réflexion de six mois. Par ailleurs, la logique de la disparition de la faute devrait aussi conduire à supprimer toute relation financière entre les ex-époux après le divorce : si le mariage a échoué, toute la surface de l'ardoise doit être effacée. Ici encore, le législateur suédois est allé au bout de son raisonnement.

Le paragraphe 14 de la loi suédoise de 1978 prévoit en effet que : *"Après le divorce, chacun des époux veille lui-même à sa propre subsistance"*. Un des époux peut éventuellement obtenir une contribution à son entretien pendant une période de transition limitée, mais la durée de cette période ne peut être étendue que s'il est établi que l'un des conjoints ne peut subvenir lui-même à ses besoins, lorsque le mariage a été de longue durée ou pour des raisons exceptionnelles. Au Danemark et en Norvège, les réformes des lois sur le mariage de 1989 et 1991 ont évolué dans une direction similaire : plus d'obligation alimentaire entre époux séparés ou divorcés, sauf pendant une période de transition. La société française est-elle prête à s'engager dans un processus de ce type ? Il faut bien remarquer qu'en Scandinavie, l'évolution des mœurs a beaucoup plus égalisé la condition de l'homme et de la femme qu'en France et que d'autre part, l'Etat subvient plus généreusement aux besoins des individus isolés et des familles monoparentales ³⁵. Mais en France, on peut craindre qu'une telle évolution constitue une régression pour les femmes, dans la mesure où c'est elles qui bénéficient très majoritairement de compensations financières après le divorce.

³⁵ D'une manière générale, cf. N.Morel, Politique sociale et égalité des sexes en Suède, *Recherches et prévisions*, no.64, juin 2001, 65-79.

Avec les meilleures intentions - dédramatisation de la séparation, organisation de l'avenir, notamment quant aux enfants, plutôt que rumination du passé - le législateur français risque donc de s'engager dans une voie dont certaines issues sont problématiques. Aux États-Unis d'ailleurs, certains Etats envisagent le rétablissement du divorce pour faute, notamment dans le souci de préserver les intérêts des enfants, ayant constaté la trop grande facilité des couples à divorcer³⁶. Sans compter qu'on peut légitimement craindre que l'extinction de la faute ne réalise qu'un tour de passe-passe, en déplaçant le conflit sur d'autres terrains, sans le supprimer, comme le voudrait le législateur : l'époux récalcitrant risque d'engager des poursuites pénales pour violence, abus sexuels sur les enfants³⁷, dénoncer des détournements financiers ou des fraudes fiscales³⁸. On aboutirait ainsi à l'inverse du résultat recherché : l'investissement du pénal par le divorce. Sans compter, sur le plan financier, l'exacerbation de la recherche de dommages-intérêts. En effet, même en l'absence de faute, les agissements des époux resteraient sanctionnables par le biais d'une action en responsabilité fondée sur le principe général énoncé par l'art.1382 du Code civil : *"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui-là par la faute duquel il est arrivé à le réparer"*. À l'heure actuelle, les réparations obtenues à ce titre sont d'un faible montant. Mais cela pourrait beaucoup évoluer... Et dans ce cas, une fois de plus, on parviendrait à l'inverse de ce qui est espéré : la recherche à tout prix de la responsabilité de l'autre, avec les souffrances incontestables qu'elle comporte.

Par ailleurs, on remarquera que tous les autres pays unicistes réservent au juge un pouvoir d'appréciation de la réalité de l'échec. Donc, même si la faute ne dit pas son nom, elle ne s'est pas dissoute aussi complètement qu'on voudrait le croire.

³⁶ Voir les commentaires de J.Rubellin-Devichi, dans : Dalloz Action, Droit de la Famille, 1999, p.101.

³⁷ Les pédiatres connaissent maintenant bien ce qu'on appelle « *les consultations du dimanche soir* ». Certaines mères (dans 85 % des cas, la garde est attribuée à la mère), au retour du week-end que l'enfant a passé avec son père, l'emmènent en consultation dans le but de faire constater des attouchements ou violences d'ordre sexuel.

³⁸ Cf. en ce sens F.Dekeuwer-Defossez, Divorce et contrat, dans : D.Fenouillet-P. de Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, Paris, Economica, 2001,79.

re. Au moins sur le papier, car en pratique il faut bien constater que ces pouvoirs d'appréciation du juge ont tendance à se restreindre. D'autre part, à l'heure actuelle, les pays européens qui ont fait le choix uniciste restent quand même minoritaires. Il y a donc évolution, mais elle est plus nuancée qu'on ne l'avance d'habitude.

Enfin, en ce qui concerne la France, l'existence du PACS, évidemment ouvert aux hétérosexuels, constitue un choix intermédiaire pour ceux qui veulent se lier davantage que dans un concubinage, sans pour autant endurer les obligations beaucoup plus précises du mariage. Encore que le Conseil constitutionnel ait décidé que s'appliquent au PACS les dispositions générales du Code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles. Il précise bien : "... *Le partenaire auquel la rupture est imposée pourra demander réparation du préjudice éventuellement subi, notamment en cas de faute tenant aux conditions de la rupture (...) Dans ce dernier cas, l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*" ³⁹.

Un partenaire s'estimant victime pourrait-il de surcroît agir en résolution judiciaire *de facto* sur le fondement de l'article 1184 du Code civil⁴⁰ en invoquant des manquements de l'autre à ses obligations de cohabitation et d'entraide, voire à son obligation plus générale de bonne foi ? L'hypothèse a été avancée par M. Alain Bénabent ⁴¹ : si elle était avérée, elle traduirait la persistance de la faute...

³⁹ Décision no.99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi relative au Pacte civil de solidarité*.

⁴⁰ « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances* ».

⁴¹ Cf. A.Bénabent, *op .cit.*,280-281.

Alors, que faire ?

Encore une fois, les intentions du législateur sont louables, même si on peut craindre qu'elles ne procèdent en partie d'une vision illusoire de la réalité, parce que trop optimiste. Dans bien des cas, un divorce est un échec, une souffrance au moins pour l'un des deux époux, et toute souffrance est d'autant plus intolérable qu'on n'en saisit pas le sens. D'où la tentation de la détermination de la faute. D'ailleurs, le discrédit de la faute ne repose-t-il pas sur une confusion regrettable entre justice et vengeance ? Les juristes romains disaient déjà que le but du droit était d'attribuer à chacun son dû (*suum cuique tribuere*). Sans compter évidemment les intérêts financiers en présence. Pourquoi un époux transigerait-il, alors qu'il a la conviction, à tort ou à juste titre, d'avoir raison et que l'autre est fautif ? L'intérêt des enfants ? Sans doute. Mais ce n'est pas toujours suffisant, il s'en faut...

La proposition de loi prévoit un recours systématique au médiateur dans le cas du divorce pour cause objective. On ne peut que s'en féliciter, et la médiation constitue certainement l'une des voies vers des séparations pacifiées- à condition que les médiateurs possèdent un bon niveau de compétence- sans que son recours entraîne nécessairement la disparition de la faute. À juste titre, l'exposé des motifs de la proposition rappelle que : *"Le constat de mésentente ne doit pas faire disparaître les aspects positifs de la vie commune. Le droit français ne tolère plus aujourd'hui le mariage forcé. Les parents ne choisissent plus les conjoints. Ceux-ci ont forcément vécu une période correspondant à leur souhait. Les enfants ont été conçus d'une volonté commune, et les biens ont été acquis en vue d'un projet d'avenir formé ensemble"* ⁴². Il y a donc tout un travail de réinterprétation commune du passé, dégagé de l'obscurité et de la souffrance du présent, qui peut être facilité par l'intervention des médiateurs, peut-être pas sans une lointaine parenté avec certains procédés judiciaires de la fin du Moyen- Age ⁴³.

⁴² Page 11.

⁴³ Les lettres de rémission étaient une forme de grâce royale, qui comportait des aveux très détaillés. Au XIV^e siècle, elles proposent une procédure de conciliation fondée sur une confession permettant d'éclairer, et même de réécrire le

Peut-être même conduirait-il à des réconciliations. La réconciliation est d'ailleurs expressément prévue par l'article 244 du Code civil, selon lequel "*la réconciliation des époux intervenue depuis les faits allégués empêche de les invoquer comme cause de divorce et le juge déclare alors la demande irrecevable*" ⁴⁴. Car il ne faut pas dissimuler le fait que devant l'inflation du contentieux du divorce, les juges ne peuvent consacrer le temps nécessaire à l'examen de prétentions contradictoires, d'où la fréquence du prononcé à torts et griefs réciproques.

Sans doute aussi les déchirements éventuels de la mise en oeuvre d'une procédure de divorce pour faute seraient-ils largement évités si se répandait la pratique de contrats d'assurance pour les risques patrimoniaux du divorce. Sur le plan juridique, à condition de ne pas entrer dans le domaine du droit pénal, rien ne s'y opposerait.

Quant à donner un sens, illusoire ou non, à la souffrance morale, la faute risque de demeurer encore longtemps indispensable.

Un mal nécessaire.

Fin du texte

passé avec l'assentiment des ayants droit de la victime : cf. P.Textier, « Doulant et courroucé »-Les avatars de la culpabilité dans les lettres de rémission du XIV^e siècle, dans : J.Hoareau-Dodinau, *La culpabilité, op.cit.supra* n.15,481-494.

⁴⁴ Cf. également : J.Hoareau-Dodinau, X.Rousseaux et P.Textier (dir.), Le pardon, *Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique*, no.3, Limoges, 1999.