



Centre de droit de la Famille

et

Institut de droit comparé Edouard Lambert (IDCEL)

La rupture du mariage en droit comparé

Sous la direction de Frédérique FERRAND et Hugues FULCHIRON

**Rapport final pour la Mission de recherche Droit et Justice (Ministère de la
Justice/CNRS)**

Octobre 2013

Convention de recherche n°212.01.18.15

AUTEURS

Ce rapport a été rédigé sous la direction de :

- **Frédérique FERRAND**, Professeure agrégée de droit privé, Membre de l'Institut universitaire de France, Directrice de l'Institut de droit comparé Edouard Lambert, Directrice de l'Equipe de droit international européen et comparé (EDIEC), Université Jean Moulin Lyon 3

- **Hugues FULCHIRON**, Professeur agrégé de droit privé, Directeur du Centre de droit de la famille, Université Jean Moulin Lyon 3.

Ont participé à l'équipe de recherche :

Younes BERNAND, ATER en droit privé à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Doctorant rattaché au Centre de droit de la famille

Christine BIDAUD-GARON, Maitre de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3, HDR, directrice adjointe du Centre de droit de la famille

Alain DEVERS, Maitre de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3, HDR, Avocat au Barreau de Lyon ;

Laurence FRANCOZ-TERMINAL, Maitre de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Directrice adjointe de l'Institut de droit comparé Edouard Lambert

Aurélien MOLIÈRE, Maitre de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Amélie PANET, Doctorante rattachée au Centre de droit de la famille

Stessy TETARD, ATER en droit privé à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Doctorante rattachée au Centre de droit de la famille.

Les membres de l'équipe remercient Fabrice Toulieux et Constance Lonchamp pour avoir assuré le suivi des différentes étapes de la recherche.

SOMMAIRE

Chapitre préliminaire: Cadre général de la recherche ; évolution historique et statistique ; évolution du divorce en Europe	7
Partie 1 : Les cas et les procédures de divorce	49
Chapitre 1: Les cas de divorce	49
Chapitre 2 : Les procédures de divorce	65
Partie 2 : Les conséquences du divorce	103
Chapitre 1 : Les conventions entre époux relatives aux effets du divorce	103
Chapitre 2 : Les conséquences à l'égard du couple	127
Chapitre 3 : Les conséquences à l'égard des enfants.....	167
Partie 3. Le divorce en droit international privé	191
Chapitre 1 : Cadre général.....	191
Chapitre 2 : La reconnaissance des décisions de divorce et leur transcription sur les registres de l'état civil	219
Chapitre 3 : Le divorce des couples de même sexe en Europe.....	231

Chapitre préliminaire: Cadre général de la recherche ; évolution historique et statistique ; évolution du divorce en Europe

Dans un premier temps doit être rappelé le cadre général de la recherche ainsi que la méthodologie suivie pour réaliser celle-ci (I). Puis sera retracée l'évolution historique et statistique du divorce dans les États membres faisant l'objet de l'étude (II). Enfin sera mise en exergue l'évolution de la place de la volonté des époux dans le divorce (III).

I. Cadre général de la recherche

Le Centre de droit de la famille et l'Institut de droit comparé Édouard Lambert (IDCEL) ont répondu à l'appel à projets présenté par la Mission de recherche Droit et justice relatif à la rupture du mariage en droit comparé. Le projet de recherche initial visait deux objectifs :

- une présentation de droit comparé de la rupture du mariage, tant en ce qui concerne les règles de fond que de forme, permettant aux praticiens français de mieux connaître les dispositions législatives actuelles dans un certain nombre d'États membres de l'Union européenne;
- une analyse prospective des pratiques au regard de l'entrée en vigueur du règlement n°1259/2010 du 20 décembre 2010, Rome III¹ édictant des règles en matière de loi applicable au divorce. Le règlement, qui est entré en application le 21 juin 2012 dans les États membres ayant accepté de participer à la coopération renforcée, peut en effet conduire à ce qu'une juridiction d'un État membre soit amenée à statuer en matière de divorce sur le fondement du droit d'un autre État membre.

Certes, diverses études de droit comparé ont déjà été entreprises il y a plus ou moins longtemps en matière de divorce². Toutefois, ce domaine juridique est particulièrement évolutif ; il a donné lieu, dans plusieurs États membres, à des interventions législatives assez récentes tendant, de façon générale, à accorder une place de plus en plus grande à la

¹JOUE L 343/10, 29 déc. 2010.

² V. par exemple le travail comparatif de la CEFL (Commission on European Family Law) : K. Boele-Woelki, B. Braat & I. Sumner (eds), *European Family Law in Action – Volume I: Grounds for Divorce*, Intersentia, EFL Series; *European Family Law in Action – Volume II: Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, ainsi que les Principes de droit européen du divorce proposés par la CEFL, K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny & W. Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, 2004.

volonté des époux et même, parfois, à admettre un divorce sans juge. Aucune étude récente de langue française ne porte sur un nombre aussi élevé de droits nationaux.

Le champ géographique de l'étude a dû être déterminé (A). Ensuite a été préparé, par les responsables scientifiques du projet, un questionnaire très détaillé qui a été soumis aux experts étrangers et sur le fondement duquel les rapports nationaux ont été rédigés (B). Les rapports nationaux ont été confiés à des collègues spécialistes du droit de la famille et parfois également du droit international privé.

A. États membres sur le droit desquels porte l'étude

Il a paru judicieux de ne pas limiter l'étude à des États membres ayant manifesté leur volonté de participer au règlement Rome III sur la loi applicable en matière de divorce. L'étude porte ainsi sur treize États membres, huit participant au règlement Rome III et cinq n'y participant pas. L'étude se faisant en contemplation du droit français, ce sont donc quatorze pays dont le droit a été examiné, neuf d'entre eux participant au règlement Rome III. Le choix des États membres retenus pour l'étude a été fait de telle manière que soient représentées les différentes traditions juridiques et les différentes zones géographiques au sein de l'Union européenne. C'est ainsi qu'ont été retenus des pays de tradition romano-germanique (*Allemagne, Autriche, Belgique, France*), des pays représentant le Nord de l'Europe (*Pays-Bas* et, pour la Scandinavie, la *Suède*), d'autres le Sud (la *Grèce*, mais aussi l'*Espagne* et l'*Italie*), mais également des États membres de l'Est de l'Europe, dont le droit n'est pas toujours facilement accessible aux juristes français (*Bulgarie, Hongrie, Pologne, Roumanie*). Il était enfin indispensable de se pencher sur le droit d'un pays de *Common law* (*Angleterre* et *Pays de Galles*) même si ce dernier n'a pas participé à la coopération renforcée ayant conduit à l'adoption du règlement Rome III. Ainsi, l'étude entreprise pouvait permettre d'exposer des droits nationaux de tradition, d'influence et de secteur géographique variés.

- États membres participant au règlement Rome III :

Allemagne : Prof. Dieter Martiny, émérite, Max Planck Institut de Hambourg et Prof. Frédérique Ferrand, Université Jean Moulin Lyon 3, directrice de l'Institut de droit comparé Edouard Lambert (IDCEL)

Autriche : Prof. Marianne Roth, Université de Salzbourg et Claudia Reith, Assistante à l'Université de Salzbourg

Belgique : Prof. Walter Pintens, émérite, Université de Louvain

Bulgarie : Prof. Velina Todorova, Université Plovdiv de Sofia

Espagne : Prof. Cristina Guilarte Martin-Calero, Université de Valladolid

Hongrie : Prof. Assistant Zsófia Lele, Université de Szeged

Italie : Prof. Maria Donata Panforti, Université de Modane

Roumanie : Marius Scheaua, Université de Cluj

France : ensemble de l'équipe de recherche

- *États membres ne participant pas au règlement Rome III* :

Angleterre et Pays de Galles : Laurence Francoz-Terminal, MCF, Université Jean Moulin Lyon 3 et Jennifer Gracie, solicitor spécialisé en droit de la famille, avocat au barreau de Lyon

Grèce : Prof. Penelope Agallopoulou, Université du Pirée

Pays-Bas : Prof. Paul Vlaardingerbroek, Université de Tilburg

Pologne : Prof. Anna Stępień-Sporek, Université de Gdansk

Suède : Prof. Maarit Jänterä-Jareborg, Université d'Uppsala

B. Rapports nationaux établis sur le fondement d'un questionnaire

Les responsables scientifiques du projet ont sollicité des collègues étrangers connus pour être spécialistes du droit de la famille et parfois également du droit international privé. Les spécialistes sollicités ont tous répondu favorablement et se sont engagés à rédiger un rapport sur leur droit national.

En janvier et février 2012 a été élaboré *en français et en anglais* un *projet de questionnaire* portant à la fois sur le droit substantiel du divorce, sur le droit procédural et sur le droit international privé des États faisant l'objet de l'étude. Ce questionnaire se compose, dans sa version finale, de 96 questions.

Le questionnaire a été soumis aux experts lors d'une *première réunion internationale de travail* qui s'est tenue le *vendredi 9 mars 2012* à Lyon. Au cours de cette réunion ont été abordés les aspects scientifiques ainsi que le calendrier de la recherche et ses aspects matériels. Puis a été débattu le contenu du questionnaire et les possibles questions à reformuler ou ajouter, au regard des spécificités de certains droits nationaux. De nombreuses questions ont été ajoutées sur les aspects de droit international privé, de même que sur le contenu du droit matériel ou procédural. L'étape de finalisation du questionnaire a été essentielle car les chercheurs, forts de leur expérience antérieure dans des projets de recherche internationaux, avaient conscience du fait que ce document serait le pilier sur lequel reposeraient les rapports nationaux et donc, *in fine*, le contenu du rapport final. L'objectif a été d'envisager toutes les questions pratiques utiles et d'obtenir la vision la plus précise et la plus exacte possible du droit matériel et procédural du divorce dans les États membres objets de l'étude. Il est ainsi apparu que l'obtention d'une juste connaissance de la pratique suivie dans certains pays nécessitait la formulation de questions supplémentaires ou annexes. Le questionnaire³ a été modifié en ce sens afin de couvrir des hypothèses

³ V. annexe I.

particulières à quelques États, dont les spécificités furent exposées par le rapporteur national lors de la réunion du 9 mars 2012.

Le questionnaire s'articule autour de quatre thématiques : une première partie introductive, une deuxième consacrée à l'étude du droit matériel, suivie d'une autre permettant d'aborder les questions de droit processuel ; enfin la dernière partie du questionnaire, sur la reconnaissance dans l'État des décisions de divorce prononcées à l'étranger, permet d'aborder la phase ultime et essentielle du processus, au regard de l'efficacité des décisions de divorce.

La thématique introductive permet une mise en contexte des réponses des différents rapporteurs. Elle permet de dresser une toile de fond du droit applicable au divorce dans le système juridique concerné et de mettre en évidence les grandes lignes de droit international privé qui régissent ses interactions avec les systèmes de droit étranger tant en matière de causes que d'effets du divorce ou encore au regard de l'office du juge dans la procédure.

La partie sur le droit matériel vise à entrer de plain-pied dans le droit positif et la pratique judiciaire du système. Elle s'articule tout naturellement autour de deux axes qui visent à mettre en évidence, dans chaque Etat, les causes de divorce, s'il en existe, ainsi que l'ensemble de ses effets. Le rôle du juge et son éventuel pouvoir de contrôle sur ces différents aspects a systématiquement été mis en exergue.

La spécificité des règles de droit processuel imposait que leur étude fût distinguée. La troisième partie du questionnaire leur est consacrée. Les règles de compétence en la matière, juridictionnelle ou non, la mise en place éventuelle de techniques visant à orienter le contentieux vers une solution obtenue de manière consensuelle, les voies de recours, l'intervention éventuelle d'un tiers ou encore la place de l'enfant dans la procédure ont été des points clefs de cette partie du questionnaire.

La quatrième partie du questionnaire a permis d'aborder des questions relatives à l'état civil et à la circulation des décisions de justice, qui sont au cœur de la justice familiale en Europe. Le questionnaire s'achève sur une question ouverte visant à permettre au rapporteur national de faire part, en toute liberté, d'éventuelles particularités de son système que le questionnaire n'aurait pas permis de saisir.

Les rapports nationaux établis sur la base de ce questionnaire ont été adressés aux responsables scientifiques du projet fin novembre 2012.

Une *seconde réunion internationale de travail* s'est tenue le *vendredi 8 février 2013* avec les experts nationaux. Elle a permis de clarifier certains points obscurs ou ambigus des rapports écrits, et de soumettre aux experts le plan projeté du rapport ainsi que de débattre avec eux de divers points de droit national et européen. Une discussion générale a permis d'échanger les points de vue sur des aspects tant de droit matériel et procédural que sur

l'application du règlement Rome III. A l'issue de cette seconde réunion, les responsables scientifiques et l'équipe de chercheurs du Centre de droit de la famille et de l'Institut de droit comparé Edouard Lambert ont procédé à la rédaction du *rapport final*, qui a nécessité de nouveaux contacts avec divers experts nationaux. Le projet de rapport final a été adressé en septembre 2013 aux experts nationaux afin de recueillir leurs remarques. Les auteurs du rapport souhaitent souligner la grande disponibilité des experts nationaux, qui ont été contactés à plusieurs reprises lors de la rédaction du rapport final en vue d'obtenir des confirmations sur certains points spécifiques, et qui ont toujours répondu avec rapidité et précision.

II. Évolution historique et statistique

La lecture des rapports nationaux fait apparaître des évolutions historiques importantes en matière à la fois d'admission ou non du divorce et de libéralisation de ses causes ; ces évolutions ne se sont pas toujours produites au même moment dans chaque État ; toutefois, un important mouvement de libéralisation peut être relevé à compter des années 70 dans nombre de pays, même si certains avaient devancé l'appel (A). L'importance pratique des procédures de divorce sera également retracée grâce à une étude statistique comparée ; la comparaison ne sera cependant pas toujours aisée, faute de disposer de statistiques réellement comparables et appréhendant les mêmes types de données (B).

A. Evolution historique comparée

1. Le passé

Tous les États membres de l'Union européenne qui font l'objet de l'étude témoignent d'une évolution vers un libéralisme du divorce et, en général, en faveur d'un divorce par consentement mutuel des époux, jugé moins traumatisant. Des exceptions sont toutefois encore maintenues dans certains pays. Les réformes les plus marquantes, de nature libérale, survinrent dans les années 1970 (Bulgarie en 1968, Angleterre et Pays de Galles en 1969 et 1973, Italie en 1970 – date d'introduction du divorce - et 1978, Pays-Bas en 1971, Suède en 1973, Belgique et Hongrie – cette dernière pour une réforme modeste - en 1974, France en 1975, Allemagne en 1976, Autriche en 1978, Espagne en 1981, Grèce en 1983). Les pays d'Europe qui ont été les premiers à libéraliser le divorce et à reconnaître un véritable droit de divorcer à chaque époux sont les pays nordiques et les pays de l'Est. Les pays du Sud de l'Europe ont mis davantage de temps à détacher le divorce de la notion de faute, et la faute comme cause de divorce est encore présente dans divers pays du Sud. Il apparaît ainsi dans l'ensemble un premier mouvement d'assouplissement du divorce dans les années 70, suivi d'une deuxième vague de réforme, souvent à la fin des années 90 ou au début des années 2000 (Angleterre et Pays de Galles dès 1996, Autriche en 1999, Belgique en 2000 puis 2007,

France en 2004, Espagne en 2005, Italie en 2006, Grèce en 2008, Bulgarie en 2009, Roumanie en 2010). On remarquera toutefois que, dans les pays de l'ancien bloc soviétique, les réformes du droit du divorce ont souvent été liées à l'avènement d'un régime communiste⁴, puis à sa chute et à l'adoption d'une législation nouvelle. Enfin, les pays nordiques⁵ occupent une place à part car ils ont – comme l'illustre l'exemple de la Suède⁶ – très tôt introduit le divorce pour motif purement objectif et un véritable droit au divorce pour chacun des époux.

Les périodes d'évolution varient selon le pays concerné : ainsi, en *Allemagne*⁷, après la réalisation de l'unité allemande en 1870 et l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1900, du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, Code civil allemand), contenant la première législation unifiée du divorce sur le territoire allemand (législation fondant le divorce sur la faute, *Verschulden*), la première réforme d'envergure eut lieu sous le national-socialisme, qui adopta une loi sur le mariage en 1938 (*Ehegesetz*) et fit ainsi sortir la réglementation sur le divorce du Code civil. La loi sur le mariage de 1938 prévoyait diverses causes de divorce, certaines fondées sur la faute alors que d'autres ne l'étaient pas⁸ ; certaines causes de divorce étaient liées à un état physique ou mental d'un époux (troubles mentaux ; maladie mentale ; maladie contagieuse ou répugnante ; stérilité). La véritable grande réforme moderne du divorce fut adoptée à la même époque que la *loi française* du 11 juillet 1975 : il s'agit de la *1. Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts Ehe- und Familienreformgesetz* du 14 juin 1976 (1. EheRG). Les travaux préparatoires allemands étaient antérieurs au projet de loi français, mais la loi ne fut définitivement adoptée que postérieurement à la réforme française. La loi du 14 juin 1976 a réintégré le droit du divorce dans le BGB⁹, en le modifiant toutefois en profondeur et en ne retenant désormais qu'une seule cause de divorce : l'échec du mariage (*das Scheitern der Ehe*), alors que le droit français, parallèlement, maintenait une pluralité de causes de divorce, et notamment la faute d'un époux. La loi allemande de 1976 a été un

⁴ V. par exemple pour la Roumanie, M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 2.

⁵ Pour la *Finlande*, v. M. SAVOLAINEN, Grounds for divorce and maintenance between former spouses, Finland, rapport de 2002 pour la CEFL, consultable sur le site internet de la CEFL <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Finland-Divorce.pdf>, p. 1 et 2 (dernière consultation : 9 févr. 2015). Pour la *Norvège*, v. T. SVERDRUP, Grounds for divorce and maintenance between former spouses, Norway, pp. 1et s., qui souligne que le divorce par consentement mutuel a été introduit en Norvège dès 1909 et que la procédure de divorce est, dans ce pays, en général administrative, v. sur le site internet de la CEFL <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Norway-Divorce.pdf> (dernière consultation : 9 févr. 2015).

⁶ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 2.

⁷ V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 2.

⁸ En RDA, la *Ehegesetz* de 1938 fut abrogée, postérieurement à la fondation en 1949 de la République démocratique Allemagne (RDA), par une ordonnance du 24 nov. 1955 (GBI. I, p. 849) sur la conclusion du mariage et sa dissolution (*Verordnung über Eheschließung und Eheauflösung*). Cette ordonnance fut par la suite intégrée au nouveau Code de la Famille (*Familiengesetzbuch*, FGB) adopté en 1965.

⁹ V. §§ 1564 à 1568 BGB. Pour la procédure de divorce, v. §§ 133 à 150 de la loi sur la procédure familiale (*Familienverfahrgesetz*).

succès, si bien qu'elle n'a connu aucune modification de fond en matière de cause de divorce¹⁰.

L'histoire allemande a entraîné, au moins partiellement, l'évolution du droit autrichien du divorce. L'*Autriche* admettait la séparation de corps (*Trennung von Tisch und Bett*) mais n'autorisait pas le divorce jusqu'en 1938, année au cours de laquelle – suite à l'*Anschluss* – s'appliqua la loi nationale-socialiste allemande sur le mariage (*Ehegesetz* du 6 juillet 1938). La *Ehegesetz* fut conservée après la libération de l'Autriche, mais en lui retirant ses dispositions inspirées du national-socialisme. Elle fut réformée en 1978 : le divorce pour échec du mariage fut élargi et le divorce par consentement mutuel introduit en droit autrichien. Le droit du divorce demeure régi par cette loi spécifique et ne fait donc pas l'objet de dispositions dans le Code civil autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB). Une dernière évolution se produisit en 1999 afin de réduire les cas de divorce pour faute en supprimant de la liste des « causes absolues de divorce » (*absolute Scheidungsgründe*) l'adultère ainsi que le refus de procréer¹¹.

C'est également dans les années 70 que la *Belgique* procéda à une réforme de son droit du divorce¹². De 1804 à 1974 s'appliquèrent les dispositions du Code civil belge, qui autorisait le divorce pour faute ainsi que par consentement mutuel, mais ce dernier faisait l'objet d'une application restrictive. La Belgique fut donc, jusque dans les années 70, un des rares pays d'Europe à admettre le divorce par consentement mutuel des deux époux. La loi du 1^{er} juillet 1974 élargit les causes de divorce en créant un motif nouveau non fondé sur la faute : la séparation de fait depuis dix ans. Par une loi du 2 décembre 1982, ce délai fut réduit à cinq ans, puis à deux par une loi du 16 avril 2000. La procédure fut également simplifiée (loi du 30 juin 1994)¹³, tant dans le cadre du divorce pour faute qu'en matière de consentement mutuel ; cette réforme traduisait un changement d'état d'esprit du législateur envers le divorce, comme l'ont connu également de nombreux autres pays : d'une volonté de mettre des obstacles à l'obtention d'un divorce, sous forme de causes étroites et limitatives de divorce comme par des dispositions procédurales lourdes et complexes, il est passé à un souhait de dédramatiser les divorces en les simplifiant et en favorisant les accords entre époux tant sur le divorce lui-même que sur ses conséquences. Une loi du 27 avril 2007

¹⁰ Elle a en revanche été modifiée par une loi du 6 juill. 2009 (BGBl. 2009, I, p. 2696) en matière de régimes matrimoniaux (sur le plan de la créance de participation, le régime matrimonial légal étant en Allemagne la participation aux acquêts, *Zugewinnngemeinschaft*), par une loi du 3 avr. 2009 (BGBl. 2009, I, p. 700) réformant les dispositions en matière de compensation des droits à pension de retraite après divorce (*Versorgungsausgleich*) ainsi que par une loi du 21 déc. 2007 (BGBl. 2007, I, p. 3189) modifiant les règles en matière de pension alimentaire entre ex-époux (*Unterhalt*).

¹¹ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 2. V. aujourd'hui pour le droit positif autrichien les §§ 46 et s. de la loi sur le mariage (*Ehegesetz*).

¹² Le droit belge connaît aussi la nullité du mariage et la séparation de corps, v. W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 4.

¹³ Une loi ultérieure du 20 mai 1997 procéda à quelques modifications mineures de la procédure et des mesures provisoires.

supprima finalement le divorce pour faute, si bien qu'il n'existe aujourd'hui en droit belge que deux causes de divorce : l'échec irrémédiable du mariage et le consentement mutuel des époux. Après ces nombreuses réformes de dimension variable, le droit belge s'est aujourd'hui stabilisé dans une voie exclusive de la notion de faute¹⁴.

Certains pays ont connu pendant longtemps une domination de la *religion* en matière de dissolution du mariage. C'est le cas de la *Bulgarie* et de l'*Espagne*. En *Bulgarie*, le divorce séculier, et non pas religieux, n'a été introduit que par l'ordonnance sur le mariage de 1945. Antérieurement, le droit canon s'appliquait. Des dispositions religieuses avaient été adoptées en fonction des croyances. Ainsi, pour les orthodoxes, s'appliquait le Statut exarchique (1871). Il semble que le droit canon bulgare ait admis davantage de causes de divorce que le droit séculier des pays d'Europe de l'Ouest¹⁵. L'article 187 du Statut exarchique n'énonçait ainsi pas moins de dix causes de divorce (fondées sur la faute ou sur des motifs objectifs qui, toutefois, ne permettaient que rarement le divorce). Le divorce par consentement mutuel n'était pas autorisé. C'est en 1945 que fut pour la première fois réglementé le divorce par des dispositions laïques; l'ordonnance sur le mariage de 1945 admettait tant le divorce par consentement mutuel (ce qui est extrêmement tôt par rapport à d'autres pays d'Europe, à l'exception de la *Belgique* et de la *Hongrie* – 1945 également pour ce dernier État-) que six autres causes de divorce, de nature fautive ou non¹⁶. En 1952, le Code de procédure civile bulgare, en vue de préserver le mariage, abrogea le divorce par consentement mutuel et exclut le divorce pour échec du mariage dû au comportement du demandeur lorsque l'époux défendeur souhaitait le maintien de l'union. La réforme majeure se produisit dès 1953 (Loi sur les personnes et la famille réformée dans son article 45) en n'admettant qu'une seule cause de divorce : l'échec du mariage, les anciennes causes de divorce étant analysées comme des motifs d'échec dudit mariage. La touche presque finale fut apportée en 1968 par le Code de la famille qui prévoit désormais deux causes de divorce : le consentement mutuel des époux et l'échec sérieux et irrémédiable du mariage. Deux réformes ultérieures vinrent simplement accroître le rôle de la faute dans l'échec sérieux et irrémédiable du mariage (loi de 1985) et augmenter la valeur des conventions entre époux pour tous types de divorce en matière d'autorité parentale (nouveau Code de la famille de 2009).

En *Espagne* également, le mariage a longtemps été régi par la religion (catholique). Hormis une brève période pendant la République (en 1932), le divorce était prohibé et ne fut admis qu'en 1981 par une loi du 7 juillet 1981 (intégrée dans le Code civil espagnol) qui

¹⁴ Le droit positif belge du divorce se trouve dans les art. 229 à 302 du Code civil, 1254 à 1304 du Code de procédure civile et, pour les aspects internationaux, dans les art. 55 et 56 du Code de droit international privé.

¹⁵ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 2.

¹⁶ Il s'agissait de l'adultère, de menaces à l'encontre de la vie du conjoint, de condamnation pénale, d'absence, de maladie, d'impuissance sexuelle ou encore de stérilité, v. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 2. Une dernière cause de divorce était également prévue : grave violation des obligations du mariage et échec de ce dernier. En 1949, la cause de stérilité fut supprimée.

faisait suite à l'invitation de la Constitution espagnole de 1978 qui, dans son article 32, donne à la loi la compétence pour établir les causes de séparation et de rupture du mariage. La loi de 1981 imposait une période obligatoire de séparation (de fait ou légale) avant que le divorce puisse être demandé et prononcé. Le divorce peut être demandé du consentement mutuel des époux¹⁷. La faute ne joue en principe plus de rôle dans le règlement des conséquences du divorce, mais elle continue de pouvoir justifier le divorce¹⁸. Le changement de la société et des mœurs conduisit à une réforme assez récente du 8 juillet 2005 (*Ley 15/2005*) tendant à supprimer la phase de séparation préalable obligatoire. Cette loi réforma le Code civil et la Loi sur la procédure en matière de séparation et de divorce. Séparation légale (*separación*) et divorce (*divorcio*) demeurent tous deux possibles¹⁹, pour les mêmes motifs et selon la même procédure, mais désormais, une seule cause de divorce existe : la volonté des époux, ou de l'un d'eux, de mettre fin au lien conjugal. Une seule condition est requise : l'écoulement d'une période légale de trois mois depuis la conclusion du mariage²⁰.

Il convient de préciser que quelques communautés autonomes (*comunidades autónomas*)²¹ d'Espagne possèdent, pour des raisons historiques, une compétence législative en matière civile et que leur droit spécifique régit certaines conséquences du divorce notamment. Il s'agit de l'Aragon, des Baléares, du Pays basque, de la Catalogne, de la Galice, de la Navarre et de Valence. Bien que l'Allemagne soit également un État fédéral et distingue dans sa Loi fondamentale (*Grundgesetz, GG*) entre pouvoir législatif exclusif de la Fédération (*Bund*) - *ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis des Bundes*²² - et pouvoir législatif concurrent de la Fédération et des *Länder* (*konkurrierende*

¹⁷ Dans ce cas, la requête en divorce doit, comme en droit français dans le cas d'une requête conjointe, être accompagnée d'une convention réglant les conséquences du divorce, convention qui sera homologuée par le juge si elle n'est pas contraire aux intérêts de l'un des conjoints ou des enfants mineurs, v. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 2.

¹⁸ Par ex. l'abandon injustifié du foyer, l'infidélité conjugale, la conduite injurieuse ou vexatoire et toute violation grave ou répétée des devoirs conjugaux; toute violation grave ou répétée des devoirs à l'égard des enfants en commun ou à l'égard des enfants de l'un ou de l'autre conjoint qui cohabiteraient dans la résidence familiale ; l'alcoolisme, la toxicomanie..., exemples cités par C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 2.

¹⁹ Le droit espagnol admet également la nullité du mariage (art. 73 et s. C. civ., *nullidad del matrimonio*).

²⁰ Ce délai peut être inférieur s'il est certifié que la vie, l'intégrité physique, la liberté, l'intégrité morale ou la liberté et l'intégrité sexuelle du conjoint demandeur ou des enfants communs ou encore des enfants de l'un ou de l'autre époux, sont en danger, v. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 2.

²¹ L'Espagne possède 17 communautés autonomes.

²² V. art. 73 GG : la compétence législative exclusive de l'État fédéral suppose la nécessité d'une réglementation unitaire sur tout le territoire fédéral. Il en va ainsi par exemple des affaires étrangères, de la défense, de la nationalité au sein de la Fédération, de la monnaie officielle, de l'heure officielle etc. (la liste ne contient pas moins de quatorze points, très détaillés). La Loi fondamentale allemande précise que dans le domaine de la compétence législative exclusive de la Fédération, les *Länder* – États fédérés – n'ont le pouvoir de légiférer que si une loi fédérale les y autorise expressément et dans la mesure prévue par cette loi (article 71 GG).

Gesetzgebungsbefugnis des Bundes und der Länder)²³, et si droit civil et procédure civile notamment relèvent du pouvoir législatif concurrent, ce qui signifie qu'en théorie, tant le Parlement fédéral que les parlements régionaux pourraient adopter des lois dans ces domaines, la pratique est tout autre. En effet, le droit civil comme la procédure civile ont depuis très longtemps (1896 pour le BGB, Code civil allemand, maintes fois modifié depuis lors, 1877 pour le ZPO, Code allemand de procédure civile) fait l'objet de textes unifiés sur tout le territoire et qui font désormais, depuis la création de la République fédérale d'Allemagne en 1949, partie du droit fédéral (et non pas régional). Il est en effet admis que l'unité juridique ou économique rendent nécessaire, notamment dans ces domaines, une législation fédérale dans l'intérêt de l'ensemble de l'État. Dès lors, aucune disposition substantielle ou procédurale relative au divorce n'est de nature régionale ; le droit et la procédure du divorce sont les mêmes sur tout le territoire fédéral.

En Espagne, le droit *procédural* relève du pouvoir de législation *exclusif* de l'État espagnol en vertu de l'article 149, 6° de la Constitution espagnole de 1978, selon lequel l'État espagnol jouit d'une compétence exclusive en matière de droit commercial, pénal et pénitentiaire *ainsi qu'en droit procédural*, sans préjudice toutefois de nécessités spécifiques dérivant des particularités du droit matériel des communautés autonomes²⁴. La procédure de divorce est donc totalement unifiée sur le territoire espagnol.

Pour des raisons historiques, la Pologne a connu des périodes d'évolutions assez proches de celles de la Bulgarie, et des changements législatifs importants entre 1945 et 1950. La Pologne devint indépendante en 1918 mais c'est seulement en 1945 que fut adopté un droit du divorce unifié sur tout son territoire (loi sur le mariage du 25 septembre 1945). Le divorce pouvait être prononcé par le tribunal dans les cas où la vie matrimoniale était détruite de façon permanente (ce qui revient à la notion de rupture irrémédiable du lien conjugal). La loi donnait des illustrations de motifs pouvant conduire à une telle situation : adultère, menaces d'attenter à la vie du conjoint, conduite de débauche ou dissolue, infractions pénales, alcoolisme, addiction à la drogue, maladie vénérienne ; maladie mentale depuis plus d'un an ou encore impuissance. Le juge pouvait toutefois refuser de prononcer le divorce si ce dernier était contraire à l'intérêt des enfants mineurs. Si une séparation de fait des époux n'était pas une condition requise pour demander le divorce, le tribunal devait, dans chaque cas, désigner l'époux « coupable » de la rupture irrémédiable du lien conjugal.

²³ Les domaines de compétence législative concurrente sont extrêmement nombreux et comprennent notamment le droit civil, la procédure civile et pénale et pratiquement tout le droit privé, mais il est clairement donné priorité à la Fédération dans ces différents domaines, car l'article 72 GG, alinéa 1^{er}, énonce que dans le domaine de la compétence législative concurrente, les *Länder* ont le pouvoir de légiférer aussi longtemps et pour autant que la Fédération n'a pas fait par une loi usage de sa compétence législative. L'article 74 GG contient une liste de 33 points très larges de compétence législative concurrente.

²⁴ Art. 149, 6° de la Constitution espagnole : «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias. [...] 6. Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”.

Le divorce était également possible du consentement mutuel des époux, à condition toutefois que le mariage ait duré au moins trois ans. Une réforme intervint en 1950 (Code de la famille du 27 juin 1950), qui supprima l'énumération des conditions préalables à la demande en divorce en remplaçant ces dernières par une formule générale : « chaque époux peut demander au tribunal de prononcer le divorce si, pour des raisons sérieuses, la vie matrimoniale des époux s'est complètement désintégrée de façon permanente »²⁵. Le divorce ne pouvait toutefois pas être obtenu s'il était demandé par l'époux exclusivement responsable de la rupture irrémédiable, sauf consentement du conjoint au divorce²⁶. La faute n'était donc pas complètement écartée, puisque le tribunal devait s'interroger sur le point de savoir quel époux portait la responsabilité de l'échec de l'union. Il était toutefois possible aux époux de demander au tribunal de ne pas se prononcer sur cette responsabilité. Le droit positif découle aujourd'hui du Code de la famille et des tutelles du 25 février 1964, entré en application le 1^{er} janvier 1965, mais modifié en 2008 quant aux conséquences du divorce en matière d'autorité parentale. Ainsi, le droit polonais s'est assez tôt tourné, comme d'autres États de l'Europe de l'Est et les pays nordiques, vers une cause objective de divorce, la rupture irrémédiable du lien conjugal, en s'efforçant de faire reculer le rôle de la faute.

De même, la *Roumanie*, ancien pays du bloc de l'Est, a connu des changements importants dans son droit au moment de l'entrée en application d'un régime communiste au début des années 50. De 1864 à 1954 s'appliqua le régime du Code civil²⁷ (très inspiré du Code civil français de l'époque), selon lequel le divorce pouvait être obtenu en cas d'adultère du mari ou de la femme, pour excès, sévices ou injures graves, ou encore sur le fondement du consentement mutuel des époux, ce qui était progressiste et correspondant à la version initiale du Code Napoléon avant sa modification par la loi du 8 mai 1816. Pendant le régime communiste (1954-1989), le divorce fit l'objet d'une législation très restrictive et ne pouvait être prononcé que si les relations entre époux, en raison d'une faute de l'un d'eux, étaient gravement et irrémédiablement affectées. Le divorce par consentement mutuel fut supprimé. La révolution roumaine de 1989 maintint la législation antérieure sur le divorce mais en lui apportant de notables assouplissements. Une loi 59/1993 de 1993 réintroduisit le divorce par consentement mutuel, admis toutefois uniquement si les époux n'avaient pas d'enfants communs mineurs et si le mariage avait duré au moins un an ; ces restrictions ont été supprimées récemment par une loi 208/2010. Cette même loi a permis le divorce *devant le notaire ou l'officier d'état civil*, l'officier d'état civil n'étant toutefois compétent qu'en

²⁵ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 2 et la traduction en anglais de la formule polonaise de la loi par A. MACZYŃSKI et T. SOKOŁOWSKI, Polish report, in *Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia 2002, consultable sur le site internet de la CEFL <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Poland-Divorce.pdf>, document p. 3 (date de la dernière consultation : 9 févr. 2015).

²⁶ Le divorce pouvait en outre également être refusé s'il était contraire à l'intérêt des enfants mineurs communs des époux, v. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 2.

²⁷ A l'époque existait également la séparation de corps. Elle n'a pas été réintroduite dans le nouveau Code civil roumain après 1989, v. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 4.

l'absence d'enfants mineurs nés du mariage. Là encore, l'évolution va vers une exclusion de la faute comme cause de divorce au profit de faits objectifs ou de l'accord des époux pour mettre fin à l'union.

L'évolution vers un effacement, partiel ou total, de la faute dans le divorce et vers une faveur au consentement mutuel des époux, apparaît également en Grèce²⁸. De 1821 à 1920 s'est appliquée la Novelle 117 de Justinien sur le divorce, qui reposait sur le concept de faute. Puis fut adoptée la loi 2228/1920 qui retenait plusieurs causes de divorce : la faute, des faits non fautifs et, nouveauté, la notion générale de trouble fort de la relation conjugale dû à un comportement fautif du défendeur. Lorsque le Code civil hellénique entra en vigueur le 23 février 1946, il reprit presque entièrement les causes de divorce de la loi de 1920²⁹. La grande réforme libérale grecque fut réalisée par la loi 1329/1983, qui introduisit le divorce-faillite en droit grec en remplacement du divorce-sanction admis jusqu'alors. Désormais, il existe deux situations possibles : 1° chaque époux peut demander le divorce lorsque, pour des motifs tenant à la personne du défendeur, la relation conjugale est gravement altérée si bien que le maintien de l'union est insupportable pour le demandeur (art. 1439, al. 1^{er} C. civ. grec). L'altération est irréfragablement présumée lorsque les époux vivent séparés de fait depuis deux ans³⁰ au moins (art. 1439, al. 3 C. civ. grec). 2° le divorce par consentement mutuel est également prévu (art. 1441 C. civ. grec). Là encore, la réforme s'est faite en deux temps : un premier temps de libéralisation (1983), un second d'assouplissement supplémentaire (2008).

La Hongrie ne fait pas exception à ce mouvement de libéralisation des années 1970. L'évolution de son droit du divorce s'est réalisée essentiellement en trois étapes, une quatrième étant à venir prochainement³¹. Une loi de 1894 n'admettait le divorce que pour faute de l'un des époux ou des deux ; la déclaration de culpabilité était un élément constitutif du jugement prononçant le divorce. Les causes de divorce prévues par la loi de 1894 furent maintenues après la réforme de 1945, qui admit en outre trois nouvelles causes indépendantes de la notion de faute (1° maladie mentale d'un époux depuis trois ans au moins ; 2° séparation des époux ininterrompue depuis cinq ans au moins ; 3° consentement mutuel des époux). Parmi les causes de divorce, certaines étaient qualifiées de causes relatives, alors que les autres étaient absolues. En cas de cause relative, le divorce ne pouvait être prononcé que si « après avoir soigneusement apprécié la personnalité et les

²⁸ Les dispositions sur le divorce sont actuellement contenues dans les art. 14 à 20 et 1438 à 1446 du Code civil grec ainsi que dans les art. 17, 592 à 613 et 681 B du Code de procédure civile grec.

²⁹ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 2 : les fautes pouvaient être l'adultère, l'abandon malicieux du conjoint pendant deux ans, l'attentat à la vie du conjoint, l'ébranlement de la relation conjugale par la faute du défendeur ; les faits non fautifs admis étaient l'absence, l'aliénation mentale, la lèpre, l'impuissance de l'homme, déjà existante lors de la célébration du mariage.

³⁰ Initialement, la loi de 1983 prévoyait une séparation de fait de quatre ans, mais ce délai a été ramené à deux ans par une loi 3719/2008.

³¹ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 2 et 3.

conditions des époux, le juge constate un ébranlement du lien matrimonial tel que le maintien de la vie commune est devenu insupportable pour le demandeur ». En 1952 fut adoptée la loi IV sur la famille, qui est encore aujourd'hui en vigueur, après diverses modifications : elle supprimait le principe de la faute et prévoyait initialement que la seule cause de divorce était l'échec du mariage³², mais n'autorisait pas le divorce par consentement mutuel. Ce dernier fut réintroduit en 1963, par une directive de la Cour Suprême, en tant que cause de divorce relative. Une loi complémentaire de 1974 modifiant la loi IV. de 1952 sur la famille régla le divorce par consentement mutuel ; elle fut légèrement modifiée par une loi de 1986. Si la faute a disparu des causes de divorce, elle conserve encore une certaine importance dans le règlement de certaines questions accessoires lors du divorce.

Il apparaît ainsi que la plupart des droits nationaux étudiés témoignent d'un assouplissement des conditions du divorce, qui était déjà admis par la loi mais dans des conditions plus restrictives, dans les années 1970. L'Italie constitue une exception, car elle n'a autorisé le divorce qu'en 1970 (loi n°898 du 1^{er} décembre 1970). Le divorce devint possible en cas d'« impossibilité de maintenir ou de reconstruire la communauté entre les époux », à laquelle devait s'ajouter une autre condition parmi celles listées par la loi³³. En 1978 (loi n°436) fut ajoutée une cause de divorce (le changement de sexe d'un époux suite à une décision judiciaire modifiant l'état civil de celui-ci). Une loi n°74 du 6 mars 1987 raccourcit la durée de la séparation de fait pouvant fonder la demande en divorce (cette durée est aujourd'hui de trois ans). L'Italie, par l'évolution de sa législation et en raison de sa tradition catholique, témoigne d'une réticence marquée à l'instauration du divorce. Lorsqu'il a enfin été rendu possible en 1970, cela a été à des conditions extrêmement restrictives qui, peu à peu, s'assouplissent, mais demeurent parmi les plus sévères des législations faisant l'objet de cette étude. La réticence se traduit même par les mots employés : la loi italienne n'utilise jamais le mot « *divorzio* », mais uniquement l'expression « *scioglimento del matrimonio* » (dissolution du mariage). En 2006 (loi n°54 du 8 février 2006) furent introduites de nouvelles règles portant sur certaines conséquences du divorce (exercice de l'autorité parentale après divorce).

Par opposition à l'Italie, et à une époque proche de celle de la Belgique, l'Angleterre et le Pays de Galles autorisèrent le divorce dès 1857 (*Matrimonial Causes Act 1857*), supprimant par voie de conséquence la séparation *a mensa et thoro* (séparation de corps) qui était seule

³² V. ancien article 18, alinéa 1er de la loi sur la famille, qui énonçait que le mariage doit être dissous à la requête de l'un des époux « pour une cause sérieuse et fondée ». Cette clause générale était complétée par l'alinéa 2 du même article, en vertu duquel lors de l'examen de l'existence de causes sérieuses et fondées pour la dissolution du mariage, il convient de prendre en considération l'intérêt de l'enfant commun.

³³ Ces conditions étaient la séparation de fait des époux depuis cinq ans au moins (dont le délai courait à partir du moment où les parties se présentaient devant le juge), voire sept ans en cas de faute exclusive du demandeur - *colpa esclusiva dell'attore* -, ou la non consommation du mariage, le divorce obtenu par un des époux, de nationalité étrangère ainsi que divers motifs fondés sur des infractions pénales), v. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 21.

admise jusque-là. Les causes de divorce étaient restrictives, et différentes pour le mari et pour la femme : le premier pouvait obtenir le divorce en cas d'adultère de son épouse, alors que celle-ci devait, pour ce faire, établir un adultère aggravé (inceste, bigamie, violences sur l'épouse, ou abandon de cette dernière depuis plus de deux ans). Le *Matrimonial Causes Act* de 1923 mit fin à cette différence de traitement entre mari et femme dans l'accès au divorce. En 1937 furent admises de nouvelles causes de divorce, toutes fondées sur une faute conjugale (abandon d'un époux depuis plus de trois ans, cruauté, insanité d'esprit incurable d'un époux depuis plus de cinq ans). La grande réforme du divorce intervint par le *Divorce Reform Act* de 1969 et le *Matrimonial Causes Act* de 1973. La loi de 1968 instaura une cause unique de divorce : la rupture irrémédiable du lien matrimonial (*irretrievable breakdown of marriage*). Il semble toutefois que cette réforme, qui tendait à objectiver le motif du divorce et à faciliter son prononcé, n'ait pas permis d'écarter complètement toute référence à la faute, qui continua à être mentionnée afin d'établir la rupture irrémédiable du mariage. Le *Family Law Reform Act* de 1996 s'efforça de supprimer le renvoi systématique à des causes de rupture afin de pacifier la procédure de divorce, en accordant aux époux un délai de réflexion avant de faire une déclaration de rupture irrémédiable de leur union ; pendant ce délai de réflexion devait être favorisée la médiation, mais en l'absence d'adoption des textes d'application de la réforme de 1996, cette dernière n'est pas entrée en vigueur³⁴.

Les Pays-Bas ont connu de fortes évolutions. A l'issue de l'occupation française (1804 à 1813), un nouveau Code civil entra en vigueur en 1838, dont le Livre premier était consacré au droit de la famille. Ce Code a connu de nombreuses réformes. Avant l'entrée en vigueur de l'importante réforme de 1971, quatre causes de divorce étaient prévues par la loi (v. ancien art. 1:161 du Code civil néerlandais) : l'adultère, l'abandon malicieux, la condamnation pour certaines infractions pénales, la cruauté. La loi du 6 mai 1971, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1971, remplaça ces différents motifs par un seul : l'échec irrémédiable du mariage (Art. 1:151 du Code civil néerlandais) et introduisit ainsi le divorce sans faute. Il est remarquable que l'échec irrémédiable du mariage n'ait pas à être prouvé ; c'est seulement en cas d'opposition d'un époux au divorce que le juge recherchera si la rupture du mariage est consommée, ce qui semble ne jamais conduire à un rejet de la demande en divorce³⁵. Les évolutions diverses connues par le droit matériel et procédural du divorce aux Pays-Bas depuis 1973 tendent à simplifier l'accès au divorce, sa procédure et à en limiter le coût. Le recours à la médiation est également favorisé³⁶. Depuis le 1^{er} avril 2001, le mariage

³⁴ V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 2.

³⁵ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 2.

³⁶ V. déjà K. BOELE-WOELKI, O. CHEREDNYCHENKO et L. COENRAAD, Grounds for divorce and maintenance between former spouses, The Netherlands, sept. 2002, sur le site internet de la Commission on European Family Law (CEFL), <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Netherlands-Divorce.pdf> (dernière consultation : 9 févr. 2015).

– et par voie de conséquence le divorce – sont ouverts aux personnes de même sexe³⁷. En cas de désunion durable, les époux peuvent demander une séparation judiciaire³⁸ ou bien le divorce. Ce dernier peut être formé par requête conjointe ou par requête unilatérale d'un époux. A compter du 1er mars 2009, le législateur néerlandais supprima la possibilité des "*flash divorces*", qui consistait pour les époux à convertir leur mariage en partenariat enregistré par déclaration au registre des naissances, des décès et des mariages, puis à faire une déclaration commune de résiliation du partenariat³⁹.

Enfin, parmi les droits étudiés, celui de la *Suède*, représentant les pays nordiques au sein de cette recherche, est à la fois le plus particulier et le plus progressiste depuis très longtemps. Dès la loi sur la célébration et la dissolution du mariage de 1915 (*Act on the Celebration and Dissolution of Marriage*), le cadre fut fixé : le divorce pouvait être prononcé en cas de rupture profonde et permanente du lien matrimonial, dès lors que les époux avaient vécu séparément pendant au moins un an à la suite d'une décision judiciaire de séparation légale (= séparation de corps). Le divorce pouvait également être obtenu sans délai pour certaines fautes (adultère, abandon...) ou si les époux vivaient séparés depuis trois ans en raison de l'échec de leur union. La grande réforme moderne eut lieu en Suède dès 1973⁴⁰ : elle supprima toute référence à une cause de divorce, ainsi que la séparation de corps et la nullité du mariage. Désormais, chaque époux dispose du *droit* de demander le divorce de façon unilatérale, sans avoir à invoquer ni établir un motif pour cela. Les époux peuvent *a fortiori* demander le divorce par requête conjointe s'ils souhaitent tous deux mettre fin au mariage. Les règles applicables se trouvent désormais dans le Code suédois sur le mariage. Depuis 2009, le mariage est ouvert aux couples de même sexe, auxquels s'applique également, par voie de conséquence, la législation sur le divorce. La modernité du droit suédois, comme de celui des autres pays nordiques, est non seulement considérable, mais également ancienne. On comprend dès lors que la législation sur le divorce soit

³⁷ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 2. En 2013, 64 549 mariages furent conclus (63 327 entre un homme et une femme, 522 entre deux hommes et 700 entre deux femmes). La même année 2013, 9 445 partenariats furent enregistrés (9 038 entre un homme et une femme, 208 entre deux hommes et 199 entre deux femmes, v. Statistics Netherlands: (dernière consultation : 9 févr. 2015). Le partenariat enregistré est possible entre personnes de sexe différent comme entre personnes de même sexe ; il entraîne pratiquement les mêmes conséquences que le mariage, mais les partenaires ne peuvent demander la séparation judiciaire, qui peut en revanche être sollicitée par des époux. Il En 2010, le nombre de couples de même sexe cohabitant était d'environ 57 000, dont un sur trois avait opté pour le mariage (environ 11 000) ou le partenariat enregistré (plus de 6 000), v. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 2.

³⁸ Les époux judiciairement séparés peuvent à tout moment demander conjointement la conversion de la séparation en divorce (art. 1 :181 C. civ. néerlandais). Une requête unilatérale en divorce d'un époux est recevable si la séparation a duré au moins trois ans et que les époux ne se sont pas réconciliés (art. 1:179, al. 1^{er} C. civ. néerlandais) ; ce délai peut être réduit à un an s'il ne peut être exigé de l'époux qu'il reste marié (par ex. en cas de violences ou autre comportement fautif, v. art.1:179, al. 2).

³⁹ Pour des statistiques sur ce type de divorce en 2008, v. <http://www.cbs.nl/en-GB/menu/themas/dossiers/vrouwen-en-mannen/publicaties/artikelen/archief/2010/2010-3017-wm.htm> (dernière consultation : 9 févr. 2015).

⁴⁰ Elle entra en vigueur le 1^{er} janvier 1974, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 2.

considérée comme fonctionnant bien dans la société suédoise et comme ne nécessitant pas de nouvelles réformes.

2. La prospective

Sur l'ensemble des États membres faisant l'objet de l'étude, peu envisagent dans un avenir proche une réforme de leur droit du divorce, que la législation actuelle soit jugée satisfaisante ou qu'elle soit issue de lois récentes. Ainsi, aucun projet n'est préparé ou débattu à l'heure actuelle en Allemagne, en Belgique, en Bulgarie, en France, en Grèce, en Pologne, en Roumanie ou encore en Suède.

Quelques projets sont en cours d'étude, dont l'issue n'est pas assurée : ainsi, en *Autriche*, des parlementaires ont souligné le besoin de moderniser le droit du divorce et deux propositions de loi ont été déposées, tendant à supprimer le divorce pour faute et à revoir les causes de divorce et de nullité du mariage. Le comité de la justice n'a pas encore entamé ses délibérations.

De même, en *Espagne*, le ministère de la justice travaille actuellement sur un projet de loi envisageant le divorce devant notaire en cas de consentement mutuel des époux, d'absence d'enfants mineurs et d'incapacité juridique, et ce à un coût minime (il serait question de 95 euros). Les époux auraient le choix entre juge et notaire (« *según entiendan más conveniente para sus intereses* »). Le notaire pourrait également célébrer le mariage. Là encore, la loi n'a pas encore été adoptée mais un avant-projet de loi a été présenté en février 2014. L'objectif est de « recentrer le juge sur son cœur de métier ». Le gouvernement des *Pays-Bas* a, lui, annoncé fin 2011⁴¹ qu'il autoriserait le divorce purement administratif pour les couples n'ayant pas d'enfant mineur et s'étant entendus sur les conséquences du divorce. La réforme n'a pas encore été adoptée. Pour l'instant, parmi les droits nationaux étudiés, seule la Roumanie admet une telle dissolution du mariage devant notaire (ou même devant l'officier d'état civil). Cette question du divorce extrajudiciaire, ou en tout cas du divorce sans juge, est toutefois régulièrement évoquée dans un certain nombre de pays, dont la France⁴².

L'*Italie* envisage également de modifier son droit du divorce, mais de façon assez sommaire : le parlement italien est actuellement saisi de deux projets de loi tendant à

⁴¹ "Bruggenslaan", Kamerstukken 2011/12, 33 410, n°. 15, p. 27, v. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 3.

⁴² V. à ce sujet la position de la Commission Guinchard en 2008, *Rapport Guinchard, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Doc. Française 2008, qui écarte le divorce non judiciaire. Comp. *Rapport Delmas-Goyon, Le juge du XXI^{ème} siècle, Un citoyen acteur, une équipe de justice*, déc. 2013, et ses propositions n°20 (entretien initial avec le greffier juridictionnel, dans tous les contentieux devant le juge aux affaires familiales, sauf le divorce par consentement mutuel, afin de rechercher des « possibilités de règlement négocié ») et n°49 (donner au greffier juridictionnel une compétence propre pour le prononcé du divorce par consentement mutuel).

réduire de trois ans à six mois la durée de la séparation requise avant que le divorce puisse être prononcé⁴³.

En Angleterre et au Pays de Galles, deux projets de réforme sont envisagés⁴⁴, qui portent toutefois sur un aspect très particulier du divorce (et essentiellement du règlement contractuel de ses conséquences) suite à la décision importante de la Cour suprême *Radmacher v. Granatino* 2010⁴⁵. Il s'agit de réglementer la validité des conventions matrimoniales anténuptiales, ou bien conclues durant le mariage ou encore au moment de la séparation des époux⁴⁶. Un second rapport⁴⁷ contient des propositions en matière de biens propres des époux. Enfin, une loi anglaise a ouvert le mariage aux personnes de même sexe d'ici 2015 ; le texte loi en ce sens a été adopté.

Quant à la Hongrie, elle poursuit son projet de codification du droit civil engagé depuis maintenant une quinzaine d'années. Le Code civil hongrois devrait entrer en vigueur en 2014 et son quatrième tome traitera du droit de la famille. Les nouvelles dispositions distingueront plus nettement les règles relatives au divorce par consentement mutuel et celles qui s'appliquent aux autres cas de divorce. Le divorce par consentement mutuel fera l'objet d'une nouvelle approche, autonome, et le consentement des deux époux ne sera donc plus analysé comme une preuve de la rupture complète, irréversible et irrémédiable du lien matrimonial. De façon moderne, et comme cela est déjà le cas dans de nombreux droits nationaux, le consentement mutuel sera dorénavant considéré comme un motif de divorce à part entière, sans que doivent être recherchées des causes, si bien que le tribunal devra simplement s'assurer du consentement des deux époux⁴⁸. La médiation sera favorisée et interviendra à l'initiative des parties ou du juge, dans les deux cas seulement avec l'accord des époux⁴⁹. D'autres modifications d'importance seront apportées au droit du divorce et notamment de ses conséquences⁵⁰. C'est sans doute la Hongrie qui va connaître, dans les

⁴³ V. M.D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 3.

⁴⁴ V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 3.

⁴⁵ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 427.

⁴⁶ V. *Marital Property Agreements*, rapport remis le 11 avril 2011, disponible en ligne : <http://lawcommission.justice.gov.uk/consultations/marital-propertyagreements.htm> (dernière consultation : 9 févr. 2015).

⁴⁷ *Matrimonial Property, Needs and Needs*, rapport remis le 11 décembre 2012, consultable en ligne : http://lawcommission.justice.gov.uk/consultations/matrimonial_property.htm (dernière consultation : 9 févr. 2015).

⁴⁸ Il existe à l'heure actuelle encore un deuxième type de divorce par consentement mutuel en droit hongrois, qui trouve à s'appliquer lorsque les époux vivent séparément depuis trois ans et attestent qu'ils ont réglé les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux du divorce envers leurs enfants mineurs dans le respect de l'intérêt de ceux-ci.

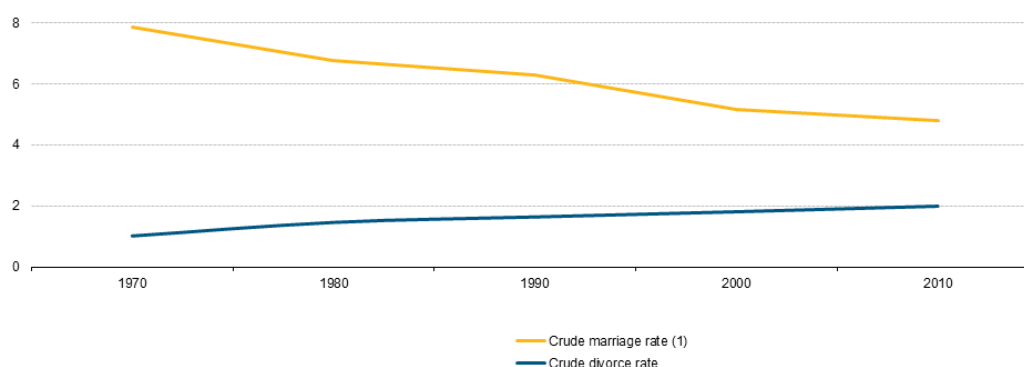
⁴⁹ Nouveau code civil hongrois, 4ème tome sur le droit de la famille, 4:22.

⁵⁰ Ainsi, si les obligations alimentaires entre ex-époux demeureront en principe inchangées, la durée de leur vie commune jouera un plus grand rôle et l'obligation alimentaire entre anciens époux n'ayant pas eu

années à venir, les modifications substantielles les plus importantes en matière de divorce, sauf toutefois si les réformes envisagées en Autriche étaient adoptées par le Parlement.

B. Evolution statistique comparée

Il peut tout d'abord être noté sur un plan général une tendance nette à la diminution du nombre des mariages et à l'augmentation de celui des divorces dans les différents pays d'Europe. Des statistiques établies par Eurostat datant d'octobre 2011 l'attestent⁵¹ :



(¹) 2008 instead of 2010.

Source: Eurostat (online data codes: demo_nind and demo_ndivind)

Figure 1: Crude marriage and divorce rates, EU-28, 1970–2010 (per 1 000 inhabitants) - Source: Eurostat ([demo_nind](#)) and ([demo_ndivind](#))

(Taux brut de mariages et de divorces dans l'Union européenne, 28 États membres, 1970-2010, pour 1000 habitants).

d'enfantcommun et dont le mariage aura duré moins d'un an sera alignée quant à sa durée sur celle du mariage, sauf cas exceptionnels (Nouveau code civil hongrois, 4ème tome sur le droit de la famille, 4:29 § 3), v. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 3.

⁵¹ Marriage and divorce statistics, consultable en anglais sur le site internet d'Eurostat, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics (dernière consultation : 9 févr.2015).

Population

Mariages et divorces

Tableau 2 : Taux brut de divorce (1960-2012)

(pour 1 000 habitants)⁵²

	1960	1970	1980	1990	2000	2010
EU-27 (2)(3)	:	1,0	1,5	1,6	1,8	2,0
Belgique	0,5	0,7	1,5	2,0	2,6	3,0
Bulgarie	:	1,2	1,5	1,3	1,3	1,5
République tchèque	1,4	2,2	2,6	3,1	2,9	2,9
Danemark	1,5	1,9	2,7	2,7	2,7	2,6
Allemagne	1,0	1,3	1,8	1,9	2,4	2,3
Estonie	2,1	3,2	4,1	3,7	3,1	2,2
Irlande	-	-	-	-	0,7	0,7
Grèce (3)	0,3	0,4	0,7	0,6	1,0	1,2
Espagne	-	-	-	0,6	0,9	2,2
France (3)(4)	0,7	0,8	1,5	1,9	1,9	2,1
Italie (2)(5)	-	0,3	0,2	0,5	0,7	0,9
Chypre (5)	:	0,2	0,3	0,6	1,7	2,2
Lettonie	2,4	4,6	5,0	4,0	2,6	2,2
Lituanie	0,9	2,2	3,2	3,4	3,1	3,0
Luxembourg	0,5	0,6	1,6	2,0	2,4	2,1

⁵² Le tableau comprend les 28 États membres de l'Union européenne et sept autres États d'Europe ainsi que la Turquie qui n'en sont pas membres. La Croatie est devenue membre de l'Union européenne le 1^{er} juillet 2013. Tableau traduit en français, mais consultable en anglais sur le site internet d'Eurostat, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics (dernière consultation : 9 févr. 2015).

Hongrie	1,7	2,2	2,6	2,4	2,3	2,4
Malte	-	-	-	-	-	-
Pays-Bas (5)	0,5	0,8	1,8	1,9	2,2	1,9
Autriche	1,1	1,4	1,8	2,1	2,4	2,1
Pologne	0,5	1,1	1,1	1,1	1,1	1,6
Portugal (5)	0,1	0,1	0,6	0,9	1,9	2,5
Roumanie	2,0	0,4	1,5	1,4	1,4	1,5
Slovénie	1,0	1,1	1,2	0,9	1,1	1,2
Slovaquie	0,6	0,8	1,3	1,7	1,7	2,2
Finlande	0,8	1,3	2,0	2,6	2,7	2,5
Suède	1,2	1,6	2,4	2,3	2,4	2,5
Royaume Uni (5)	:	1,0	2,6	2,7	2,6	2,0
Islande	0,7	1,2	1,9	1,9	1,9	1,8
Liechtenstein	-	-	:	:	3,9	2,4
Norvège	0,7	0,9	1,6	2,4	2,2	2,1
Suisse	0,9	1,0	1,7	2,0	1,5	2,8
Monténégro	:	:	:	:	:	0,8
Croatie	1,2	1,2	1,2	1,1	1,0	1,1
FYR of Macédoine	0,7	0,3	0,5	0,4	0,7	0,8
Turquie	:	:	:	:	:	1,6

(1) Le divorce n'était pas possible en Italie avant 1970, en Espagne avant 1981, en Irlande avant 1995 et à Malte avant 2011. (2) 1971 au lieu de 1970.

(3) 2008 au lieu de 2010.

(4) Excluant les départements français d'Outre Mer de 1970 à 1990

(5) 2009 au lieu de 2010.

Source: Eurostat (online data code: demo_ndivind)

Si le nombre de mariage célébrés au sein de l'Union européenne en 2009 était de 2,3 millions, les divorces prononcés en 2008 s'élevaient, eux, à 1,0 million. Le taux brut de mariage était ainsi de 4,5 pour 1 000 habitants alors que le taux brut de divorce était de 2,0⁵³. Eurostat relève entre 1970 et 2009 une chute de 34% du nombre de mariages⁵⁴ dans l'Union européenne et un doublement du nombre des divorces (passant ainsi de 1,0 pour 1 000 habitants à 2,0).

Le taux brut de divorce est le plus bas en *Irlande* (0,7 pour 1 000 habitants en 2010) et en *Italie* (0,9 en 2009) pour des raisons religieuses ; il est globalement plus bas dans les pays du sud de l'Europe (comme la *Grèce*, par exemple, avec 1,2 pour 1 000 habitants). Les pays ayant les plus hauts taux de divorce en 2010 sont la *Belgique* et la *Lituanie* (3,0 pour 1000 habitants) ainsi que la *République tchèque* (2,9). La *France* se situe en milieu de peloton avec un taux de 2,1 pour 1 000 habitants tout comme l'*Autriche* et la *Norvège* (*Pays-Bas* : 1,9 ; *Royaume Uni* : 2,0 ; *Espagne* : 2,2 ; *Allemagne* : 2,3). *Finlande* et *Suède* ont un taux plus élevé (2,5).

Tous les rapports nationaux ont pu communiquer des données statistiques relatives au nombre de divorces prononcés dans le pays concerné, à l'exception de la Roumanie. La richesse et le caractère informatif varient d'un État à l'autre.

Pour l'*Allemagne*, qui comptait 81 844 000 habitants en 2011⁵⁵, les statistiques sur quatre années démontrent une stabilité assez grande du nombre de divorces. Le taux de divorces et égal à la moitié du taux de mariages entre 2008 et 2011.

Mariages et divorces en Allemagne ⁵⁶				
	2008	2009	2010	2011
Mariages	377 055	378 439	382 047	377 816
pour 1 000 habitants	4,6	4,6	4,7	4,6
Divorces	191 948	185 817	187 027	187 640
pour 1 000 habitants	2,3	2,3	2,3	2,3

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Les pays ayant le plus fort taux de mariages en 2010 sont Chypre (7,9 mariages pour 1 000 habitants) et la Pologne (6,0) alors que les pays ayant le taux le plus bas étaient la Bulgarie et la Slovénie (3,2), v. Eurostat, Marriage and divorce statistics, préc.

⁵⁵ V. <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/1217/umfrage/entwicklung-der-gesamtbevoelkerung-seit-2002/> (dernière consultation : 9 janvier 2013).

⁵⁶ V. les informations disponibles sur le site internet

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/Bevoelkerungsbewegung/Scheidungsstatistik2010140107004.pdf?__blob=publicationFile (dernière consultation : 8 janvier 2013).

En Angleterre et au Pays de Galles, qui avaient en mars 2011 une population de 56, 1 millions de personnes⁵⁷, les statistiques du Ministère de la Justice pour 2008 indiquent que 214 ordonnances de séparation (*Judicial Separation orders*) ont été rendues ; il s'agit donc là d'un mode très peu utilisé d'organisation de la séparation conjugale. Selon les statistiques du Bureau des statistiques nationales (*Office for National Statistics*), 119 589 divorces ont été prononcés en 2010, ce qui établit le taux brut de divorce parmi la population des couples mariés à 2,0 pour 1 000. Le schéma ci-dessous traduit, après une hausse presque constante du nombre des divorces, une diminution depuis 2005.

Évolution du taux de divorce en Angleterre et au Pays de Galles (1971-2009)



Source: Office for National Statistics

<http://www.statistics.gov.uk/hub/population/families/marriages--cohabitations--civil-partnerships-and-divorces/index.html>

⁵⁷ V. <http://www.ons.gov.uk/ons/rel/mro/news-release/census-shows-population-of-england-and-wales-is-over-56-million/censusengwalnr0712.html> (dernière consultation : 8 janvier 2013). Par rapport à 2001, il s'agit d'une augmentation importante de 3,7 millions (soit 7%), le nombre d'habitants s'élevant en 2001 à 52,4 millions. Cette augmentation est la plus conséquente depuis 1801

En *Autriche*, qui comptait au 31 octobre 2011 environ 8 430 558 habitants⁵⁸, le nombre de divorces prononcés en 2011 était de 17 295⁵⁹ (soit un taux de divorce de 43,02%)⁶⁰. Le taux brut de divorce était en 2010 de 2,1 pour 1 000 habitants⁶¹. Toutefois, comme en Angleterre mais depuis deux ans de moins, le nombre de divorces tend à baisser depuis 2007⁶². Les statistiques autrichiennes montrent en outre que sur 100 divorces, plus de 86 ont lieu par consentement mutuel. 19 451 enfants sont de parents divorcés⁶³.

La *Belgique*, qui comptait 11 035 948 habitants au 1^{er} janvier 2012⁶⁴, est un des pays dans lesquels le taux de divorce est le plus élevé. En 2010, le taux brut de divorce était de 3,0 pour 1 000 habitants⁶⁵. En 2009, 32 606 divorces furent transcrits en marge des registres d'état civil⁶⁶, ce qui constitue un pic élevé ; en 2010, le nombre baissa à 28 903⁶⁷. La probabilité de divorcer est désormais de 2 sur 3 : sur 1 000 mariages célébrés en 2009, 645 (soit 64,5%, deux mariages sur trois) seront rompus par divorce après 49 ans de mariage, si les conditions de divortialité de 2009 restent identiques pendant toute cette période (indice conjoncturel

⁵⁸ V. Statistik Austria, consultable en ligne http://www.statistik.at/web_de/presse/059977 (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁵⁹ Parallèlement, en 2011, 13 partenariats enregistrés étaient dissous, v. Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/gleichgeschlechtliche_partnerschaften_eintragung_und_aufloesung/partnerschaftsaufloesungen/index.html (21.08.2012) (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁶⁰ Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/index.html (21.08.2012) (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁶¹ V. *supra* Population Mariages et divorces, Tableau 2 : Taux brut de divorce (1960-2010), pour 1 000 habitants.

⁶² Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/index.html (21.08.2012) (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁶³ Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/index.html (21.08.2012) (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁶⁴ V. Statistics Belgium, consultables sur internet, http://statbel.fgov.be/fr/statistiques/organisation/dgsie/diffusion/statbel/a_la_une_archives/a_la_une_2012/l_a_belgique_compte_plus_de_11_millions_d_habitants.jsp (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁶⁵ V. *supra* Population Mariages et divorces, Tableau 2 : Taux brut de divorce (1960-2010), pour 1 000 habitants. Seules la République tchèque (avec un taux de 2,9) et la Suisse (2,8) se rapprochent de la Belgique, v. *ibid.*

⁶⁶ V. SPE Economie – Dir. Gén. Statistiques. www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/index.html (21.08.2012) (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁶⁶ V. Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/index.html (21.08.2012), dernière consultation : 8 janvier 2013.

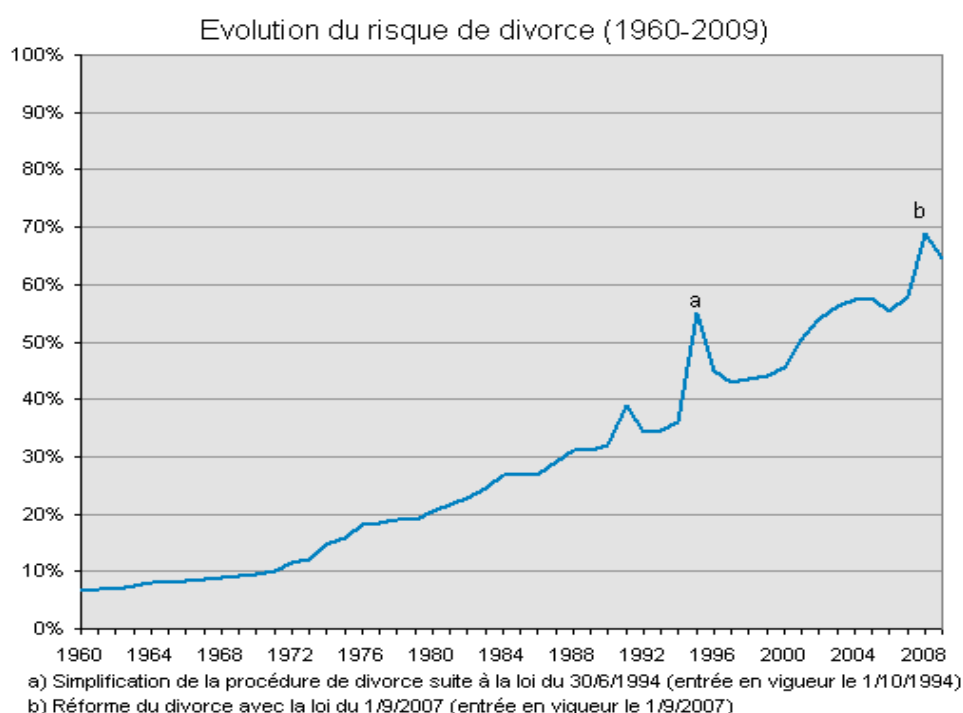
⁶⁶ V. SPE Economie – Dir. Gén. Statistiques et W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 5.

⁶⁷ V. http://statbel.fgov.be/fr/statistiques/chiffres/population/mariage_divorce_cohabitation/divorces/ (dernière consultation : 10 janvier 2013). En ce qui concerne les divorces d'époux de même sexe, il apparaît qu'ils s'élevaient en 2010 à 197 pour les couples d'hommes (2009 : 158 ; 2004 : 9), et à 252 pour les couples de femmes (2009 : 213 ; 2004 : 9), v. http://statbel.fgov.be/fr/statistiques/chiffres/population/mariage_divorce_cohabitation/divorces/homosexuel/ (dernière consultation : 10 janvier 2013).

de divortialité calculé par la Direction générale Statistique et Information économique)⁶⁸. Le taux de divorce est moins élevé en Flandre qu'en Wallonie⁶⁹. Il semble que la hausse du nombre des divorces se soit accrue considérablement à compter des années 70. En 1990, 20 331 divorces furent transcrits en marge des registres d'état civil ; en 2000, 27 002 ; en 2005, 30 840 et en 2009, 32 606⁷⁰, mais comme cela a été précédemment mentionné, l'année 2010, comme l'année 2009 par rapport à 2008, traduit un affaissement du nombre des divorces.

Statistiques belges sur l'évolution du risque de divorce

(1960-2009)⁷¹



⁶⁸ V. Statistics Belgium, consultables sur internet http://statbel.fgov.be/fr/statistiques/organisation/dgsie/diffusion/statbel/a_la_une_archives/a_la_une_2011/20110519_en_Belgique_la_probabilite_de_divorcer_est_de_2_sur_3.jsp, dernière consultation : 8 janvier 2013.

⁶⁹ Selon les conditions de divortialité de 2009 énoncées plus haut, un peu plus d'un mariage sur deux (50,6%) célébré en Flandre se terminerait par un divorce avant le 50^e anniversaire de mariage, tandis que ce chiffre serait de presque deux mariages sur trois (64,3%) en Wallonie., v. *ibid*.

⁷⁰ Ce qui constitue une diminution par rapport à 2008, année au cours de laquelle 35 366 divorces furent enregistrés à l'état civil, v. http://statbel.fgov.be/fr/statistiques/organisation/dgsie/diffusion/statbel/a_la_une_archives/a_la_une_2011/20110519_en_Belgique_la_probabilite_de_divorcer_est_de_2_sur_3.jsp (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁷¹ Tableau consultable sur Statistics Belgium, http://statbel.fgov.be/fr/statistiques/organisation/dgsie/diffusion/statbel/a_la_une_archives/a_la_une_2011/20110519_en_Belgique_la_probabilite_de_divorcer_est_de_2_sur_3.jsp, dernière consultation : 8 janvier 2013.

Au contraire, la *Bulgarie* – qui comptait, en février 2011, 7 364 570 habitants⁷² - fait partie des Etats membres de l'Union européenne ayant le taux brut le plus bas de divorce (1,5 pour 1 000 habitants en 2010, et encore moins en 2011 : 1,3). Ce pays est de ceux dans lesquels s'observe depuis plusieurs années une tendance à la baisse du nombre des divorces, sans doute liée à la baisse également du nombre des mariages célébrés. Les statistiques bulgares révèlent également une faveur des époux pour le divorce par consentement mutuel, qui représentait en 2010 64% de l'ensemble des divorces, alors que l'année précédente, il n'avait été choisi que dans 56% des cas.

Statistiques Bulgarie⁷³

Année	2008	2009	2010	2011
Nombre de mariages	27 722	25 923	24 286	21 448
Taux brut de mariages	3.6‰	3.4‰	3.2‰	2.9‰
Nombre de divorces	14 104	11 662	11 012	10 581
Taux brut de divorce	1.9‰	1.5‰	1.5‰	1.3‰
Divorce pour rupture irrémédiable		44%	36%	
Divorce par consentement mutuel		56%	64%	

Source: National Statistics Institute www.nsi.bg

L'*Espagne* – qui comptait, en janvier 2011, 46 152 925 habitants - dispose de statistiques extrêmement précises des séparations et divorces. Le taux brut de divorce dans ce pays s'élevait à 2,2 pour 1 000 habitants en 2010⁷⁴. Les nullités de mariage sont extrêmement peu nombreuses et voient leur nombre diminuer d'année en année⁷⁵ ; les séparations judiciaires, dont le nombre était assez élevé jusqu'en 2005⁷⁶, ont considérablement diminué à compter de 2006 (de 64 028 en 2005, elles passent à seulement 18 793 en 2006, puis 11

⁷² V. http://sofiaecho.com/2011/07/21/1126999_bulgarias-population-is-73-million-official-2011-census-results (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁷³ Tableau extrait de V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 5, et traduit en français.

⁷⁴ V. *supra* Population Mariages et divorces, Tableau 2 : Taux brut de divorce (1960-2010), pour 1 000 habitants.

⁷⁵ 197 en 2004, 168 en 2005, 174 en 2006, 150 en 2007, 142 en 2008, 127 en 2009, 140 en 2010 et 132 en 2011, v. tableau statistique sur l'Espagne, extrait du rapport national de C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Annexe I.

⁷⁶ 61 617 en 2000, 66 144 en 2001, 73 567 en 2002, 76 520 en 2003, 81 618 en 2004 et 64 028 en 2005, v. tableau statistique sur l'Espagne, extrait du rapport national de C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Annexe I.

583 en 2007, 8 761 en 2008 et 7 680 en 2009, 7 248 en 2010 et 6 915 en 2011). Cette chute s'explique par la réforme du 8 juillet 2005 (*Ley 15/2005*), qui supprima la phase de séparation obligatoire préalable à toute requête en divorce, si bien que dès 2006, les statistiques traduisent le déclin de la séparation judiciaire que les époux délaissent, puisqu'elle n'est plus une phase obligatoire, au profit d'une demande directe en divorce. Cette réforme explique également le nombre accru de divorces à compter de 2005, mais surtout de 2006 (alors qu'en 2000, seulement 37 743 divorces avaient été prononcés, et guère plus mais toujours en augmentation en 2001 – 39 242 -, 2002 – 41 621, 2003 – 45 448, 2004 - 50 974), une augmentation sensible apparaît dès 2005 (72 848 divorces), avec une progression énorme en 2006 (126 952 divorces), puis une légère diminution en 2007 (125 777), qui devient sérieuse en 2008 (110 036 divorces) et se confirme en s'atténuant en 2009 (98 359 divorces) alors que le nombre de divorces remonte légèrement en 2010 (102 933) et 2011 (103 604).

Les statistiques pour 2011 indiquent en outre la part des divorces par consentement mutuel sur l'ensemble des divorces⁷⁷. Sur 103 290 divorces prononcés en 2011, 68 984 le furent par consentement mutuel et 34 306 sur requête d'un seul époux, sans le consentement de l'autre. Il apparaît ainsi que le « divorce d'accord » est largement majoritaire, correspondant à environ les 2/3 de l'ensemble de divorces prononcés.

De même, toujours en 2011, sur les 103 290 divorces prononcés, 11 749 avaient été précédés d'une séparation judiciaire, alors que 91 541 ne l'avaient pas été, ce qui indique clairement la tendance des époux à éviter cette étape dès lors qu'elle n'est plus imposée par la loi, puisque environ 90% des divorces furent prononcés directement par le tribunal⁷⁸.

⁷⁷ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Annexe I.

⁷⁸ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Annexe I.

Statistiques Espagne

Nullités de mariage, séparations judiciaires et divorces

(Valeur absolue et variations entre les années en pourcentage)

	2000	2001	2002	2003	2004	2005
TOTAL						
Valeur absolue	99 474	105 534	115 374	122 166	132 789	137 044
Variations entre les années (%)	5,44	6,09	9,32	5,89	8,7	3,2
Nullités du mariage						
Valeur absolue	114	148	186	198	197	168
Variations entre les années (%)	5,56	29,82	25,68	6,45	-0,51	-14,72
Séparations judiciaires						
Valeur absolue	61 617	66 144	73 567	76 520	81 618	64 028
Variations entre les années (%)	5,99	7,35	11,22	4,01	6,66	-21,55
Divorces						
Valeur absolue	37 743	39 242	41 621	45 448	50 974	72 848
Variations entre les années (%)	4,55	3,97	6,06	9,19	12,16	42,91

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
TOTAL						
Valeur absolue	145 919	137 510	118 939	106 166	110 321	110 651
Variations entre les années (%)	6.48	-5.76	-13.51	-10.74	3.91	0.3
Nullités du mariage						
Valeur absolue	174	150	142	127	140	132
Variations entre les années (%)	3.57	-13.79	-5.33	-10.56	10.24	-5.71
Séparations judiciaires						
Valeur absolue	18 793	11 583	8 761	7 680	7 248	6 915
Variations entre les années (%)	-70.65	-38.37	-24.36	-12.34	-6.63	-4.59
Divorces						
Valeur absolue	126 952	125 777	110 036	98 359	102 933	103 604
Variations entre les années (%)	74.27	-0.93	-12.52	-10.61	4.65	0.65

Source : Instituto Nacional de Estadística,
Copyright INE 2012

Enfin, le mariage entre personnes de même sexe étant autorisé en Espagne depuis 2005 (Ley 13/2005 du 1er juillet 2005), l'article 44 du Code civil espagnol (Código civil) énonce désormais que le mariage produit les mêmes effets que les conjoints soient de même sexe ou de sexe différent. Des statistiques spécifiques sont tenues pour les nullités de mariage, séparations judiciaires et divorces de couples de même sexe⁷⁹.

Statistiques 2011

Nullités de mariage, séparation judiciaire et divorce entre époux de même sexe

	Total	Entre hommes	Entre femmes
TOTAL	319	197	122
Nullités de mariage	1	1	0
Séparations judiciaires	4	3	1
Séparation par consentement mutuel	4	3	1
Divorces	314	193	121
Divorce par consentement mutuel	260	157	103
Divorce sans consentement mutuel	54	36	18

Source: Instituto Nacional de Estadística

Copyright INE 2012

Comme la Bulgarie, la Grèce – qui comptait au 1er janvier 2013 environ 11 millions d'habitants⁸⁰ - fait partie des Etats membres de l'Union européenne dont le taux de divorce est assez faible. Le taux brut de divorce est de 1,2 pour 1 000 habitants alors que le taux moyen des 27 Etats membres est de 2,0⁸¹. Néanmoins, le nombre de divorces a connu en

⁷⁹ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Annexe V.

⁸⁰ V. <http://www.statista.com/statistics/19300/total-population-of-greece/> (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁸¹ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 5 et le tableau *supra* Mariages et divorces, Tableau 2 : Taux brut de divorce (1960-2010) pour 1 000 habitants, consultable sur le site internet Eurostat

Grèce une importante augmentation entre 1960 et 2010. Alors qu'en 1960, le taux brut de divorce était de 0,3 pour 1 000 habitants, il est passé à 0,4 en 1970, puis à 0,7 en 1980, il a légèrement baissé à 0,6 en 1990 pour remonter à 1,0 en 2000.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1983 qui a introduit en droit grec le divorce par consentement mutuel, 65 à 70% des divorces sont prononcés sur ce fondement⁸².

Il semble en outre que 55 à 60% des divorces prononcés portent sur des mariages ayant duré au moins 10 ans⁸³.

La Hongrie, elle, qui en 2011 comptait 9 857 000 habitants⁸⁴, a un taux brut de divorce (2,4 pour 1 000 habitants)⁸⁵ bien supérieur à celui de la Grèce, et plus proche des États tels que l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, la France ou encore le Royaume Uni. En 2000, alors que 48 110 mariages étaient célébrés, 23 987 divorces étaient prononcés. En 2010, l'écart se resserre encore : 35 812 mariages sont célébrés et 23 335 divorces prononcés. Si le nombre de mariages baisse constamment (sauf de 2010 à 2011), le nombre de divorces, lui, semble assez stable entre 2000 et 2010⁸⁶.

L'Italie, qui avait environ 61 millions d'habitants en juillet 2012⁸⁷, a un taux brut de divorce, pour 2009, de 0,9 pour 1 000 habitants, ce qui est un des plus bas d'Europe (juste après l'Irlande, dont le taux est de 0,7). En 2010, 88 191 séparations judiciaires et 54 160 divorces ont été prononcés en Italie, ce qui constitue une augmentation de 2,6% pour les séparations et une baisse de 0,5% pour les divorces par rapport à 2009⁸⁸. Il semble qu'aujourd'hui, environ 1/3 des mariages donnent lieu à séparation ou divorce⁸⁹. La durée moyenne du mariage est de 15 ans en cas de séparation, de 18 ans en cas de divorce. La moyenne d'âge des époux engageant une séparation est de 45 ans pour le mari et de 41 ans pour la femme ; en cas de divorce, cette moyenne d'âge est de 47 ans pour le mari et de 44 ans pour la femme. Cet âge moyen augmente en raison du fait que la conclusion du mariage

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁸² V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 5.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Le nombre d'habitants baisse légèrement depuis 2010 : 10 000 000 d'habitants en 2010, 9 985 000 en 2011 et 9 957 000 en 2012, renseignements fournis par Z. LELE, auteur du rapport hongrois. Plus généralement, la population hongroise est en baisse depuis 1980.

⁸⁵ V. le tableau *supra* Mariages et divorces, Tableau 2 : Taux brut de divorce (1960-2010) pour 1 000 habitants, consultable sur le site internet Eurostat http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁸⁶ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 5.

⁸⁷ V. <http://www.indexmundi.com/italy/population.html> (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁸⁸ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 5, statistiques publiées le 12 juillet 2012.

⁸⁹ Ibid.

se fait maintenant à un âge plus avancé qu'auparavant⁹⁰. En 2010, 85,5% des séparations et 72,4% des divorces avaient été sollicités du consentement mutuel des époux. Le rapport italien constate des différences entre le nord et le sud de l'Italie, les séparations contentieuses étant plus nombreuses dans le sud. Dans 68,6% des séparations et dans 58,5% des divorces, les époux avaient des enfants mineurs. Le rapport italien donne enfin des indications précieuses sur le nombre de mariages, séparations et divorces de couples de nationalité différente. Le nombre de mariages binationaux a longtemps augmenté en Italie, mais commence à diminuer (en 1995, 4,8% des mariages étaient conclus par des couples de nationalité différente, en 2008 15% et en 2009 13,9%)⁹¹. Le nombre de séparations et de divorces de ces couples est en augmentation⁹². Une des caractéristiques de l'Italie est la place encore forte que prend la séparation à côté ou préalablement à un divorce. Cette tendance ne se retrouve pas dans les autres pays étudiés. Elle existait en Espagne, mais s'est considérablement atténuée depuis la réforme de 2005 qui n'impose plus une séparation judiciaire comme phase préalable à une requête en divorce.

Les *Pays-Bas*, dont la population était de 16 730 348 habitants en 2012⁹³, avait en 2009 un taux brut de divorce de 1,9 pour 1 000 habitants⁹⁴. En 2011, sur 87 756 mariages dissous, 55 246 le furent par le décès d'un époux et 32 510 par divorce⁹⁵.

La *Pologne*⁹⁶ – de tradition profondément catholique – a un taux de divorce relativement faible parmi les États membres de l'Union européenne (1,6 pour 1 000 habitants). Le tableau ci-dessous⁹⁷ fait apparaître des différences considérables entre villes et campagnes, le taux de divorce dans les villes étant plus de deux fois supérieur à celui qui est relevé dans les campagnes. Les statistiques montrent une progression du nombre total de divorces entre 2001 et 2006 et, depuis 2007, une baisse régulière chaque année.

⁹⁰ *Ibid.* Un nouveau phénomène se fait jour en Italie : le nombre des séparations impliquant au moins un époux de plus de 60 ans est en augmentation (2000 : 5,9% pour les hommes et 3,6% pour les femmes ; 2010 : 9,9% pour les hommes et 6,4% pour les femmes).

⁹¹ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 5.

⁹² Le nombre de séparations de couples de nationalité différente était en 2000 de 4 226 ; en 2005 de 7 536 et en 2010 de 7 173. Le nombre de divorces de ces couples était en 2000 de 1 940 ; en 2010 de 4 163, v. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 5.

⁹³ V. P. VLAARDINGBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 2.

⁹⁴ V. le tableau *supra* Population, Mariages et divorces Tableau 2 : Taux brut de divorce (1960-2010) et les informations sur le site internet d'Eurostat, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics (dernière consultation : 8 janvier 2013).

⁹⁵ V. P. VLAARDINGBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 5.

⁹⁶ La Pologne avait en 2011 environ 38 millions d'habitants, v. http://www.indexmundi.com/poland/demographics_profile.html (dernière consultation : 10 janvier 2013).

⁹⁷ Tableau extrait du rapport polonais et traduit en français, v. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 5.

Statistiques des divorces en Pologne

2001–2010 ⁹⁸

Année	Nombre de divorces	Taux de divorces pour 10.000 personnes			Taux de divorces pour 1 000 nouveaux mariages		
		total	viles	Champagne	total	viles	campagne
2001	45 308	11,7	16,1	4,7	232,2	323,2	91,5
2002	45 414	11,8	16,2	4,7	237,2	330,4	93,1
2003	48 632	12,7	17,4	5,2	248,8	344,3	99,9
2004	56 322	14,7	19,6	7,0	293,2	394,8	136,4
2005	67 578	17,7	23,0	9,3	326,6	426,7	170,3
2006	71 912	18,9	24,6	9,3	317,9	422,2	155,1
2007	66 586	17,5	22,6	8,7	277,7	354,3	131,6
2008	65 475	17,2	22,4	8,8	254,0	335,3	127,0
2009	65 345	17,1	22,2	9,0	260,6	336,7	137,1
2010	61 300	16,1	20,4	9,0	268,5	345,4	147,3

En Suède, la population était au 31 octobre 2012 de 9 546 217 habitants⁹⁹. En 2010, le taux brut de divorce était élevé (2,5 pour 1 000 habitants)¹⁰⁰. La même année, 23 593 divorces furent prononcés alors que 50 730 mariages étaient célébrés. 2010 était la cinquième année de suite attestant une augmentation du nombre des divorces en Suède (augmentation de 6% en 2010 par rapport à 2009, ce qui équivaut à environ 1 400 divorces de plus). Ce fut toutefois en 1974 (année d'entrée en application de la grande réforme suédoise du divorce) que le nombre de divorces fut le plus élevé (26 802 divorces). Depuis 1976, chaque année, le nombre de divorce oscille autour de 20 000¹⁰¹, avec les légères augmentations signalées depuis 2006¹⁰².

⁹⁸ See http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/bip/BIP_raport_2010-2011.pdf et A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 5.

⁹⁹ V. http://www.scb.se/Pages/Product____25799.aspx (dernière consultation : 10 janvier 2013).

¹⁰⁰ V. le tableau *supra* Population, Mariages et divorces Tableau 2 : Taux brut de divorce (1960-2010).

¹⁰¹ V. Statistics Sweden, www.scb.se (dernière consultation : 14 novembre 2012) et M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 5. Il est possible d'obtenir des statistiques très affinées sur le nombre de mariages et divorces en Suède en choisissant diverses variables sexe de l'époux divorce, âge du mari, âge de la femme, année considérée), v. pour un accès en langue anglaise http://www.scb.se/Pages/SSD/SSD_SelectVariables.aspx?id=340507&rxid=&px_tableid=ssd_extern%3aCivilstandAndring&productcode=&menu=1 (dernière consultation : 10 janvier 2013).

¹⁰² V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 5.

De l'ensemble des statistiques disponibles pour les pays objet de notre étude, il apparaît que le divorce est complètement ancré dans la vie des couples. Très souvent, au moins un mariage sur trois¹⁰³ (voire un sur deux, et même deux sur trois en Belgique) se termine par un divorce. Les législateurs nationaux tendent à accepter cette évolution sociologique et la précèdent ou l'accompagnent par des dispositions légales de plus en plus libérales, qui reconnaissent une large place à la volonté des époux.

III. Évolution de la place de la volonté des époux dans le divorce

Un déplacement de l'institution à l'individu. On observe que, de manière générale, la société se borne désormais à prendre acte de la volonté des époux de rompre le lien matrimonial, sans tenter d'y opposer la moindre politique de dissuasion. Ainsi, le divorce pour faute, attaché à une conception traditionnelle, *i.e.* indissoluble du mariage, décline partout en Europe au profit du divorce par consentement mutuel et du divorce-faillite. La constatation d'éventuelles fautes conjugales commises par l'un ou l'autre des époux n'est donc plus nécessaire. De plus, tous les mécanismes procéduraux qui concourraient autrefois à ralentir ou à retarder le prononcé du divorce disparaissent progressivement¹⁰⁴. Enfin, le déclin des effets post-matrimoniaux réduit considérablement le prix/coût de la liberté. La doctrine du *clean break* gagne progressivement l'ensemble des droits, même si les Etats s'attachent à soutenir les époux les plus nécessiteux¹⁰⁵.

Un déplacement de l'impératif au contractuel. La procédure de divorce aménage désormais de nombreux espaces de liberté en favorisant les accords entre époux et en invitant ces derniers au dialogue. Matière traditionnellement hermétique à l'autonomie de la volonté, la rupture du mariage repose aujourd'hui, dans la plupart des Etats, sur le principe du consensualisme. L'essor de la contractualisation semble ainsi aller de pair avec le mouvement de libéralisation du divorce qui accroît le degré d'autonomie laissée aux

¹⁰³ V. par ex. pour les Pays-Bas P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 2, qui mentionne pour 2011 un nombre de 33 755 divorces, dans lesquelles étaient impliqués environ 35.000 enfants ; pour l'Italie, v. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 5.

¹⁰⁴ Politique active de réconciliation, de délais d'épreuve, de réflexion et d'attente, clauses de contredit et d'exceptionnelle dureté... Comme l'écrit M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », in *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident*, Bruylant et LGDJ, 1999, p. 71 : tous ces obstacles « s'inscrivent directement en faux contre l'objectif même du divorce-faillite qui, dans sa logique absolue, ne connaît ni la mansuétude, ni même l'équité, et postule que la dissolution du mariage puisse être obtenue de plus en plus rapidement et de plus en plus facilement ».

¹⁰⁵ V. *Infra*, ce rapport, « Les effets patrimoniaux du divorce », pages 193 et s.

époux¹⁰⁶. Cette emprise du libéralisme sur le divorce tient en grande partie à l'évolution du mariage, qui tend à apparaître comme « un duo de volontés, sur la voie d'un engagement bilatéral, se renouvelant, tel un bail, par tacite reconduction »¹⁰⁷. Le couple marié est désormais maître de sa propre temporalité.

La place accordée à la volonté dans le divorce répond aussi à l'exigence de dédramatisation de la rupture. Un divorce voulu et maîtrisé doit permettre aux époux de sortir du mariage sans friction, notamment en vue de maintenir le lien à l'enfant dans l'harmonie¹⁰⁸. On considère que les accords librement négociés et acceptés seront mieux respectés dans le temps que les décisions prises d'autorité par le juge.

Appauvrissement de la fonction de juger. Dans ce contexte, la fonction de juger s'appauvrit et la place du juge dans le contentieux de la rupture du mariage est discutée, à tel point que les rapports français les plus récents suggèrent de confier le divorce par consentement mutuel non plus au juge, mais à un greffier juridictionnel¹⁰⁹. La privatisation du lien conjugal s'accompagne d'un mouvement de délégitimation du rôle du juge dans la sphère privée. Ce « paternalisme judiciaire » dénoncé par certains auteurs¹¹⁰ est de moins en moins bien accepté dans une matière où prime désormais le respect des volontés individuelles. Hormis les questions relatives à l'enfant pour lesquelles il conserve un rôle prépondérant, le juge du divorce se borne, dans la plupart des Etats, à exercer un contrôle plus ou moins étendu, dont la portée se limite à valider ou à refuser les accords qui lui sont

¹⁰⁶Pour S. CHASSAGNARD-PINET et D.HIEZ, *Approche renouvelée de la contractualisation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 11, « l'idée selon laquelle le contrat permettrait de soustraire l'individu à l'emprise des statuts prospère depuis bien longtemps. Le contrat serait une voie de libération de l'individu des asservissements qui l'enserrent [...]. Le mouvement de contractualisation à l'œuvre dans notre société serait donc le signe d'une progression de l'autonomie de l'individu et d'une régression concomitante de l'hétéronomie au sein du système juridique ».

¹⁰⁷F. TERRE et D. FENOUILLET, « La famille », Dalloz, 2^{ème} édition, n° 80.

¹⁰⁸En ce sens, J. COMMAILLE, « La construction du couple par les individus, la société et le politique. Approche sociologique », in *La notion juridique de couple*, C. Brunetti-Pons (dir.), Economica, 1998, p. 12, note 2 : « c'est précisément la précarité croissante du « couple conjugal » qui a conduit à mettre en valeur le « couple parental ». [...] L'objectif paraît de plus en plus de faire survivre le « couple parental » au « couple conjugal », ceci bien sûr au nom des intérêts bien compris de l'enfant mais sans doute aussi en raison de cette nostalgie à l'indissolubilité du lien conjugal activée par la « flexibilité » de plus en plus grande de la structure familiale et de l'angoisse qu'elle suscite »

¹⁰⁹*Rapport Delmas-Goyon, Le juge du XXI^{ème} siècle, Un citoyen acteur, une équipe de justice*, déc. 2013, Ecarter le juge de la résolution d'un conflit ne conduit donc pas de facto à en décharger l'institution judiciaire. Le groupe de travail propose ainsi d'instituer une figure nouvelle, le greffier juridictionnel, confiée aux greffiers des services judiciaires qui devront à cet effet suivre un stage de pré-affectation dans le cadre de leur scolarité initiale et recevoir en cours de carrière une formation continue appropriée, qui pourra leur permettre d'acquérir des qualifications spécifiques (proposition n° 45). Ce « super-greffier » se verra confier de nombreuses attributions juridictionnelles, et notamment la charge de prononcer le divorce par consentement mutuel, sans qu'il y ait lieu de distinguer en fonction de la présence d'enfants ou de la consistance du patrimoine (proposition n° 49).

¹¹⁰I. THERY, *Couple filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux ministre de la Justice, Odile Jacob, 1998.

soumis¹¹¹. La fonction arbitrale qui lui était traditionnellement dévolue se mue peu à peu en une fonction d'autorisation¹¹².

Ainsi se dessine le visage du divorce européen : la volonté des époux est au cœur de la procédure de divorce (A) pendant que la place du juge est discutée et son rôle diminué (B).

A. L'essor du rôle de la volonté

Le degré d'autonomie de la volonté des époux se mesure tant au niveau de la procédure et des causes de divorce, qu'au stade du règlement des effets de la rupture. La volonté tend ainsi à devenir, en soi, une cause génératrice de divorce (1) et les conséquences sont le plus souvent réglées par des accords conclus entre les époux (2).

1. La volonté comme cause génératrice suffisante de divorce

L'importance du rôle de la volonté se matérialise par la promotion du divorce par consentement mutuel - lequel offre aux époux la maîtrise de leur propre séparation - et du divorce constat d'échec au détriment du divorce sanction. L'abandon ou le rejet du divorce pour faute vient entériner l'idée selon laquelle la consistance du lien matrimonial repose désormais sur la seule volonté des époux.

La grande majorité des pays étudiés a en effet progressivement abandonné *le divorce-sanction*¹¹³. Trois Etats seulement retiennent encore la faute comme cause autonome de rupture du mariage. En Roumanie, le divorce peut être prononcé sur le fondement d'une « conduite coupable de l'un ou des deux époux » qui rend impossible la continuation du mariage¹¹⁴. En France, après avoir envisagé sa suppression¹¹⁵, le législateur a fait le choix de conserver le divorce pour faute tout en réduisant toutefois considérablement sa portée dans la loi du 26 mai 2004¹¹⁶. L'Autriche, enfin, autorise le divorce lorsqu'un époux se rend coupable d'avoir bouleversé le lien matrimonial par une faute conjugale grave ou par un comportement incorrect ou immoral qui exclut toute possibilité de réconciliation¹¹⁷. A l'instar de son homologue français en 1975, le législateur autrichien a récemment réduit les

¹¹¹ Sur cette question, v. A. GARAPON, *La raison du moindre Etat – le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, 2010 et not. le chap. 3. « La justice managériale ».

¹¹² Pour J. REVEL, « Les conventions entre époux désunis. Contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial », JCP G 1982, I, 3055, « le juge n'intervient donc plus comme un représentant de l'Etat contrôleur mais se présente comme le gardien de l'intérêt des individus impliqués dans la dislocation de la famille ». Sur cette question, v. Rapport de l'IHEJ, *La prudence et l'autorité – L'office du juge au XXI^e siècle*, mai 2013.

¹¹³ La Hongrie en 1952, les Pays-Bas en 1971, la Suède en 1973, l'Allemagne en 1976 et la Belgique en 2007.

¹¹⁴ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 38

¹¹⁵ Prop. loi n° 3189 du 26 juin 2001 (F. COLCOMBET).

¹¹⁶ Les effets du divorce sont désormais déconnectés de toute idée de culpabilité.

¹¹⁷ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 38.

causes absolues (péremptoires) de divorce pour faute en écartant l'adultère et le refus de procréer.

Le recul de la faute traduit l'idée selon laquelle le divorce doit pouvoir être obtenu, soit unilatéralement, soit d'un commun accord, sans qu'il ne soit nécessaire d'invoquer la moindre violation aux règles du mariage.

Ainsi, le *divorce par consentement mutuel* représente la cause majoritaire de divorce dans les différents Etats étudiés¹¹⁸. Autrefois subordonné au respect d'une condition de durée de mariage, le divorce par consentement mutuel a été largement assoupli, de telle sorte que désormais, lorsque les époux s'entendent, ils finissent par l'obtenir assez rapidement. Par exemple, en *France*, le législateur de 1975 avait imaginé un « cadre procédural permettant à la volonté des époux de s'éprouver »¹¹⁹. Ces derniers devaient notamment respecter un temps d'attente de six mois après la célébration de leur mariage afin de pouvoir engager la procédure¹²⁰. Il s'agissait alors d'affirmer le caractère sérieux de l'engagement matrimonial et d'écarter toute idée de « mariage à l'essai ». La loi du 26 mai 2004 a supprimé ce délai. La volonté constituant à présent la cause efficiente du divorce, plus rien ne s'oppose véritablement à que les époux valident leur mésentente par une séparation dès les premiers mois de leur mariage ! De nombreux pays ont suivi la voie de la France puisqu'à l'exception de l'*Angleterre*, du *Pays de Galles*¹²¹, et à un degré moindre de l'*Espagne*¹²², plus aucune législation ne prévoit aujourd'hui d'incapacité temporaire de divorcer¹²³. Les époux qui envisagent de consentir mutuellement à leur séparation sont seulement tenus de s'entendre sur le principe et les conséquences de leur rupture.

Si la volonté commune est valorisée dans le divorce par consentement mutuel, le recours à d'autres types de démariage atteste d'une percée de l'unilatéralisme et du rôle de la volonté individuelle dans la rupture du lien matrimonial. Ainsi le *divorce sur déclaration de volonté* applicable en *Espagne* et en *Suède* peut être obtenu unilatéralement. Cause exclusive de divorce, la volonté de l'un des deux conjoints de divorcer suffit est suffisante pour obtenir la séparation. Le formalisme apparaît là aussi peu contraignant. En *Suède*, le demandeur doit simplement observer une période de réflexion de six mois à compter du

¹¹⁸ V. supra, ce rapport, statistiques

¹¹⁹ H. FULCHIRON, « Les métamorphoses des cas de divorce », *Deffrénois*, n° 17, 2004, p. 1103.

¹²⁰ Art. 320 al. 3 ancien C. Civ.

¹²¹ Le délai est passé de trois à un an depuis la célébration du mariage (section 3 du Matrimonial Causes Act de 1973)

¹²² Délai de trois mois depuis la date du mariage. Ce délai ne sera toutefois pas nécessaire pour introduire la demande de divorce dès lors que l'un des époux justifie l'existence d'un risque pour la vie, l'intégrité physique, la liberté, l'intégrité morale de l'époux requérant ou des enfants en commun ou de n'importe quel membre du mariage. V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 19.

¹²³ La Roumanie par exemple a supprimé le délai d'attente d'un an en 2010, en même temps qu'elle a institué un divorce sans juge. V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 19.

dépôt de sa requête¹²⁴. En *Espagne*, à défaut d'accord conjoint sur le principe et les conséquences de la rupture, l'époux demandeur doit emprunter la voie contentieuse plutôt que gracieuse¹²⁵.

De façon générale, sans être allé au bout de la logique du divorce-constat comme la *Suède* et l'*Espagne*, l'ensemble des Etats ont réduit de façon significative la durée des délais de séparation qui permettent d'établir la rupture irrémédiable ou l'altération définitive du lien conjugal. L'instauration de délais de longue durée visait principalement à dissuader les époux de divorcer et à protéger les intérêts du conjoint défendeur. Pour ne retenir que les illustrations les plus significatives, en *Belgique*, la durée de séparation de fait est passée de dix ans à six mois en cas de requête conjointe et un an en cas de requête individuelle¹²⁶, en *Grèce*, de quatre à deux ans, en *France* de six à deux ans. L'*Italie*, qui occupe une place à part en Europe sur la question du divorce, a aussi considérablement réduit son délai puisque celui-ci est passé de sept à trois ans, et un projet de loi est actuellement en discussion pour l'abaisser à six mois¹²⁷. Cette politique de raccourcissement des délais permet une libération plus facile de l'époux demandeur. La logique libérale prime désormais sur la volonté de préserver le lien matrimonial ou de protéger le conjoint défendeur.

2. L'autonomie croissante des époux dans le règlement des effets du divorce

Principe. Dans la plupart des Etats, les époux ont la possibilité de conclure des accords aux fins de régler les conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales de leur rupture. Les législateurs européens donnent aujourd'hui clairement leur préférence à un divorce voulu et maîtrisé plutôt qu'à une séparation subie et qui échappe aux volontés individuelles.

Au moment du mariage. Certains Etats admettent la conclusion de conventions pré-nuptiales, dont l'objet vise à anticiper les conséquences d'une éventuelle rupture à venir. Il s'agit alors, soit de limiter les droits et prétentions du conjoint en cas de divorce¹²⁸, soit de manière générale, d'anticiper les conséquences de la séparation - attribution du logement familial, indemnité par année de mariage, quantum de la prestation compensatoire...-. L'*Espagne*¹²⁹, l'*Allemagne*¹³⁰ et l'*Autriche*¹³¹ se sont ainsi engagées dans cette voie. La

¹²⁴ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 21.

¹²⁵ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 21.

¹²⁶ Loi du 1^{er} juillet 1972 (10 ans)

¹²⁷ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 3.

¹²⁸ Cas des *Pre-nuptial agreement* en Angleterre et au Pays de Galles.

¹²⁹ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 43.

¹³⁰ § 1408 BGB.

¹³¹ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 43.

Bulgarie autorise également les accords pré-nuptiaux mais leur contenu doit se limiter exclusivement aux conséquences patrimoniales du divorce¹³². Mais en définitive, peu de législations investissent la phase précédant la célébration du mariage pour anticiper la rupture. La hausse de la divortialité appelle pourtant les Etats à reconsidérer leur position¹³³. Le divorce apparaît désormais consubstantiellement comme un risque probable au moment de la célébration du mariage. De plus, ce dernier étant le plus souvent précédé d'un concubinage, les époux ont donc mieux conscience des enjeux patrimoniaux.

Enfin, il ne faut pas exclure la possibilité de conclure des accords en cours de mariage, notamment lors d'un changement de régime matrimonial. C'est le cas de l'*Angleterre* et du *Pays de Galles* qui autorise le *post-nuptial agreement* et de la *Suède*.

Mais c'est surtout *au moment du divorce* que les époux sont invités à conclure des conventions. Cette faveur pour les accords est inhérente au divorce par consentement mutuel. Dans ce cas, les époux *sont* non seulement *tenus* de s'entendre sur le principe de la rupture mais également sur l'ensemble des conséquences du divorce¹³⁴. Ils doivent donc, au moyen d'une convention, soumettre leur volonté à l'autorité compétente. Dans les autres cas de divorce, les époux conservent la décision de conclure ou non des accords¹³⁵. Attachées à une conception traditionnelle du mariage, seules l'*Italie* et la *Pologne* échappent encore à cette culture de l'accord.

Contenu des accords. C'est dans le règlement des conséquences entre époux que l'autonomie de la volonté est la plus grande. Au plan extrapatrimonial, les ex-conjoints peuvent, dans certains Etats, s'entendre sur le maintien du nom porté par l'un des époux durant le mariage¹³⁶. Au plan patrimonial, les époux ont la possibilité, dans l'ensemble des Etats, conclure des accords portant sur le principe du versement d'une « pension alimentaire » ainsi que sur son montant. Le consensualisme prévaut également en matière de liquidation du régime matrimonial, où les époux disposent, dans la plupart des Etats, d'une grande latitude.

Le domaine des conséquences du divorce à l'égard des enfants est, en revanche, plus règlementé. A l'exception de l'*Espagne*¹³⁷, l'exercice de l'autorité parentale (le plus souvent

¹³² Art. 38 al 1 du Code bulgare de la famille.

¹³³ Sur cette question : P. MURAT, « Les régimes matrimoniaux et les régimes pacsimoniaux à l'épreuve de la rupture des couples », JCP N, juin 2011, 1206.

¹³⁴ Sont concernés : Autriche, Belgique, France, Espagne, Hongrie. Roumanie.

¹³⁵ Sont concernés : Angleterre, Pays de Galles, Allemagne, Grèce, Pays-Bas et Suède.

¹³⁶ C'est le cas de la France et de la Roumanie (V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 43 et 49). Cette faculté est inopérante dans les autres Etats soit parce que le mariage n'emporte pas d'effet sur le nom, soit parce qu'en dépit du divorce les époux conservent le droit de continuer à porter le nom du conjoint.

¹³⁷ Dans des cas exceptionnels (résidence de l'autre parent à l'étranger, déplacements fréquents), l'exercice de l'autorité parentale peut être attribué à un seul parent dans le but de faciliter les prises de décision (V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 53).

conjoint) ne peut jamais être remis en cause par un accord amiable. Le divorce est, en principe, sans incidence sur l'exercice de l'autorité parentale. La seule faculté ouverte aux époux divorçant est de s'entendre sur les modalités de cet exercice, tout particulièrement sur la résidence habituelle de l'enfant, le droit de visite et d'hébergement du parent non résidant, et le montant de la pension alimentaire.

Ces accords seront alors soumis au contrôle de l'autorité compétente. S'ils sont conformes à la loi et aux intérêts respectivement protégés par chacun des Etats, ils feront l'objet d'une homologation et pourront être exécutés.

B. La redéfinition de la place du juge

Dans la procédure de divorce, le rôle du juge se limite principalement au contrôle et à la validation des accords décidés entre époux (2). La réduction de son office à la mission d'homologation s'inscrit dans un contexte d'affaiblissement de la fonction de juger le divorce (1).

1. L'affaiblissement du juge du divorce

Vers un divorce sans juge ? Pour l'heure, seule une minorité d'Etats européens¹³⁸ a décidé de confier le prononcé du divorce à une autorité non juridictionnelle. La question du divorce sans juge, essentiellement motivée par des préoccupations budgétaires a été débattue dans un certain nombre de pays, sans toutefois convaincre totalement.

En effet, parmi les droits envisagés dans le Rapport, la *Roumanie* fait figure d'exception. Une loi de 2010 a transféré le prononcé du divorce à l'officier d'état civil et au notaire¹³⁹. En l'absence d'enfants communs mineurs, le divorce peut ainsi être constaté par l'officier d'état civil. Toutefois, si les époux ne s'entendent pas sur les conséquences du divorce, l'officier d'état civil refusera d'enregistrer le divorce. La présence d'enfants mineurs oblige les époux à formuler leur demande devant notaire. Pour l'heure isolée, la *Roumanie* pourrait avoir montré la voie à ses partenaires européens. En effet, à mesure que les Etats désinvestissent les règles de fond et facilitent les conditions d'accès au divorce, le mouvement de déformalisation et de simplification de la rupture du mariage semble devoir se poursuivre.

Ainsi, s'inspirant du rapport Guinchard¹⁴⁰, le législateur français avait envisagé lors de la discussion de la loi du 14 décembre 2011 relative à la répartition du contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles l'instauration d'un divorce partiellement déjudiciarisé. Le texte dispensait les époux de comparaître en cas de divorce

¹³⁸ C'est le cas du Danemark, la Norvège, l'Estonie et la Lituanie.

¹³⁹ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 82 et 83.

¹⁴⁰ Rapport Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Documentation française, 2008.

par consentement mutuel, sans enfant mineur commun et en l'absence d'opposition des parties et du juge. Cette stratégie d'évitement du juge pour les affaires dites « les plus simples » s'apparente à une technique contentieuse inversée rendant la présence du juge facultative. La mesure a été rejetée par les sénateurs. En 2009, l'*Allemagne* avait également envisagé un divorce notarial avant finalement de renoncer. Un projet de divorce non judiciaire est actuellement en discussion en *Espagne* et aux *Pays-Bas*¹⁴¹ et conduirait à décharger le juge du prononcé du divorce par consentement mutuel au profit du notaire.

Dans de nombreux Etats, *l'influence des experts et des travailleurs sociaux* dans la prise de décision s'est par ailleurs considérablement accrue. En *Autriche*, le juge doit entendre les services de la protection et de la jeunesse avec de rendre sa décision¹⁴². En *Allemagne*, les services sociaux doivent également formuler un avis au juge pour toutes les décisions qui concernent l'enfant. Dans les autres Etats, le juge a la possibilité de consulter, s'il le souhaite les institutions de protection de la jeunesse. En *Suède*, le *Social Welfare Board* joue un rôle prépondérant puisque c'est un travailleur social qui se charge de vérifier et de valider les accords parentaux. Les conventions parentales échappent donc, en l'absence de contestation, au contrôle du juge. D'autres pays, comme l'*Italie*¹⁴³ ou la *Pologne*¹⁴⁴, plus attachés à une fonction traditionnelle de l'acte de juger, sont réticents à l'intervention des services sociaux dans la procédure de divorce¹⁴⁵.

La *médiation* peut également apparaître comme une source d'affaiblissement du juge en ce qu'elle renferme ce dernier à son fonction de juge-homologateur et semble lui dénier sa mission de conciliation. Si la médiation connaît partout en Europe des débuts timides, elle suscite un véritable engouement. Le droit de l'Union européenne encourage d'ailleurs vivement son développement dans les matières civiles et commerciales¹⁴⁶. La médiation familiale est surtout pratiquée dans les pays scandinaves, culturellement favorables à une résolution extrajudiciaire des conflits. Mais en *Suède*, comme aux *Pays-Bas*, son recours demeure facultatif. L'illustration suédoise montre d'ailleurs que toutes les fois où les époux recourt *volontairement* à une médiation, les chances de réussites sont très élevées¹⁴⁷. Les

¹⁴¹ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 3.

¹⁴² V. M. ROTH et M. REITH, *Rapport autrichien*, Q 89.

¹⁴³ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 89.

¹⁴⁴ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport Polonais*, Q 89.

¹⁴⁵ La nécessité pour le juge de s'appuyer sur l'expertise des professionnels de l'enfance ne semble guère discutable, dès lors que les rôles de chacun sont bien délimités. Dans le cas contraire, « on ne s'étonnera pas que l'auteur réel de la décision soit introuvable : entre l'accord homologué ou l'expert qui donne un avis simple et renvoie à la décision du juge, et le juge qui, bien souvent, décide d'entériner l'avis de l'expert, personne n'assume clairement la responsabilité de la décision (A. GARAPON, *Bien juger – Essai sur le rituel judiciaire*, op. cit. p. 258).

¹⁴⁶ Directive 2008/52 CE du 21 mai 2008 relative à certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. La directive met en avant les avantages de la médiation : « solution extrajudiciaire économique et rapide » et « susceptible d'être respecté volontairement et de préserver une relation amiable et durable ».

¹⁴⁷ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 86.

injonctions au « dialogue forcé » aboutissent, en revanche, rarement à des résultats positifs. Les autres Etats, qui se familiarisent peu à peu avec la médiation, invitent¹⁴⁸ ou même parfois obligent¹⁴⁹ le couple à recourir à un mode alternatif de résolution de leur conflit, du moins à s'en informer. La pratique est semble-t-il appelée à se développer.

2. Le contrôle et l'homologation des accords

A l'exception de l'Angleterre, du Pays de Galle¹⁵⁰ et de l'Italie¹⁵¹, le juge exerce un contrôle *a minima* des accords relatifs au règlement des conséquences du divorce entre les époux. Le postulat de la liberté contractuelle domine en la matière. En Grèce, le juge ne semble disposer d'aucun droit de regard sur la convention¹⁵². En Belgique, le contrôle du juge est purement formel¹⁵³. La pratique révèle qu'en Espagne, le juge est réticent à porter une appréciation sur l'accord conclu entre époux lorsque celui-ci ne concerne pas les enfants. En Autriche, le juge n'examine la convention des époux qu'au regard des dispositions relatives au droit des contrats. Dans les autres Etats, le juge veille à ce qu'un époux ne soit pas, de façon excessive ou disproportionnée, lésé par les termes de l'accord.

En vérité, la prépondérance du rôle du juge dans la procédure de divorce se révèle dans le contrôle des dispositions conventionnelles relatives aux enfants. Dans la plupart des Etats, les accords conclus entre les parents ne lient jamais le juge. Celui-ci dispose en effet toujours de la faculté de refuser de valider un accord qu'il jugerait contraire aux intérêts des enfants. Les rapports rendus par les différents experts font toutefois apparaître une certaine hétérogénéité de l'office du juge en la matière. Ainsi, si le juge italien *peut* tenir compte des termes de la convention dans sa décision (portée indicative), à l'opposé, le juge espagnol ne peut s'opposer à la volonté du couple parental que si celle-ci est manifestement contraire à la loi (portée impérative).

Dans certains cas, comme en Pologne et en Roumanie, le juge dispose d'un véritable pouvoir d'amender la convention parentale. Il peut ainsi rejeter les termes de la convention et enjoindre les époux à modifier eux-mêmes l'accord. Mais il peut également statuer lui-même sur l'autorité parentale et en confier l'exercice à un seul parent.

¹⁴⁸ C'est le cas notamment de la France, de l'Autriche, de la Belgique, de la Bulgarie, de la Roumanie, de l'Italie et de l'Espagne

¹⁴⁹ C'est le cas de la Bulgarie et de l'Allemagne. En Angleterre et au Pays de Galles, l'assistance à une réunion d'information sur la médiation est obligatoire avant saisir le tribunal.

¹⁵⁰ V. L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 44.

¹⁵¹ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 45.

¹⁵² V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 43.

¹⁵³ V. W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 44

En revanche, en *Belgique*, en *Hongrie* et aux *Pays-Bas*, le juge n'a pas la faculté de modifier lui-même directement le contenu de la convention. Il peut simplement refuser de l'homologuer s'il estime que l'intérêt des enfants n'est pas suffisamment préservé. Le juge statuera toutefois définitivement sur les questions relatives à l'entretien de l'enfant si les parents ne parviennent pas à se mettre d'accord.

Annonce du plan –A des fins de clarté de l'exposé, l'étude abordera dans un premier temps les cas et procédures de divorce, le fondement du divorce ayant des incidences sur les particularités de la procédure (**Partie 1**). Il conviendra dans un deuxième temps de mettre en exergue les possibles conséquences du divorce, tant au regard du couple qu'à celui des enfants mineurs ; il apparaîtra que, dans ce domaine également, la place accordée à la volonté des époux s'accroît de plus en plus (**Partie 2**). Enfin, la possible dimension d'extranéité des procédures de divorce sera abordée dans des développements spécifiques dans lesquels seront exposées les règles de compétence juridictionnelle, de loi applicable et de reconnaissance au sein de l'Union européenne (**Partie 3**).

Partie 1 : Les cas et les procédures de divorce

Les cas de divorce ont beaucoup évolué dans la plupart des États, notamment depuis les années 1970 (**Chapitre 1**). Les procédures, elles, demeurent dans la plupart des cas juridictionnelles, même si une évolution modeste commence à se dessiner vers un divorce constaté par un officier public (**Chapitre 2**). Les États membres de l'Union européenne prévoient en outre des dispositions spéciales relatives aux mesures provisoires nécessaires pendant l'instance en divorce, notamment en cas de violences conjugales (**Chapitre 3**). Enfin, des développements spécifiques doivent être consacrés à la place de l'enfant dans la procédure de divorce, qu'il soit ou non partie à l'instance (**Chapitre 4**).

Chapitre 1: Les cas de divorce

Le questionnaire s'articule autour de deux séries de questions relatives aux causes de divorce, selon que le système étudié connaît des causes multiples de divorce (I) ou une cause unique de divorce (II). Cependant une troisième catégorie émerge : celle des États qui organisent la possibilité d'un divorce sans cause, sur déclaration de volonté des époux (III).

Le divorce sans cause reste une position minoritaire dans le cadre de cette étude, cette solution est en effet retenue en Espagne et en Suède à titre principal et en France comme l'une des possibilités qui est ouverte au couple. Nous constatons par ailleurs une prédominance des systèmes qui fondent le divorce sur des causes multiples. En effet, la répartition des différents États étudiés s'effectue de la manière suivante : dans la catégorie des pays qui connaissent des causes multiples de divorce se classent l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, la Roumanie ; dans celle des pays qui ne connaissent qu'une cause unique de divorce, se regroupent l'Allemagne, l'Angleterre et le Pays de Galles, les Pays-Bas, et la Pologne.

I. Le divorce sur le fondement de causes multiples

L'étude des différents États qui retiennent des causes multiples de divorce doit être réorganisée au regard des différents cas de divorce. En effet, la place qui est laissée au consentement mutuel parmi ces causes est variable d'un État à l'autre (A). Par ailleurs doivent être distinguées les conditions dans lesquelles la séparation des époux (B) et la faute dans le mariage (C) sont prises en compte au titre des causes de divorce.

A. Le divorce par consentement mutuel

L'Italie mise à part, ce système n'ayant pas introduit dans son droit le divorce par consentement mutuel, ce type de divorce est aujourd'hui au vu des statistiques qui nous ont été communiquées, le premier cas de divorce parmi ceux des États étudiés qui retiennent l'existence de causes multiples de divorce. Cette cause a représenté en Autriche 14891 divorces sur les 17295 divorces prononcés en 2011¹⁵⁴, 64% des divorces prononcés en 2010 en Bulgarie¹⁵⁵, 55% des divorces prononcés en France en 2006, entre 65 et 70 % des divorces prononcés en Grèce¹⁵⁶. Parmi ces États il nous faut distinguer ceux qui ouvrent très largement cette procédure, de ceux qui la soumettent à conditions.

Parmi les États qui soumettent à conditions le divorce par consentement mutuel nous retrouvons tout d'abord l'Autriche. Le divorce par consentement mutuel est une cause autonome de divorce dans ce système, cependant les époux doivent néanmoins attester de l'échec du mariage et de sa rupture irrémédiable dans cette procédure. Cette procédure est également soumise à une condition de rupture dans l'intention matrimoniale de plus de six mois au sein du couple. Cette rupture est appréciée d'un point de vue psychologique et n'est pas liée à une séparation physique des époux. La demande en divorce doit être présentée conjointement par les époux. Dans cette procédure les époux doivent également s'entendre sur les principales conséquences du divorce tant financières qu'à l'égard des enfants.

Nous trouvons en Grèce, l'exigence d'une durée de mariage de six mois minimum avant toute possibilité d'introduire une demande en divorce par consentement mutuel. La séparation des époux n'est pas exigée avant l'introduction de la requête. Il s'agit d'une cause autonome de divorce fondée sur la seule déclaration des époux. Ils doivent s'entendre sur toutes les conséquences du divorce dans cette procédure.

Parmi les États qui ne soumettent le divorce par consentement mutuel à aucune condition particulière nous trouvons en premier lieu la Belgique. Il s'agit dans cet État d'un cas de divorce autonome ; cette cause est ouverte quelle que soit la durée antérieure du mariage et aucune exigence de séparation de quelque nature que ce soit n'a été posée à l'égard des époux. La demande est introduite par requête conjointe et implique que les époux s'entendent également sur toutes les conséquences du divorce.

Nous retrouvons également dans cette catégorie la Bulgarie. Le divorce par consentement mutuel est une cause autonome de divorce ; la juridiction se prononcera au vu du seul constat d'un consentement au divorce sérieux et indiscutable et de l'entente des époux sur les toutes les conséquences du divorce. Le juge est saisi par requête conjointe dans le cadre d'une procédure non contentieuse.

¹⁵⁴ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 29.

¹⁵⁵ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 5.

¹⁵⁶ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 5.

En *France*, ce n'est que depuis la réforme de 2004 que les conditions de durée du mariage préalable à une requête en divorce par consentement mutuel ont été supprimées. Le divorce dans ce système n'est soumis à aucune condition si ce n'est une volonté conjointe des époux et une entente sur l'intégralité des conséquences du divorce tant patrimoniales qu'extra-patrimoniales.

En *Hongrie*, le consentement mutuel des époux fait présumer la rupture totale et irrémédiable du mariage, il ne s'agit donc pas d'une cause autonome de divorce. Le consentement mutuel des époux simplifie cependant la procédure. En effet, il implique la rupture du lien matrimonial et résout la question de la preuve de cette rupture devant le juge. Au final c'est bien sur le fondement de la rupture totale et irrémédiable du mariage que le divorce sera prononcé. Il n'existe pas de durée minimale de mariage imposée en préalable à la requête en divorce, et le consentement des époux est exigé sur les principales conséquences du divorce. La prochaine réforme du Code civil hongrois est susceptible de modifier le droit applicable aux causes de divorce dans ce système.

En *Roumanie*, le divorce par consentement mutuel constitue une cause autonome de divorce. La demande n'est pas conditionnée par une durée minimum de mariage ni par l'exigence d'une séparation des époux. Dans le cadre d'une procédure judiciaire de divorce, le droit roumain n'exige pas que la requête soit conjointe, elle peut être introduite par l'un des époux seulement et sera acceptée par l'autre. En revanche dans le cadre d'une procédure administrative de divorce devant un officier de l'état civil ou d'une procédure devant notaire, la demande en divorce par consentement mutuel devra émaner des deux époux conjointement. Dans le cadre d'une procédure devant notaire, la demande doit également être introduite conjointement, cependant la représentation des époux par un mandataire est prévue à ce stade. Ils peuvent ne pas être physiquement présents lors du dépôt de la demande dès lors qu'ils sont représentés ; cette possibilité n'est pas ouverte dans la procédure administrative de divorce. Selon la voie procédurale choisie, judiciaire, administrative ou notariale les exigences relatives à l'étendue du consentement exigé des époux peuvent varier. Les époux doivent être d'accord sur l'ensemble des conséquences relatives au nom des époux et au sort des enfants dans le cadre de la procédure devant notaire, les autres questions pourront être renvoyées au juge pour être tranchées. En revanche dans le cadre de la procédure administrative (ouverte en l'absence d'enfant) les époux devront s'entendre sur la question du nom de famille et les autres points pourront être renvoyés au juge pour être tranchés. Dans le cadre d'une procédure judiciaire les époux peuvent soumettre au juge pour homologation une convention pourtant soit sur l'ensemble des conséquences du divorce soit sur certaines de ses conséquence seulement, les questions non réglées pouvant être renvoyées au juge pour être tranchées. Le juge peut également statuer sur les conséquences du divorce à l'égard des enfants lorsque la convention présentée par les époux ne préserve pas suffisamment leurs intérêts.

B. Le divorce pour rupture irrémédiable du lien matrimonial

Les fondements qui permettent d'établir une rupture irrémédiable du lien matrimonial sont très différents d'un État à un autre. Il n'existe pas de véritable cohérence d'ensemble au sein de ces États bien que des motifs communs ou prédominants de rupture puissent être mis en évidence parmi eux. Des raisons de santé (1), l'altération définitive du lien conjugal (2) ou encore le comportement fautif de l'un des époux (3) reviennent en effet très souvent, sous des formes diverses cependant, au titre des motifs de rupture irrémédiable du lien matrimonial¹⁵⁷.

1. La rupture en raison de l'état de santé de l'un des époux

Si l'état de santé d'un époux a une influence directe sur la vie matrimoniale et peut à ce titre être évoqué lors des débats relatifs aux causes de divorce, peu d'États en revanche le font figurer expressément au titre des motifs légaux de rupture irrémédiable du lien matrimonial.

Nous retrouvons parmi ces États tout d'abord l'*Autriche* qui en vertu des sections 50, 51 et 52 de la loi relative au mariage (*Austrian Marriage Act*) retient, respectivement pour chaque section : le comportement de l'époux perturbé mentalement, la maladie mentale et l'affection contagieuse ou répulsive du conjoint, au titre des motifs de rupture irrémédiable du lien matrimonial¹⁵⁸. Il est à noter cependant que la première catégorie vise avant tout le comportement de l'époux engendré par la fragilité de son état mental (addiction, dépression, hystérie...) et non l'état mental en lui-même. En revanche les deux autres catégories visent l'état de santé physique ou mentale de l'époux en tant que tel. Dans la deuxième catégorie, la santé mentale de la personne doit être atteinte d'une affection ayant conduit à une extinction de l'intention matrimoniale et du lien conjugal sans espoir raisonnable de restauration de ce lien. Enfin, dans la troisième catégorie si l'appréciation du caractère contagieux d'une affection est appréciée par le corps médical, son caractère répulsif est quant à lui apprécié au regard d'un standard objectif.

En *Roumanie*, l'article 373 d) du Nouveau Code civil organise la possibilité pour un époux d'obtenir le divorce dès lors que l'état de santé de l'autre rend impossible la continuation du

¹⁵⁷ Nous choisissons de regrouper sous ces termes les différentes formulations utilisées dans les rapports nationaux : « l'impossibilité de préserver ou reconstruire la communauté de vie entre époux » dans le rapport italien, « la rupture totale et irrémédiable de la vie commune » dans le rapport hongrois, « l'altération définitive du lien conjugal » dans les rapports français et grec, « *deep and irremediable breakdown of marriage* » dans le rapport bulgare.

¹⁵⁸ M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 34.

mariage¹⁵⁹. L'état de santé à lui seul est pris en compte en tant qu'élément de rupture irrémédiable du lien matrimonial.

2. La rupture en raison de l'altération définitive du lien conjugal

Parmi les États qui reconnaissent la rupture irrémédiable du lien matrimonial en tant que cause de divorce, une majorité d'entre eux retient que celle-ci est établie en raison de l'altération définitive du lien conjugal et/ou de la séparation du couple pour un temps donné.

En *Autriche*, la rupture irrémédiable du lien matrimonial peut résulter du fait que la communauté matrimoniale (*häusliche Gemeinschaft*)¹⁶⁰ a cessé d'exister entre les époux depuis trois ans. Cette notion renvoie à l'intention matrimoniale, qui doit avoir cessé même si les époux ont continué de vivre sous le même toit. Le fait qu'ils ne partagent plus leurs ressources économiques ou aient cessé d'avoir des relations sexuelles entre eux est pris en compte par la jurisprudence au titre des éléments prouvant la cessation de l'intention matrimoniale. La séparation des époux n'est pas en soit preuve de cette cessation, notamment lorsque celle-ci est motivée par des considérations extérieures au couple (raison professionnelle, de santé ou encore l'incarcération de l'un des époux). Le délai de trois ans retenu s'entend d'une période de trois années consécutives. La réconciliation des époux interrompt la computation de ce délai. Le juge peut refuser de prononcer le divorce sur ce fondement s'il estime au vu des éléments qui lui sont communiqués que l'intention matrimoniale peut être restaurée et que le mariage n'est pas irrémédiablement rompu ou encore pour cause de dureté à l'égard de l'époux défendeur. Toutefois, le juge autrichien perdra ce pouvoir d'appréciation lorsque la rupture de la communauté matrimoniale est établie pour une durée de six années, dans ces circonstances aucune défense ne peut être opposée et la rupture irrémédiable du lien matrimoniale sera présumée. La demande fondée sur l'altération du lien conjugal, de trois ou six années, peut, en cours d'instance, être convertie en divorce par consentement mutuel.

En *Hongrie*, la rupture irrémédiable du lien matrimonial résulte de la preuve de l'altération définitive du lien conjugal. La séparation des époux n'est pas en soit la preuve de cette rupture et n'est pas prise en compte dans cette appréciation. Le juge devra examiner au vu des éléments qui lui sont communiqués les causes de la détérioration de la vie conjugale et apprécier si ces causes ont entièrement et irrémédiablement rompu le lien¹⁶¹.

¹⁵⁹ V. M. SCHEUAU, *Rapport roumain*, Q 34.

¹⁶⁰ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 34.

¹⁶¹ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q. 28.

En *Bulgarie*, la rupture irrémédiable du lien matrimonial est appréciée par le juge au vu des éléments qui lui sont transmis. Elle résultera d'une altération définitive du lien conjugal. Aucun motif d'altération n'a été spécifiquement retenu dans ce système, celle-ci a cependant été définie par la Cour suprême comme « *une disjonction des relations familiales, l'absence de respect et de confiance mutuels et d'une communauté de vie entre époux dont il résulterait une union purement formelle et non-conforme au droit* »¹⁶². La séparation des époux est un indicateur de l'altération définitive du lien conjugal mais n'est pas un motif autonome de rupture irrémédiable du mariage. Aucune durée de séparation n'est prévue par les dispositions légales, néanmoins la Cour suprême a eu l'occasion de juger qu'une séparation d'une année ne cause pas une rupture irrémédiable du lien matrimonial¹⁶³. Par ailleurs la Cour suprême a retenu que cette séparation pouvait être comprise comme une rupture de l'intention matrimoniale dans l'hypothèse où les époux auraient continué de vivre sous le même toit tout en menant une existence parfaitement autonome¹⁶⁴.

En *France*, la rupture irrémédiable du lien matrimonial est établie en raison d'une altération définitive du lien conjugal. En vertu de l'article 238 du Code civil, cette altération résulte d'une séparation de fait des époux depuis deux années au jour de l'assignation. Cette séparation de fait des époux fait présumer le caractère irrémédiable de la rupture. Cependant la jurisprudence ne retient pas la séparation comme preuve unique de cette altération. Le divorce peut être prononcé y compris si les époux ont continué de vivre sous le même toit durant la période de référence, dès lors que l'intention matrimoniale a cessé. La réconciliation des époux interrompt la computation du délai de deux ans, qui s'entend de deux années consécutives.

En *Grèce*, en vertu de l'article 1439 al. 3 du Code civil¹⁶⁵, la rupture irrémédiable du lien matrimonial est établie de manière irréfragable lorsque les époux vivent séparés de fait depuis deux années. Le seul constat de la séparation fonde le prononcé du divorce. De brèves périodes de réconciliation n'interrompent pas la computation du délai de deux ans. En l'absence de séparation des époux, l'altération définitive du lien conjugal doit être prouvée pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial. Cette altération peut résulter de fait fautifs (voir *infra*) ou non fautifs.

En *Roumanie*, en vertu de l'article 373 c) du Nouveau Code civil¹⁶⁶, la séparation de fait des époux est suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ; il s'agira d'un motif autonome de rupture. Cette séparation doit avoir duré au minimum deux années consécutives pour pouvoir être valablement invoquée.

¹⁶² V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 22.

¹⁶³ *Ibid.* Q 28.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 34.

¹⁶⁶ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 36

En *Belgique*, la rupture irrémédiable du lien matrimonial sera suffisamment établie par le constat de la séparation des époux¹⁶⁷. En vertu de l'article 1255 du Code de Procédure Civil belge, la durée de la séparation est variable selon que la demande en divorce est introduite sur requête conjointe ou bien par l'un des époux seulement. Si la requête est conjointe, le divorce peut être obtenu sur preuve de six mois de séparation de fait des époux, ou sur preuve d'une séparation de trois mois après la première comparution devant le juge. Si la requête est introduite par un seul des époux seulement, le divorce pourra être prononcé sur preuve d'une séparation de fait d'une année à compter de la date de la première comparution des époux devant le juge. La preuve d'une altération définitive du lien conjugal, établie par tout moyen, permet également d'obtenir le divorce sur ce fondement.

En *Italie*, l'altération définitive du lien conjugal doit systématiquement être prouvée pour que le divorce puisse être prononcé. Cependant cette altération doit obligatoirement être associée à un autre motif pour que la rupture irrémédiable du lien matrimonial puisse être retenue en tant que cause de divorce. La rupture irrémédiable du lien matrimonial peut notamment être établie si l'altération définitive du lien conjugal est associée à une ordonnance de séparation légale des époux¹⁶⁸. Cette cause de divorce est la première cause de divorce en Italie et elle représente 98,3% des demandes¹⁶⁹. Le divorce sera prononcé sur ce fondement à l'issue d'une période de séparation légale de trois ans, qui commence à courir à la date de la première comparution des époux devant le juge dans le cadre d'une instance en séparation. La computation de ce délai n'est pas interrompue par des périodes momentanées de réconciliation sans reconstruction d'une cellule familiale entre époux, ou encore par l'éventualité de relations sexuelles entre eux durant la période de référence. La procédure de séparation légale est autonome et distincte de la procédure de divorce.

3. La rupture établie en raison du comportement de l'un des époux

Dans un certain nombre d'États qui retiennent la rupture irrémédiable du lien matrimonial comme cause de divorce celle-ci sera établie au vu du comportement de l'un des époux. La faute n'apparaît donc plus comme une cause autonome de divorce mais comme un élément d'appréciation de la rupture irrémédiable du lien matrimonial.

En *Bulgarie*, l'article 49(3) du Code de la famille prévoit qu'au moment du divorce à la demande d'un des époux le juge puisse statuer sur la faute et la responsabilité de l'autre au titre des motifs de la rupture irrémédiable du lien matrimonial.

¹⁶⁷ V. W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 34.

¹⁶⁸ V. M.D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 21.

¹⁶⁹ Voir les statistiques sur la période 1980-1999, *ibid* Q 29.

En Grèce, l'altération définitive du lien matrimonial peut être établie en considération de faits fautifs. En vertu de l'article 1439 al. 1 du Code civil, celle-ci est présumée en cas de bigamie, d'adultère, d'abandon, de violences conjugales ou encore d'atteinte à la vie du demandeur par l'autre conjoint¹⁷⁰. La faute n'est donc pas une cause autonome de divorce mais fait présumer la rupture irrémédiable du lien matrimonial.

En Italie, la rupture irrémédiable du lien matrimonial ne permettra le prononcé du divorce que si elle s'accompagne de certains faits spécifiquement énumérés par la loi dont certains sont en lien avec le comportement de l'un des époux. Toutefois, les causes qui doivent accompagner le constat de la rupture irrémédiable du lien matrimonial ne sont pas pour autant liées à une faute dans le mariage (voir *infra*). En effet, outre la séparation (voir *supra*), les comportements fautifs visés sont : la non consommation du mariage, le changement de sexe d'un époux, le fait qu'un époux de nationalité étrangère ait obtenu le prononcé du divorce dans son pays d'origine¹⁷¹.

C. Le divorce pour faute

Trois des systèmes étudiés, l'Autriche, la France et la Roumanie retiennent la faute à titre de cause autonome et spécifique de divorce.

En Autriche, la section 49 de la loi relative au mariage (*Marriage Act*) pour définir la notion de faute renvoie à la situation dans laquelle l'un des époux est coupable d'avoir bouleversé la relation matrimoniale par une faute conjugale grave ou bien par un comportement incorrect ou immoral empêchant toute possibilité de réconciliation entre époux¹⁷². Les dispositions légales visent deux exemples types d'un tel comportement : l'adultère et les violences physiques ou mentales infligées à l'autre conjoint. En tout état de cause, ce comportement doit avoir conduit à la rupture irrémédiable du lien matrimonial pour fonder valablement une demande de divorce. Aucune disposition particulière n'est organisée quant au régime de la preuve, celle-ci peut être rapportée par tout moyen. Le rapporteur note cependant que la preuve par témoignage ou production de documents (photographies, lettres, factures d'hôtel...) semble être la plus efficace.

En France, sur le fondement de l'article 242 du Code civil : « *Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune* ». La notion de faute n'a pas été définie le législateur et depuis la suppression des causes péremptoires de divorce, par la réforme de 1975, le caractère fautif du comportement du ou des époux est laissé à l'appréciation souveraine du juge. Il

¹⁷⁰ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 34.

¹⁷¹ V. M.D. PANDFORTI, *Rapport italien*, Q 21.

¹⁷² V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 38.

doit également être prouvé que ce comportement rend intolérable le maintien de la vie commune. Une étude jurisprudentielle fait ressortir au titre des comportements fautifs imputables à un ou aux époux : l'infidélité, le manquement à l'obligation de communauté de vie, le manquement au devoir d'entraide ou à l'obligation de secours et assistance, le manquement à l'obligation de respect entre époux. La preuve de la faute est libre dans ce système avec une limite néanmoins au regard de la qualité des personnes dont le témoignage est recevable. En vertu de l'article 259 du Code civil : « *Les faits invoqués en tant que cause de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris par l'aveu. Toutefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux* ». Les enfants du couple, communs ou non, de même que les petits-enfants ne peuvent témoigner sur les griefs invoqués par un époux contre l'autre. La Cour de cassation a eu l'occasion d'étendre cette limite aux conjoints des descendants¹⁷³. Enfin, les articles 259-1 et 259-2 du Code civil permettent d'écarter des débats relatifs à la preuve de la faute les éléments de preuve obtenus par violence ou par fraude ainsi que les constats dressés à la demande d'un époux lorsqu'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée.

En Roumanie, l'article 373 b) du Nouveau Code civil prévoit que le divorce peut être prononcé sur le fondement de la « *conduite coupable de l'un ou des deux époux* »¹⁷⁴. Les fautes conjugales ne sont pas énumérées et leur appréciation est laissée au juge. À l'instar du droit français, le comportement fautif de l'époux doit rendre impossible la continuation du mariage ; son seul constat n'est donc pas suffisant pour que le divorce soit prononcé sur ce fondement. Les fautes matrimoniales qui ressortent de l'étude jurisprudentielle réalisée par le rapporteur ne permettent pas de mettre en évidence des spécificités, ce sont celles que l'on retrouve « classiquement » invoquées dans ce type de procédure : refus de cohabitation, abandon du domicile conjugal, infidélité, mauvais traitement, violences conjugales, mésentente grave, refus injustifié d'avoir des rapports sexuels avec son conjoint. La preuve de la faute est libre, cependant nous retrouvons dans ce système une limite associée à la qualité du témoin ; en effet les descendants ne peuvent témoigner dans le procès en divorce¹⁷⁵.

¹⁷³ Cass. civ. 1^{re} 14 février 2006, n° 05-14.685, *Bull. civ.* n° 71.

¹⁷⁴ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 38.

¹⁷⁵ *Ibid.* Q 39

D. Les autres causes de divorce

Nous devons ici mentionner les cas spécifiques de la Grèce et de l'Italie sans cohérence toutefois dans les causes de divorce envisagées.

La Grèce ouvre la possibilité au juge de prononcer le divorce à la demande de l'un époux lorsque l'autre a été déclaré absent¹⁷⁶.

L'Italie est, parmi les États qui retiennent l'existence de causes multiples au divorce, le seul à associer directement le divorce à la situation pénale de l'un des époux. En effet, la condamnation d'un époux à une peine d'emprisonnement à perpétuité, sa condamnation pour des crimes sexuels, la tentative, la réalisation ou la réitération de crime contre l'un des membres de la famille ou enfin la relaxe de l'époux(se) pour insanité d'esprit dans l'une de ces deux dernières hypothèses, sont des causes de divorce dès lors que ces faits sont associés au constat d'une altération définitive du lien conjugal¹⁷⁷.

II. Le divorce sur le fondement d'une cause unique : la rupture irrémédiable du lien matrimonial

Les États qui retiennent une cause unique de divorce fondent tous celui-ci sur la constatation d'une rupture irrémédiable du lien matrimonial. Des différences peuvent cependant être mises en évidence quant à la preuve de cette rupture.

Les Pays-Bas ont une place à part dans cette étude dans la mesure où la rupture irrémédiable du lien matrimonial, cause unique de divorce dans ce système, n'a pas à être prouvée pour que le divorce puisse être prononcé¹⁷⁸. Seule l'opposition de l'un des époux au divorce amènera le juge à examiner quels sont les éléments permettant d'établir le caractère irrémédiable de la rupture.

En Allemagne, en vertu du § 1565 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), la faillite du mariage est l'unique cause de divorce¹⁷⁹. Cette cause peut être invoquée sans considération de la durée du mariage. Des mécanismes de représentation de l'époux placé sous un régime d'incapacité ont été mis en place. La rupture irrémédiable du lien matrimonial est établie

¹⁷⁶ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 29.

¹⁷⁷ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 21.

¹⁷⁸ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 2.

¹⁷⁹ D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 21.

dès lors que l'intention matrimoniale a disparu dans le couple et qu'il n'est pas envisageable qu'elle puisse être restaurée. L'appréciation du caractère irrémédiable de la rupture tout comme celle de l'impossibilité de réconciliation est laissée au juge. Toutefois, le mariage sera présumé irrémédiablement rompu dans l'hypothèse d'une séparation de fait des époux. En effet, en vertu du § 1566 al. 1 du BGB une séparation de fait d'une année des époux fait présumer le caractère irrémédiable de la rupture dès lors que la requête en divorce est présentée conjointement par les époux ou bien a été acceptée par l'autre dans l'hypothèse d'une requête unilatérale. Au vu des statistiques, la séparation de fait de un an constitue le premier motif de rupture et représente 80,7 % des requêtes¹⁸⁰. En vertu du § 1566 al. 2 du BGB cette présomption de rupture irrémédiable s'applique également lorsque les époux vivent séparés de fait depuis trois ans. Ce motif constitue 16,87 % des requêtes¹⁸¹. Le consentement des époux au divorce n'est en revanche pas suffisant pour établir le caractère irrémédiable de la rupture. En effet, dans l'hypothèse où les deux époux consentent au divorce et introduisent conjointement la requête ils devront tout de même établir qu'ils vivent séparés de fait depuis une année pour que leur divorce puisse valablement être prononcé. Toutefois, si la faute est désormais totalement exclue dans ce système au titre des motifs de rupture, le comportement des époux sera néanmoins pris en compte afin de permettre à l'un des époux d'obtenir le divorce plus rapidement. En effet, en vertu du § 1565 du BGB, à titre exceptionnel, le juge pourra prononcer le divorce alors que les époux vivent séparés depuis moins d'un an dans l'hypothèse où le comportement fautif de l'un des époux ferait de la continuation du mariage une cause de dureté à l'encontre du demandeur en divorce¹⁸². La faute est donc prise en compte en Allemagne, au titre des éléments qui permettent d'obtenir un divorce à bref délais et non pas en tant que motif de rupture irrémédiable du lien matrimonial. Les comportements visés sont les violences commises contre la personne du demandeur, les menaces, les insultes graves, l'alcoolisme du défendeur, l'abandon ou encore des manquements grave du défendeur à ses obligations alimentaires envers l'autre époux ou envers les enfants. La question de savoir si l'infidélité d'un époux peut permettre l'obtention d'un divorce à bref délais fait débat. Il semble que l'adultère à lui seul ne soit pas suffisant pour permettre l'accélération de la procédure, bien que la jurisprudence l'ait accepté dans des cas tout à fait particuliers (activité de prostitution du conjoint ou encore installation au domicile d'un concubin). Par ailleurs, sur le fondement du § 1568 al. 2 du BGB, l'exceptionnelle dureté peut également être invoquée par le défendeur pour faire échec à une demande en divorce à laquelle il/elle s'opposerait. En effet, la jurisprudence a pu retenir que l'état de santé du défendeur pouvait justifier la continuation du mariage et faire échec à la demande en divorce.

¹⁸⁰ *Ibid.*, Q 22.

¹⁸¹ *Ibidem.*

¹⁸² V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 27.

En *Angleterre et au Pays de Galles*, la rupture irrémédiable du lien matrimonial constitue depuis la réforme de 1973 l'unique cause de divorce¹⁸³. Cette demande ne peut être introduite durant la première année de mariage. Des mécanismes de représentation spécifiques ont été organisés au bénéfice de l'époux placé sous un régime de protection¹⁸⁴. Dans ce système la rupture irrémédiable du lien matrimonial doit obligatoirement être établie sur le fondement de l'un des cinq motifs visés à la section 1(2) du *Matrimonial Causes Act 1973*. Le juge est tenu de constater la rupture au vu des éléments qui lui sont communiqués. Il apparaît cependant en pratique que cette vérification n'est effectivement réalisée par le juge que lorsque l'un des époux s'oppose à la demande en divorce¹⁸⁵. Le comportement fautif de l'un des époux est visé dans trois des cinq motifs de rupture et fonde à l'heure actuelle 64,34 % des requêtes en divorce. En effet, constituent des motifs de rupture : l'adultère ou le comportement déraisonnable du conjoint, dès lors qu'ils rendent impossible la poursuite de la vie commune. Ces motifs ne pourront cependant pas être invoqués si les époux ont poursuivi leur vie commune plus de six mois à compter de la réalisation des faits invoqués. L'abandon du domicile conjugal depuis plus de deux ans, par l'un des époux est également visé au titre des comportements fautifs permettant d'établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial. Dans ce système, la séparation est également un motif de rupture, elle fonde les deux derniers motifs de rupture visés par la section 1(2) du *Matrimonial Causes Act 1973*. La durée de séparation exigée varie selon que le défendeur s'oppose ou non à la demande en divorce. Ainsi, la rupture irrémédiable du lien matrimonial sera établie par une séparation de fait de deux années consécutives, lorsque la requête en divorce a été acceptée l'autre. Cette durée de séparation de fait est portée à cinq années si l'un des époux s'oppose au principe du divorce. Si les dispositions légales renvoient à une séparation physique des époux, la jurisprudence anglaise a eu l'occasion de juger que cette séparation s'entendait d'une rupture de l'intention matrimoniale qui pouvait être établie valablement bien que les époux aient continué de vivre sous le même toit, dès lors qu'ils y menaient une existence autonome. La séparation en tant que motif de rupture représente aujourd'hui 35,42 % des requêtes en divorce.

En *Pologne*, la rupture irrémédiable du lien matrimonial doit également être prouvée et son appréciation est laissée au juge. Si les dispositions légales ne mentionnent aucun motif spécifique de rupture, une étude jurisprudentielle du rapporteur fait apparaître au titre des motifs de rupture : la mésentente entre époux (34,8 % des requêtes en 2010), l'adultère (25,4 % des requêtes), l'alcoolisme chronique (19,8 % des requêtes)¹⁸⁶. Les motifs de rupture sont encore principalement fondés dans ce système sur le comportement fautif de l'un des époux malgré la formulation objective des dispositions légales. La volonté de divorcer des

¹⁸³ V. L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 19.

¹⁸⁴ *Ibid.*, Q 21

¹⁸⁵ *Ibid.*, Q. 22.

¹⁸⁶ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 23.

époux ou leur séparation de fait ne sont pas suffisantes pour établir le caractère irrémédiable de la rupture. La durée de la séparation de fait des époux n'est pas non plus déterminante quant à la preuve de celle-ci. Il apparaît en revanche que plus la durée du mariage est longue moins il sera facile d'obtenir le divorce sur le fondement de la mésentente entre époux.

III. Le divorce sans cause

Le divorce sans cause a été instauré à titre d'option ouverte aux époux en France. C'est en revanche l'unique fondement en Espagne et en Suède

En *France*, le divorce accepté est une procédure qui offre la possibilité aux époux qui ne s'entendraient pas sur les conséquences du divorce de néanmoins faire acter en début d'instance leur volonté commune de divorcer. Les époux s'entendent donc sur le fait de ne pas invoquer devant le juge de cause de divorce, ce qui en fait une procédure tout à fait originale. En effet, en vertu des articles 233 et 234 du Code civil, le divorce peut être prononcé par le juge sur le seul constat d'un accord des époux sur le principe de la rupture. C'est une forme de divorce qui sans être obtenu par consentement mutuel sera néanmoins fondé sur des déclarations de volonté concordantes des époux. Le débat portera sur les seules conséquences du divorce. Cette procédure distincte de la procédure de divorce par consentement mutuel permet au juge de prononcer le divorce à la demande des époux, sans considération des faits à l'origine de celui-ci et de régler les conséquences du divorce.

L'Espagne en 2005 et la Suède en 1973 ont fait le choix de fonder le divorce sur la seule volonté des époux sans qu'une cause n'ait à être invoquée devant le juge. Il est important de noter que dans ces deux systèmes cela n'a pas conduit à une déjudiciarisation de la procédure et que le juge reste la seule autorité compétente pour rompre le mariage.

En *Espagne*, la loi du 8 juillet 2005 établit que la cause déterminante du divorce réside dans la volonté exprimée par les époux de mettre fin au mariage¹⁸⁷. Les motifs à l'origine de cette volonté ne sont pas évoqués lors de la procédure au titre du droit à l'intimité du requérant¹⁸⁸. La volonté exprimée ici peut émaner des deux époux (procédure consensuelle) ou d'un seul des époux seulement (procédure contentieuse). La procédure consensuelle implique que les époux s'entendent sur le principe de la rupture comme sur les conséquences du divorce, lesquelles seront réglées au moyen d'une convention matrimoniale. La procédure contentieuse sera la voie ouverte aux demandes contestées de divorce, ou encore lorsque malgré leur accord sur le principe de la rupture, les époux ne s'entendent pas sur ses conséquences. Le comportement des époux ne sera aucunement

¹⁸⁷ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 21.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

pris en compte au titre des motifs de divorce ni au titre de ses conséquences financières. La faute de l'un des époux pourra cependant conduire à la nullité des donations que se seraient consentis les époux durant le mariage. La séparation des époux n'est plus prise en compte dans ce système au titre des causes de divorce.

En *Suède*, la volonté de mettre un terme à l'union est la cause exclusive du divorce depuis la réforme de 1973¹⁸⁹. Cette volonté peut émaner des deux époux conjointement ou de l'un d'eux seulement. La présence de jeunes enfants a une influence sur la durée de la procédure. En effet, en l'absence d'enfant de moins de seize ans le caractère conjoint de la requête permet le prononcé sans délai du divorce. En présence d'enfant de moins de seize ans, en revanche, le divorce ne pourra être prononcé qu'à l'issue d'une période de réflexion de six mois à compter de la requête. Les motifs qui sont à l'origine de l'expression de cette volonté de mettre un terme au mariage sont totalement exclus des débats dans ce système. Les époux peuvent convenir ensemble de l'ensemble des conséquences du divorce, si ce n'est pas le cas le juge tranchera la question. Le rapporteur relève cependant qu'il n'est pas usuel en Suède de renvoyer ces questions au juge¹⁹⁰. Le comportement des époux ne sera pas évoqué et leur séparation éventuelle restera sans incidence dans la procédure de divorce.

Conclusion

L'étude comparée des différents systèmes laisse apparaître que très rares sont ceux qui ont opté pour un divorce sur simple déclaration de volonté des époux. Si l'émergence d'un droit au divorce peut être constatée, dans la mesure où, l'Allemagne mise à part, les possibilités offertes à l'un des époux de s'opposer au principe du divorce semble avoir disparu, celui-ci doit néanmoins être fondé sur une cause, qu'elle soit objective ou subjective.

Le consentement des époux est une cause suffisante et est désormais la cause première de divorce au sein des Etats qui retiennent l'existence de causes multiples. L'accord des époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences est recherché. La situation de l'Italie qui ne connaît pas cette cause de divorce doit cependant être distinguée.

La rupture irrémédiable du lien matrimonial, cause unique ou alternative de divorce, revêt un visage assez hétéroclite au sein des systèmes étudiés. Les différentes réalités que cette cause recouvre vont de la séparation consensuelle au comportement conjugal, lequel peut être fautif. L'objectivisation du critère n'a pas toujours permis de rompre avec la subjectivité de son appréciation, comme c'est le cas notamment en Angleterre et au Pays de Galles. Si la séparation de fait des époux apparaît comme l'indicateur premier du caractère

¹⁸⁹ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 21.

¹⁹⁰ *Ibid.*, Q 26.

irréversible de la rupture, l'accent est mis dans bon nombre de systèmes juridiques sur la dimension psychologique de la rupture et sur la disparition de l'intention matrimoniale. Lorsque l'évaluation du caractère irréversible de la rupture repose sur une séparation de fait des époux, nous constatons que les délais de deux ou trois années de séparation, sont les plus fréquemment retenus par les Etats.

Enfin, la faute reste présente en tant que cause autonome de divorce, dans une minorité d'États. Seuls trois d'entre eux, dont la France, ont fait le choix de maintenir cette possibilité. Cependant, que l'on ne s'y trompe pas, le comportement des époux en tant que preuve de la rupture irréversible du lien matrimonial n'est jamais très éloigné de la faute. Force est alors de constater que cette notion reste encore très présente dans le droit du divorce au sein des différents systèmes étudiés.

Chapitre 2 : Les procédures de divorce

La plupart des États membres dont le droit a été étudié en vue du présent rapport ne confère qu'aux tribunaux la compétence de prononcer le divorce des époux (I), même si quelques législations admettent un divorce administratif ou notarial et si quelques avant-projets l'envisagent. Le déroulement de la procédure de divorce varie selon les États, tout en présentant des points de convergence (II). Au cours de la procédure, la question se posera de savoir s'il y a lieu ou non d'entendre le ou les enfants mineurs des époux avant que le juge statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale : c'est alors se poser la question de la place de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents (III).

I. L'autorité compétente pour connaître du divorce

Même si, par un mouvement de faveur à la "déjudiciarisation" non empreint d'arrières pensées économiques et financières, il a été envisagé dans de nombreux pays, à un moment ou à un autre, de permettre, dans certains cas, un divorce hors les tribunaux (B), la grande majorité des droits étudiés maintient la compétence exclusive des tribunaux pour prononcer le divorce (A).

A. Une procédure essentiellement juridictionnelle

Malgré diverses tentatives de simplification et de désencombrement des juridictions nationales¹⁹¹, la grande majorité des États membres faisant l'objet de ce rapport ont conservé une compétence exclusive des tribunaux pour prononcer le divorce. En revanche, en ce qui concerne les conséquences du divorce, divers pays admettent qu'elles puissent dans une large part, faire l'objet de conventions entre époux.

La compétence exclusive des juridictions civiles est ainsi affirmée en *Allemagne* (art. 17 EGBGB)¹⁹². La juridiction compétente est le tribunal cantonal (*Amtsgericht*)¹⁹³, qui possède

¹⁹¹ V. *infra* sous 2.

¹⁹² En vertu de cette disposition, "le mariage ne peut être dissous par divorce sur le territoire allemand que par un tribunal" („Die Ehe kann im Inland nur durch ein Gericht geschieden werden"). V. aussi § 1564, phrase 1, BGB : „Le mariage ne peut être dissous par divorce que par une décision juridictionnelle sur requête d'un des époux ou des deux" („Die Ehe kann nur durch richterliche Entscheidung auf Antrag eines oder beider Ehegatten geschieden werden").

¹⁹³ Le tribunal cantonal (*Amtsgericht*) est assez comparable au tribunal d'instance français. Il est compétent jusqu'à 5 000 euros. Contrairement au tribunal d'instance français, il est également compétent pour toutes affaires relatives au droit de la famille (divorce, filiation ...).

en son sein un tribunal de la famille (*Familiengericht*)¹⁹⁴ compétent notamment pour les procédures de divorce (*Verfahren in Scheidungssachen*). Ce tribunal doit également statuer sur les conséquences du divorce au regard des enfants des époux (§ 152, al. 1^{er}FamFG) ; il est également compétent pour connaître de toutes autres conséquences du divorce (*Folgesachen*, § 137 FamFG¹⁹⁵). Le droit allemand admet de façon très libérale les accords entre époux sur les conséquences financières du divorce.

En Angleterre et au Pays de Galles, c'est également le tribunal qui prononce le divorce des époux. La juridiction compétente est en principe la *County court*, mais dans des cas complexes, notamment certaines situations transfrontières nécessitant l'application de règles de droit international privé, l'affaire est renvoyée à la *High Court (Principle Registry of the Family Division of the High Court*, qui se trouve à Londres)¹⁹⁶.

En Autriche également, en vertu de l'article 46 de la loi relative au mariage (*Ehegesetz*), le divorce suppose une « décision juridictionnelle » (*gerichtliche Entscheidung*) à la suite d'une procédure gracieuse ou contentieuse suivant qu'il s'agit ou non d'un divorce par consentement mutuel des époux. La juridiction compétente est le *Bezirksgericht* (tribunal d'arrondissement, comparable au tribunal d'instance français). Les époux peuvent s'entendre sur la question de la pension alimentaire après divorce éventuellement due à l'un d'eux (Art. 66 à 78 de la loi autrichienne relative au mariage, EheG)¹⁹⁷ ; un tel accord est obligatoire dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel (Art. 55a EheG).

En Belgique aussi, les tribunaux sont seuls compétents pour prononcer le divorce. Le tribunal de première instance¹⁹⁸ se prononce sur le divorce et ses conséquences. Ultérieurement toutefois, le tribunal de la jeunesse sera compétent en cas de litige relatif à l'exercice de l'autorité parentale ; le juge de paix sera, lui, compétent pour statuer en matière d'obligations alimentaires.

C'est en Bulgarie le tribunal d'arrondissement qui connaît des procédures de divorce (art. 103 CPC bulgare). Dans certains d'entre eux, des chambres spécialisées en droit de la famille ont été instaurées.

A l'heure actuelle, la compétence est également exclusivement juridictionnelle en Espagne en vertu de l'article 89 du Code civil (*Código civil*), qui énonce que la dissolution du

¹⁹⁴ § 23a, al. 1er, n°1 de la loi allemande sur l'organisation juridictionnelle (*Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*).

¹⁹⁵ La FamFG est la loi sur la procédure en matière familiale et en matière gracieuse (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*).

¹⁹⁶ V. *Practice Direction* du 3 nov. 2008 relative à la compétence juridictionnelle et au renvoi de certaines procédures (*Practice Direction in the Allocation and Transfer of Proceedings*).

¹⁹⁷ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 82 et les références en note.

¹⁹⁸ Il existe 27 tribunaux de première instance en Belgique. Ils se divisent en trois sections : le tribunal civil, le tribunal correctionnel et le tribunal de la jeunesse.

mariage par divorce ne pourra avoir lieu que par jugement¹⁹⁹. Un avant-projet envisage toutefois de permettre, dans certains cas, le divorce devant notaire²⁰⁰.

Une telle éventualité avait également été débattue en *France*, mais n'a pas été retenue. C'est donc encore aujourd'hui uniquement le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance qui est compétent en matière de divorce (art. L. 213-3 COJ).

En *Grèce*, la compétence est également exclusivement juridictionnelle et appartient au tribunal d'instance (art. 17 n. 1 CPC grec). Il en va de même en *Hongrie*, où les juridictions locales sont compétentes. Si le partage des biens des époux n'a pas lieu au cours de la procédure de divorce mais seulement ensuite, le tribunal local est également compétent dès lors que la valeur des biens à partager dépasse 30 millions de HUF (forints hongrois), soit environ 100 000 euros (art. 22, al. 1^{er} CPC hongrois).

L'*Italie*, qui donne également compétence uniquement aux tribunaux pour prononcer le divorce, prévoit que le tribunal ordinaire statue à trois magistrats, ce qui semble exceptionnel aujourd'hui, de nombreux pays ayant opté pour la compétence d'un juge unique.

Les *Pays-Bas* retiennent également la compétence exclusive des tribunaux pour le prononcé du divorce, tout en accordant une large place aux conventions entre époux sur les conséquences du divorce. Ce sont les tribunaux d'arrondissement qui sont compétents²⁰¹.

En *Pologne*, ce sont les tribunaux régionaux qui prononcent le divorce des époux (art. 17 .1 CPC polonais). Toutefois, si la répartition des biens des époux n'a pas eu lieu dans le cadre de l'instance en divorce mais seulement ultérieurement, la juridiction compétente sera le tribunal d'arrondissement, qui est également compétent pour statuer, après le divorce, sur les obligations alimentaires entre ex-époux ainsi qu'entre parents et enfants. Ainsi, même si le tribunal régional a fixé, dans le jugement de divorce, le montant de la pension alimentaire, le tribunal d'arrondissement peut ultérieurement être saisi d'une demande de modification en cas de changement de circonstances²⁰². Le droit polonais (art. 57 et 58 k.r.o., Code de la famille et des tutelles) distingue trois types d'éléments devant ou pouvant faire l'objet du jugement de divorce : 1° les questions devant être tranchées d'office par le tribunal, même sans requête des époux en ce sens (il s'agit de la question de la faute quant à l'échec du mariage, de l'autorité parentale, des obligations alimentaires envers les enfants mineurs et de l'usage temporaire du logement familial) ; 2° les questions sur lesquelles le tribunal doit statuer suite à une demande d'au moins un époux (obligations alimentaires entre ex-époux,

¹⁹⁹ „La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia“.

²⁰⁰ V. *infra* sous 2.

²⁰¹ Il existe onze tribunaux d'arrondissement aux Pays-Bas, v. P. VLAARDINGEBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 84.

²⁰² V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 84.

éviction du logement familial, répartition des biens entre les époux) ; enfin, 3° les points sur lesquels le tribunal statue sur requête conjointe des époux (division du logement appartenant en commun aux époux). Cette distinction tripartite est importante dans la mesure où les éléments visés aux points 2 et 3 peuvent faire l'objet de conventions entre les époux, ce qui n'est pas le cas des questions sur lesquelles le tribunal doit se prononcer d'office.

Même un pays réputé progressiste comme la *Suède*, qui a très tôt (dès 1973) admis un droit au divorce de chaque époux, maintient la compétence exclusive du tribunal pour prononcer le divorce des époux. En revanche, toutes les conséquences personnelles et financières du divorce peuvent faire l'objet d'une convention entre les époux. La juridiction compétente est le tribunal d'arrondissement (*district court*) ; si aucun des époux ne réside en Suède mais que les juridictions de celle-ci ont compétence, ce sera le tribunal d'arrondissement de Stockholm qui connaîtra de la procédure de divorce. Si le divorce est prononcé judiciairement, le *Social Welfare Board* (Service de protection sociale) de chaque commune joue néanmoins un rôle important en matière d'exercice de l'autorité parentale car il a pour mission d'encourager les époux à trouver une solution consensuelle en la matière et, une fois l'accord trouvé, il vérifie que l'intérêt de l'enfant est bien préservé et, si c'est le cas, confirme la solution convenue entre les époux. La convention acquiert alors force obligatoire. Il s'agit là d'une procédure purement administrative ; les questions d'autorité parentale ne sont portées devant le tribunal que lorsque le conflit entre les époux est intense²⁰³. Si les parents s'entendent sur la pension alimentaire qui sera versée pour l'entretien de l'enfant, leur accord sur ce point doit également être soumis à l'approbation du *Social Welfare Board* pour acquérir force obligatoire ; certes, un parent peut, plutôt que de conclure une convention avec l'autre parent sur ce point, décider de saisir le tribunal afin qu'il tranche, mais il est rare en Suède que le montant de la pension alimentaire qui sera versée pour l'entretien de l'enfant soit fixé par décision de justice²⁰⁴. Les conséquences du divorce pour les époux eux-mêmes (pension alimentaire entre ex-époux, répartition des biens) peuvent faire l'objet de conventions entre époux sans qu'un contrôle d'une autorité quelconque soit requis ; ces questions peuvent également être portées devant le tribunal si les époux ne parviennent pas à une solution consensuelle.

La *Roumanie*, en revanche, a opté pour un système de compétences plurielles. C'est le seul État membre couvert par cette étude qui admette aujourd'hui tant un divorce devant l'officier d'état civil que devant notaire²⁰⁵, tout en n'écartant pas la possibilité d'un divorce judiciaire. Le divorce peut en effet être prononcé par le tribunal si les époux le saisissent d'une requête conjointe (dans le cadre donc d'un divorce par consentement mutuel). En outre, seul le tribunal est compétent lorsque le divorce est demandé pour faute ou en raison

²⁰³ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 83.

²⁰⁴ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 83.

²⁰⁵ V. *infra* sous 2.

de l'état de santé d'un des époux. La juridiction compétente est le tribunal d'instance (art. 914 nouv. CPC roumain). La Roumanie ne possède qu'un seul ordre de juridiction, dénommée ordre judiciaire.

En cas de procédure juridictionnelle se pose la question de savoir si les époux doivent être *représentés par un avocat* (que celui-ci puisse être commun aux époux en cas de divorce par consentement mutuel ou propre à chacun des époux). Sur ce point, les réponses sont très variables d'un pays à l'autre : si une représentation par avocat est requise en *Allemagne*, en *Espagne*²⁰⁶, en *France*, en *Grèce*²⁰⁷, en *Italie*²⁰⁸, aux *Pays-Bas*, ce n'est pas le cas en *Autriche*²⁰⁹, en *Bulgarie*²¹⁰, en *Hongrie*, en *Pologne* ou encore en *Suède*²¹¹ ; en *Belgique*, les époux peuvent recourir aux deux formes de divorce prévues (divorce pour désunion irréparable ou divorce par consentement mutuel) sans que l'intervention d'un avocat soit requise (art. 1254, § 1^{er}, 1^{er} al. et art 1288 bis, al. 6 du Code judiciaire belge), mais il est très rare en pratique qu'ils ne fassent pas appel à un avocat.

B. De rares cas de divorce hors les tribunaux

Dans de nombreux pays, la question d'un divorce non judiciaire, qui serait enregistré par un officier d'état-civil ou un notaire, a fait débat. A titre d'exemples peuvent être cités

²⁰⁶ Art. 750 LEC : les époux doivent être assistés par un avocat (*abogado*) et représentés par un „procureur“ (*procurador*, qui semble avoir le rôle des anciens avoués français). S'il s'agit d'un divorce par consentement mutuel, les époux peuvent prendre le même avocat et le même procureur.

²⁰⁷ En *Grèce*, même en cas de divorce par consentement mutuel, chaque époux doit être assisté par un avocat distinct, art. 94, al. 1^{er} CPC grec.

²⁰⁸ La représentation obligatoire par avocat dans la procédure de divorce, qu'elle repose sur une requête conjointe des époux ou non, a été introduite en Italie par une loi du 15 mai 2005, n°80. Antérieurement, la représentation par avocat n'était pas obligatoire; cette solution avait été retenue dans le but de favoriser la réconciliation des époux, présumée plus difficile en présence d'avocats. La loi de 2005 a été adoptée dans le but de renforcer les garanties dans la procédure pour les deux époux.

²⁰⁹ La représentation par avocat est requise en Autriche dans les procédures de divorce seulement lors de l'instance d'appel.

²¹⁰ Le jugement de divorce prononcé par la juridiction de première instance ne peut d'ailleurs faire l'objet d'un appel (art. 325 et 330, al. 5 CPC bulgare). Un jugement prononçant le divorce pour échec du mariage pourrait toutefois donner lieu à recours non pas sur le prononcé du divorce, mais sur les conséquences de celui-ci (modalités d'exercice de l'autorité parentale, occupation du logement de la famille...); le recours serait alors porté non pas devant la cour d'appel, mais devant la Cour de cassation et le requérant devrait alors être représenté par un avocat, art. 284, al. 2 CPC bulgare.

²¹¹ En *Suède*, les époux ou l'un d'eux se contentent de remplir un formulaire émanant de la *Central court agency* et disponible sur internet. Ce document, rempli, constitue la requête en divorce. La procédure est en principe écrite et ne nécessite pas la présence des parties ou de représentants, v. Chap. 14 du Code suédois du mariage. Une procédure simple de divorce coûte ainsi approximativement 80 euros. Le législateur suédois s'efforce de garantir la simplicité et le bas coût des procédures de divorce. La simplicité de la procédure suppose que le droit suédois soit applicable. C'est notamment pourquoi la Suède n'a pas souhaité être partie au règlement Rome III.

l'Allemagne, dont le gouvernement avait envisagé en 2009 un divorce notarial dans le cas d'époux sans enfants souhaitant divorcer par consentement mutuel, l'objectif poursuivi étant avant tout de décharger les tribunaux de la famille (*Familiengerichte*) ; la réforme allemande du droit de la famille entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2009 a toutefois écarté une telle possibilité et maintenu la compétence exclusive des tribunaux de la famille en matière de divorce. En France également, un débat s'était ouvert sur le divorce extrajudiciaire et la Commission Guinchard devant réfléchir sur la répartition des contentieux²¹² avait examiné la question²¹³. Elle proposa (v. proposition 25)²¹⁴ finalement le maintien de la procédure de divorce par consentement mutuel devant un juge, mais selon une procédure allégée et à un coût régulé ou tarifé²¹⁵. Le débat a également lieu actuellement en Espagne, où un divorce notarial est envisagé pour les divorces par consentement mutuel ; à l'heure actuelle, l'article 89 du Code civil espagnol dispose toutefois que la dissolution du mariage par divorce ne peut avoir lieu que par jugement.

Le seul pays étudié dans le cadre de ce rapport qui admette un divorce non judiciaire est la Roumanie, qui connaît trois procédures possibles²¹⁶ : le divorce devant l'officier d'état civil (dit divorce administratif), le divorce notarial et le divorce judiciaire. Le divorce peut être constaté par l'officier d'état civil ou par un notaire lorsque les époux n'ont pas d'enfants communs mineurs (qu'ils soient biologiques ou adoptés) et consentent tous deux au divorce. Le notaire peut en outre également constater le divorce lorsque les époux ont des enfants mineurs, à condition toutefois que les époux s'entendent sur toutes les conséquences du divorce (nom de famille qui sera porté par les époux après divorce, exercice de l'autorité parentale par chacun des parents, résidence de l'enfant après le divorce, droit de visite, contribution des parents à l'entretien des enfants mineurs, v. art. 375, al. 2 du nouveau Code civil roumain). Le divorce peut également être prononcé par le tribunal même si les époux formulent une requête conjointe (art. 374 nouv. C. civil). Il doit être prononcé par le tribunal lorsqu'il est demandé pour faute d'un époux ou en raison de l'état de santé de l'un des époux.

²¹² Rapport Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Doc. franç. 2008, pp. 20 et 87 et s.

²¹³ La question était également, au moins partiellement financière, car le rapport Guinchard relève (p. 88) que „dans un tiers des divorces par consentement mutuel, l'un des époux au moins est bénéficiaire de l'aide juridictionnelle“.

²¹⁴ Rapport Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, op. cit., p. 20.

²¹⁵ Avec une audience sur demande spécifique des parties ou du juge, l'audience étant en revanche toujours maintenue si les époux avaient des enfants mineurs issus du mariage. La suppression de l'audience n'aurait pu être envisagée qu'à condition de s'assurer que les enfants aient bien été informés de leur droit d'être entendus par le juge sur les conséquences du divorce les concernant. La Commission Guinchard préconisait également la publication de barèmes indicatifs relatifs aux honoraires des avocats dans les procédures de divorce (avec obligation de remettre une proposition de convention d'honoraires avant toute intervention de l'avocat) ou, « à défaut », un tarif maximum fixé par l'Etat.

²¹⁶ V. M. SCHEUAU, *Rapport roumain*, Q 82 et 83.

En dehors du champ de cette étude, d'autres pays d'Europe ont consacré, au moins partiellement, le divorce administratif ou notarial. Il en va ainsi par exemple de la *Russie* et l'*Ukraine*, qui permettent le divorce *devant l'officier d'état civil* lorsque les deux époux souhaitent le divorce et n'ont pas d'enfant mineur commun²¹⁷, ou lorsqu'un époux est absent ou a été condamné à une peine de prison supérieure à trois ans). La *Lituanie* permet également le divorce devant l'officier d'état civil lorsque les époux ont tous deux la volonté de divorcer et n'ont pas d'enfants communs mineurs, ou lorsqu'un des époux est déclaré absent, ou bien est incapable en raison d'une maladie mentale, ou encore est condamné pour crime à une peine d'emprisonnement de trois ans au moins. L'*Estonie* permet également un divorce devant le bureau des statistiques de l'état civil si les deux époux formulent une demande conjointe. Outre les pays de l'Est, les pays nordiques sont en général également favorables à des procédures allégées et déjudiciarisées. Le *Danemark* connaît ainsi deux types de procédure de divorce : l'un est judiciaire, l'autre est administratif²¹⁸ et suppose un accord des époux tant sur le divorce lui-même que sur toutes ses conséquences²¹⁹. L'autorité administrative compétente est le gouverneur du Comté, assisté d'organes administratifs. Un modèle similaire existe en *Norvège*²²⁰.

Peu de pays ont consacré le *divorce notarial* : à *Cuba* depuis 1994 et en *Colombie* depuis 1989 par exemple, coexistent des procédures judiciaires et une procédure devant notaire²²¹. En général, il est exigé, pour que la voie notariale puisse être utilisée, que les époux soient d'accord tant sur le divorce que sur le règlement de toutes ses conséquences.

Il y a fort à parier que dans les années à venir, la question d'un divorce non plus prononcé par le tribunal, mais constaté par une autorité publique ou un officier ministériel, sera à nouveau abordée dans divers pays. Devant des taux de divorce de plus en plus élevés, les États – qui pour la plupart supportent des charges financières élevées dues au coût de l'aide juridictionnelle – tendront à simplifier et déjudiciariser les procédures afin d'éviter les frais de justice, les frais d'avocat et de permettre aux couples mariés un divorce rapide et peu onéreux dans les cas simples (en général, divorce par consentement mutuel et absence d'enfants mineurs communs).

²¹⁷ Art. 19 § 1 Code russe de la famille et M. ANTOKOLSKAIA, in K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. CURRY-SUMMER (éd.), *European Family Law in Action*, vol. 1 : *Grounds for Divorce*, Intersentia éd., 2003, p. 153.

²¹⁸ V. loi danoise du 4 juin 1989.

²¹⁹ V. I. LUND-ANDERSEN, *European Family Law in Action*, vol. 1 : *Grounds for Divorce*, Intersentia éd., Anvers et Oxford, 2003, p. 117.

²²⁰ V. T. SVERDRUP, *European Family Law in Action*, vol. 1 : *Grounds for Divorce*, Intersentia éd., Anvers et Oxford, 2003, p. 126, qui souligne que la procédure administrative est la voie normale pour obtenir un divorce, la procédure judiciaire étant réservée à des cas complexes.

²²¹ Pour des détails, v. *Rapport Guinchard, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, op. cit., p. 95 et G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba : una propuesta de futuro para España, *Revista de derecho privado* nov.-déc. 2011, p. 3.

II. Le déroulement de la procédure de divorce

La procédure de divorce, comme cela a été vu précédemment, se déroule essentiellement devant les juridictions civiles. A l'heure actuelle, presque aucun droit national n'impose aux époux de respecter une période de réflexion après l'introduction de l'instance : aucun délai de ce type n'est prévu en *Allemagne*, en *Autriche*, en *Bulgarie*, en *Espagne*, en *France*²²², en *Grèce*, en *Hongrie*, en *Pologne*, aux *Pays-Bas*. En *Angleterre et au Pays de Galles*, la loi impose certes un délai de six semaines et un jour, mais entre l'obtention du *decree nisi* et la demande de conversion en *decree absolute*. En *Belgique*, des conditions sont formulées pour que soit établie la désunion fondant la demande en divorce (art. 1255 C. judiciaire belge) : si les deux époux sollicitent le divorce, sont exigés six mois de séparation de fait ou l'expiration d'un délai de trois mois depuis la première audience devant le tribunal ; si un seul des époux est demandeur, la loi exige un an de séparation de fait, ou l'expiration d'une année depuis la première audience (ou encore la preuve par tous moyens de la désunion irrémédiable). En *Roumanie*, une période de réflexion n'est imposée que dans le cas d'un divorce administratif (devant l'officier d'état civil) ou notarial : l'officier d'état civil ou le notaire enregistre la demande et donne aux époux un délai de réflexion de trente jours (art. 376, al. 1^{er} nouv. C. civil roumain). Enfin, en *Suède*, une période de réflexion de six mois, qui court à compter de la demande en divorce, est prévue par le Code du mariage²²³ dans trois hypothèses : 1° si les deux époux sollicitent une période de réflexion ; 2° si les époux ou l'un d'eux ont la garde d'un enfant de moins de seize ans qui vit avec les époux ou l'un d'eux de façon permanente ; 3° si l'un des époux s'oppose au divorce. L'objet de la période de réflexion est d'éviter des divorces hâtifs pouvant nuire aux époux comme à l'intérêt de leurs enfants²²⁴.

La question se pose des participants à la procédure (A), notamment au regard des exigences internationales en matière d'audition de l'enfant sur les questions le concernant²²⁵. La place des modes amiables de résolution des différends (MARD en droit français depuis le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012²²⁶ complétant la transposition

²²² Sur le divorce par consentement mutuel, v. en ce sens art. 1099 CPC. Pour les autres formes de divorce, le juge procède d'abord à une tentative de conciliation ; puis il rend une ordonnance par laquelle il peut renvoyer les parties à une nouvelle tentative de conciliation, ou autoriser immédiatement les époux à introduire l'instance en divorce (art. 1111, al. 1^{er} CPC). Comp. le *droit hongrois* : si le divorce est demandé par un seul époux, le tribunal tente de réconcilier les époux lors de la première audience ; en cas d'échec ; la demande en divorce doit être renouvelée dans le délai de trois mois, v. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 85.

²²³ Chap. 5 §§ 1-2.

²²⁴ Une fois le délai de six mois expiré, et dans un délai d'un an à compter de la demande initiale en divorce, les époux ou l'un d'eux doivent formuler une nouvelle requête en divorce, faute de quoi la procédure est éteinte, Chap. 5 § 3 Code suédois du mariage.

²²⁵ Cette question sera toutefois traitée dans des développements spécifiques, v. ce chapitre, *infra* III.

²²⁶ *JORF* du 22 janv. 2012.

française²²⁷ de la directive européenne du 21 mai 2008 sur la médiation en matière civile et commerciale) tend également à évoluer et à devenir plus importante, même si certains États membres semblent avoir du retard dans ce domaine (B). Au cours de la procédure de divorce pourront être prononcées des mesures provisoires, notamment en cas de violences conjugales (C). Enfin, le jugement de divorce peut souvent faire l'objet d'un ou de plusieurs recours, certaines distinctions devant toutefois être faites en la matière suivant le divorce a été demandé conjointement par les époux ou bien par un seul d'entre eux (D).

A. Les participants à la procédure

Si les époux sont automatiquement parties à la procédure relative à leur divorce (1), la présence ou l'intervention de tiers est admise de façon variable selon les droits nationaux (2). En outre, la place de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents peut être questionnée, dans la mesure où divers textes de droit international et interne tendent à reconnaître à l'enfant le droit de s'exprimer sur ses souhaits dans les procédures le concernant. La place de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents fera l'objet de développements spécifiques (v. *infra* Chapitre 3).

1. Les époux, parties à la procédure

Les époux sont bien évidemment parties à la procédure de divorce, que celle-ci soit introduite d'un commun accord ou unilatéralement par un des époux. Dans les cas où une procédure administrative ou notariale existe (*Roumanie*), elle doit être engagée par les deux époux (art. 375 nouv. C. civil roumain).

Lorsque les époux sont d'accord pour divorcer et formulent une requête conjointe en ce sens, la procédure est en principe gracieuse. Lorsqu'en revanche, un seul d'entre eux forme une requête en divorce, les règles de la procédure contentieuse s'appliquent. Cette distinction se retrouve ainsi par exemple²²⁸ en *Allemagne*, en *Autriche*²²⁹, en *Bulgarie*, en *Espagne*²³⁰, en *France*²³¹ ou encore en *Grèce*²³².

²²⁷ V. aussi ordonnance n°2011-1540 du 16 nov. 2011, *JORF* du 17 nov. 2011.

²²⁸ Les rapports nationaux ne traitent pas tous de la distinction en procédure contentieuse et procédure gracieuse. Parfois, les causes de divorce (ou l'existence d'une seule cause de divorce) ne permettent pas de procéder à une telle distinction (par ex. en *droit néerlandais*, *polonais* ou encore en *droit suédois*).

²²⁹ Art. 55a de la loi autrichienne relative au mariage (*Ehegesetz*) et M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 30.

²³⁰ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 26.

²³¹ V. art. 1088 CPC : „Le divorce par consentement mutuel relève de la matière gracieuse“ et art. 1089 CPC („La demande en divorce est formée par requête unique des époux“).

La possible participation ou intervention de tiers à la procédure de divorce soulève en revanche plus de difficultés et fait apparaître des disparités importantes selon les États.

2. La possible intervention de tiers

Les législations nationales sont très diverses quant à la possible participation ou intervention de tiers dans la procédure de divorce. Il sera traité de l'enfant des époux dans des développements spécifiques en raison de sa situation spéciale et des textes internationaux lui reconnaissant le droit d'exprimer ses vues dans toute procédure le concernant²³³.

Lorsque les États membres acceptent ou imposent l'intervention- au sens large et non exclusivement procédural - de tiers dans la procédure de divorce, ce qui n'est pas toujours le cas²³⁴, il s'agit avant tout de deux types d'organisme défendant l'intérêt public ou les intérêts des enfants : le *ministère public*, et/ou les *services de protection de la jeunesse*. La nature, notamment procédurale, de cette intervention est variable, et ne donne pas forcément le statut de partie à l'intervenant.

a) Intervention du ministère public

Plusieurs droits nationaux étudiés admettent l'intervention du *ministère public*²³⁵ : si certains États reconnaissent au ministère public le droit d'agir comme partie principale en nullité du mariage²³⁶, aucun ne donne au ministère public le pouvoir de prendre l'initiative d'un divorce, qui demeure une action purement personnelle aux époux. Toutefois, le ministère public peut parfois intervenir dans la procédure de divorce, essentiellement afin de sauvegarder les intérêts des enfants. La *Belgique* prévoit par exemple que le ministère public exprime son avis lors des procédures de divorce par consentement mutuel. En *Espagne*, le procureur de la République intervient à l'instance en séparation ou en divorce lorsque des enfants sont présents ou en cas d'incapacité (art. 749 LEC²³⁷) ; le ministère

²³² Art. 1441, al. 2, C. civil grec pour la procédure gracieuse en cas de divorce par consentement mutuel, et art. 592, al. 1er, CPC grec pour la procédure contentieuse dans les autres cas.

²³³ V. art. 12.1 de la Convention de New York du 20 nov. 1989 relative aux droits de l'enfant : „Les États parties garantissent à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale“.

²³⁴ Ainsi, la *Grèce* ne permet aucune intervention de tiers dans la procédure de divorce, sauf dans le cadre précis de l'audition de l'enfant sur les questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

²³⁵ Ne prévoient pas en revanche une telle intervention possible du ministère public dans la procédure de divorce l'*Allemagne*, l'*Autriche*, la *Bulgarie*, la *Grèce*, les *Pays-Bas*, la *Suède*.

²³⁶ Il en va par exemple ainsi en *Autriche*, lorsque le mariage a été conclu uniquement aux fins d'obtention du nom ou de la nationalité de l'autre époux, ou encore en France dans diverses hypothèses, v. art.180, 184 et 191 C. civil français.

²³⁷ La LEC est la *Ley de enjuiciamiento civil* (loi sur la procédure civile) espagnole.

public est en effet responsable de la tutelle et de la défense des intérêts des enfants et des incapables²³⁸. En *Hongrie* également, le ministère public peut intervenir dans une procédure si une personne n'est pas à même de défendre ses intérêts, mais il ne peut saisir le tribunal d'une procédure de divorce, qui relève de la seule initiative des époux ou de l'un d'eux. Il arrive en revanche que le ministère public ou le service de protection de la jeunesse saisisse le tribunal d'une demande en matière d'autorité parentale ou de pension alimentaire au profit de l'enfant. La *Pologne* prévoit des règles similaires en admettant que le ministère public (ou même un *ombudsman*) puisse participer à une procédure de divorce ou à une procédure relative à l'autorité parentale, tout en ne pouvant prendre l'initiative de la procédure de divorce. La participation du ministère public suppose la nécessité de défendre des intérêts publics, la protection de l'ordre public ou de droits fondamentaux (art. 7 CPC polonais). Ce rôle est également reconnu au ministère public en *Italie*, qui doit être informé de la procédure de divorce par le tribunal dès son commencement (c'est-à-dire dès le début de la requête, *ricorso*), faute de quoi la procédure serait atteinte de nullité²³⁹. En revanche, le *droit grec* ne prévoit aucunement la possibilité pour le ministère public d'intervenir à l'instance en divorce.

Ce rôle du ministère public comme défenseur de l'intérêt public existe également en *Roumanie* : le ministère public peut intervenir à la procédure de divorce pour la défense des droits de l'enfant car il a le droit de formuler des conclusions dans tout procès civil dès lors que cela semble nécessaire pour la défense de l'ordre juridique ainsi que des droits et libertés des citoyens²⁴⁰. Le procureur peut aussi solliciter, ultérieurement à la procédure de divorce, la modification des mesures relatives aux droits et devoirs des parents divorcés à l'égard de leurs enfants mineurs; il saisit alors la juridiction compétente en matière de tutelles.

b) Intervention ou audition des services de protection de la jeunesse

L'audition, au cours de la procédure, des *Services de protection de la jeunesse*, n'est pas rare. Elle tend à garantir au juge la meilleure information sur la situation de l'enfant afin de décider en connaissance de cause de son cadre de vie et des modalités d'exercice de l'autorité parentale, ou de confirmer l'accord conclu par les époux sur ces questions. Ainsi, en *Allemagne*, le *Jugendamt* (service de la jeunesse) doit être entendu par l'intermédiaire de ses travailleurs sociaux lors de procédures de divorce impliquant des enfants mineurs (§ 162,

²³⁸ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 89.

²³⁹ De même, le ministère public italien doit être informé lorsqu'un appel a été interjeté contre le jugement de divorce; la Cour de cassation italienne a toutefois jugé, dans un arrêt du 13 juin 1985, n°3552, qu'une telle notification de l'appel au ministère public n'est pas requise en l'absence d'enfants ou si ceux-ci sont majeurs, v. M.D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 89.

²⁴⁰ M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 89.

al. 1er FamFG²⁴¹), mais le service adresse très souvent seulement un rapport écrit à la juridiction. Ce même service de la jeunesse doit de façon générale être entendu dans toute procédure concernant la personne de l'enfant, si bien que la juridiction doit l'informer des dates d'audience ainsi que des décisions rendues, contre lesquelles le service de la jeunesse peut former un recours dénommé *Beschwerde*. Le recours ne peut concerner que les mesures prises par le tribunal et relatives à la personne de l'enfant²⁴².

En *Autriche* également, le tribunal peut entendre le service de protection de la jeunesse avant de statuer ou de valider la convention passée entre les époux sur les conséquences du divorce. Jusqu'en 2009, l'audition de ce service était même obligatoire ; cela n'est plus le cas aujourd'hui, néanmoins, il semble que les tribunaux continuent à solliciter l'avis du service de protection de la jeunesse dans de nombreux cas²⁴³. Le service peut demander au tribunal d'intervenir en cas de mise en danger de l'enfant. Comme en Allemagne, il peut même être partie à la procédure, par exemple lorsque doit être tranchée la question de l'exercice de l'autorité parentale.

En *Bulgarie* aussi, les services sociaux peuvent intervenir dans une procédure de divorce, mais seulement s'ils y sont invités par le juge. Ils doivent alors exprimer leur avis sur les conséquences du divorce, au regard du meilleur intérêt de l'enfant, notamment sur le contenu de l'accord passé entre les époux sur l'exercice de l'autorité parentale. Le droit bulgare donne en outre à ces services d'assistance sociale la possibilité d'introduire une demande devant le tribunal aux fins de modification des mesures relatives à l'autorité parentale en cas de changement de circonstances (art. 59, al. 9 du Code bulgare de la famille).

Les *Pays-Bas* n'admettent comme tiers à la procédure de divorce que le service de protection de l'enfance, dans les cas où les intérêts de l'enfant seraient menacés.

En *Suède*, l'intervention de tiers pendant la procédure de divorce est soumise à l'initiative du tribunal. Il est fréquent que ce dernier, avant de rendre sa décision en matière de responsabilité parentale, demande au *Social Welfare Board* de se présenter devant lui avec des informations sur la situation de la famille et de l'enfant; cet organe a alors un rôle de consultant du tribunal, il n'est pas partie à la procédure. Il en va ainsi chaque fois qu'un conflit sérieux existe entre les époux sur l'exercice de l'autorité parentale après divorce. Le *Social Welfare Board* est alors tenu de donner à la juridiction des informations pertinentes permettant de l'assister dans la décision à prendre. Il en va de même dans des procédures ultérieures au divorce, qui porteraient sur des modifications des modalités d'exercice de

²⁴¹ Ce texte dispose que dans les procédures concernant la personne de l'enfant, le tribunal doit entendre le service de la jeunesse (*Jugendamt*).

²⁴² Dans certaines procédures spécifiques (qui ne sont pas des procédures de divorce, mais des procédures tendant à la protection de l'enfant en danger, v. §§ 1666 et 1666a BGB), le *Jugendamt* est systématiquement partie à la procédure ; dans les autres procédures, il peut demander à intervenir, v. § 162, al. 2 FamFG.

²⁴³ En ce sens, M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 89.

l'autorité parentale. Il convient de rappeler ici que le *Social Welfare Board* a également, en dehors de toute instance judiciaire, un rôle important de contrôle et de validation des conventions conclues entre époux sur l'exercice de l'autorité parentale. Ce pouvoir de contrôle peut être assimilé à une sorte d'intervention extrajudiciaire dans la décision consensuelle des parents ; sans validation de l'accord parental par le *Social Welfare Board*, cet accord n'est ni obligatoire, ni exécutoire. En outre, en Suède, toute personne est également tenue d'informer le *Social Welfare Board* de tous faits dont elle a connaissance et qui peuvent nécessiter l'intervention de ce service afin de protéger un enfant en danger. Ces informations peuvent avoir une grande influence sur l'avis qu'exprimera le *Social Welfare Board* devant le tribunal saisi ou, en l'absence de procédure judiciaire, sur l'éventuel accord parental en matière d'exercice de l'autorité parentale.

Trois pays adoptent une position plus restrictive en matière d'intervention, dans la procédure de divorce, d'institutions de protection de l'enfance : l'Italie, la Pologne et la Roumanie. Le droit italien n'admet dans la procédure de divorce, que l'intervention du ministère public²⁴⁴. La Pologne ne reconnaît pas aux institutions de protection de l'enfance le droit d'intervenir à la procédure de divorce ou de responsabilité parentale. Elles peuvent toutefois formuler un avis qui sera considéré par le tribunal comme un élément de preuve²⁴⁵.

La Roumanie ne prévoit pas davantage d'intervention directe possible de l'institution de protection de l'enfance dans la procédure de divorce ; ultérieurement en revanche, cette institution, tout comme le ministère public ou l'institution de protection à laquelle a pu être confié l'enfant, peut saisir le juge des tutelles d'une demande de modification des mesures ordonnées par le juge du divorce, relatives à l'exercice de la responsabilité parentale et/ou à la pension alimentaire envers l'enfant mineur.

B. Le recours favorisé aux modes amiables de résolution de différends

Par la directive 2008/52 CE du 21 mai 2008 relative à certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, l'Union européenne a entendu inviter les États membres à considérer de façon sérieuse les modes amiables ou alternatifs de résolution des différends (MARD²⁴⁶). Il s'agit là d'un premier pas qui devrait être suivi d'autres dans les années à venir.

²⁴⁴ V. M.D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 89.

²⁴⁵ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 89.

²⁴⁶ Jusqu'à présent dénommés MARC (modes alternatifs de règlement des conflits) ou MARL (modes alternatifs de règlement des litiges) en France, ces modes se sont vu attribuer la terminologie « modes amiables de résolution des différends » par le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 poursuivant la transposition de la directive européenne du 21 mai 2008 à la suite de l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011. De cette nouvelle appellation découle un changement d'esprit (l'amiable n'est plus présenté comme alternatif à la solution judiciaire, on ne parle plus de règlement, mais de résolution – qui est moins autoritaire – et la

Pour certains États membres (la Grèce par exemple), cette perspective était nouvelle et il fallut entamer un changement de culture litigieuse. Pour d'autres (Autriche, Belgique, France, Pays-Bas notamment), le législateur national avait déjà réalisé des avancées importantes et s'était efforcé de favoriser le recours aux modes alternatifs chaque fois que cela paraissait souhaitable. Certains États membres n'ont pas du tout lié la transposition de la directive aux procédures familiales (Allemagne, Autriche, Belgique, Grèce, Italie, Suède).

Quelle est la place des MARD dans les procédures nationales de divorce ?

Les rapports nationaux font apparaître que dans la majorité des droits étudiés, la médiation familiale n'est *pas obligatoire*, mais au contraire repose sur le consentement des époux de se soumettre à un tel mode amiable de résolution de leur différend (1). Parfois, le législateur permet au juge d'enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur pour une simple réunion d'information sur le processus de médiation et ses possibles avantages.

Certains États imposent toutefois une phase de médiation préalable dans certains cas, ou l'ont imposée mais ont abandonné cette voie (2).

Dans la plupart des États membres, l'accord qu'auront pu conclure les époux, lors de la médiation, sur les conclusions du divorce, ne sera pas en soi exécutoire mais nécessitera d'être soit notarié, soit intégré dans la décision de justice prononçant le divorce des époux²⁴⁷. Le juge se réservera en général un contrôle au moins de l'intérêt de l'enfant. Cette question de la force obligatoire des conventions conclues entre époux et réglant les effets du divorce, qu'elles soient le fruit d'une médiation ou non, sera abordée dans le cadre de l'étude des conventions entre époux²⁴⁸.

1. Les modes amiables de résolution des différends, une option facultative

La plupart des États membres entrant dans le champ de cette étude considèrent les modes amiables de résolution des différends (MARD) comme une option laissée au libre choix des époux. Il en va ainsi en Allemagne, en Autriche, en Belgique²⁴⁹, en Bulgarie, en

terminologie « conflit » ou « litige », à connotation juridictionnelle, est remplacée par celle, plus douce, de « différend »).

²⁴⁷ V. par ex. les solutions retenues en France, en Italie, en Roumanie. En Suède, l'accord sera contrôlé soit par le *Social Welfare Board* en l'absence de procédure judiciaire, soit par la juridiction si elle est saisie.

²⁴⁸ V. *infra*, pages 91 et suiv.

²⁴⁹ V. art. 1254, al. 4/1 Code judiciaire belge: dès que la demande en divorce est introduite, le greffier de la juridiction informe les époux de la possibilité d'une médiation en leur envoyant le texte des art. 1730 à 1737 du Code judiciaire (consacrés à la médiation), accompagné d'une brochure d'information sur la médiation.

Espagne²⁵⁰, en France en principe²⁵¹, en Grèce, en Hongrie, en Italie, aux Pays-Bas, en Pologne ou encore en Suède.

Il n'est toutefois pas rare que le législateur donne au tribunal le pouvoir d'enjoindre aux époux de participer à une séance d'information sur la médiation familiale. Il en va ainsi en Allemagne, où le juge peut formuler une telle injonction²⁵² envers les deux époux ou un seul d'entre eux afin de faciliter un règlement consensuel des conséquences du divorce (§ 135 FamFG)²⁵³. Le tribunal désigne alors la personne ou l'organisme qui informera les époux sur le processus de médiation. La séance est gratuite.

Une telle injonction peut également être formulée par le juge en *droit français* et en *droit espagnol*²⁵⁴. Aux Pays-Bas, le juge peut renvoyer les époux devant un médiateur s'il pense qu'un accord entre eux pour être trouvé. Il existe même dans ce pays un type de médiation « judiciaire » au sens que la médiation est réalisée par des magistrats, mais il semble que peu de juges s'engagent dans cette voie afin de ne pas avoir des préjugements s'ils doivent *in fine* rendre une décision contentieuse ; les juges néerlandais tentent souvent en revanche de rechercher avec les époux une solution amiable²⁵⁵. En Pologne aussi, le juge peut renvoyer les parties vers un médiateur (art. 436, § 1^{er}kpc, CPC polonais) mais les époux ne sont pas tenus d'accepter, car la médiation suppose toujours le consentement des participants. En Suède également, le tribunal peut désigner un médiateur spécial qui aura pour mission d'aider les époux à trouver une solution consensuelle relative à l'exercice de l'autorité parentale (Chapitre 6 § 18a du Code suédois sur les enfants et les parents) ; le tribunal procède ainsi lorsqu'il n'est lui-même pas parvenu à mener les époux à un accord mais qu'il pense qu'une solution amiable demeure possible.

²⁵⁰ V. la loi 5/2012 du 6 juillet 2012 de transposition de la directive européenne du 21 mai 2008: cette loi rappelle le caractère volontaire de la médiation (art. 6.1), et la possibilité d'une partie, à tout moment, de mettre fin à la médiation (art. 6.3). La médiation nécessite l'accord de toutes les parties (art. 16.1).

²⁵¹ V. le projet expérimental de médiation préalable obligatoire introduit par l'article 15 de la loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. V. aussi arrêté du 16 mai 2013 désignant les juridictions habilités à expérimenter la tentative de médiation familiale préalable à toute demande de modification de décisions relatives aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale, à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi qu'aux dispositions contenues dans la convention homologuée, *JORF* 31 mai 2013. Il s'agit des tribunaux de grande instance d'Arras et de Bordeaux.

²⁵² Il n'existe pas de voie de recours contre l'injonction, mais aucune exécution forcée n'est possible si les époux refusent de se rendre à la séance d'information (§ 135, dernière phrase FamFG).

²⁵³ Le tribunal peut aussi formuler une telle injonction dans les procédures relatives à la résidence de l'enfant et au règlement de ses relations avec ses deux parents, § 156, al. 3 FamFG.

²⁵⁴ Art. 158 C. civil espagnol.

²⁵⁵ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 86.

Parfois, le juge ne procède pas à une injonction²⁵⁶, mais à une simple recommandation ou invitation. Ainsi, en *Autriche*, si le juge ne parvient pas lui-même à réconcilier les époux²⁵⁷ mais estime qu'un accord peut être obtenu entre les époux sur les conséquences du divorce, il doit recommander une médiation ou tout autre forme de MARD ; il n'est pas rare que la médiation soit utilisée en matière familiale, domaine dans lequel elle a le plus de succès en Autriche²⁵⁸. Une telle invitation peut également être formulée par le juge *français*²⁵⁹ ou par son homologue *roumain*, ou encore par le juge *italien*²⁶⁰, mais il ne semble pas que ce dernier fasse souvent usage de cette possibilité.

En *Bulgarie*, le tribunal a l'obligation, lors de la première audience, d'inviter les parties à s'orienter vers la médiation²⁶¹ ou d'autres MARD. Toutefois, même si la loi bulgare sur la médiation de 2005 et les textes postérieurs s'efforcent de promouvoir la médiation, elle n'est pas encore très populaire ni largement répandue. Les parties sont libres d'accepter ou de refuser de recourir à un MARD (art. 321, al. 6 CPC bulgare). Si elles y consentent, la procédure sera suspendue pendant au maximum six mois (art. 321, al. 3 et 4 CPC bulgare). Si la médiation échoue, tout époux peut saisir de nouveau le tribunal avant l'expiration du délai de six mois.

L'assistance à une telle réunion d'information est même obligatoire en *Angleterre et au Pays de Galles*²⁶² *avant de saisir la juridiction*: toute personne qui saisit la juridiction d'une demande relative soit à l'organisation de la vie de l'enfant, soit aux conséquences financières du divorce doit avoir assisté à une réunion d'information relative à la médiation (*Mediation information and Assessment meeting, MIAM*). Les parties à la procédure assistent séparément à ces réunions qui ont pour but d'expliquer l'objectif de la médiation et d'autres modes amiables de règlement des différends, la manière dont elle se déroule et d'évaluer si la médiation semble appropriée au contentieux en question. Si à l'issue des réunions d'information les parties souhaitent s'engager dans une médiation, elles seront convoquées à une réunion commune. Il existe quelques exceptions à cette obligation préalable à la saisine du juge ; elles sont limitativement énumérées par la directive (*Practice*

²⁵⁶ L'injonction du juge ne peut dans aucun des droits étudiés donner lieu à exécution forcée. Elle a donc simplement force symbolique.

²⁵⁷ V. § 460, al. 7 CPC autrichien.

²⁵⁸ En Autriche, la médiation se fait souvent avec deux médiateurs (un psychologue et un juriste).

²⁵⁹ V. art.1071, al. 2 CPC français : „Saisi d'un litige, il [le juge aux affaires familiales] peut proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur familial pour y procéder“.

²⁶⁰ Art. 5, al. III, D.lgs.2010/28 et M.D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 86.

²⁶¹ Les médiateurs doivent avoir une formation spécifique et être inscrits dans un registre tenu par le ministère de la justice.

²⁶² *Practice direction 3A* relative à la Partie 3 des *Family Procedure Rules 2010* (entrée en vigueur le 6 avril 2011).

direction)²⁶³. Les parties sont libérées de l'obligation de participer à une telle réunion d'information si, après avoir contacté trois médiateurs du ressort territorial, aucun d'entre eux n'a pu leur proposer un rendez-vous dans les quinze jours.

En Grèce, la loi 3898/2010 sur la médiation en matière civile et commerciale (médiation *extrajudiciaire*) s'applique également aux litiges familiaux, qu'ils soient internes ou transfrontaliers, sans toutefois pouvoir s'appliquer aux droits et obligations dont les parties ne peuvent en vertu de la législation hellénique (règles d'ordre public). Ainsi, un divorce ne saurait se faire par médiation extrajudiciaire et requiert toujours une procédure judiciaire. La médiation familiale est facultative, peut concerner des personnes mariées ou non et est notamment utile pour le règlement de diverses conséquences du divorce, comme par exemple la contribution des parents à l'entretien et à l'éducation des enfants, le lieu de résidence des enfants, l'exercice du droit de visite et d'hébergement d'un parent, l'éventuelle pension alimentaire entre ex-époux ou encore la liquidation du patrimoine. Sans doute afin de favoriser l'acceptation de la médiation par le barreau, la loi grecque 3309/2010 prévoit que, dans les litiges internes, le médiateur ne peut être qu'un avocat. En revanche, dans les différends transfrontaliers, cette condition n'est pas exigée. L'article 214 B du CPC hellénique²⁶⁴ instaure en outre la médiation *judiciaire* ; le recours à la médiation judiciaire est facultatif et peut se faire avant ou après la saisine de la juridiction. Auprès de chaque tribunal d'instance et de chaque cour d'appel des magistrats sont désignés comme médiateurs (pour une période de deux ou trois ans). Le tribunal peut à tout moment, inviter les parties à recourir à la médiation judiciaire pour résoudre certaines conséquences du divorce. Concernant la procédure du divorce, il convient d'ajouter que l'article 602 CPRC hellénique permet au juge, s'il estime que les époux peuvent se réconcilier, sur requête de l'un d'eux ou d'office, décider de suspendre la procédure pour une durée maximale de trois mois.

Si le recours aux MARD demeure très largement une option ouverte aux époux s'ils y consentent, les législations nationales évoluent depuis quelques années vers une plus grande promotion de ces modes de résolution des conflits. Ainsi par exemple, en Hongrie, depuis le 1^{er} octobre 2012, il est possible – auprès de certains tribunaux (médiation judiciaire) – de demander à bénéficier d'une médiation au sein même du tribunal; le médiateur est alors un ancien magistrat à la retraite. Certes, le divorce doit être prononcé par le tribunal, mais la médiation judiciaire, gratuite, permet aux époux de conclure un accord sur les conséquences du divorce (résidence de l'enfant, modalités d'exercice de

²⁶³ Il s'agit notamment des situations dans lesquelles la médiation semble inappropriée aux yeux du médiateur qui anime la réunion ; des situations dans lesquelles des violences conjugales ont été alléguées ; en cas de faillite d'une des parties, ou d'absence de domicile connu de l'une d'elle, qui ne peut être jointe ; des cas dans lesquels les services de protection de l'enfance interviennent auprès de la famille ou lorsqu'un enfant souhaite être partie à la procédure envisagée.

²⁶⁴ L'article 214B a été ajouté au Code de Procédure Civile hellénique par l'article 7 de la loi 4055/2012.

l'autorité parentale, pension alimentaire...) et de demander ensuite au tribunal d'intégrer leur accord dans sa décision afin de le rendre exécutoire²⁶⁵.

Il apparaît que certains États hésitent à imposer la médiation familiale parce qu'elle peut nécessiter plus de temps pour parvenir à une solution amiable entre les époux, et qu'elle peut, pour cette raison, paraître un obstacle à un « droit au divorce » rapide de plus en plus affirmé, où les tentatives de conciliation par le juge sont de plus en plus rares et les jugements de divorce prononcés dans un délai de plus en plus court.

2. De très rares cas de recours obligatoire à un mode amiable de résolution des différends

Les *Pays-Bas*, qui depuis longtemps sont très favorables à la résolution amiable des litiges, avaient prévu une médiation obligatoire avec l'aide d'un juriste (*forensic mediation*), mais sont revenus sur cette obligation et laissent aujourd'hui aux époux ou aux parents le choix de recourir ou non à un tel processus.

La *Suède* avait également, pendant un temps prévu une médiation *obligatoire*. Elle a abandonné cette solution aujourd'hui suite à de nombreuses critiques à l'encontre de ce mécanisme. Aujourd'hui, la médiation est purement facultative. Des discussions dénommées « *co-operation discussions* » sont également instaurées, sur une base purement volontaire, dans les litiges relatifs à l'autorité parentale et sont organisées dans le cadre du *Social Welfare Board*. De telles discussions peuvent précéder la procédure judiciaire ou avoir lieu pendant celle-ci sur initiative du tribunal. Il semble que ces échanges placés sous le contrôle du *Social Welfare Board* soient très positifs puisque dans 80% des cas où les discussions ont été entamées avant la saisine du tribunal, un accord est trouvé entre les parents²⁶⁶. Lorsque le conflit a déjà été porté devant le tribunal, le taux d'accord est de 50%.

L'exemple suédois témoigne du fait qu'en matière de médiation, le mieux est l'ennemi du bien et que ce type de résolution des différends suppose le consentement des participants, un esprit de dialogue et une volonté de tenter de trouver une solution amiable.

C'est pourquoi l'expérimentation française d'une médiation préalable obligatoire, introduite par l'article 15 de la loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, peut être questionnée. Le texte prévoit à titre expérimental (pendant trois ans, devant certains tribunaux de grande instance : ceux de Bordeaux et d'Arras²⁶⁷) ce qui peut paraître contraire

²⁶⁵ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 86.

²⁶⁶ En ce sens, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 86.

²⁶⁷ V. aussi arrêté du 16 mai 2013 désignant les juridictions habilitées à expérimenter la tentative de médiation familiale préalable à toute demande de modification de décisions relatives aux modalités de

à l'esprit même de la médiation : une médiation obligatoire dans le cas où un parent, alors même qu'une décision fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien de l'enfant aurait déjà été rendue, saisisrait à nouveau le juge aux affaires familiales d'une demande de modification. La saisine du juge, sous peine d'irrecevabilité que le juge pourra soulever d'office, doit alors être précédée obligatoirement d'une tentative de médiation familiale, sauf 1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du Code civil; 2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime; 3° Si cette tentative de médiation préalable risque, compte tenu des délais dans lesquels elle est susceptible d'intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable. Six mois avant la fin de l'expérience, le gouvernement devra adresser un rapport d'évaluation au Parlement, qui décidera alors ou de ne pas poursuivre le modèle de médiation obligatoire, ou au contraire de l'étendre à tous les tribunaux de grande instance. Ce projet expérimental ne porte toutefois pas sur l'instance en divorce, mais sur des procédures subséquentes.

C. : Les mesures provisoires et les violences conjugales

1. Les mesures provisoires

En fonction des pays étudiés, la loi prévoit parfois une liste des mesures provisoires que peut prendre le juge. Par exemple, en *France*, l'article 255 du Code civil fournit une liste (indicative) des mesures provisoires que le juge aux affaires familiales peut ordonner. De même, en *Espagne*, l'article 103 du Code civil précise les mesures provisoires qui peuvent être adoptées²⁶⁸. Dans d'autres pays, la loi ne définit pas les mesures provisoires qui peuvent être adoptées et renvoie cette question au pouvoir d'appréciation du juge saisi. En *Roumanie*, par exemple, la loi ne prévoit pas expressément quelles sont les mesures provisoires que peut prendre le tribunal²⁶⁹. Autrement dit, ces mesures provisoires sont déterminées par le juge en fonction de la situation concrète des époux. En pratique, il s'agit souvent de fixer la résidence habituelle des enfants au domicile de l'un ou de l'autre des parents, de déterminer le montant de la pension alimentaire due par l'un des parents, d'accorder la jouissance privative de l'ancien domicile conjugal et d'organiser les relations entre l'enfant et le parent non gardien. Il en va de même en *Pologne*²⁷⁰.

l'exercice de l'autorité parentale, à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi qu'aux dispositions contenues dans la convention homologuée, *JORF* 31 mai 2013.

²⁶⁸ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 87

²⁶⁹ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 87

²⁷⁰ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 87.

Pendant la procédure de divorce, et parce que la vie commune a généralement cessé, il peut être nécessaire d'organiser la vie des époux (a) et les relations avec les enfants (b) mais aussi de préparer le divorce (c). Tel est l'objet des mesures provisoires.

a) Les relations entre les époux

S'agissant des relations entre les époux, l'objet des mesures provisoires est généralement d'organiser leur vie séparée. Cette organisation passe, le plus souvent, par l'attribution de la jouissance de l'ancien domicile matrimonial à l'un des époux comme c'est le cas en *Hongrie*²⁷¹. De même, en *France*, le juge aux affaires familiales peut notamment « 3° Statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux ; 4° Attribuer à l'un d'eux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation ; 5° Ordonner la remise des vêtements et objets personnels ». Ces mesures sont possibles quelle que soit la nature des droits qu'ont les époux à l'égard du logement commun, en qualité de propriétaires ou en qualité de locataires. Comme en *Espagne*, la détermination de l'attributaire de l'ancien logement commun est souvent liée à la question de la fixation de la résidence habituelle des enfants²⁷². Le parent avec lequel les enfants vont résider bénéficie plus facilement de la jouissance de l'ancien logement familial. Il s'agit de préserver leur cadre de vie et leur stabilité. Il faut ici citer le cas particulier de l'*Angleterre* et du *Pays De Galles* où des mesures relativement au logement ne peuvent être prises qu'en cas de violences conjugales (violences physiques, sexuelles, morales, ou financières sont couvertes)²⁷³. Dans un tel contexte, le juge peut rendre une ordonnance d'occupation du logement familial « s'il apparaît que le demandeur ou tout enfant vivant au foyer, est susceptible de subir un préjudice significatif en raison du comportement du défendeur, à défaut d'ordonnance d'occupation ». En l'absence de violences conjugales, le juge ne peut pas statuer sur le logement familial, même à titre provisoire.

L'organisation de la vie séparée des époux conduit également à assurer l'entretien de l'époux dans le besoin par l'attribution d'une pension alimentaire. En *France*, le juge aux affaires familiales peut « 6° Fixer la pension alimentaire et la provision pour frais d'instance que l'un des époux devra verser à son conjoint, désigner celui ou ceux des époux qui devront assurer le règlement provisoire de tout ou partie des dettes ». Mais il peut aussi « 7° Accorder à l'un des époux des provisions à valoir sur ses droits dans la liquidation du régime matrimonial si la situation le rend nécessaire » ou « 8° Statuer sur l'attribution de la jouissance ou de la gestion des biens communs ou indivis autres que ceux visés au 4°, sous réserve des droits de chacun des époux dans la liquidation du régime matrimonial » (C. civ.,

²⁷¹ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 87.

²⁷² V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 87.

²⁷³ V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 87.

art. 255). De même, en *Autriche*, le juge peut prendre des mesures provisoires concernant l'utilisation temporaire et la protection des biens matrimoniaux et des économies des époux²⁷⁴.

Par le biais des mesures provisoires, le juge peut aussi chercher à favoriser les accords entre époux. Dans cette perspective, en FRANCE, le juge aux affaires familiales peut « 1° proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder » ou « 2° enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation » (C. civ., art. 255).

b) Les relations avec les enfants

Lorsque le couple a un enfant commun, des mesures provisoires sont prises pour organiser les relations entre les parents et les enfants. Ainsi, en *Grèce*, si les mesures provisoires concernent les relations entre les époux (fixer les modalités de la résidence séparée des époux, ordonner le déménagement d'un des époux et indiquer les meubles qu'il peut prendre pour sa propre installation...), le juge fixe aussi la résidence habituelle des enfants au domicile de l'un ou de l'autre des parents, règle les relations entre l'enfant et le parent non gardien et statue sur la pension alimentaire due à l'enfant (CPrC, art. 735, al. 1)²⁷⁵. Ces mesures provisoires sont souvent subsidiaires à un accord des parents. Ainsi, en *Autriche*, la loi privilégie les accords entre les parents pendant la procédure s'agissant des relations avec les enfants²⁷⁶. Ces accords doivent toutefois être conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant.

S'agissant de la question alimentaire, l'*Angleterre* et le *Pays De Galles* prévoient un système original en ce sens que les demandes relatives à l'exécution d'une obligation alimentaire au bénéfice de l'enfant (maintenance) sont en principe traitées, non par le juge, mais par le *Child Support Agency*. Le recours au juge n'est possible que dans l'hypothèse où la compétence du *Child Support Agency* est écartée ou si une demande de complément est faite. Dans de telles circonstances, le juge peut prendre des mesures provisoires sur l'entretien de l'enfant²⁷⁷.

Dans les hypothèses les plus graves, lorsqu'existe un risque d'enlèvement d'enfant, le juge peut prendre une mesure provisoire d'interdiction de sortie du territoire. Tel est le cas, notamment, en *France* et en *Espagne*²⁷⁸.

²⁷⁴ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 87.

²⁷⁵ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 87.

²⁷⁶ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 87.

²⁷⁷ V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 87.

²⁷⁸ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 87.

c) La préparation du divorce

Au-delà de l'organisation de la séparation, l'objet des mesures provisoires peut être de préparer la décision de divorce à intervenir, notamment dans ses aspects patrimoniaux. Ainsi, en France, le juge aux affaires familiales peut notamment : « 9° désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux » ou « 10° désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager » (C. civ., art. 255).

2. Les violences conjugales

Dans les pays ayant conservé un « divorce sanction », les violences conjugales sont une cause de divorce. Ainsi, en France, les violences conjugales sont, au sens de l'article 242 du Code civil, « des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune ». Dans les autres pays, les violences conjugales démontrent la faillite du mariage et justifient le prononcé du divorce. La prise en compte des violences conjugales sur le terrain de la cause de divorce est bien évidemment insuffisante. C'est pourquoi, en amont du prononcé du divorce, plusieurs pays ont adopté des règles particulières permettant de protéger le conjoint victime et les enfants exposés aux violences conjugales.

Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles il existe un risque réel et sérieux pour la santé physique ou psychique de l'époux victime. En Autriche, sont visées les agressions physiques, les menaces d'agressions physiques ou tout autre comportement qui affecte gravement la santé mentale de la victime²⁷⁹.

Dans ces hypothèses, le tribunal peut ordonner l'éloignement de l'époux violent mais d'autres mesures peuvent s'avérer nécessaire. En Grèce, par exemple, le juge qui prend une mesure d'éloignement de l'époux violent peut lui interdire de paraître au lieu de l'ancien logement familial, d'approcher du lieu où travaille l'époux victime ainsi que des écoles où sont scolarisés les enfants (CPrC, art.735 al.2) ²⁸⁰. En Autriche, le juge peut condamner l'époux violent à quitter l'ancien logement commun et lui faire interdiction de fréquenter certains lieux (spécifiquement définis) et d'entrer en contact avec la victime²⁸¹. Le juge italien peut, lui aussi, prendre des mesures similaires²⁸².

²⁷⁹ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 87.

²⁸⁰ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 87.

²⁸¹ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 87.

²⁸² V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 87.

Les lois hongroises et espagnoles démontrent que les mesures de lutte contre les violences conjugales ont souvent une nature à la fois civile et à la fois pénale²⁸³. Ainsi, en *Espagne*, la juridiction compétente est le Tribunal de Violence sur la Femme qui est une juridiction pénale. Cette juridiction a toutefois la faculté de prendre des mesures à caractère civil comme l'attribution de l'usufruit du logement familial et la détermination du régime de garde, visites, communication et hébergement²⁸⁴.

Dans certains pays, la loi ne vise pas spécifiquement les violences conjugales (les violences entre époux) mais appréhende, plus généralement, les violences familiales. Bien évidemment, ces lois générales ont vocation à s'appliquer au cas particulier des violences conjugales en lien avec une procédure de divorce.

Ainsi, en *Roumanie*, l'article 23 de la loi n° 217/2003 a pour objet de combattre les violences familiales²⁸⁵. La personne dont l'intégrité, physique ou psychique, ou la liberté est mise en danger par un acte de violence de la part d'un membre de la famille peut demander au juge de prononcer un « *ordre de protection* ». Le juge peut, à titre provisoire, prendre plusieurs mesures contraignantes à l'égard de l'auteur des violences familiales en lui faisant injonction de :

- quitter le logement familial ;
- limiter son droit d'usage à une partie du logement familial ;
- ne pas entrer en contact avec la victime, ses enfants ou ses parents ;
- ne pas approcher de la résidence ou du lieu de travail de la victime ;
- ne pas se présenter dans certaines localités ou zones déterminées que la personne protégée fréquente ou visite périodiquement ;
- ne pas contracter (quel qu'en soit le mode) la victime ;
- déposer auprès des services de police les armes détenues.

D. Les voies de recours

Il est important de savoir si une décision de première instance prononçant le divorce des époux et réglant les conséquences du divorce (ou entérinant l'accord des époux sur ces conséquences) est véritablement irrévocable ou bien si elle peut faire l'objet de voies de recours qui retarderont d'autant la prise d'effet du divorce.

Tous les droits nationaux étudiés admettent une voie de recours contre le jugement de divorce ; certains l'excluent toutefois dans certaines circonstances, notamment en cas de divorce par consentement mutuel. Un recours est ainsi ouvert en *Allemagne* (le jugement de

²⁸³ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 87.

²⁸⁴ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 87.

²⁸⁵ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 87.

divorce prend la forme d'une « *Beschluss* »²⁸⁶ qui peut être contestée par un recours dénommé « *Beschwerde* »²⁸⁷ qui a sensiblement les mêmes effets que l'appel²⁸⁸), en *Autriche* (même en cas de divorce par consentement mutuel)²⁸⁹, en *Belgique*²⁹⁰, en *Bulgarie*²⁹¹ (mais pas en cas de divorce par consentement mutuel, art. 330 CPC bulgare), en *Espagne*²⁹², en *France*²⁹³, en *Grèce*²⁹⁴, en *Hongrie* (mais sur des points limités²⁹⁵ et dans un délai bref de deux semaines à compter de la notification du jugement de divorce), en *Italie* (la décision prononçant le divorce peut faire l'objet d'un appel formé devant la cour d'appel puis d'un pourvoi devant la Cour de cassation. Le recours peut être formé par les époux ou

²⁸⁶ § 116, al. 1er FamFG.

²⁸⁷ V. § 58, al. 1er et 117 FamFG.

²⁸⁸ V. § 117, al. 2 FamFG. L'appel – *Berufung* – peut être formé contre une autre forme de décision, dénommée *Urteil*. Cette distinction entre *Urteil* et *Beschluss* et la diversité des recours susceptibles d'être formés suivant le type de décision dont il s'agit, sont inconnues du droit français.

²⁸⁹ Le délai pour former le recours est de deux semaines à compter de la notification du jugement de divorce.

²⁹⁰ V. pour le *divorce par consentement mutuel*, art. 1299 et 1300 C. judiciaire belge (selon l'art. 1299, l'appel du jugement qui a prononcé le divorce n'est admissible que s'il est fondé sur le non-respect des conditions légales pour prononcer le divorce; il peut aussi être interjeté par le ministère public; en vertu de l'art. 1300, l'appel du jugement qui a déclaré ne pas y avoir lieu à prononcer le divorce n'est admissible que pour autant qu'il soit interjeté par les deux parties, séparément ou conjointement, dans le mois à compter du prononcé), et art. 1302 sur le pourvoi en cassation (recevable seulement s'il est formé par les deux époux, séparément ou conjointement).

²⁹¹ La décision de divorce produit ses effets même en cas d'appel portant seulement sur la question de la faute ou de l'exercice de l'autorité parentale (art. 325 CPC bulgare) et V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 88.

²⁹² Le divorce peut, en *Espagne*, être – selon les cas – prononcé par trois juridictions différentes : le tribunal d'instance, le tribunal des affaires familiales ou encore le tribunal compétent en matière de violences envers la femme. L'appel de leurs décisions est porté devant la *Audiencia Provincial*. Le pourvoi en cassation sera ouvert si la résolution du recours présente un intérêt en cassation, ce qui est le cas lorsque la décision attaquée est contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, ou a statué sur des questions sur lesquelles les juridictions d'appel ont une jurisprudence non unitaire, ou encore a appliqué des dispositions légales récentes sur lesquelles la jurisprudence n'est pas formée (art. 477.2.3 et 477.3 LEC).

²⁹³ V. art. 1083 (pour l'appel) et art. 1086 CPC français (pour le pourvoi en cassation), ainsi que, pour les cas de divorce autres que par consentement mutuel, art. 1112 et 1119 (concernant des décisions au cours de la procédure, notamment en matière de mesures provisoires). Dans le cadre du divorce par consentement mutuel, l'art. 1102 CPC dispose que « les décisions du juge aux affaires familiales sont susceptibles d'appel, à l'exception de celles qui prononcent le divorce. Le délai d'appel est de quinze jours; il court à compter de la décision ». Pour le pourvoi en cassation contre une décision en matière de divorce par consentement mutuel, v. art. 1103 CPC.

²⁹⁴ Un appel ou un pourvoi en cassation peut être formé contre la décision judiciaire de divorce, et ce dans un délai de trente jours à compter de la signification de la décision. Si celle-ci n'a pas été signifiée, le délai pour former le recours est de trois ans à compter du prononcé de la décision (art. 518 et 564 CPC). Les décisions relatives aux mesures conservatoires ne peuvent en revanche faire l'objet d'un recours (art. 699 CPC) ; elles ne peuvent qu'être rétractées par la juridiction qui les a rendues (art. 696 CPC).

²⁹⁵ Aucun recours ne peut être formé sur le prononcé du divorce ou contre la décision approuvant l'accord conclu entre les époux. Au contraire, un époux peut contester les autres points de la décision : exercice de l'autorité parentale, pension alimentaire, partage des biens entre les époux. Si la juridiction de deuxième instance a confirmé le jugement de première instance en matière d'autorité parentale, aucun recours ultérieur n'est recevable.

l'un d'eux, et par le ministère public. Ce dernier ne peut toutefois contester que la partie de la décision relative aux droits patrimoniaux de l'enfant mineur ou d'autres personnes incapables. Si la requête en divorce avait été présentée conjointement par les époux, le jugement pourra également faire l'objet d'un appel²⁹⁶, mais seulement si le tribunal a dénaturé les conséquences du divorce concernant les époux et sur lesquelles ceux-ci s'étaient entendus), aux *Pays-Bas*, en *Pologne* (mais un seul recours est admis ; la décision de la juridiction d'appel ne peut plus être critiquée par un recours ultérieur), en *Roumanie* sauf cas de divorce par consentement mutuel et en *Suède* (le jugement peut être critiqué devant la cour d'appel qui doit être saisie dans un délai de trois semaines à compter du jour de *prononcé du jugement*, et non à compter de sa notification aux parties)²⁹⁷.

En *Angleterre et au Pays de Galles*, il convient de procéder à une distinction : l'appel n'est pas ouvert contre la décision de divorce dénommée *decree absolute*, mais très rarement, **une** action en rescision pourra être admise, en cas de fraude. L'appel de la décision relative aux conséquences du divorce (*ancillary relief*) est en revanche ouvert dans les conditions classiques – restrictives - de l'*appeal* en droit anglais.

En *Roumanie* également, l'ouverture d'un recours n'est garantie que contre certaines décisions. Ainsi, aucun recours n'est recevable contre un certificat de divorce délivré par un notaire ou par l'officier d'état civil, pas davantage contre leur refus de constater le divorce²⁹⁸. N'est pas non plus susceptible de recours le jugement prononçant un divorce sur requête conjointe des parties (art. 930, al. 4 CPC roumain). En dehors de cette hypothèse, le jugement de divorce peut faire l'objet d'un appel, puis d'un pourvoi en cassation.

Plusieurs États membres faisant l'objet de cette étude ouvrent deux recours, le second étant parfois soumis à des conditions plus strictes ; il s'agit notamment de l'*Allemagne*, de la *Belgique*, de l'*Espagne*, de la *France*, de l'*Italie*, de la *Roumanie*. D'autres au contraire, comme la *Pologne*, n'ouvrent qu'un seul recours.

²⁹⁶ Le ministère public peut également former un recours limité à la partie de la décision concernant les droits patrimoniaux de l'enfant mineur ou d'une autre personne incapable.

²⁹⁷ En *Suède*, un époux peut former appel s'il ne souhaite par exemple plus divorcer. Dans ce cas, la juridiction d'appel doit infirmer le jugement et ouvrir une période de réflexion de six mois, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 88.

²⁹⁸ Dans ce dernier cas, les époux ou l'un d'eux peut saisir la juridiction compétente et solliciter un divorce judiciaire, v. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 88.

III. La place de l'enfant dans la procédure

La question de l'audition de l'enfant a beaucoup évolué depuis une vingtaine d'années, notamment en raison des engagements internationaux souscrits par les États membres de l'Union européenne. Ainsi, l'article 12.1 de la *Convention de New York du 20 novembre 1989* relative aux droits de l'enfant énonce-t-il que „Les États parties garantissent à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale“. Font partie des procédures visées par cet article les instances en divorce au cours desquelles sont fixées les modalités d'exercice de l'autorité parentale envers les enfants mineurs du couple. La *Convention du 25 janvier 1996 sur l'exercice des droits de l'enfant*, adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe, est également entrée en vigueur dans de nombreux États membres (Allemagne en 2002, Autriche en 2008, Chypre en 2006, Croatie en 2010, Finlande en 2011, France en 2008, Grèce en 2000, Italie en 2003, Lettonie en 2001, Pologne en 2000, République tchèque en 2001, Slovénie en 2000). Elle donne à l'enfant mineur, dans son article 3, les droits procéduraux suivants (dont il peut lui-même demander à bénéficier) dès lors qu'il dispose du « discernement suffisant » : « a. recevoir toute information pertinente ; être consulté et exprimer son opinion ; être informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et des conséquences éventuelles de toute décision ». Il peut aussi demander la désignation d'un représentant spécial (art. 4) et bénéficier d'autres droits procéduraux si l'État concerné y consent (art. 5 : droit d'être assisté par une personne appropriée de son choix afin de l'aider à exprimer son opinion ; droit à un avocat ; droit de désigner son propre représentant ; droit d'exercer tout ou partie des prérogatives d'une partie dans les procédures qui l'intéressent).

La plupart des droits étudiés dans le cadre de ce rapport ne reconnaissent pas à l'enfant le statut de partie (A), tout en admettant qu'il puisse, à certaines conditions, être entendu, soit directement par le juge, soit par un tiers qui rapportera au tribunal les vues de l'enfant (B).

A. L'enfant, partie ou non à la procédure

Sur les quatorze pays compris dans l'étude, un seul reconnaît, dans certains cas, à l'enfant des époux le statut de partie à la procédure. Il s'agit de l'Angleterre et du Pays de Galles (2). Les autres, tout en admettant l'audition de l'enfant capable de discernement, ne lui donnent pas pour autant cette qualité procédurale (1).

1. Le principe : l'enfant n'est pas partie à l'instance en divorce de ses parents

Les autres droits nationaux, tout en ouvrant plus ou moins largement la possibilité d'une audition de l'enfant discernant, n'en font pas pour autant une partie à la procédure, en excluant soit expressément, soit tacitement cette qualité. Ainsi, par exemple, l'article 931, al. 7 du Code judiciaire belge, énonce-t-il très clairement que « l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure ». Même lorsque la loi ne l'énonce pas aussi directement, l'audition de l'enfant ne lui donne en principe pas le statut procédural de partie à l'instance en divorce de ses parents.

Même les droits qui prévoient la possible désignation, par le tribunal saisi de la demande en divorce, d'une sorte de défenseur de l'enfant, ne font pas pour autant automatiquement de ce dernier une partie à la procédure. Ainsi, en *Allemagne*, dans certains cas, le juge peut désigner un *Verfahrensbeistand* (« curateur procédural ») à l'enfant, c'est-à-dire une personne (souvent dénommée « avocat de l'enfant », *Anwalt des Kindes*) dont la mission est d'assister l'enfant dans les procédures relatives à la personne de ce dernier lorsqu'il est nécessaire de défendre ses intérêts. L'enfant n'est pas pour autant partie à la procédure²⁹⁹. L'enfant se voit désigner un *Verfahrensbeistand* en général (mais la liste n'est pas limitative) lorsque ses intérêts sont en conflit avec ceux de son représentant légal, lorsqu'une déchéance partielle ou totale de l'autorité parentale est envisagée, lorsque l'enfant devrait être séparé de la personne sous la responsabilité de laquelle il se trouve jusqu'alors, lorsque la procédure tend au retour de l'enfant ou encore lorsqu'est envisagé un retrait ou une restriction sévère du droit de visite d'un parent (§ 158, al. 2 FamFG). Le rôle du *Verfahrensbeistand* est de représenter les intérêts de l'enfant en justice, mais ce n'est pas un représentant légal de l'enfant (§ 158, al. 4, phr. 6 FamFG) dans la procédure ; le *Verfahrensbeistand* participe de façon autonome à la procédure et doit informer l'enfant de son déroulement (§ 158, al. 3 FamFG). Il peut aussi former un recours contre la décision rendue, mais en son nom propre (§ 158, al. 4, phr. 5 et § 59 FamFG)³⁰⁰ et non pas au nom de l'enfant, qui n'est pas partie. Il s'agit donc d'une sorte de représentant de type particulier, *sui generis*³⁰¹. Si le tribunal décide de ne pas nommer de *Verfahrensbeistand*, il doit motiver sa décision. Qu'un tel « curateur procédural » soit nommé ou non, l'enfant – même s'il est entendu par le juge – n'a pas la qualité de partie (*Beteiligter*)³⁰² à la procédure. Il a toutefois,

²⁹⁹ C. const. féd. [BVerfG], 20 août 2004, *FamRZ* 2004.86; *NJW* 2003.3544.

³⁰⁰ § 158, al. 4, phr. 5 et 6 FamFG : „Le curateur procédural peut former des recours dans l'intérêt de l'enfant. Il n'est pas le représentant légal de l'enfant“ (*Der Verfahrensbeistand kann im Interesse des Kindes Rechtsmittel einlegen. Er ist nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes*“).

³⁰¹ Informations données par le professeur Dieter Martiny.

³⁰² En droit allemand de la famille, la terminologie procédurale est différente de celle classiquement utilisée dans le code de procédure civile (*Zivilprozessordnung*, ZPO) : au lieu de parler de demandeur (*Kläger*) et de défendeur (*Beklagter*), la loi sur la procédure familiale et la procédure gracieuse (FamFG) emploie le terme générique „*Beteiligter*“ (participant, v. § 7 FamFG). Celui qui saisit le tribunal (*Antragsteller*) est un

s'il a au moins quatorze ans lors du prononcé de la décision, le droit de former, sans l'assistance de son représentant légal, un recours contre la décision qui concernent sa personne (modalités d'exercice de l'autorité parentale, dont la résidence..., § 60 FamFG)³⁰³; ce recours est dénommé *Beschwerde* (il remplace aujourd'hui l'appel en droit allemand de la famille). Il peut sembler surprenant qu'une personne non partie se voie reconnaître un droit de recours contre le jugement. On pourrait comparer cela à une sorte de « tierce opposition » de l'enfant qui, tout en n'étant pas partie à l'instance, peut voir ses intérêts atteints par le jugement.

Le *droit autrichien* (Art. 104a de la loi sur la juridiction gracieuse, *Ausserstreitgesetz*) permet lui aussi la nomination d'une personne dénommée *Kinderbeistand*, qui constitue une institution *sui generis* dans la mesure où le *Kinderbeistand* a accès au dossier, doit être informé du déroulement de la procédure, mais n'y est pas véritablement partie puisqu'il ne peut formuler de demandes au nom de l'enfant ni interjeter appel de la décision rendue. Son statut est donc plus étroit que celui reconnu par le droit allemand au *Verfahrensbeistand*.

Même si la Convention européenne du 21 janvier 1996 sur l'exercice des droits de l'enfant, adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe, invite les États signataire à reconnaître à l'enfant le « droit d'exercer tout ou partie des prérogatives d'une partie dans les procédures qui l'intéressent » (art. 5, d.), les droits nationaux étudiés ne se sont donc pas engagés dans cette voie. L'Angleterre et le Pays de Galles constituent une exception.

2. L'exception : l'enfant peut être partie à l'instance en divorce de ses parents en Angleterre et au Pays de Galles

En *Angleterre et au Pays de Galles*, la situation est très spécifique et s'éloigne de celle de la majorité des autres États membres étudiés. En effet, l'enfant des époux peut intervenir dans la procédure judiciaire de divorce ou de séparation de ses parents. Il deviendra même automatiquement partie à certaines instances (visées par la Section 8 du Children Act 1989) : l'instance sur les questions relatives à sa résidence (*residence order*), au droit de visite et d'hébergement (*contact order*), à la résolution de toute question spécifique le concernant (*specific issue order*) ou à la demande d'injonction de ne pas faire à son égard (*prohibited*

« participant » à la procédure ; il en va de même de tous ceux qui sont directement concernés par la procédure, ainsi que les personnes qui doivent, d'office ou sur leur demande, être impliquées dans la procédure (§ 7, al. 2 FamFG). Dans la procédure de divorce, le § 113, al. 5 FamFG précise que le terme de demandeur est remplacé par « *Antragsteller* » et celui de défendeur par « *Antragsgegner* », qu'on ne parle plus de procès ou de litige (*Prozess, Rechtsstreit*), mais de « procédure » (*Verfahren*) et que le terme de « partie » est remplacé par celui de « participant » (*Beteiligter*).

³⁰³ Ce droit de recours du mineur existe également dans toutes procédures dans lesquelles l'enfant doit préalablement être entendu par le tribunal.

step order). Il est possible que ces questions soient abordées lors de l'instance en divorce des parents, ou dans une instance distincte.

L'enfant se voit ainsi attribuer la qualité de partie à une instance familiale dès qu'il apparaît de son intérêt qu'il bénéficie de cette qualité³⁰⁴. Les directives relatives à la conduite des instances familiales prévoient que cette intervention n'est souhaitable que dans les affaires d'une particulière difficulté, qui sont plutôt exceptionnelles³⁰⁵. L'éventualité de demander la réalisation d'un rapport sur la situation de l'enfant à un rapporteur judiciaire, ou une enquête sociale aux services compétents ou encore la réalisation d'une expertise doit être envisagée avant toute décision d'octroyer à l'enfant la qualité de partie à la procédure. Ces directives établissent une liste d'éléments justifiant que cette qualité soit donnée à l'enfant par la juridiction³⁰⁶. Si la qualité de partie à la procédure est octroyée à l'enfant, celui-ci bénéficiera d'une représentation autonome de ses intérêts par un *Children guardian*, membre du CAFCASS (*Children And Family Court Advisory and Support Service*) chargé de conduire en son nom la procédure et de faire désigner un avocat (*solicitor*) à l'enfant. Toutefois la règle 16.6 des Règles de procédures familiales de 2010 (FPR 2010) organise la possibilité pour l'enfant d'être partie autonome à l'instance, *sans représentation* du *Children's guardian*. Pour ce faire, l'enfant doit avoir obtenu une autorisation judiciaire en ce sens (*leave of the court*), et le juge, lors de l'examen de la demande d'autorisation judiciaire, sera tenu d'apprécier le discernement de l'enfant au regard de sa capacité « à participer en tant que partie à la procédure »³⁰⁷. La juridiction peut revenir en cours d'instance sur l'autorisation ainsi donnée si cela est nécessaire à la protection des intérêts de l'enfant³⁰⁸. L'enfant peut également se voir octroyer le statut de partie autonome sans autorisation judiciaire si un avocat contacté par lui l'a jugé suffisamment mûr et a donc accepté de recevoir des instructions de sa part relativement à la procédure en cours³⁰⁹.

En outre, même si l'enfant n'est pas partie à la procédure de divorce de ses parents, son opinion sur les conséquences du divorce le concernant pourra (parfois devra) être entendue,

³⁰⁴ V. règle 16.2(1) FPR 2010 et L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 89.

³⁰⁵ Règle 7.1 Practice Direction part 16A.

³⁰⁶ Règle 7.2 Practice Direction part 16A. Au titre de ces éléments figurent notamment le fait qu'un rapporteur judiciaire ait fait cette recommandation à la Cour, que la position de l'enfant au regard de sa situation n'est rapportée par aucun des adultes parties, l'existence d'un contentieux complexe relatif à la résidence de l'enfant, le fait que les souhaits et sentiments de l'enfant ne pourraient pas être rapportés à la Cour de manière satisfaisante au moyen d'un rapport, l'existence de questions psychiatrique ou médicales complexes dans la procédure, le règlement de questions liées au caractère transnational de la procédure, lorsque l'intérêt de l'un des enfants est en opposition avec celui de sa fratrie, l'existence d'un contentieux relatif à sa filiation, ou encore des allégations de mise en danger de l'enfant dans sa famille.

³⁰⁷ Règle 16.6(7) FPR 2010.

³⁰⁸ Règle 16.6(8) FPR 2010.

³⁰⁹ Règle 16.6(3) FPR 2010. Le droit anglais s'en remet ici à l'appréciation de l'avocat au regard du discernement de l'enfant.

que ce soit par le juge lui-même (ce qui est exceptionnel en Angleterre et au Pays de Galles), ou par un tiers mandaté par le juge.

B. Conditions et modalités de l'audition de l'enfant

Le droit de l'enfant de faire part de son opinion bénéficie d'une force plus ou moins importante selon les États. En *Allemagne*, il est particulièrement protégé puisqu'il constitue pour l'enfant un droit constitutionnel³¹⁰. Mais de façon générale, tous les États membres dont le droit a été étudié prévoient une prise en compte des vues de l'enfant à certaines conditions (1) et selon diverses modalités (2).

1. Conditions de l'expression de son point de vue par l'enfant

Les rapports nationaux mettent en général en exergue deux critères à remplir pour permettre l'expression par l'enfant de son point de vue : *l'âge de l'enfant et son degré de maturité ou de discernement*.

Une majorité de droits nationaux combine³¹¹ ces deux critères et prévoient à partir d'un certain âge le droit de l'enfant d'être entendu, voire même l'obligation de la juridiction statuant sur le divorce, de s'entretenir avec l'enfant ; si cet âge n'est pas atteint, l'audition de l'enfant est en général laissée à l'appréciation des magistrats en fonction du degré de maturité et de discernement de l'enfant³¹², ou encore en fonction de la nécessité pour le juge de savoir les préférences de l'enfant afin de pouvoir plus facilement statuer.

Les pays fixant un âge à partir duquel l'audition de l'enfant est de droit sont l'*Allemagne* (quatorze ans, § 159, al. 1^{er}FamFG), la *Bulgarie* (dix ans)³¹³, l'*Espagne* (douze ans), l'*Italie* (douze ans), la *Roumanie* (dix ans), les *Pays-Bas* (douze ans).

En *Angleterre et aux Pays de Galles* ainsi qu'en *France*, en revanche, le critère légal ouvrant à l'enfant le droit d'être entendu est celui du discernement suffisant, sans qu'un âge

³¹⁰ Voir la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale en ce sens, C. const. féd. [BVerfG], 14 août 2001, *FamRZ* 2002. 229.

³¹¹ La *Grèce*, en revanche, ne pose comme critère que le degré de maturité de l'enfant, art. 1511, al. 3 C. civil grec et art. 681 CPC grec). Il en va de même en *Belgique*, en *Pologne* et en *Suède*.

³¹² Il en va ainsi en *Allemagne*, en *Espagne*, en *Hongrie*, en *Italie*, aux *Pays-Bas*, en *Roumanie*.

³¹³ Dans ce cas, l'enfant doit être entendu par le tribunal, sauf si l'enfant s'y refuse. En outre, il ne sera pas entendu si, bien qu'âgé d'au moins dix ans, l'audition porterait atteinte à ses intérêts (art. 15, al. 2 de la loi bulgare de protection de l'enfance). Il est inversement possible au tribunal d'entendre un enfant n'ayant pas atteint l'âge de dix ans, dès lors qu'il a suffisamment de capacité de discernement; dans ce cas, le tribunal doit justifier sa décision d'entendre l'enfant.

précis permette de présumer irréfragablement l'existence d'un tel discernement. Il en va de même en *Autriche*, en *Belgique*, en *Grèce*, en *Pologne* et en *Suède*. En *Autriche*, l'article 105 de la loi sur la procédure gracieuse énonce que le tribunal doit entendre l'enfant mineur (ce qui signifie l'enfant de moins de 18 ans) ; toutefois, l'audition peut être écartée en cas d'urgence ou lorsqu'il ne peut être attendu de l'enfant qu'il s'exprime avec discernement. En outre, les enfants mineurs de plus de 14 ans sont considérés par la loi comme capables de se représenter eux-mêmes.

2. Modalités de l'expression de son point de vue par l'enfant

Les modalités de l'audition de l'enfant peuvent prendre deux formes représentées de façon à peu près égale dans les différents droits nationaux étudiés : certains systèmes juridiques instaurent une audition directe de l'enfant par le juge (a), alors que d'autres prévoient que le point de vue de l'enfant sera rapporté au juge par un tiers (désigné par le juge, ou membre d'un service de protection de l'enfance...) (b). Certains ordres juridiques ouvrent les deux possibilités.

a) Audition directe par le juge

Le juge procède directement à l'audition de l'enfant en *Allemagne*, en *Autriche* si l'enfant a au moins quatorze ans³¹⁴, en *Belgique*, en *Espagne*, en *France* en principe, en *Grèce* (lors de la seconde étape de la procédure, dénommée stade principal), en *Hongrie*, aux *Pays-Bas* ainsi que, dans des cas exceptionnels, en *Suède*.

L'audition ne se fait pas dans la salle d'audience, mais en général dans le bureau du magistrat, dans un cadre le moins solennel possible pour que l'enfant ne soit pas intimidé. Dans la plupart des ordres juridiques étudiés, l'enfant peut, lors de l'audition être accompagné d'un tiers (travailleur social³¹⁵ par exemple, membre du ministère public³¹⁶, curateur³¹⁷, avocat³¹⁸, ou même par un parent proche³¹⁹ ou une personne de son choix³²⁰).

³¹⁴ Toutefois, l'audition peut être conduite par un membre d'une association de protection de la jeunesse, par le tribunal des mineurs ou par un autre organisme lorsque l'enfant n'a pas encore atteint l'âge de dix ans, ou bien si son développement ou son état de santé le requiert, ou encore s'il ne peut être attendu de l'enfant que, dans des conditions d'audition autres, il exprimera son opinion sincère sans être victime d'influences.

³¹⁵ C'est le cas en *Bulgarie*, en *Espagne* ou en *Roumanie*.

³¹⁶ En *Espagne*.

³¹⁷ En *Allemagne*.

³¹⁸ En *France*.

³¹⁹ En *Bulgarie*, en *Hongrie*, en *Pologne* et en *Roumanie*.

³²⁰ En *Belgique*.

L'Allemagne prévoit ainsi que - si l'enfant est âgé d'au moins quatorze ans - le juge du tribunal de la famille doit personnellement entendre l'enfant dans toutes procédures relatives à l'autorité parentale, qu'il s'agisse de ses aspects extrapatrimoniaux ou de l'administration des biens³²¹ de l'enfant (§ 159 FamFG). Si l'enfant a moins de quatorze ans, il doit être entendu personnellement par le juge lorsque ses penchants, ses liens ou sa volonté sont importants pour la décision à prendre ou pour tout autre motif justifiant l'audition de l'enfant (§ 159, al. 2 FamFG). Dans les deux cas, que l'enfant ait atteint l'âge de quatorze ans ou non, le tribunal peut décider de ne pas l'entendre personnellement en cas de motifs graves (*schwerwiegende Gründe*, § 159, al. 3 FamFG). Il découle de cette disposition légale que le juge allemand ne peut en principe renoncer à l'audition du mineur de quatorze ans que dans des cas exceptionnels. Le § 159, al. 4 FamFG ajoute que l'enfant doit être informé de l'objet, du déroulement et de l'issue possible de la procédure de façon adaptée et conforme à son âge ; une telle information n'a pas lieu si elle risquerait de présenter des dangers au regard du développement, de la santé ou de l'éducation de l'enfant. Si le tribunal a nommé un *Verfahrensbeistand* pour assister l'enfant, ce dernier est entendu en sa présence. Hormis ces exigences légales, le juge est libre d'aménager l'audition de l'enfant comme il le juge utile (§ 159, al. 4 *in fine* FamFG).

En Autriche, le tribunal doit en principe entendre personnellement l'enfant dans les instances relatives à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant ; si l'enfant est âgé d'au moins quatorze ans³²², il est considéré comme pouvant se présenter de façon autonome devant le tribunal dans les procédures relatives à l'autorité parentale (§ 104, al. 1er de la loi sur la juridiction gracieuse, *Ausserstreitgesetz*). Il s'exprime directement devant le juge. A titre exceptionnel, il peut se voir attribuer par le juge une sorte de curateur (*Kinderbeistand*) qui l'assistera si cela paraît nécessaire au regard de l'intensité du conflit entre les parents. Le *Kinderbeistand* présentera alors au tribunal le point de vue de l'enfant.

En Belgique et en Bulgarie également, l'audition de l'enfant se fait directement par le juge³²³. En Belgique, il faut que l'enfant ait suffisamment de discernement. Le juge peut décider de l'entendre dans toutes procédures le concernant, sur requête ou d'office (art. 931 Code judiciaire belge) ; l'enfant peut refuser d'être entendu. Lorsque le mineur en fait la demande soit au juge saisi soit au procureur du Roi, l'audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée fondée sur le manque de discernement du mineur. Si l'enfant se présente devant le juge accompagné de la personne de son choix, comme la loi le

³²¹ Le § 159, al. 1er, phr. 2 FamFG ajoute toutefois que si la procédure ne concerne que le patrimoine de l'enfant, il peut être renoncé à une audition personnelle de l'enfant si celle-ci, en raison de la nature de l'affaire, ne s'impose pas.

³²² Si l'enfant a entre dix et quatorze ans, il sera en général entendu par le tribunal. S'il a moins de dix ans, il le sera par un tiers qui fera rapport au juge, v. *infra*.

³²³ Le tribunal de la jeunesse, qui est compétent en dehors des instances en divorce, pour statuer sur les questions d'autorité parentale, a l'obligation d'entendre l'enfant mineur âgé d'au moins douze ans.

lui permet³²⁴, cette personne ne pourra parler à la place de l'enfant. L'audition a lieu en tout endroit jugé approprié par le juge. Il en est établi un procès-verbal qui est joint au dossier de la procédure, sans que copie en soit délivrée aux parties.

En *Bulgarie*, l'article 59, al. 6 du Code de la famille prévoit expressément que dans les procédures de divorce, lorsque des décisions doivent être prises en matière d'autorité parentale, le tribunal doit entendre tant les parents que l'enfant, dans les conditions de la loi relative à la protection de l'enfance ; l'enfant est en général accompagné d'un travailleur social ou d'un spécialiste de la parole de l'enfant, qui peut aider le juge à formuler les questions ou à comprendre les souhaits de l'enfant (art. 15, al. 4 de la loi sur la protection de l'enfance). Le droit bulgare permet aux parents d'assister à l'audition de l'enfant si cela ne nuit pas aux intérêts de ce dernier (art. 15, al. 5 de la loi sur la protection de l'enfance).

En *Espagne* et *Italie* aussi, l'enfant est entendu par le juge. L'article 770.4 LEC (*Ley de enjuiciamiento civil*, Code de procédure civile espagnol) impose au juge d'entendre les enfants s'ils sont capables de discernement ou s'ils sont âgés de plus de douze ans. L'audition se fait en dehors de l'audience, dans un lieu simple et sans solennité qui n'intimide pas le mineur. Les parties (époux) ne sont pas présentes. En revanche, un membre du ministère public assiste à l'audition de l'enfant par le juge et peut lui-même interroger l'enfant ; parfois, un membre d'un cabinet psychosocial est présent.

En *Italie*, ce n'est qu'en 2006 qu'a été introduit dans le code civil l'article 155 sexties en vertu duquel le juge procède à l'audition de l'enfant mineur qui a douze ans ou moins dès lors qu'il est capable de discernement. La Cour de cassation italienne a jugé, le 21 octobre 2009 (décision n°22238) que si le tribunal ne recueille pas le point de vue du mineur (discernant), il se rend coupable d'une violation des règles relatives au contradictoire et au procès équitable. Néanmoins, il semble que dans la pratique, les enfants mineurs discernants ne soient pas toujours entendus, notamment lorsque le divorce est demandé par requête conjointe des époux qui se sont entendus sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. En l'absence de précision légale, il semble également que les méthodes d'audition de la parole de l'enfant varient d'une juridiction à l'autre³²⁵.

La *Grèce* connaît un système un peu particulier car elle distingue selon la phase de la procédure de divorce : lors du *stade préliminaire*, une enquête est réalisée par le service social et le tribunal cherche une solution de consensus. L'enquête porte sur les conditions de vie de l'enfant et a pour but d'éclairer le tribunal. Lors du *stade principal*, le tribunal entend les parties et également l'enfant si sa maturité est suffisante³²⁶. Aucun compte rendu n'est

³²⁴ En vertu de l'art. 931 du Code judiciaire belge, l'enfant « est entendu seul sauf le droit pour le juge de prescrire dans l'intérêt du mineur qu'il devra être assisté ».

³²⁵ En ce sens M.D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 90.

³²⁶ Ce critère est également celui retenu par le *droit polonais*.

rédigé sur le contenu de cet entretien³²⁷ entre le juge et l'enfant, ce qui peut paraître surprenant au regard du principe de la contradiction et donc de l'article 6 § 1 Convention EDH.

La *Roumanie* – qui connaît le divorce administratif, le divorce notarial et le divorce judiciaire, ne prévoit l'audition de l'enfant âgé de dix ans que par le juge. Le divorce constaté par l'officier d'état civil suppose l'absence d'enfants mineurs des époux. Cela n'est pas le cas du divorce notarial, dans le cadre duquel le notaire doit vérifier si la convention des époux relative aux effets du divorce est conforme à l'intérêt des enfants ; le notaire se reposera sur un rapport d'enquête psychosociale car il n'est pas prévu par la loi qu'il entende l'enfant. Le juge, en revanche, en cas de procédure de divorce judiciaire, doit entendre l'enfant chaque fois qu'il doit prendre des mesures le concernant (art. 396, al. 2, 400 et 402 nouv. C. civil roumain). L'audition de l'enfant âgé d'au moins dix ans est obligatoire ; un enfant plus jeune peut également être entendu si le tribunal l'estime nécessaire. Comme en droit français, l'enfant peut demander à être entendu et si le tribunal refuse, il doit motiver sa décision.

Certains pays permettent l'audition directe par le juge ou l'audition par un tiers qui rapporte au juge la parole et les souhaits de l'enfant. La *France*³²⁸ et la *Hongrie* font partie de ces États. Les deux permettent tant au juge de solliciter l'audition qu'au mineur de la demander (art. 74 de la loi hongroise sur la famille). En *Hongrie*, si le juge entend lui-même l'enfant, il peut, si cela s'avère justifié, désigner un administrateur chargé de représenter l'enfant mineur. L'enfant qui a moins de quatorze ans est convoqué à l'audition par l'intermédiaire de son représentant légal ; l'enfant de plus de quatorze ans est personnellement convoqué et il faut son accord pour toute décision relative à l'autorité parentale, sauf si le choix de mode de vie de l'enfant nuirait à son développement. Il peut paraître surprenant que les époux (parents de l'enfant) et leurs avocats puissent en principe assister, en *Hongrie* comme en *Bulgarie* ou en *Pologne* ou même en *Roumanie*³²⁹, à l'audition de l'enfant, sauf décision contraire du juge. Si une telle possibilité se justifie sous l'angle du respect du principe contradictoire, véritable principe fondamental gouvernant le procès civil, on peut s'interroger sur les conséquences de cette présence au regard de la liberté de parole de l'enfant. Au contraire, dans la plupart des autres pays, dont les *Pays-Bas*, l'enfant est entendu en l'absence des parents afin que sa parole soit libre ; aux *Pays-Bas*, l'enfant qui est âgé d'au moins douze ans reçoit une convocation écrite du tribunal (art. 809

³²⁷ Au contraire, en *Pologne*, un procès-verbal de l'entretien entre le juge et l'enfant est rédigé.

³²⁸ V. art. 388-1, al. 1er C. civil français : „dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu *par le juge ou lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet*“. Il découle de cette formule que le principe est l'audition directe par le juge lui-même, qui ne peut déléguer cette mission que si l'intérêt de l'enfant l'exige.

³²⁹ En *Roumanie*, le juge décide si l'enfant, lors de l'audition, doit être accompagné par les parents ou par un psychologue par exemple, v. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 90.

Rv)³³⁰. Il est entendu à huis clos, mais peut être assisté d'un administrateur *ad hoc* ou toute autre personne comme par exemple un travailleur social.

Dans tous les pays prévoyant, à titre exclusif ou non, l'audition de l'enfant directement par le juge, le lieu de l'audition est en principe dénué de toute solennité, le magistrat ne porte pas sa robe, le langage employé par le juge est simple et des efforts sont faits pour mettre l'enfant en confiance.

b) Audition par un tiers qui fait rapport au juge

Divers pays préfèrent confier l'audition de l'enfant à un tiers (souvent un travailleur social, membre d'un service de protection de l'enfance). Ce tiers rapportera au tribunal la parole de l'enfant et formulera parfois un avis sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

Ce système est par exemple retenu en *Autriche* lorsque l'enfant a moins de dix ans ou dans des cas spéciaux. Il est également utilisé en *Suède* comme mode principal. C'est le seul mode de recueil de la parole de l'enfant en *Angleterre et au Pays de Galles*.

En *Autriche*, une grande importance est accordée au point de vue de l'enfant dans les procédures portant sur sa résidence, son éducation, le droit de visite du parent qui n'a pas la garde etc. C'est pourquoi l'article 105 de la loi sur la juridiction gracieuse, (*Ausserstreitgesetz*) prévoit que l'enfant doit être entendu. Il l'est par un service public de protection de la jeunesse, ou le bureau du tribunal des mineurs, un expert ou encore par tout autre moyen lorsque l'enfant a *moins de dix ans* ou que son développement ou sa santé nécessitent des modalités spéciales pour recueillir son opinion. En général, avant que la juridiction statue sur l'autorité parentale ou homologue l'accord parental en la matière, elle peut entendre le service public de protection de la jeunesse. Si en revanche l'enfant est âgé d'au moins quatorze ans, il est considéré comme pouvant se présenter de façon autonome devant le tribunal dans les procédures relatives à l'autorité parentale (Art. 104, al. 1er de la loi sur la juridiction gracieuse, *Ausserstreitgesetz*).

La *Suède* impose au juge de prendre en compte dans la plus grande mesure possible le point de vue de l'enfant lorsqu'il statue sur la résidence de celui-ci, la garde et les contacts avec ses parents. Toutefois, il est très rare que le tribunal entende lui-même l'enfant. En général, l'opinion de l'enfant est rapportée au tribunal par un travailleur du *Social Welfare Board*. Dans certains cas exceptionnels, le juge peut toutefois directement entendre l'enfant si cela ne risque pas de nuire à celui-ci.

³³⁰ Un enfant plus jeune peut également être invité par le tribunal à venir faire connaître son point de vue, s'il est capable de discernement, v. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 90.

L'Angleterre et le Pays de Galles, en revanche, ne prévoient pas une telle option. Le tribunal n'est tenu de recueillir l'avis de l'enfant que dans les procédures tendant à organiser sa situation personnelle (Section 1(4) du *Children Act 1989* : il s'agit des décisions portant sur la résidence habituelle de l'enfant, le contact et droit de visite d'un parent, une injonction de ne pas faire ou encore une question spécifique relative à l'enfant). Lorsque, dans le cadre d'une procédure judiciaire, le juge doit apprécier l'intérêt de l'enfant (*welfare of the child*), il doit suivre les critères énoncés par la *welfare checklist*³³¹ : souhaits et sentiments de l'enfant susceptibles d'être constatés (*ascertainable wishes and feelings of the child concerned*) constituent le premier des éléments visés par cette liste. Le droit anglais, pour recueillir l'opinion de l'enfant, ne prévoit pas d'audition directe par le juge. Ce dernier, lorsqu'il doit se prononcer au regard de l'intérêt de l'enfant, a deux possibilités : il demande qu'un rapport sur ce qu'exige le bien-être de l'enfant (*welfare*) lui soit présenté soit par un rapporteur membre du CAFCASS (*children and family reporter*), soit par un rapporteur (*welfare officer*), qui aura été désigné pour cette mission par la collectivité territoriale. La mission de ces deux rapporteurs est identique, seuls leurs statuts diffèrent car ils ne dépendent pas de la même administration³³². Dans le rapport qui sera transmis au juge, le *children and family reporter* doit faire des recommandations au tribunal sur ce que requiert le bien-être de l'enfant. Les *welfare reports* peuvent être présentés au tribunal oralement ou par écrit. Le rapporteur peut également être entendu par le juge le jour de l'audience. Au cours de cette dernière, il pourra éventuellement être mis à la disposition des avocats des parties dans le cadre de l'interrogatoire croisé des experts et témoins (*cross-examination*). La section 7(1) du *Children Act 1989* dispose très clairement que la mission de ces rapporteurs est « d'apporter au juge des éléments relatifs au bien-être de l'enfant en cause... ». Ils ont également tous deux pour mission de donner un avis au juge quant à la possibilité de donner à l'enfant le statut de partie à la procédure. Ils ont pour fonction d'assister le juge dans sa prise de décision mais en aucun cas leur mission première ne consiste à être la voix de l'enfant dans la procédure. Il est toutefois établi que dans l'exercice de ses fonctions, le recueil par le *children and family reporter* des souhaits et sentiments du mineur, ainsi que leur transmission au juge est une obligation légale. Si l'enfant souhaite être entendu directement par le tribunal, il doit demander à celui-ci de devenir partie à la procédure³³³.

³³¹ Section 1(3) du *Children Act 1989*.

³³² Les *children and family reporters* sont des *officers* qui sont rattachés aux tribunaux, alors que les *welfare officers* sont des travailleurs sociaux rattachés aux services sociaux des collectivités territoriales. Comme les enquêteurs sociaux dans le système français, ces derniers ont pour mission de donner au tribunal une vue de la situation familiale, v. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 90.

³³³ V. *supra* sous I.

Conclusion

L'étude de la procédure de divorce dans les différents États membres faisant l'objet de la recherche comparative fait apparaître le maintien de réticences fortes à l'encontre d'un divorce sans juge. Les procédures demeurent très largement juridictionnelles, la Roumanie constituant une exception notable à cet égard puisqu'elle envisage trois compétences possibles selon les cas (officier d'état civil, notaire ou juge). Ce point est toutefois sujet à évolutions possibles au regard de la politique de plusieurs États membres tendant à décharger le juge de diverses fonctions afin moins de « recentrer le juge sur le cœur de sa mission » comme cela est parfois affirmé, que de réduire le contentieux judiciaire, et par conséquent les coûts de justice (notamment l'attribution de l'aide juridictionnelle).

Le déroulement de la procédure révèle diverses disparités entre les droits nationaux. *D'abord* sur la place faite aux tiers dans l'instance en divorce, qu'il s'agisse du ministère public au nom de la défense de certains intérêts, de l'audition de services de protection de la jeunesse ou encore du recueil de la parole de l'enfant mineur. Certains États prévoient ainsi que le ministère public participe à la procédure afin de garantir la prise en compte de l'intérêt de l'enfant ou celui d'un époux incapable (Espagne ; Hongrie, Pologne ; Roumanie). Quant à la place de l'enfant dans la procédure, elle tend de plus en plus à être assurée par son audition, dans le respect de la Convention de New York sur les droits de l'enfant, mais à des conditions et selon des modalités très variables selon les États, et sans que le statut procédural de l'enfant soit très clair. Un seul pays (Angleterre et Pays de Galles) admet que, dans certains cas, l'enfant puisse être partie dans la procédure de divorce de ses parents.

Ensuite quant à la place à accorder aux modes amiables de résolution des différends, et notamment de la médiation : dans la majorité des droits étudiés, la médiation n'est jamais obligatoire, mais au contraire soumise à la volonté des époux de la tenter. La Suède, qui avait opté pour une médiation obligatoire, a aujourd'hui abandonné ce modèle. Il est donc pertinent de s'interroger sur les risques de dénaturation de la médiation si elle était rendue obligatoire³³⁴, comme cela est parfois préconisé.

³³⁴ Sur ce sujet, v. notamment F. VERT, La tentation de la médiation obligatoire, *Gaz. Pal.* 17-18 janv. 2014, p. 9.

Partie 2 : Les conséquences du divorce

Les conséquences du divorce soulèvent des questions difficiles, car elles affectent tant la conception que le législateur se fait du mariage, que la situation des époux et de leurs enfants après la séparation. Il n'est pas aisé de concilier ces deux problématiques. Pourtant, la plupart des législateurs européens sont parvenus, sans les délaisser, à intégrer les conséquences dans un processus d'apaisement de la rupture, au point d'en faire un instrument de la politique de contractualisation et d'objectivation du divorce. Elles n'ont effectivement pas échappé à la tendance contemporaine qui a conduit à accorder une place plus importante à la volonté, exprimée dans des conventions conclues par les époux (**Chapitre 1**). Par ailleurs, un effort de dissociation des causes et des conséquences du divorce a conduit les États européens à traiter avec neutralité l'évènement complexe que constitue l'extinction du mariage. Cet objectif –qui n'est cependant pas le seul poursuivi – concerne aussi bien les conséquences entre époux (**Chapitre 2**) que celles que la dissolution du lien matrimonial produit à l'égard des enfants (**Chapitre 3**).

Chapitre 1 : Les conventions entre époux relatives aux effets du divorce

En Europe, un vaste mouvement de contractualisation du droit de la famille peut être relevé. Il tend notamment à favoriser le règlement amiable, par les époux, des conséquences de leur divorce. Il convient donc de s'interroger sur la place et la force obligatoire de telles conventions dans les droits nationaux étudiés. C'est pourquoi le questionnaire préparé en vue du rapport formulait trois questions à ce sujet :

Question 43 : Les époux disposent-ils de la possibilité de régler les effets du divorce (et aussi la date d'effet du divorce) au moyen d'une convention

- avant le mariage ;
- pendant le mariage ;
- pendant la procédure de divorce ?

Question 44 : Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur la convention passée par les époux ?

Question 45 : Si le juge a un droit de contrôle, quels sont les critères qui lui permettent soit de solliciter une modification, soit de modifier directement l'accord ?

En outre, pour chacun des plus importants effets du divorce (modalités d'exercice de l'autorité parentale et résidence de l'enfant³³⁵, pension alimentaire au profit de l'enfant³³⁶ et conséquences du divorce envers les époux eux-mêmes³³⁷), le questionnaire interroge sur la possibilité pour les époux de le régler par convention et, le cas échéant, sur le droit de regard du juge sur une telle convention.

L'étude comparée des rapports nationaux atteste une possibilité de plus en plus grande des époux de s'entendre sur les conséquences du divorce. Toutefois, le moment auquel une convention est passée sur ces questions joue un rôle important (I). Le tribunal conserve dans la plupart des États un pouvoir de contrôler la convention, souvent essentiellement au regard de l'intérêt des enfants (II), mais parfois aussi dans le but de protéger l'époux le plus faible pour qui l'application de la convention serait particulièrement inéquitable.

I. La question de la validité des conventions entre époux sur les effets du divorce

Deux questions doivent être abordées : 1° celle du moment de conclusion de la convention, qui sera plus ou moins large selon les droits nationaux, la plupart admettant au minimum la conclusion d'une telle convention pendant la procédure de divorce (A) ; 2° le contenu de la convention, c'est-à-dire les points sur lesquelles peuvent s'entendre les époux (B).

A. Le moment de la conclusion de la convention

Certains pays admettent de façon très libérale la conclusion, entre les époux, de conventions en vue d'un éventuel divorce (*Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Autriche, Bulgarie*). En *Allemagne*, le Code civil (§ 1408 *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) permet aux époux de s'entendre sur les conséquences du divorce, que ce soit par contrat préuptial³³⁸, pendant le mariage ou, *a fortiori*, pendant la procédure de divorce. Il en va de même en

³³⁵ Questions 53, 54 et 59.

³³⁶ Questions 80 et 81.

³³⁷ Questions 72 et 73.

³³⁸ V. BORTH, in: D. Schwab (éd.), *Handbuch des Scheidungsrechts*, 6ème éd. 2010, n° IV 1426. Pour les conventions, valables, sur la compensation des droits à pension de retraite, v. § 1408, al. 2 BGB et §§ 6 et s. de la loi sur la compensation des droits à pension de retraite (*Versorgungsausgleichsgesetz*, VersAusglG); il est exigé que soient respectés les formes requises pour le contrat de mariage v. § 7, al. 3 VersAusglG, ce qui signifie que la convention doit être passée devant notaire et que les deux parties doivent être présentes (§ 1410 BGB).

*Autriche*³³⁹ : même si contrairement au droit allemand, aucune disposition légale ne permet expressément la conclusion de telles conventions, la pratique les a peu à peu validées.

Le *droit anglais* distingue également plusieurs types de conventions entre époux en fonction du moment où elles sont conclues : 1° la convention matrimoniale prénuptiale conclue en vue du mariage (*ante-nuptial* ou *pre-nuptial agreement*), par laquelle peuvent notamment être limités les droits et prétentions du futur conjoint, dont la situation patrimoniale est moins avantageuse, sur le patrimoine de l'autre au moment du divorce ; 2° la convention matrimoniale passée au cours du mariage (*post-nuptial agreement*) ; 3° celle qui est conclue en vue de la séparation du couple ou de l'organisation de ses conséquences (*separation agreement*)³⁴⁰ ; enfin 4° celle qui tend à organiser les conséquences financières du divorce (*draft consent order*)³⁴¹. Toutes ces conventions sont licites et seront prises en compte par le juge lorsqu'il statuera sur les effets du divorce en vertu de la section 25(1) du Matrimonial Causes Act 1973. Aucune disposition légale ne limite la capacité des époux à conclure une convention organisant leur patrimoine et leurs obligations financières respectives. Il apparaît ainsi que la place de la convention est large, mais que le juge dispose d'un large pouvoir de contrôle sur toutes ces conventions, comme il sera exposé plus loin³⁴².

La *Bulgarie* admet également la validité des conventions conclues avant³⁴³ ou pendant le mariage ainsi que pendant la procédure de divorce³⁴⁴ ; toutefois, la convention passée entre les époux avant le début de la procédure de divorce ne peut porter que sur les effets

³³⁹ Les époux peuvent notamment régler par convention conclue avant le mariage, pendant ce dernier ou pendant la procédure de divorce, les points suivants : pension alimentaire entre époux et envers l'enfant, garde de l'enfant, répartition des biens.

³⁴⁰ Le *Deed of separation* peut être conclu en vue de la séparation ou postérieurement, a généralement pour objectif d'organiser les moyens de subsistance de l'époux qui se trouve dans une situation financière moins avantageuse. C'est un acte rédigé devant témoin (choisi par les époux) et contresigné par ce dernier, cependant il ne prend pas la forme d'un acte authentique. Le *Deed of separation* permet également de constater la date de séparation du couple et permet d'ouvrir la période de deux ans, à l'issue de laquelle l'un des époux initiera une procédure de divorce pour rupture irrémédiable en raison d'une séparation de deux ans. Il est possible de joindre au *Deed of separation* le projet d'ordonnance organisant les conséquences du divorce, qui sera présenté au tribunal au commencement de la procédure pour homologation. V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 43.

³⁴¹ Pendant la procédure de divorce, les époux peuvent mettre en application le *Deed of separation* s'ils en ont conclu un. Si ce n'est pas le cas, ils peuvent organiser les conséquences financières du divorce au moyen d'une convention qui sera présentée au tribunal pour homologation (*Draft consent order*) au plus tôt après la délivrance du *Decree nisi*. Le *Draft consent order* permet de régler à l'amiable les conséquences patrimoniales et financière du divorce et d'éviter la procédure contentieuse d'*ancillary relief*, V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 43.

³⁴² V. *infra* sous II.

³⁴³ La convention peut alors porter sur le règlement des effets patrimoniaux du divorce pour les époux.

³⁴⁴ Les époux peuvent s'entendre sur toutes les conséquences du divorce dans une convention conclue avant d'entamer la procédure de divorce (pour le divorce par consentement mutuel, art. 51, al. 1er du code bulgare de la famille) ou pendant la procédure en cas de divorce contentieux.

patrimoniaux du divorce³⁴⁵, et non sur les questions d'autorité parentale³⁴⁶ (art. 38, al. 1^{er} du code bulgare de la famille). Le Code bulgare de la famille favorise la conclusion d'accords entre les époux à toute étape de la procédure (art 49, al. 4 C. famille), notamment sur les conséquences du divorce au regard des enfants³⁴⁷ en tenant compte du meilleur intérêt de ceux-ci.

Au contraire, d'autres États membres n'admettent la validité d'une convention entre époux sur les effets du divorce que lorsque la procédure est envisagée ou même enclenchée. Il en va ainsi en *Hongrie*, en *Italie*³⁴⁸, aux *Pays-Bas*³⁴⁹, en *Pologne* et en *Roumanie*³⁵⁰. En *Suède* également, la convention conclue antérieurement au mariage ne serait pas valable. En revanche, celle passée entre les époux pendant le mariage en vue du divorce est admise. Les époux sont libres, pendant la procédure de divorce, de s'entendre sur les effets de ce dernier : sur le plan financier, il s'agira uniquement des questions d'obligation alimentaire entre ex-époux ainsi qu'envers leurs enfants et de la répartition des biens entre époux. La liberté contractuelle permet aux époux de s'entendre pour régler ces conséquences financières³⁵¹ ; en revanche, les modalités d'exercice de l'autorité parentale feront toujours

³⁴⁵ En *Bulgarie*, le nouveau code de la famille entré en vigueur le 1^{er} oct. 2009 réforma le droit des régimes matrimoniaux. Les futurs époux peuvent désormais choisir entre trois options : régime de séparation de biens, régime de communauté réduite (c'est le régime retenu si les époux n'expriment aucune volonté contraire) et contrat matrimonial (art. 18, al. 1^{er} C. famille bulgare). S'ils optent, avant ou pendant le mariage, pour le régime contractuel (ce qui suppose un acte notarié), les époux peuvent y régler toutes leurs relations patrimoniales, y compris la pension alimentaire éventuelle après divorce envers l'autre époux ou les enfants. V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 43.

³⁴⁶ Ces points pourront être réglés amiablement par les époux par convention spécifique passée pendant la procédure (en cas de divorce contentieux) ou au début de celle-ci (en cas de divorce par consentement mutuel).

³⁴⁷ V. art. 59, al. 1^{er} C. bulgare de la famille.

³⁴⁸ Une convention entre les époux sur les effets de leur éventuel divorce serait nulle si elle était conclue avant la séparation des époux. Lors de la séparation, les époux peuvent en revanche conclure une convention sur ses conséquences. Le juge contrôlera le contenu de la convention, notamment au regard du droit des enfants concernés. Si le juge en approuve le contenu, la convention sera intégrée dans la décision de séparation (art. 155, al. 2 C. civil). En cas de divorce ultérieur, les époux séparés qui forment une requête conjointe en divorce peuvent proposer un règlement des conséquences, qui peut être différent de celui prévu pour leur séparation antérieure. V. M.D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 43 et 44.

³⁴⁹ Le droit néerlandais ne permet pas à de futurs époux, dans une convention matrimoniale, de régler les conséquences du divorce hormis celles qui sont liées au régime matrimonial; une convention préuptiale qui porterait sur la pension alimentaire en cas de divorce serait nulle. En revanche, pendant le mariage et à l'issue du divorce également, les parties peuvent conclure des conventions concernant toutes les conséquences du divorce, v. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 43.

³⁵⁰ Les époux peuvent, pendant la procédure de divorce, conclure des conventions concernant le maintien du nom porté pendant le mariage (art. 383, al. 1^{er} nouv. C. civil roumain), les rapports des parents avec leurs enfants mineurs (art. 396, al. 1^{er} nouv. C. civil roumain), la résidence de l'enfant après le divorce (article 400, al. 1^{er}), la contribution de chaque parent aux dépenses d'entretien, d'éducation, d'enseignement et de formation professionnelle des enfants. V. M. SCHAUEA, *Rapport roumain*, Q 43.

³⁵¹ La loi suédoise pose toutefois comme principe que chaque époux doit survenir lui-même à ses propres besoins, v. Chap. 5 § 7.1 du Code suédois du mariage.

l'objet d'un contrôle et d'une validation par l'autorité compétente (*Social Welfare Board* ou tribunal, selon les cas).

Une *solution intermédiaire* est retenue en Espagne : avant ou pendant le mariage, les époux ne peuvent régler à l'avance dans le détail toutes les conséquences du divorce par convention. Ils peuvent toutefois stipuler certains points, tels qu'une renonciation à la prestation compensatoire, une indemnité par année de mariage, le quantum de la prestation compensatoire, l'attribution du logement familial en cas de séparation ou de divorce...). Le pacte sera toutefois nul s'il est contraire à la loi, aux bonnes mœurs ou s'il viole l'égalité de droits des époux. Pendant la procédure de divorce et ensuite, les époux disposent d'une liberté plus grande et leur convention peut notamment régler (v. art. 90 C. civil espagnol) les effets du divorce pour les enfants, les pensions alimentaires, le logement familial. Cette convention régulatrice doit être soumise à l'homologation du juge qui déclare la séparation ou le divorce, et pourra être modifiée conjointement par les époux, ou par l'un des époux avec le consentement de l'autre, sur présentation d'une nouvelle proposition de convention : la modification pourra être sollicitée par un seul des époux si une altération substantielle des circonstances se produit (il s'agira alors d'une procédure contentieuse).

Il convient de préciser que dans de nombreux droits nationaux, dès lors que les époux demandent à divorcer par consentement mutuel, ils *doivent* soumettre au juge une convention réglant tous les effets de leur divorce (*Autriche*³⁵², *Belgique*³⁵³, *Bulgarie*³⁵⁴, *Espagne*, *France*, *Hongrie*³⁵⁵). Dans d'autres pays, ce n'est qu'une *simple possibilité* et non une exigence légale : il en va ainsi en *Allemagne*, en *Angleterre et au Pays de Galles*³⁵⁶, en *Grèce* (les époux peuvent joindre à leur requête conjointe en divorce, un accord sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, ainsi que sur la pension alimentaire pour les enfants), aux *Pays-Bas*³⁵⁷, en *Suède*³⁵⁸. L'*Italie* et la *Pologne* ne connaissant pas de divorce par consentement mutuel, la question ne se pose pas dans ces pays. En *Roumanie*, où le divorce peut être administratif, notarial ou judiciaire, les choses sont nécessairement plus

³⁵² La convention doit porter sur la pension alimentaire entre époux, envers l'enfant, les modalités d'exercice de l'autorité parentale, et la question de la répartition des biens entre les époux).

³⁵³ Art. 1287-1288 C. judiciaire belge. En revanche, en cas de divorce pour désunion irrémédiable, les époux peuvent s'entendre sur la question de la pension alimentaire, art. 301 § 9 C. civil belge ("les époux peuvent convenir à tout moment de la pension alimentaire éventuelle, du montant de celle-ci et des modalités selon lesquelles le montant convenu pourra être revu").

³⁵⁴ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 33.

³⁵⁵ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 26.

³⁵⁶ Mais la conclusion de conventions entre époux réglant les effets du divorce est vivement encouragée, v. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 26.

³⁵⁷ Les accords entre époux sont toutefois la règle, mais si, dans le divorce par consentement mutuel, les époux n'ont pu s'entendre sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge statuera, v. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 26.

³⁵⁸ Les accords entre époux sur les effets du divorce sont toutefois fréquents en Suède si bien qu'il est très rare que l'affaire soit portée devant le tribunal, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 26.

complexes : si le divorce est *judiciaire*, les époux peuvent, mais ne sont pas tenus de conclure un accord sur les conséquences du divorce ; si le divorce est *constaté par l'officier d'état civil* (ce qui suppose l'absence d'enfants mineurs communs), les époux doivent s'entendre sur le nom de famille qu'ils porteront après la dissolution du mariage, faute de quoi l'officier d'état civil refusera d'enregistrer le divorce ; si le divorce est *notarial*, les époux doivent, en présence d'enfants mineurs, s'entendre sur le nom de famille après divorce, l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents, la résidence de l'enfant après divorce ainsi que les modalités permettant le maintien des contacts avec le parent chez lequel l'enfant ne résidera pas, la pension alimentaire envers l'enfant.

Toutefois, même les États membres accordant une large liberté contractuelle aux époux dans le domaine des effets du divorce ne donnent pas aux époux la possibilité de déterminer eux-mêmes à quelle date le divorce prendra effet entre eux (*Allemagne, Autriche, Bulgarie*). Il en va *a fortiori* ainsi dans les pays admettant de façon plus restrictive les conventions entre époux sur les effets du divorce (*Hongrie, Pologne, Roumanie, Suède*), avec quelques réserves toutefois sur la possibilité parfois reconnue aux époux de prévoir que la date de cessation du régime matrimonial sera celle de leur séparation de fait (v. par exemple la *Roumanie*).

B. Le contenu de la convention

Les points essentiels de la convention conclue entre les époux pour régler à l'amiable les conséquences du divorce sont de *trois ordres* : 1° la résidence de l'enfant et toutes modalités d'exercice de l'autorité parentale (1) ; 2° les modalités d'exécution de l'obligation d'entretien envers l'enfant (2) ; 3° les conséquences du divorce entre époux (3). Tous ces domaines sont en général ouverts à contrat entre les époux au moment du divorce. Certains sont toutefois plus « sensibles », si bien que le contrôle de l'autorité compétente sur le contenu de l'accord sera plus poussé lorsque seront en cause certains intérêts.

1. Résidence de l'enfant et autres modalités d'exercice de l'autorité parentale

Il est souhaitable que les modalités d'exercice de l'autorité parentale (résidence de l'enfant, droit de visite etc.) puissent faire l'objet d'un règlement amiable entre les époux qui permettra de dédramatiser le divorce. Il convient toutefois également que la solution retenue soit conforme à l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi la plupart des droits nationaux favorisent les accords entre parents sur ces questions dans le cadre du divorce, tout en réservant au juge la possibilité de ne pas entériner l'accord si elle nuit au meilleur intérêt de l'enfant.

Les pays admettant, en présence ou en l'absence de disposition légale expresse en ce sens, la conclusion d'accords entre les parents pour régler les modalités d'exercice de

l'autorité parentale sont l'Allemagne³⁵⁹, l'Autriche³⁶⁰, la Belgique³⁶¹, la Bulgarie³⁶², l'Espagne³⁶³, la France, la Grèce³⁶⁴, la Hongrie³⁶⁵, l'Italie³⁶⁶ (mais la décision sur ce point est toujours prise par le tribunal, qui *peut* - mais n'est pas tenu de - prendre en compte les accords entre époux), les Pays-Bas³⁶⁷, la Pologne³⁶⁸, la Roumanie³⁶⁹, la Suède³⁷⁰ (qui

³⁵⁹ Mais certains auteurs allemands soutiennent que la fixation de la résidence habituelle de l'enfant et l'attribution de la garde relèveraient de règles impératives et ne seraient pas susceptibles de faire l'objet d'une convention entre les parents, v. OLZEN, in: *Münchener Kommentar BGB*, vol. 8, 6ème éd. 2012, § 1626 BGB n°. 13, § 1696 BGB n° 17. La loi allemande n'envisage un accord parental approuvé par le tribunal que sur la question du droit de visite (§ 156 para. 2 FamFG), mais une partie de la doctrine allemande soutient une application par analogie de cette disposition à la question de la garde de l'enfant. V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 53.

³⁶⁰ Les parents ont une grande liberté pour déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale après divorce. Ils peuvent décider que cet exercice appartiendra aux deux parents ou à un seul. S'ils s'entendent sur un exercice commun, ils peuvent prévoir que l'un d'entre eux ou joint sera responsable seulement de certaines questions (par exemple l'éducation, ou le suivi médical, ou encore l'administration des biens de l'enfant). L'accord ne peut toutefois porter atteinte aux dispositions impératives du droit autrichien, v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 53.

³⁶¹ Mais la convention ne peut porter que sur l'exercice de l'autorité parentale et non pas sur son attribution.

³⁶² Un tel accord entre les parents est possible, que le divorce soit par consentement mutuel (il est même alors obligatoire, art. 51, al. 1er C. famille bulgare : la convention doit régler la résidence de l'enfant, l'utilisation du logement de la famille...) ou de nature contentieuse (même dans cette hypothèse, la loi encourage les époux à s'entendre sur l'exercice de l'autorité parentale; le tribunal confirmera les termes de l'accord si les intérêts de l'enfant sont jugés suffisamment protégés, v. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 53.

³⁶³ Les parents peuvent s'entendre avant la procédure ou au cours de celle-ci, et même ultérieurement au divorce, sur l'exercice de l'autorité parentale, la surveillance des enfants et, le cas échéant, le régime de contact et d'hébergement des enfants avec le parent qui ne demeure pas habituellement avec eux (art.90.A) C. civ. Espagnol) L'art. 92.4 C. civil espagnol précise que les parents pourront conclure une convention, que l'autorité parentale soit exercée totalement ou partiellement par l'un d'eux. En pratique, dans les cas de consentement mutuel, les conjoints se limitent à s'accorder sur la garde et maintiennent l'exercice partagé de l'autorité parentale ; dans des cas exceptionnels (résidence à l'étranger, voyages fréquents), l'exercice de l'autorité parentale est attribué à un seul parent dans le but de faciliter les prises de décision. V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 53.

³⁶⁴ En cas de *divorce par consentement mutuel*, la convention des époux réglant la garde des enfants, leurs rapports avec ceux-ci et l'éventuelle pension alimentaire est soumise au tribunal d'instance qui, au cours d'une procédure gracieuse, valide l'accord et prononce la dissolution du mariage. En cas de *divorce pour altération définitive du lien matrimonial*, les époux peuvent également conclure une convention relative à l'exercice de la responsabilité parentale. Si les époux sont en désaccord sur ces questions, le tribunal tranchera, v. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 53.

³⁶⁵ Lorsqu'ils forment la requête en divorce, les parents sont tenus de déclarer de quelle manière ils désirent coopérer lors de l'exercice en commun de l'autorité parentale, particulièrement au regard de la prise en charge et de l'éducation de l'enfant, v. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 53.

³⁶⁶ V. art. 155, al. 2 C. civil italien pour les aspects extrapatrimoniaux et art. 155, al. 4 pour la pension alimentaire envers l'enfant.

³⁶⁷ En principe, le divorce ne change rien à l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents. Ces derniers doivent néanmoins préparer un projet de règlement de toutes les autres questions relatives aux enfants (éducation, droit de visite, droits d'information, pension alimentaire pour l'enfant...), v. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 53.

³⁶⁸ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 53.

encourage les parents à s'entendre et à maintenir les conflits parentaux en dehors des tribunaux³⁷¹ ; la plupart des différends sont ainsi réglés à l'amiable par les parents, souvent avec l'aide et sous le contrôle du *Social Welfare Board*). Comme dans presque tous les États membres relevant de cette étude, la Suède admet la liberté des parents de s'entendre sur les questions touchant aux enfants, mais sous réserve du test de l'intérêt de l'enfant.

L'Angleterre et le Pays de Galles ont retenu une solution originale : l'exercice de l'autorité parentale peut être déterminé par une convention (*parental responsibility agreement*) uniquement dans l'hypothèse où les parents ne sont pas mariés ensemble. Cette convention a pour effet de permettre au père d'être investi conjointement avec la mère de l'autorité parentale³⁷². En revanche, si les parents étaient mariés ensemble au moment de la naissance de l'enfant, il n'est pas possible de remettre en cause l'exercice conjoint de l'autorité parentale par une convention au moment du divorce³⁷³.

Il ressort ainsi de l'étude comparée des droits nationaux que les accords parentaux portant sur les modalités d'exercice de leurs droits et obligations envers leurs enfants sont favorisés. Tantôt ils sont exigés (par exemple dans certains cas de divorce par consentement mutuel, car ils indiquent que les époux se sont entendus non seulement sur le fait de divorcer, mais aussi sur l'avenir sous l'angle des effets du divorce), tantôt ils sont seulement encouragés ou admis. Mais il s'agit en tout cas, comme cela sera abordé *infra*, du domaine dans lequel le juge national procède à un contrôle le plus poussé du contenu de l'accord afin de garantir que le meilleur intérêt de l'enfant aura bien été pris en considération, ou – plus exactement – que la solution choisie par les parents n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant.

³⁶⁹ A l'occasion du divorce, sur le fondement de l'art. 504 nouv. C. civil roumain, qui renvoie à l'art. 396 du même code, les parents peuvent s'entendre sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, dès lors que la convention est conforme à l'intérêt de l'enfant, ce que le juge contrôlera.

³⁷⁰ En Suède, l'accord entre les parents est écrit et doit faire l'objet d'une approbation par le *Social Welfare Board* ou par la juridiction si elle est saisie (Chap. 6 § 6.1 du Code suédois des enfants et des parents)

³⁷¹ V. notamment Chap. 42 § 6 p. 5 et § 17.1 CPC suédois.

³⁷² La convention doit être enregistrée auprès du tribunal territorialement compétent en présence d'un témoin, officier de justice (*court official*), v. *Parental Responsibility Agreement Regulation* 1994, SI 1994/3157. Elle continuera de produire tous ses effets après le divorce des parents, V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 53.

³⁷³ Depuis 2002, en outre, un tiers marié au parent peut être investi de l'autorité parentale sur l'enfant (Section 4A(1)(a) du *Children Act 1989* tel qu'amendé par l'*Adoption and Children Act 2002*). Si l'autorité parentale est conjointe, les deux parents devront être d'accord pour en investir le beau-parent, V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 53.

2. La pension alimentaire au profit de l'enfant

Presque tous les États membres faisant l'objet de l'étude admettent que les époux puissent s'entendre sur les conditions et modalités d'exécution de leur obligation alimentaire envers leurs enfants : il en va ainsi en *Allemagne*³⁷⁴, *Angleterre et Pays de Galles*³⁷⁵, *Autriche*³⁷⁶, *Belgique*, *Espagne*³⁷⁷, *France*, *Grèce*³⁷⁸, *Hongrie*, *Italie*, *Pays-Bas*, *Pologne*³⁷⁹, *Roumanie*, *Suède*. En revanche, il existe en *Bulgarie*³⁸⁰ des incertitudes sur la possibilité d'une convention entre époux sur ce point.

Bien entendu, dans la mesure où la pension alimentaire tend à assurer l'entretien et l'éducation de l'enfant, il conviendra que les intérêts et besoins de ce dernier soient pris en compte, ce qui justifie dans de nombreux États un contrôle de l'autorité compétente sur le contenu de l'accord parental.

3. Les conséquences du divorce entre les époux

Les conséquences du divorce pour les époux peuvent être de nature patrimoniale ou extrapatrimoniale. C'est souvent dans ce domaine que la plus grande liberté contractuelle est reconnue aux époux.

³⁷⁴ Aucune condition de forme n'est exigée. Toutefois, sur le fond, le BGB impose un montant minimum pour la pension alimentaire des enfants mineurs (§ 1612a BGB); il est en outre interdit de renoncer pour l'avenir à la pension (§ 1614, al. 1er BGB). Les parents peuvent conclure un accord (qui ne produira effet qu'entre eux) sur le fait qu'un seul d'entre eux exécutera l'obligation d'entretien envers l'enfant ("*Freistellungsvereinbarung*"), v. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 80.

³⁷⁵ Il s'agit de *maintenance agreements*. Une réforme du système visant à garantir l'exécution des obligations alimentaires à l'égard de l'enfant est en cours, qui incite vivement les parents à s'entendre sur les modalités d'exécution de l'obligation d'entretien. V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 80.

³⁷⁶ Au cours de la procédure de divorce, les parents peuvent conclure un accord sur le montant de la pension alimentaire envers l'enfant; cet accord est même obligatoire en cas de divorce par consentement mutuel. La convention, pour être obligatoire, suppose son approbation par le tribunal. De telles conventions ne s'imposent qu'au débiteur d'aliments; l'enfant n'y est pas lié si sa créance alimentaire est réduite dans la convention. L'enfant peut, à tout moment, demander une augmentation de la pension devant le tribunal. Une renonciation totale en matière d'aliments serait sans effets, v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 80.

³⁷⁷ Les parents devront inclure dans leur proposition de convention une mesure concernant la pension des enfants, ainsi que les bases de son actualisation et des garanties le cas échéant (art. 90.d C. civil espagnol).

³⁷⁸ Aucune forme particulière n'est exigée pour la convention, qui peut être prouvée par tous moyens, v. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 80.

³⁷⁹ Un accord sur cette question est envisagé à l'art. 138 k.r.o.: en cas de changement, l'accord parental sur la pension alimentaire envers l'enfant peut être modifié. L'accord conclu entre les parents ne saurait conduire à une cessation de leur obligation alimentaire. Il peut fixer le montant de la pension, le moment du paiement, mais doit prendre en compte les besoins de l'enfant et la capacité financière du parent débiteur de la pension, v. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 80.

³⁸⁰ V. M. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 80.

Sans entrer dans le détail de tous les possibles effets du divorce pour les époux eux-mêmes, il apparaît que les rapports nationaux évoquent essentiellement quatre points:

- celui du **nom des époux après divorce** : cette question est abordée spécifiquement par le rapport roumain, qui souligne la liberté des époux pour s'entendre sur le maintien du nom porté par les époux pendant le mariage³⁸¹. Les rapports nationaux n'abordent pas tous cette question des conventions sur le nom porté par les époux ou l'un d'eux après divorce, si bien qu'il ne peut être présenté une analyse détaillée des réglementations nationales en vigueur³⁸². Parfois, une convention entre les époux sur la question du nom est inutile. En *Allemagne* par exemple, l'époux divorcé conserve le nom matrimonial qui avait été choisi lors du mariage, sauf s'il déclare revenir à son patronyme antérieur ; il peut aussi placer son patronyme initial (dit nom de naissance, "*Geburtsname*") avant le nom matrimonial (§ 1355, al. 5 BGB)³⁸³. La solution est sensiblement la même en *Autriche*³⁸⁴ et en *Bulgarie*³⁸⁵, en *Suède*³⁸⁶ ainsi qu'en *Angleterre et au Pays de Galles* avec quelques nuances³⁸⁷. Les conventions sur le nom des époux après divorce n'ont pas non plus de pertinence dans les pays, tels que *l'Espagne* ou la *Hongrie*, dans lesquels le mariage n'a aucune incidence sur le nom patrimonial des époux.
- celui de la **pension alimentaire entre ex-époux** : il s'agit également d'un domaine où la liberté contractuelle est assez largement admise. Il en va par exemple ainsi en *Allemagne* (§ 1585c BGB)³⁸⁸, en *Angleterre et au Pays de Galles*, en *Autriche*³⁸⁹, en *Belgique*³⁹⁰, en *Bulgarie* sous réserve que la convention ne viole pas les règles impératives³⁹¹, en *Espagne* de façon généreuse (la convention peut être conclue avant ou pendant le mariage et fixer modalités, montant, durée et extinction de la

³⁸¹ Art. 338, al. 1er nouv. C. civil roumain et M. SCHAUEA, *Rapport roumain*, Q 43 et Q 49.

³⁸² Sur les effets du divorce sur le nom des époux, v. les rapports nationaux, Q 49.

³⁸³ Pour des détails, v. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 49.

³⁸⁴ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 49.

³⁸⁵ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 49.

³⁸⁶ V. M. JÄNTERA-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 49.

³⁸⁷ L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 49.

³⁸⁸ La convention portant sur le versement (ou non) d'une pension alimentaire en cas de divorce des époux et sur les modalités peut être conclue avant ou pendant le mariage. Si elle est conclue avant que le divorce soit irrévocable, elle doit être passée devant notaire, v. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 72.

³⁸⁹ La convention peut être conclue avant, pendant et après la procédure de divorce, v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 72. Elle ne doit toutefois pas être contraire aux bonnes moeurs, par exemple en stipulant une pension disproportionnée par rapport aux revenus de l'époux.

³⁹⁰ Art. 301 § 1 C. civil belge.

³⁹¹ Il est par exemple interdit de renoncer à une obligation alimentaire pour le futur.

pension³⁹²), en *France*, en *Grèce*³⁹³, en *Hongrie*, en *Italie*³⁹⁴, aux *Pays-Bas*, en *Pologne* (mais seulement au cours de la procédure de divorce ou ultérieurement au prononcé de ce dernier), en *Roumanie* ou encore en *Suède* (à condition que la convention ait été passée par écrit en présence de deux témoins³⁹⁵).

- celui de la ***répartition des biens entre les époux*** : il s'agit d'un domaine qui touche en partie à la liquidation du régime matrimonial des époux ; il concerne aussi plus spécifiquement le sort du logement de la famille et des meubles meublants. Il est dans la plupart des États largement ouvert à la convention des époux. Ainsi, en *Allemagne*, avant même l'engagement de la procédure de divorce ou pendant celle-ci, les époux peuvent s'entendre sur les modalités de liquidation du régime et la répartition des biens entre eux (§§ 1378, al. 3, phr. 2³⁹⁶ et 1408, al. 1^{er} BGB³⁹⁷). L'*Autriche* admet également, sous certaines restrictions, la convention des époux en la matière³⁹⁸. Il en va de même en *Angleterre et au Pays de Galles*, en *Belgique*, en *Bulgarie*, en *Espagne*, en *Hongrie*, en *Italie* sous certaines réserves, aux *Pays-Bas*, en *Pologne*, en *Roumanie* et en *Suède*.

Enfin, dans quelques droits nationaux se pose la question de la ***compensation des droits à pension de retraite*** : en *Allemagne*, il s'agit du *Versorgungsausgleich*, qui est prévu au § 1587 BGB et fait l'objet d'une loi spécifique du 3 avril 2009³⁹⁹ ; la loi prévoit une compensation entre les époux des droits à pension acquis dans la fonction publique ou auprès d'organismes de retraite privés. En vertu du § 7 de la loi sur le *Versorgungsausgleich* (VersAusgG), les conventions en la matière sont possibles entre les époux, mais si elles sont conclues avant que la décision de divorce soit irrévocable, elles doivent prendre la forme notariée ; il en va *a fortiori* ainsi si la convention est conclue avant ou pendant le mariage (§ 7, al. 3 VersAusgG et § 1410 BGB). En *Angleterre et au Pays de Galles* également, le divorce peut conduire à un partage des *droits* à pension de retraite ordonné par le tribunal (*Pension sharing order*)⁴⁰⁰ ; le juge peut également rendre une ordonnance tendant au partage du

³⁹² Art. 1325 C. civil espagnol.

³⁹³ Art. 1443 C. civil grec.

³⁹⁴ Mais la convention doit être validée par le tribunal lors du prononcé du divorce, v. M.D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 72.

³⁹⁵ Chap. 3 § 19 du Code suédois de l'exécution.

³⁹⁶ Cette disposition concerne le régime légal de participation aux acquêts.

³⁹⁷ Cette disposition formule le principe de liberté contractuelle des époux en matière de régime matrimonial.

³⁹⁸ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 44.

³⁹⁹ Versorgungsausgleichsgesetz, VersAusgG.

⁴⁰⁰ Section 24B du Matrimonial Causes Act 1973.

montant de la pension de retraite (*Pension attachment order*)⁴⁰¹. Les deux ordonnances sont incompatibles entre elles. Un rachat compensatoire des droits à pension perdus peut aussi être ordonné par le juge (*buy out*)⁴⁰². Une convention des époux portant sur les droits à pension de retraite n'est pas interdite par le droit anglais, mais elle ne pourra produire effet si elle n'est pas entérinée dans une ordonnance du juge.

II. L'exercice d'un contrôle par l'autorité compétente

Des différences apparaissent entre les droits nationaux quant à l'étendue du contrôle de l'autorité compétente sur le contenu des conventions conclues entre époux et réglant les effets du divorce. Si dans chaque État, l'autorité compétente – en général la juridiction saisie de la requête en divorce – a dans certains cas un pouvoir de contrôle, l'étendue de ce dernier varie considérablement selon les États, avec toutefois un point commun : celui d'un contrôle accru sur le règlement des effets du divorce au regard des enfants (A). L'exercice du contrôle sur les conséquences du divorce pour les époux est en règle générale beaucoup moins intensif, lorsqu'il est autorisé (B).

A. L'étendue du contrôle sur les conséquences du divorce pour les enfants

1. Résidence de l'enfant et modalités d'exercice de l'autorité parentale

C'est en matière de modalités d'exercice de l'autorité parentale (résidence de l'enfant, garde, droit de visite...) que les États membres relevant de l'étude ont en commun le principe d'un contrôle de la convention parentale au regard de l'intérêt de l'enfant. Dans ce domaine en effet, l'accord des époux ne s'impose jamais à l'autorité compétente. Ainsi en *Allemagne*, si le tribunal n'approuve pas la solution convenue entre les parents (ou si l'enfant, âgé de quatorze ans au moins, conteste cette solution) et ne parvient pas à convaincre les parents de modifier leur convention, il statuera lui-même sur la garde et l'exercice du droit de visite du parent non gardien et se fondera sur l'intérêt de l'enfant (*Wohl des Kindes*)⁴⁰³. Si au contraire, le juge approuve la solution proposée par les époux, il la validera dans sa décision. En *Angleterre et au Pays de Galles*, également, un très large

⁴⁰¹ Pour des détails, v. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 62.

⁴⁰² Les droits à pension sont alors intégrés à l'ensemble des biens devant être partagés entre eux par les époux en vertu de la section 25 du Matrimonial Causes Act 1973. A la suite de ce rachat, l'époux bénéficiaire du plan de retraite en bénéficiera dans son intégralité sous réserve d'une compensation octroyée à l'autre au moment du divorce. Cette compensation peut prendre diverses formes et notamment l'attribution de biens, v. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 62.

⁴⁰³ V. par ex. § 1671, al. 3 BGB.

pouvoir de contrôle est reconnu au juge dans le cadre de la procédure de divorce⁴⁰⁴. En *Autriche*, l'art. 190 alinéa 2 du Code civil autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) dispose désormais qu'il n'est plus nécessaire que le tribunal compétent en matière de curatelle confirme l'accord conclu par les époux, pendant la procédure judiciaire, en matière de garde. Concernant les accords extra-judiciaires, une telle confirmation n'était pas nécessaire dès avant la modification récente de la loi. Les accords concernant la garde sont valables immédiatement. Le tribunal peut toutefois déclarer nulles ces conventions et les remplacer par une autre convention, si l'intérêt de l'enfant est menacé⁴⁰⁵. En outre le juge peut ordonner une phase dite de « responsabilité parentale intérimaire » pour une durée de six mois, si les parents ne parviennent pas à s'entendre sur l'exercice de l'autorité parentale (garde). Après cette période, le juge statuera conformément à l'intérêt de l'enfant et pourra attribuer la garde aux deux parents ou à un seul d'entre eux⁴⁰⁶. En *Italie*, le juge a un devoir de contrôle particulièrement fort. Il vérifiera si l'intérêt et les droits de l'enfant sont bien préservés ; si cela est le cas, il homologuera l'accord parental, qui s'incorporera au jugement de séparation ou de divorce (art. 155, al. 2 C. civil italien)⁴⁰⁷. Le juge peut au contraire, rejeter les termes de la convention entre époux et statuer lui-même sur l'autorité parentale et la résidence de l'enfant. Il en va de même en *Pologne* : le juge doit vérifier comment les parents entendent régler l'exercice de l'autorité parentale et le maintien des contacts avec l'enfant par les deux parents après le divorce. Le juge ne retiendra un exercice conjoint de l'autorité parentale que s'il peut être attendu des parents qu'ils coopèrent dans les questions relatives à l'enfant. Si la convention parentale est contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge peut enjoindre aux parents de la modifier. Il peut également décider d'accorder l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents. L'existence d'un accord des parents sur les conséquences du divorce pour l'enfant ne dispense pas le tribunal de régler ces questions dans sa décision de divorce⁴⁰⁸. Les solutions sont similaires en *Roumanie* : la convention des parents relative à l'autorité parentale nécessite une approbation judiciaire.

⁴⁰⁴ L'arrêt *Re X (Parental responsibility Agreement)* [2000] 1 FLR 517 a en revanche jugé que la convention d'autorité parentale qui investit le père non marié au moment de la naissance de l'autorité parentale conjointement avec la mère, n'est soumise à aucun contrôle judiciaire ; seules les modalités de son enregistrement sont déterminées par la loi. V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 54.

⁴⁰⁵ Art. 190, al. 2, dernière phrase C. civil autrichien (AGB) : « Das Gericht hat die Bestimmung der Obsorge und Vereinbarungen der Eltern aber für unwirksam zu erklären und zugleich eine davon abweichende Anordnung zu treffen, wenn ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre » : „le tribunal peut déclarer nulles les conventions des époux en matière de garde (Obsorge) et adopter une réglementation différente lorsque, dans le cas contraire, l'intérêt de l'enfant serait menacé“.

⁴⁰⁶ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 54. Antérieurement à la modification législative récente, le juge n'avait pas le droit d'attribuer l'exercice de l'autorité parentale conjointement aux deux époux.

⁴⁰⁷ En vertu de l'art. 155, al 2 C. civil italien, le juge détermine les conséquences de la séparation ou du divorce envers les enfants en se fondant exclusivement sur leur intérêt matériel et moral. Il doit dans la mesure du possible favoriser la garde conjointe. Si cela n'est pas possible ou souhaitable, il détermine à quel parent l'enfant sera confié, les modalités de contact de l'autre parent ainsi que les modalités de contribution de chacun d'eux à l'entretien, l'éducation et aux soins de l'enfant, v. M.D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 54.

⁴⁰⁸ V. la décision de la Cour suprême polonaise du 5 juin 2012, III CZP 72/11, Biuletyn SN 2012/6/7 et A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 55.

Si le juge estime que l'intérêt de l'enfant l'exige, il invitera les parents à modifier leur convention ou même écartera celle-ci et statuera lui-même en tenant compte des conclusions du rapport d'enquête psychosociale (articles 396 et 486 nouv. C. civil roumain). Il prévoira en principe l'exercice en commun de l'autorité parentale par les deux parents (c'est la règle en Roumanie, v. art. 397 nouv. C. civil roumain), sauf si des motifs sérieux imposent une autre solution (art. 398 nouv. C. civil roumain : exercice confié à un seul parent ; art. 399 : exercice confié à un tiers). Le juge est tenu de statuer d'office sur l'exercice de l'autorité parentale après divorce comme sur tous les autres effets de la séparation au regard de l'enfant (art. 396 à 404 nouv. C. civil roumain)⁴⁰⁹.

En *Belgique*, le juge ne peut modifier directement le contenu de la convention, mais il peut refuser de l'homologuer si les intérêts de l'enfant ne sont pas préservés. La solution est la même en *Bulgarie*, où le juge a le pouvoir de contrôler le contenu de la convention tant dans un divorce par consentement mutuel que dans un divorce contentieux, mais ne peut modifier les termes de la convention. La même solution est retenue en *Hongrie* également. Aux *Pays-Bas*, le juge contrôlera le contenu de la convention parentale et si elle est contraire aux intérêts de l'enfant ou aux bonnes mœurs, il demandera aux parents d'en modifier les termes.

En *Espagne*, le juge doit en principe homologuer les accords conclus entre époux sur les conséquences du divorce à l'égard des enfants, sauf toutefois s'ils sont contraires à la loi⁴¹⁰, mauvais pour les enfants ou causent un grave préjudice à l'un des époux. L'accord est jugé prioritaire⁴¹¹. L'exercice conjoint de l'autorité parentale est la règle, si bien qu'une solution contraire devra être justifiée et ne pas être contraire à l'intérêt de l'enfant, ce que le juge vérifiera ; le cas échéant, il demandera aux parties de modifier leur convention. Si la solution envisagée par les parents est toujours néfaste pour l'enfant, le juge statuera lui-même sur l'exercice de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant. Si tel est l'intérêt de l'enfant, il pourra décider – même d'office – que l'autorité parentale sera exercée totalement ou partiellement par l'un des parents (art.92.4 C. civil espagnol).

Le cas de la *Suède* mérite des développements spécifiques : en effet, si ce pays est très favorable aux accords parentaux relatifs aux conséquences du divorce pour les enfants, il procède néanmoins à un contrôle sérieux du contenu de la convention. En l'absence de procédure judiciaire, c'est le *Social Welfare Board* qui examinera la convention et la confirmera ou non : si les parents se sont entendus sur une garde conjointe⁴¹², le *Social Welfare Board* confirmera leur accord sauf s'il était *manifestement* contraire au meilleur

⁴⁰⁹ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 54 et 55.

⁴¹⁰ Par exemple si un parent renonce à l'exercice de l'autorité parentale, ou à tout contact avec l'enfant.

⁴¹¹ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 54.

⁴¹² La garde conjointe – au sens d'exercice conjoint de l'autorité parentale – est la règle en droit suédois, v. Chap. 6 § 3.2 du Code suédois sur les enfants et les parents. La loi prévoit toutefois des exceptions lorsque l'intérêt de l'enfant le requiert, v. Chap. 6 § 5.3 du même code.

intérêt de l'enfant ; si les parents ont décidé qu'un seul d'entre eux aurait la garde de l'enfant, le *Social Welfare Board* peut refuser de valider l'accord s'il n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant, ce qui indique que le choix du législateur est favorable à la garde conjointe impliquant les deux parents dans l'éducation de l'enfant. Il est toutefois rare que le *Social Welfare Board* refuse de valider l'accord parental⁴¹³, car ce dernier est en général⁴¹⁴ présumé comme étant dans l'intérêt de l'enfant. Si l'accord parental n'est pas confirmé par le *Social Welfare Board*, il n'a aucune force obligatoire. Lorsqu'un seul des parents a le droit de garde et que les deux s'entendent en faveur d'une garde conjointe, ce sera le *tribunal* qui, sur requête des parents, ordonnera la garde conjointe (Chap. 6 § 4 Code suédois sur les enfants et les parents) ; si toutefois l'accord parental en ce sens est *manifestement* contraire au meilleur intérêt de l'enfant, le tribunal devra retenir une autre solution. Inversement, un accord des parents confiant la garde de l'enfant à un seul d'entre eux peut être écarté par le tribunal, mais à deux conditions : 1° que la garde conjointe apparaisse comme la meilleure solution au regard de l'intérêt de l'enfant et 2° que les deux parents ne s'opposent pas à une telle garde conjointe (Chap. 6 § 5.2 Code suédois sur les enfants et les parents)⁴¹⁵. Le *Social Welfare Board*, comme le tribunal lorsqu'il est saisi (ce qui est assez rare en Suède), tout en ayant un *a priori* favorable envers l'accord parental, doit vérifier non seulement les circonstances spéciales de la cause qui pourraient laisser supposer que la solution amiable des parents n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, mais également que les deux parents consentent librement à la convention qu'ils ont conclue. Si le tribunal doit statuer, il ne le fait qu'après avoir obtenu des informations de la part du *Social Welfare Board* (Chap. 6 § 19 Code suédois sur les enfants et les parents) ; le tribunal⁴¹⁶ peut ordonner une enquête en indiquant les points à creuser et confier ladite enquête au *Social Welfare Board* ou à un expert.

Il apparaît que tous les États membres relevant de l'étude accordent au juge le pouvoir de vérifier si l'accord parental sur la résidence de l'enfant et les modalités d'exercice de l'autorité parentale est bien conforme à l'intérêt de l'enfant. Souvent, il est présumé que cela est le cas, mais si le juge est convaincu que l'intérêt de l'enfant requiert une autre solution, il pourra, selon les pays, rejeter l'accord des parents ou le rejeter et statuer lui-même sur la question.

⁴¹³ Si cela est néanmoins le cas, les parents devront saisir le tribunal de la question.

⁴¹⁴ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 53.

⁴¹⁵ Cela signifie que le tribunal ne peut ordonner une garde conjointe contre la volonté des deux parents, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 53.

⁴¹⁶ En droit suédois, la compétence du tribunal est limitée aux points suivants : 1° attribution de la garde aux deux parents ou à un seul d'entre eux; 2° statuer sur le droit de visite et d'hébergement du parent avec lequel l'enfant ne réside pas; 3° statuer sur la résidence de l'enfant. Le tribunal ne peut statuer sur d'autres points tels que l'éducation de l'enfant, sa formation religieuse ou encore le lieu précis où l'enfant doit résider, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 55.

2. Pension alimentaire envers l'enfant

En général, les solutions exposées *supra* sous 1) sont également retenues par les droits nationaux.

Ainsi, en *Angleterre et au Pays de Galles*, en vertu de la section 35 du Matrimonial Causes Act 1973, le juge dispose du pouvoir de réviser toutes les conventions relatives à l'exécution d'une obligation alimentaire (*maintenance agreement*), tant entre époux qu'au bénéfice des enfants. Le tribunal peut révoquer l'accord ou le réviser en lui ajoutant certaines clauses. En *Italie*, tout accord sur les effets du divorce doit faire l'objet d'un contrôle par le juge, qui peut modifier sa teneur (art 155, al. 4 C. civil italien).

En *Autriche*, l'accord parental nécessitait, pour développer force obligatoire, l'approbation de la juridiction statuant sur le divorce des époux et le tribunal refusait de valider l'accord par exemple si le montant de la pension convenu était inférieur au taux légal⁴¹⁷. Aujourd'hui toutefois, les conventions portant sur le montant de la pension alimentaire au profit de l'enfant relèvent de l'appréciation des parents et ne nécessitent plus l'homologation du tribunal. De telles conventions sont obligatoires uniquement pour le débiteur d'aliments; l'enfant n'y est pas tenu si sa créance alimentaire est réduite. L'enfant peut, à tout moment, saisir le tribunal d'une demande en augmentation de la pension. Une renonciation totale à aliments serait sans effets. En *Belgique*, le juge exercera un contrôle au regard de l'intérêt de l'enfant⁴¹⁸. Il en va sensiblement de même en *Roumanie*⁴¹⁹. Comme en *France* en en *Belgique*, le *droit bulgare* distingue selon que le divorce est demandé par consentement mutuel ou non ; dans le premier cas, si le juge considère que l'accord parental sur l'entretien de l'enfant n'est pas conforme à l'intérêt de ce dernier ou à la loi, il invitera les parties à revoir leur convention et, à défaut, refusera de prononcer le divorce ; les stipulations de la convention relatives à la pension alimentaire envers l'enfant doivent respecter les dispositions légales impératives du Code bulgare de la famille⁴²⁰. En revanche, en cas de divorce contentieux, le juge statuera lui-même sur cet aspect des conséquences du divorce pour les enfants s'il refuse d'entériner l'accord parental⁴²¹. En *Espagne* également,

⁴¹⁷ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 81.

⁴¹⁸ V. W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 81.

⁴¹⁹ Le juge interviendra chaque fois qu'il estimera que la convention parentale porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant ; il pourra alors exiger la modification de certaines clauses ; si les parents ne s'y conforment pas ou si la convention est dans son intégralité contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge l'écartera et statuera sur la question (art. 402 nouv. C. civil roumain), v. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 81.

⁴²⁰ Le Code de la famille prévoit ainsi, comme le droit allemand, un montant minimal impératif de la pension alimentaire pour l'enfant (1/4 du revenu minimum), v. art. 142, al. 2 C. famille. De même, il est interdit de renoncer pour l'avenir à une créance alimentaire, art. 147 C. famille. Il est également prohibé de compenser une dette et une obligation alimentaire, art. 148 V. famille.

⁴²¹ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 81.

l'accord des conjoints relatif à l'entretien des enfants devra être approuvé par le juge⁴²², qui s'y refusera s'il est défavorable aux enfants ou gravement préjudiciable à l'un des conjoints. Si le juge refuse d'entériner l'accord, il devra motiver son refus ; les époux devront alors modifier leur convention dans le sens suggéré par le juge ; à défaut, ce dernier statuera. En *Pologne*, le juge n'est pas lié par l'accord des époux et peut statuer différemment sans inviter les époux à modifier leur convention⁴²³.

En *Hongrie*, le juge ne peut pas modifier le contenu de l'accord parental, mais il peut refuser de l'approuver s'il est contraire à l'intérêt de l'enfant ou manifestement disproportionné au regard des revenus des parents⁴²⁴.

En revanche, en *Allemagne*, la loi ne prévoit aucun contrôle spécifique des accords parentaux relatifs à la pension alimentaire envers l'enfant. Cela s'explique sans doute par le fait que le Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) impose un montant minimal pour la pension (§ 1612a BGB) ; si l'accord parental n'est pas conforme aux exigences légales, le tribunal l'écartera et statuera sur la question⁴²⁵. En *Grèce*⁴²⁶ non plus, il ne semble pas que le juge ait un droit de regard sur la convention des parents en la matière ; la convention pourrait toutefois être modifiée par décision judiciaire (art. 1494 C. civil grec) en cas de changement de circonstances. Aux *Pays-Bas*, il semble que le juge ne puisse exercer son contrôle qu'à la requête d'un des époux⁴²⁷. De même, en *Suède*, les accords parentaux sur le versement d'une pension alimentaire mensuelle au profit de l'enfant ne sont pas automatiquement contrôlés par l'autorité compétente (*Social WelfareBoard* ou tribunal, selon les cas). Si en revanche une somme forfaitaire est convenue, ou des paiements pour des périodes supérieures à trois mois, la convention parentale sera soumise au contrôle et à l'approbation du *Social WelfareBoard*. Le tribunal n'interviendra que s'il est saisi de la question à la requête d'un des parents⁴²⁸.

⁴²² L'approbation judiciaire de l'accord rend celui-ci obligatoire et permet l'usage de la contrainte, v. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 81.

⁴²³ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 81.

⁴²⁴ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 81. Si les parents ont prévu la manière ou les échéances auxquelles seront effectués les versements, le tribunal peut, à la demande de l'enfant, modifier ces points s'il existe des motifs particuliers pour le faire (art.1497 C. civil hongrois).

⁴²⁵ V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 81.

⁴²⁶ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 81.

⁴²⁷ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 81.

⁴²⁸ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 81.

B. L'existence et l'étendue du contrôle sur les conséquences financières du divorce pour les époux

S'il est un domaine dans lequel l'autonomie de la volonté des époux joue le plus grand rôle, c'est celui des conséquences du divorce à leur égard. Il s'agit là essentiellement des conséquences patrimoniales, qui donnent lieu à convention lorsque la procédure de divorce est envisagée ou même déjà engagée, mais parfois aussi avant même le mariage ou pendant le déroulement encore harmonieux de celui-ci⁴²⁹.

Les droits nationaux sont loin d'être similaires sur la question de l'existence et de l'étendue du contrôle de la convention des époux par l'autorité compétente, en général la juridiction connaissant de la procédure de divorce. On constate ainsi, selon les droits nationaux, une *gradation* dans l'objet et l'étendue du contrôle du juge en matière de conséquences patrimoniales du divorce pour les époux.

1. Un contrôle étendu et systématique dans certains pays

Les États les plus sévères sont l'Angleterre et le Pays de Galles et l'Italie, qui imposent un contrôle automatique des dispositions convenues par les époux pour régler leurs rapports patrimoniaux suite au divorce.

En Angleterre et au Pays de Galles, le juge dispose d'un très large pouvoir de contrôle des conventions entre époux, quel que soit le moment de leur conclusion ; il a même un pouvoir discrétionnaire pour modifier les termes de la convention. Il est tenu de vérifier son contenu à l'aune des directives légales de la section 25 du Matrimonial Causes Act 1973 et de plusieurs critères qui ont été largement unifiés⁴³⁰ pour la plupart des différentes formes de convention⁴³¹. Une exception est faite pour les conventions organisant les conséquences financières du divorce (*draft consent order*), par lesquelles les époux proposent au juge un règlement pour conversion en ordonnance judiciaire ; la force obligatoire du règlement émanera de la décision judiciaire et non du contrat conclu entre les époux. Le juge doit vérifier l'équité du *draft consent order* qui doit préserver les intérêts des deux époux, faute de quoi il ne sera pas approuvé par le tribunal. Dans la célèbre affaire *Radmacher v.*

⁴²⁹ V. *supra* I. A..

⁴³⁰ V. *MacLeod v MacLeod* [2008] UKPC 64.

⁴³¹ A l'exception du *draft consent order*, v. pour des détails L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 44. V. aussi l'arrêt *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 427, par lequel la Cour suprême anglaise a affirmé que le pouvoir judiciaire de contrôler et modifier les conventions entre époux s'exerçait tant à l'égard des conventions pré-nuptiales qu'envers celles conclues pendant le mariage.

Granatino de 2010⁴³², la Cour suprême anglaise a imposé au juge d'examiner deux points lors de son contrôle de la convention : 1° l'existence éventuelle d'une contrainte, fraude ou tromperie⁴³³ ; 2° la possibilité que la convention produise des effets iniques au moment de la rupture du mariage au regard des circonstances qui entourent cette rupture. Dans cette affaire, la majorité des juges de la Cour suprême a considéré que « la Cour devra faire produire ses effets à une convention entre époux librement contractée par eux et en toute connaissance de cause à moins qu'au vu des circonstances de l'espèce il apparaisse injuste de les lier par cet accord »⁴³⁴.

L'*Italie* admet que les époux, lorsqu'ils décident de se séparer, puissent conclure une convention sur les conséquences de cette désunion. Mais systématiquement, le juge contrôlera le contenu de la convention ; s'il en approuve le contenu, la convention sera intégrée dans la décision de séparation (art. 155, al. 2 C. civil italien). Le contrôle du juge doit s'exercer, que le divorce soit demandé par consentement mutuel ou non, et il porte sur la totalité de l'accord. Le juge peut modifier les stipulations de la convention non seulement dans l'intérêt des enfants du couple, mais également s'il estime que certaines d'entre elles sont contraires aux intérêts de l'époux le plus faible⁴³⁵.

La prise en compte des intérêts d'un des époux existe également dans d'autres pays. En *France*, dans le cadre du divorce par consentement mutuel, l'article 278 du Code civil dispose expressément, en matière de prestation compensatoire, que le juge refuse d'homologuer la convention « si elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux »⁴³⁶.

Aux *Pays-Bas*, le juge déclarera la convention matrimoniale nulle si elle est contraire à la loi ou aux bonnes mœurs ; s'il considère qu'elle crée un déséquilibre entre les époux, il

⁴³² Sur cet arrêt, v. notamment J. SCHERPE, Das vorläufige letzte Wort zu Eheverträgen in England and Wales, *FamRZ* 2011, p. 1471.V. aussi I. KARSTEN, Financial Agreements and Applicable Law in Divorce Cases (Radmacher v. Granatino), *FamRZ* 2011, p. 1474.

⁴³³ La sanction peut être, suivant la gravité, l'absence totale d'effets de la convention ou bien des effets limités. La Cour examinera les circonstances dans lesquelles les parties ont été amenées à signer la convention en tenant notamment compte de leur âge, discernement, la durée de la vie commune, l'impact de la convention sur le projet de mariage, l'éventuelle influence induite par une partie en raison d'une position dominante de l'autre, la dissimulation éventuelle d'informations relatives aux actifs constituant le patrimoine de l'autre, v. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 45.

⁴³⁴ « The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold their parties to their agreement » (§ 75 de l'arrêt Radmacher v. Granatino).

⁴³⁵ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 45.

⁴³⁶ Pour certains auteurs toutefois, l'intervention du juge doit se faire plus légère dans l'examen des rapports entre époux qu'au regard des intérêts des enfants, et le juge « doit agir avec prudence et ne doit refuser l'homologation qu'en cas d'iniquité manifeste », v. P. MURAT (dir.), *Dalloz-Action Droit de la famille*, 2010, no 131-47.

pourra inviter ces derniers et leurs conseils à s'expliquer sur leur compréhension des conséquences de l'accord et de ses effets négatifs envers l'un des époux⁴³⁷.

2. Un contrôle restreint, voire inexistant dans d'autres pays

D'autres États membres admettent le principe de liberté contractuelle mais formulent quelques réserves permettant un contrôle, par l'autorité compétente, du contenu de la convention.

L'*Autriche*, par exemple, applique les règles du droit des contrats aux accords entre époux sur la pension alimentaire au profit de l'un d'eux après divorce, ou sur la répartition des biens (notamment meubles meublants...). Le tribunal peut contrôler le contenu de la convention sur le fondement des règles de la *capacité juridique* ou des exigences des *bonnes mœurs*. Ainsi, les accords portant sur les conséquences financières du divorce pour les époux ne subissent qu'un contrôle léger.

L'*Allemagne* admet très largement dans le temps les conventions entre époux sur les effets d'un éventuel ou futur divorce. En outre, aucune norme générale n'impose un contrôle judiciaire formel de la convention. Le juge peut toutefois examiner cette dernière à l'aune des règles générales de droit civil, de droit des régimes matrimoniaux et de certaines dispositions spéciales. La jurisprudence allemande admet ainsi un contrôle tant du contenu de la convention matrimoniale que du résultat (*Inhalts- und Ausübungskontrolle*) en matière de conventions portant sur le régime matrimonial et sur la pension alimentaire entre époux ; les critères du contrôle sont les mêmes, que la convention ait été conclue avant ou pendant le mariage. La convention peut être déclarée nulle par le tribunal⁴³⁸. Le droit allemand admet également les accords entre époux, au cours de la procédure de divorce, sur la future compensation des droits à pension de retraite (*Versorgungsausgleich*) ; l'accord lie le tribunal sauf en cas d'obstacles à sa validité ou à son exécution (*Wirksamkeits- und Durchsetzungshindernisse*, § 6, al. 2 VersAusglG). La loi allemande impose que le contenu de la convention résiste à un contrôle de contenu et de résultat (§ 8, 1^{er} VersAufsG.), si bien qu'une renonciation à la compensation des droits à pension de retraite pourrait être nulle⁴³⁹. Pour exercer le contrôle de contenu et de résultat, le tribunal tiendra compte de la nature de la convention et des obligations dans chaque cas précis. Ainsi, la renonciation avant le mariage, par une femme enceinte peu fortunée, à toute créance alimentaire et à toute compensation des droits à pension de retraite, pourra être considérée comme nulle. Le tribunal examine dans chaque affaire les créances et obligations des deux époux au moment de la conclusion de la convention et tient compte de l'exploitation d'une situation

⁴³⁷ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 45.

⁴³⁸ V. par ex. C. féd. Justice [BGH], 5 juill. 2006, *FamRZ* 2006. 1359.

⁴³⁹ La Cour fédérale de Justice (homologue de la Cour de cassation française) a statué en ce sens, v. C. féd. Justice [BGH], 18 mars 2009, *FamRZ* 2009. 1041.

de détresse, de l'inexpérience, du manque de jugement d'un des époux, ou encore de la capacité de négociation inégale entre les époux, ainsi que de l'intérêt des enfants. Alors que le contenu de la convention peut conduire à sa nullité pleine et entière, l'examen de son résultat sous l'angle de la bonne foi (*Treu und Glauben*, § 242 BGB) ne pourra permettre au juge qu'une révision du contenu de la convention conformément à ce que l'équité requiert. Les juges exercent toutefois leur contrôle de façon limitée et n'écartent que dans des cas exceptionnels les stipulations des époux.

En *Suède*, en vertu de l'autonomie contractuelle, les époux sont libres de s'entendre sur le règlement des conséquences patrimoniales divorce pour eux, le principe étant que chaque époux doit subvenir à ses propres besoins, sauf exception. Le tribunal ne contrôlera donc pas les conventions portant sur ces questions, sauf s'il est saisi par un des époux qui conteste le contenu de la convention au motif qu'il serait déraisonnable. Si la convention contestée porte sur la pension alimentaire entre ex-époux, le contrôle de la juridiction portera avant tout sur les circonstances dans lesquelles la convention a été passée et toutes autres circonstances de fait de l'espèce (Chap. 6 § 11.2 Code suédois du mariage). Si le tribunal considère effectivement la convention comme déraisonnable, il adaptera son contenu. Il en va de même si la convention a été conclue avant le mariage et contient un règlement particulièrement inéquitable de la répartition des biens entre les époux (Chap. 12 § 3.2 Code suédois du mariage).

La *Pologne* semble également limiter le contrôle judiciaire au minimum en matière de conventions entre époux sur les effets patrimoniaux du divorce à leur égard (répartition des biens, pension alimentaire éventuelle entre ex-époux...). La convention conclue en dehors de toute procédure judiciaire ne donnera en principe pas lieu à contrôle du tribunal; si au contraire, l'accord des époux a été conclu au cours d'une procédure judiciaire, le tribunal vérifiera son absence de contrariété à la loi et aux principes de coexistence sociale⁴⁴⁰. Il en va de même en *Hongrie* : si la convention passée entre les époux est conforme à la législation en vigueur, le juge n'a pas à examiner si les intérêts légitimes des époux ont été pris en compte. En *Roumanie* également, le juge vérifiera exclusivement que la convention entre époux réglant les effets patrimoniaux du divorce à leur égard, ne soit pas contraire aux dispositions légales d'ordre public.

En *Bulgarie*, les conventions entre époux sont examinées par le juge au regard de leur conformité tant à la loi qu'à l'intérêt des enfants. En cas de divorce par consentement mutuel, les époux doivent impérativement s'entendre sur la résidence de l'enfant, l'exercice des droits parentaux et l'obligation d'entretien envers l'enfant, mais aussi sur l'occupation du logement familial, la pension alimentaire entre les époux et le nom de famille (art. 51, al. 1 C. famille bulgare)⁴⁴¹. La convention entre époux doit respecter les dispositions

⁴⁴⁰ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 45.

⁴⁴¹ En revanche, dans un divorce contentieux, les époux doivent s'entendre seulement sur les modalités d'entretien et d'éducation des enfants (art. 59, al. 1er C. famille bulgare).

impératives du Code de la famille⁴⁴². Le juge n'a pas le pouvoir de modifier les termes de la convention dans le divorce par consentement mutuel⁴⁴³ ; il peut seulement inviter les époux à la revoir (art. 51, al. 3 C. bulgare de la famille)⁴⁴⁴ et refuser de prononcer le divorce si le règlement de ses conséquences par les époux ne lui paraît pas conforme à la loi ou à l'intérêt de l'enfant. Au contraire, dans un divorce contentieux, le tribunal peut entériner un accord partiel, et statuer sur le reste des conséquences du divorce.

La *Belgique* ne permet au juge de vérifier que la validité *formelle* de la convention par laquelle les époux règlent les effets du divorce pour eux-mêmes⁴⁴⁵.

De même, la *Grèce* semble admettre très libéralement les accords entre époux sur la pension alimentaire éventuellement due à l'un d'eux après divorce (art. 1443 C. civil grec) et ne donne au juge aucun droit de regard sur la convention conclue par les époux⁴⁴⁶. Il en va de même en *Espagne* : les époux doivent joindre à leur demande de séparation ou de divorce par consentement mutuel, une proposition de convention régulatrice qui devra être homologuée par le juge ; certes, ce dernier doit veiller à ce que la convention des époux ne nuise ni aux intérêts des enfants, ni à ceux de l'un des époux. Dans le cas contraire, le juge refusera d'entériner la convention et invitera les époux à procéder à des modifications des points faisant difficulté. Si les époux ne modifient pas leur convention, ou si le juge considère les modifications comme insatisfaisantes, il statuera sur les points de la convention qu'il a refusé d'entériner. Il semble toutefois que l'intérêt d'un époux ne soit examiné qu'au regard des mesures relatives à l'enfant (par exemple si la convention ne garantit pas à un des parents le droit de relation avec l'enfant, ou si un époux renonce à ses droits envers l'enfant afin d'obtenir une indemnité plus élevée...) ; aucun contrôle n'est désormais exercé par le juge espagnol sur l'équité des stipulations de la convention relatives au règlement des conséquences financières du divorce pour les époux⁴⁴⁷, car ces domaines sont considérés comme disponibles et donc comme pouvant faire l'objet de contrats entre les époux.

⁴⁴² Ces dispositions concernent avant tout le montant minimal de la pension alimentaire pour l'enfant, l'interdiction de renoncer pour l'avenir à une créance alimentaire, v. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 45.

⁴⁴³ Il en va de même en *Belgique* et en *France*. Il peut seulement refuser de l'homologuer en l'état.

⁴⁴⁴ Il semble que la Cour suprême bulgare ait retenu la même solution au regard des conventions conclues entre époux dans le cadre d'un divorce pour rupture irrémédiable de l'union, v. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 45.

⁴⁴⁵ V. W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 44.

⁴⁴⁶ En ce sens, P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 43.

⁴⁴⁷ Informations données par C. GUILARTE MARTIN-CALERO, auteur du *Rapport espagnol*.

Conclusion

Dans tous les pays étudiés, une faveur est faite aux accords parentaux relatifs à la résidence de l'enfant et aux modalités d'exercice de l'autorité parentale. Les droits nationaux posent en général le postulat selon lequel une solution amiable convenue entre les parents est en principe conforme à l'intérêt de l'enfant, ne serait-ce que parce qu'elle est voulue par les deux parents et permettra ainsi une vie post-divorce la plus harmonieuse possible. Malgré cette faveur à l'amiable et au consensuel, les législations nationales maintiennent toutes un contrôle effectif de la convention parentale à l'aune du critère central de l'intérêt de l'enfant. Le juge – ou toute autre autorité compétente, comme en Suède le *Social Welfare Board* lorsqu'aucune procédure judiciaire n'est engagée – exerce un examen de ce que requiert l'intérêt de l'enfant, et prend largement en compte, dans cette étude, l'opinion de ce dernier s'il est en mesure, au regard de son âge et/ou de son discernement suffisant, d'exprimer une préférence.

En revanche, l'étude de l'accueil, dans la procédure de divorce, des conventions entre époux sur les effets du divorce *pour les époux*, témoigne d'une très grande hétérogénéité des réglementations nationales. Alors que certains droits reconnaissent aux époux (ou futurs époux) une très large liberté contractuelle à laquelle seuls des irrégularités formelles (*Belgique*), l'ordre public, les bonnes mœurs et/ou la bonne foi (*Allemagne, Autriche, Pays-Bas, Roumanie*), la violation de dispositions légales impératives (*Bulgarie, Hongrie, Pologne*), ou le caractère « déraisonnable » du contenu de la convention (*Suède*) peuvent faire obstacle, d'autres législations nationales imposent un examen systématique, par le juge, de la convention réglant les effets patrimoniaux du divorce pour les époux, en reconnaissant au tribunal le pouvoir d'apprécier l'accord des époux au regard de critères d'équité, d'équilibre et de protection de l'époux le plus faible (*Angleterre et Pays de Galles, France, Italie*).

Chapitre 2 : Les conséquences à l'égard du couple

I. Conséquences extrapatrimoniales

L'étude des conséquences personnelles du divorce à l'égard du couple révèle peu de différences entre les différents pays. Certains d'entre eux présentent des particularités sur des points spécifiques, mais dans l'ensemble on remarque une harmonisation des règles. Ces conséquences sont de trois sortes : la dissolution définitive du lien matrimonial et la liberté de se remarier (A), les règles relatives au nom des ex-époux (B) et enfin la situation de l'époux étranger devenu national par le mariage ou bénéficiant d'un titre de séjour au moment du divorce (C).

A. La rupture définitive du mariage et la liberté de se remarier

1. La dissolution du lien matrimonial

En *droit français* l'article 260 du Code civil prévoit que le lien matrimonial est dissous à la date à laquelle le jugement qui prononce le divorce prend force de chose jugée. Cette règle s'applique à la grande majorité des pays tel que l'*Allemagne* (§1564 sent. 2 BGB), l'*Espagne* (art. 89 C. civ.), la *Grèce* (art. 1438 C. civ.), la *Hongrie* (art. 19 et 20 Loi sur la famille), la *Roumanie* (art. 382 C. civ.), la *Pologne*, l'*Autriche*, la *Suède* (Code du mariage suédois chap. 5§6) et la *Belgique*.

L'harmonisation entre les différents pays ne doit pourtant pas conduire à l'assimilation car malgré le point commun temporel qui réside dans le moment de la dissolution du lien matrimonial, il existe des spécificités procédurales plus ou moins importantes en fonction des États.

En *France*, une distinction doit être faite entre le divorce gracieux et les divorces contentieux car le délai avant que la décision acquière l'autorité de la chose jugée n'est pas le même. En effet, lorsque les époux divorcent par consentement mutuel, la voie de l'appel ne leur est pas ouverte (Art. 1102 CPC). La seule voie de recours est le pourvoi en cassation. Ainsi, ils ont quinze jours à compter de la date du jugement pour saisir la Cour de cassation (art. 1103 CPC). À défaut, le lien matrimonial sera définitivement dissous. Le délai est toutefois plus long lorsque les époux ont opté pour un divorce contentieux puisqu'ils peuvent interjeter appel de la décision rendue en première instance dans le mois (art. 538 CPC) qui suit la signification régulière du jugement aux intéressés (art. 528 CPC). De plus, après la décision rendue par la Cour d'appel, il est toujours possible de se pourvoir en cassation dans le délai de quinze jours. Ainsi, bien que le principe soit la dissolution du lien matrimonial dès que la décision qui prononce le divorce est devenue définitive, le délai peut être plus ou moins long en fonction du type de divorce choisi par les époux.

En *Autriche*, lorsque les ex-époux renoncent à leur droit d'interjeter appel, la dissolution du lien matrimonial est définitive quatre semaines après que la décision qui prononce le divorce soit devenue définitive.

En *Hongrie*, dans le cas particulier du décès d'un époux avant que le divorce ne soit devenu définitif, il est prévu que le tribunal mette un terme à l'instance et abroge la décision qui prononce le divorce (art. 19 et 20 Loi sur la famille).

En *Italie*, le jugement qui prononce le divorce doit être enregistré au greffe⁴⁴⁸.

En *Pologne*, le divorce devient définitif dans deux cas. Soit, lorsqu'il a été prononcé par un tribunal de première instance et que les ex-époux n'ont pas interjeté appel de la décision pendant le délai imparti. Soit lorsque le divorce est contesté devant la Cour suprême puisque sa décision est rendue en dernier ressort et ne peut donc plus faire l'objet d'une nouvelle contestation.

En *Suède*, une fois que le divorce a été prononcé, le tribunal doit en informer l'autorité chargée de retranscrire cette modification de l'état des personnes dans le registre de la population divorcée⁴⁴⁹. Cette autorité enregistre le divorce, mais il s'agit seulement d'une formalité administrative car la date d'enregistrement n'emporte pas d'effets juridiques spécifiques⁴⁵⁰.

En marge de ces États qui prévoient que le divorce est définitif lorsque la décision a acquis l'autorité de la chose jugée, d'autres ont une procédure particulière, tel que l'*Angleterre*, la *Bulgarie* et les *Pays-Bas*.

En *Angleterre*, la procédure de divorce se déroule en trois temps. D'abord, l'époux à l'origine de la demande doit faire état des causes motivant son choix. L'autre époux a alors la possibilité de contester cette demande. Ensuite, en l'absence de contestation, la Cour délivre un *Degree nisi* qui acte le principe de la rupture du mariage. Cet acte ne met pas fin au lien matrimonial, mais seulement à l'obligation de cohabitation. À partir de la délivrance de ce document, la question des causes de la rupture est écartée des débats. Enfin, la Cour délivre un *Degree absolute*, acte par lequel le mariage est définitivement dissous. La conversion du *Degree nisi* en *Degree absolute* n'est pas automatique, il faut que les époux en fassent la demande. Toutefois, entre la délivrance des deux actes, des délais doivent être respectés. L'époux demandeur doit ainsi attendre six semaines avant de pouvoir solliciter la délivrance du *Degree absolute*. Si au terme du délai il ne demande pas le *Degree absolute*, il devra attendre l'expiration d'un délai supplémentaire de trois mois pour formuler sa demande. Si la demande est formulée plus d'un an après la délivrance du *Degree nisi*, les époux seront tenus de justifier ce délai afin d'obtenir la dissolution de leur union.

⁴⁴⁸ V. M. D.PANFORTI, *Rapport italien*, Q 47.

⁴⁴⁹ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 47.

⁴⁵⁰ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 47.

Le déroulement de la procédure peut parfois être plus long car le juge peut retarder la délivrance du *Degree absolute* s'il en va de l'intérêt de l'enfant⁴⁵¹.

En *Bulgarie*, le lien matrimonial est dissous lorsque la Cour a délivré l'ordonnance de divorce. Il n'existe aucun recours contre cette ordonnance dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel (art. 330 (5) CPC) car le rôle du tribunal se limite à entériner le consentement des époux⁴⁵². À l'inverse, l'accord qui règle les conséquences du divorce fait également l'objet d'un jugement auprès du tribunal mais peut être modifié ultérieurement par une autre instance judiciaire.

L'ordonnance de divorce fondé sur la rupture irrémédiable du mariage met également fin immédiatement au mariage (art. 325 CPC)⁴⁵³.

Aux *Pays-Bas*, le divorce prend effet après l'enregistrement, sur le registre des mariages, de la décision du tribunal qui l'a prononcé. Cet enregistrement doit être accompli dans les six mois suivant la décision de divorce devenue définitive. En l'absence d'enregistrement dans le délai prévu, la décision ne peut plus être enregistrée (art. 1 : 163) et une nouvelle procédure doit être entamée⁴⁵⁴. Il faut également préciser que dans le cas du mariage célébré à l'étranger pour lequel le certificat de mariage n'a pas été enregistré sur les registres hollandais, le jugement de divorce est enregistré sur le registre spécial des mariages à La Haye.

2. La liberté de se remarier

La liberté pour les ex-époux de conclure un nouveau mariage immédiatement après la dissolution du précédent est presque unanimement admise au sein des États étudiés. Ainsi, la tendance est clairement marquée et il existe une égalité entre les époux dans leur droit à se remarier (a), à l'exception d'un pays, l'Italie, qui connaît toujours le délai de viduité imposé à l'ex-épouse (b).

a) L'absence de restriction à la liberté matrimoniale

La quasi-totalité des États étudiés ne connaît aucune restriction à la liberté matrimoniale. Les époux peuvent ainsi se remarier immédiatement après le divorce ensemble ou non en

⁴⁵¹ Sect. 41 du Matrimonial Causes Act de 1973.

⁴⁵² V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 47.

⁴⁵³ V. V. TODOROVA, *Idem*.

⁴⁵⁴ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 47.

*Allemagne, en Angleterre, en Grèce, en Hongrie, en Roumanie, en Pologne, en Autriche, en Bulgarie, en Suède, en Belgique et aux Pays-Bas*⁴⁵⁵.

b) Le cas particulier du délai de viduité

L'*Italie* s'inscrit en marge du phénomène européen en matière de liberté matrimoniale puisque le divorce n'emporte pas les mêmes effets à l'égard de l'homme et de la femme. En effet, l'homme ne connaît aucune restriction à sa liberté matrimoniale, il peut se remarier immédiatement après que le divorce soit devenu définitif. En revanche, la femme doit se soumettre à un délai de 300 jours à compter de la date à laquelle le jugement est devenu définitif pour se remarier. Il y a néanmoins deux cas dans lesquels ce délai ne s'applique pas. Lorsque le divorce a été obtenu parce que le mariage n'avait pas été consommé ou après une période de séparation (art. 3 n. 2 Lett. b et f de la loi sur le divorce de 1970). *A priori* les ex-époux peuvent se remarier ensemble, mais le doute reste permis puisque le législateur est resté muet sur cette question⁴⁵⁶.

B. Le nom

L'étude des conséquences personnelles du divorce à l'égard des époux doit nécessairement conduire à étudier le nom. Dans la majorité des cas le mariage n'a pas d'effet impératif sur le nom des époux, mais ils ont la possibilité de choisir un nom matrimonial. C'est le cas en *France*, où le principe est la possibilité pour les époux de choisir un nom d'usage. Rien ne les y contraint, mais s'ils le souhaitent, ils peuvent opter pour le nom de l'un d'eux ou les deux noms accolés dans l'ordre de leur choix (art. 225-1 C. civ).

Les règles sont les mêmes en *Allemagne* (§1355 al. 1 BGB). Les époux peuvent opter indifféremment pour le nom de l'époux ou celui l'épouse ou encore pour l'adjonction de leurs deux noms dans l'ordre de leur choix dans la limite d'un nom par époux. Si l'un d'entre eux a déjà un double nom, il ne peut accoler qu'un seul de ses deux noms. À défaut d'accord entre les époux, chacun continuera d'user du nom qui était le sien avant le mariage (§1355 I BGB). La déclaration conjointe relative au nom matrimonial peut être lors de la cérémonie ou à tout moment pendant le mariage.

En *Angleterre*, par tradition, la femme prend le nom de son époux, mais rien ne l'y oblige. Elle peut également adjoindre le nom de son époux au sien. Pour ce changement de nom, aucune procédure particulière n'est requise, la présentation du certificat de mariage suffit pour prouver le changement de nom ou l'adjonction du nom de l'époux. Toutefois, lorsque

⁴⁵⁵ Il faut préciser qu'aux Pays-Bas, le délai de viduité a été supprimé en 1997, P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 48.

⁴⁵⁶ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 48.

le mari souhaite adjoindre le nom de sa femme au sien, il est contraint de se soumettre à une procédure légale de changement de nom.

En *Bulgarie*, l'article 12 du Code de la famille prévoit que lors de la conclusion du mariage, les époux doivent déclarer s'ils souhaitent conserver leur nom d'origine pour choisir un nom commun. Le nom commun peut être celui de l'autre époux ou résulter de l'adjonction des deux noms.

En *Suède*, les époux peuvent choisir de prendre le nom de leur conjoint et dans ce cas, ils ne peuvent choisir que l'un des deux noms comme nom commun⁴⁵⁷.

Aux *Pays-Bas*, les époux peuvent choisir de conserver leur nom d'origine ou de choisir un nom commun qui peut être celui de l'un d'entre eux ou leurs deux noms accolés dans l'ordre de leur choix⁴⁵⁸.

En *Belgique*, le mariage n'a en principe aucun effet juridique sur le nom des époux. Toutefois, la coutume leur permet de porter le nom de l'autre époux à titre d'usage⁴⁵⁹.

En *Pologne*, les époux peuvent changer de nom après le mariage (art. 25§1 k.r.o.). Ils doivent pour cela recourir à une formalité particulière puisque leur changement de nom doit figurer dans une déclaration faite devant l'officier d'État civil. Elle peut être faite immédiatement après le mariage, ou au moment où l'officier d'État civil constate qu'il n'existe aucun obstacle au mariage⁴⁶⁰.

Le nom matrimonial choisi par les époux peut être le nom de l'un d'entre eux ou l'adjonction de leurs noms dans la limite de deux noms.

Si les époux n'ont fait aucune déclaration de changement de nom, chacun conserve son nom d'origine.

En *Grèce*, le mariage n'emporte aucune conséquence sur le nom des époux (art. 1388 al. 1 C. civ.)⁴⁶¹. Toutefois, chaque conjoint peut, avec l'accord de l'autre, utiliser son nom ou l'accoler au sien. Cette usage pour se faire dans le cadre de leurs rapports sociaux (art. 1388 al. 2), mais aussi depuis 2008⁴⁶², dans leurs rapports juridiques (art. 1388 al. 3).

⁴⁵⁷ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 49.

⁴⁵⁸ Pour un exemple, P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 49.

⁴⁵⁹ V. W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 49.

⁴⁶⁰ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 49. C'est souvent lorsque l'officier d'État civil constate l'absence d'obstacle au mariage que les époux présentent leur déclaration de changement de nom.

⁴⁶¹ Il faut préciser qu'avant la loi 1339/1983, le mariage emportait des effets sur le nom. La femme prenait le nom de son mari. Ainsi, lors du divorce celle-ci perdait le bénéfice de cet usage sauf dans le cas particulier où elle demandait à le conserver pour des raisons professionnelles ou artistiques.

⁴⁶² Loi 3719/2008.

En *Espagne*, le mariage n'entraîne aucune conséquence sur le nom des époux. Dès lors, le divorce n'entraîne la perte du nom d'aucun des époux, ni aucune modification de celui-ci.

À l'inverse des pays dans lesquels le mariage n'a pas de conséquence impérative sur le nom des époux, d'autres ont une réglementation différente qui impose le nom matrimonial. C'est le cas de la *Hongrie* qui prévoit que le mariage a pour effet que l'épouse prend le nom de son mari.

De même, en *Roumanie*⁴⁶³ et en *Autriche*⁴⁶⁴ les époux adoptent automatiquement un nom matrimonial.

Enfin, en *Italie*, la loi prévoit que la femme ajoute le nom de son mari au sien (art. 143 bis). Elle doit donc en principe porter les deux noms. Néanmoins, en pratique, les femmes italiennes n'utilisent que leur nom d'épouse, c'est-à-dire le nom de leur mari⁴⁶⁵.

Le mariage n'a pas toujours la même influence sur le nom de famille : parfois il rend facultatif le nom commun, les époux sont donc libres de choisir de conserver leur nom d'origine ou d'opter pour un nom martial ; parfois, il rend impératif le nom commun. Cet effet variable du mariage sur le nom trouve son écho dans le divorce car on remarque que celui-ci peut n'avoir aucun effet sur le nom, les ex-époux conservent donc leur nom martial (1) ou à l'inverse se traduire par une perte automatique du nom commun (2).

1. Le principe : la conservation du nom matrimonial

La majorité des pays étudiés prévoit que le divorce n'a aucun effet sur le nom commun des époux. Malgré la dissolution du lien matrimonial, les ex-époux continuent, s'ils n'expriment pas le souhait contraire, de porter leur nom d'époux. C'est le cas en *Allemagne* où l'époux qui souhaite reprendre son nom d'origine ou le nom qu'il portait avant le mariage ou encore accoler son nom de naissance à son nom matrimonial doit faire une déclaration auprès de l'officier d'état civil (§1355 al. 5 BGB).

En *Angleterre*, le système est proche de celui prévu en Allemagne, la femme peut, si elle le souhaite et sans formalité particulière, reprendre son nom d'origine. En revanche l'époux qui a accolé le nom de sa femme par l'intermédiaire d'une procédure de changement de nom doit recourir à une nouvelle procédure afin de retrouver son nom de naissance. L'initiative de cette procédure ne lui appartient pas exclusivement, l'épouse peut donc être à l'origine de la démarche.

⁴⁶³ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 49.

⁴⁶⁴ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 49.

⁴⁶⁵ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 49.

En *Hongrie*, l'épouse continue à porter le nom de son mari. Si elle souhaite reprendre son nom d'origine, elle doit faire une déclaration devant l'officier d'état civil (art. 26 Loi sur la famille). Toutefois, l'ex-épouse perd l'usage du nom de son ex-conjoint si elle se remarie. Il est également prévu que ce dernier peut saisir le juge afin qu'il interdise à son ex-épouse de porter son nom si elle a été condamnée pour un crime⁴⁶⁶.

En *Pologne*, la procédure est particulière car l'époux qui a changé de nom en raison du mariage peut seulement, dans les trois mois qui suivent le jugement définitif de divorce, soumettre une nouvelle déclaration devant l'officier d'État civil dans laquelle il précise vouloir reprendre son nom d'origine. Cette nouvelle déclaration n'est pas obligatoire et un époux ne peut pas contraindre son ex-conjoint à abandonner le nom matrimonial.

En *Autriche*, l'article 62 de la loi autrichienne précise qu'en principe les époux conservent leur nom matrimonial après le divorce. Toutefois, les conjoints ont la possibilité de reprendre leur nom d'origine en faisant une déclaration auprès de l'officier d'État civil. Il est également possible de reprendre le nom d'un précédent mariage s'il existe des enfants nés de cette union⁴⁶⁷.

Aux *Pays-Bas*, l'ex-époux peut saisir le tribunal pour demander que l'autre ne porte plus son nom. Le tribunal du district se prononce sur cette demande qui doit être justifiée par des justes motifs. En revanche, cette demande n'est pas permise lorsqu'il existe des descendants issus de ce mariage (art. 1: 09, al. 2)⁴⁶⁸.

En *Bulgarie*, les époux doivent déposer une demande devant le tribunal qui prononce le divorce s'ils souhaitent reprendre leur nom d'origine (art. 326)⁴⁶⁹.

En *Suède*, le divorce n'a aucune incidence sur le droit d'un conjoint de continuer à porter le nom de l'autre.

2. L'exception : la perte automatique du nom matrimonial

En *France*, le principe est celui de la perte de l'usage du nom de son ex-conjoint (art. 264 al. 1 C. civ.). Toutefois, il est possible pour un ex-époux de conserver cet usage avec l'accord de l'autre ou l'autorisation du juge s'il existe un intérêt particulier pour lui ou ses enfants (art. 264 al.2).

⁴⁶⁶ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 49.

⁴⁶⁷ Le gouvernement autrichien discute actuellement d'un projet de loi modifiant les règles relatives au nom. V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 49.

⁴⁶⁸ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 49.

⁴⁶⁹ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 49.

En *Grèce*, si les époux ont choisi un nom commun, le divorce emporte la perte automatique de l'usage de ce nom.

De même, en *Roumanie*, les époux reprennent le nom qu'ils portaient avant le mariage (art. 383 al. 3 C. civ.). Par exception, ils peuvent convenir de conserver le nom matrimonial (art. 383 al. 1 C. civ.). Toutefois, même à défaut d'accord, le juge peut décider que les époux conserveront leur nom matrimonial si cela est justifié par l'intérêt de l'un des époux ou l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 383 al. 2).

Enfin en *Italie*, le divorce emporte la perte automatique du nom matrimonial (L. sur le divorce 1987). Toutefois, l'ex-épouse peut demander au juge de continuer à user de son nom d'épouse si les circonstances l'exigent. À la demande d'un des ex-époux, l'autorisation prononcée par le juge peut néanmoins être réformée s'il existe un motif grave (art. 5 L. 1970)⁴⁷⁰.

C. Le cas particulier d'un époux étranger

Le mariage entre un national et un étranger peut emporter certaines conséquences et notamment permettre, dans certaines conditions, à l'époux non ressortissant de l'État dont l'autre à la nationalité d'obtenir la nationalité de cet État ou du moins un titre de séjour lui permettant de résider légalement sur ce territoire. Par ailleurs, le divorce peut également emporter certains effets sur les droits acquis pendant le mariage relatifs à la nationalité (1) ou séjour des étrangers (2).

1. Les effets du divorce sur la nationalité

Pour maintenir autant que possible la permanence du statut personnel, on remarque que dans l'ensemble des pays étudiés le divorce n'a aucune conséquence sur la nationalité qu'un époux a acquis pendant le mariage. En *France*, l'acquisition de la nationalité française par le mariage est subordonnée à une formalité administrative (il faut faire une déclaration après de l'autorité administrative) et à plusieurs conditions de fond. Notamment, il faut que ce soit écoulé un délai de quatre ans depuis la célébration du mariage sans interruption de la communauté de vie entre les époux (art. 21-2 C. civ.). Or, une fois la nationalité française acquise, le divorce ne permet pas de la remettre en cause.

⁴⁷⁰ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q49.

De même en *Allemagne*⁴⁷¹, l'acquisition de la nationalité allemande pendant le mariage ne se perd pas en raison du divorce. La situation est analogue en *Belgique*⁴⁷², en *Grèce*⁴⁷³ et en *Pologne*⁴⁷⁴.

En *Angleterre*, le mariage ne produit pas d'effet automatique sur la nationalité d'un étranger. L'acquisition de la nationalité britannique n'est possible que par la voie de la naturalisation⁴⁷⁵. Par conséquent, le divorce ne produit aucun effet sur la nationalité acquise par naturalisation. Toutefois, il a un impact sur le délai pour la demander. En effet, en principe, la demande de naturalisation peut être faite si l'étranger a résidé sur le territoire britannique pendant au moins 5 ans. Ce délai est porté à trois ans s'il est marié ou lié par un partenariat civil à un citoyen britannique. Or, si le *Degree absolute* ou l'ordonnance de dissolution pour le partenariat ont été délivrés avant la fin du délai de trois ans, l'ex-époux ou partenaire redevient un demandeur lambda qui doit justifier de cinq ans de présence sur le territoire britannique.

En *Roumanie*, le mariage avec un ressortissant roumain n'entraîne pas l'acquisition automatique de la nationalité roumaine. Si l'époux souhaite obtenir cette nationalité, il doit remplir les conditions prévues part. 8 al. 1 de la loi sur la nationalité roumaine n°21/1991. Toutefois, le mariage a une conséquence sur la condition de durée puisque de huit années, la durée est portée à cinq ans en cas de mariage avec un ressortissant roumain. Lorsque la nationalité roumaine est acquise, le divorce n'a aucune conséquence sur elle.

En *Espagne*, le divorce n'a aucune conséquence sur la nationalité acquise grâce à un séjour légal et continu d'un an sur le territoire espagnol du conjoint d'un ressortissant espagnol (art. 22.2 d C. civ.). Toutefois, si les conjoints se sont séparés (séparation de fait ou légale) pendant le délai d'un an, cette séparation fait obstacle à l'acquisition de la nationalité espagnole.

En *Hongrie*, lorsque le mariage a eu pour effet de permettre à un époux d'obtenir la nationalité hongroise, le divorce n'emporte aucun effet sur la nationalité. Elle ne peut être retirée qu'à une personne qui l'a acquis frauduleusement⁴⁷⁶ au plus tard dans les dix années qui suivent son acquisition⁴⁷⁷.

⁴⁷¹ V. §17 et s. du Nationality Act.

⁴⁷² V. W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 50, a).

⁴⁷³ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 50, a).

⁴⁷⁴ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 50, a).

⁴⁷⁵ Les conditions de cette demande sont détaillées dans la section 3 du Schedule 1 du British Nationality Act de 1981.

⁴⁷⁶ Pour des exemples d'acquisition frauduleuse de la nationalité v. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 50, a).

⁴⁷⁷ Loi LV de 1993 relative à la nationalité hongroise.

En *Autriche*, les seuls cas dans lesquels une personne pourra perdre la nationalité autrichienne sont les suivants : si elle acquiert une nationalité étrangère, entre dans l'armée d'un État étranger, renonce à sa nationalité ou se l'ai vu retirée (art. 26 L. sur la nationalité autrichienne). Le divorce quant à lui n'a aucun effet sur la nationalité de l'ex-époux même si celle-ci lui a été accordée en vertu du mariage conformément à l'art. 11a de la loi sur la nationalité autrichienne.

En *Bulgarie*, le mariage peut avoir un effet sur l'acquisition de la nationalité bulgare. Pour cela il faut, qu'au moment de la demande de changement de nationalité, le mariage ait duré au moins trois ans et n'ait pas été dissous (art. 13 al. 1 de la loi sur la citoyenneté de 1998). De plus, il faut que le conjoint étranger ait déjà obtenu un permis de séjour depuis au moins trois ans⁴⁷⁸. Enfin, l'époux demandeur doit satisfaire aux exigences de l'art. 12 de la Loi⁴⁷⁹. Une fois cette nationalité acquise, le divorce n'a aucune conséquence sur ce nouveau statut.

En *Suède*, le mariage d'un étranger (ou apatride) avec un citoyen suédois ne lui donne pas droit à l'acquisition de la nationalité suédoise. L'époux étranger est soumis aux règles générales d'acquisition de la nationalité suédoise (L. 2001/82 sur la citoyenneté suédoise, §§11 et 12). Toutefois, dans certains cas l'époux étranger pourra obtenir la nationalité suédoise même s'il ne remplit pas les conditions générales (§12)⁴⁸⁰. Le divorce n'emporte aucun effet sur la nationalité de l'ex-époux.

Aux *Pays-Bas*, il est possible pour un époux étranger marié à un ressortissant hollandais de demander une naturalisation après trois ans de mariage (ou de partenariat ou de vie commune) et de cohabitation interrompue⁴⁸¹. Dans ce pays, il a été proposé de renforcer les exigences pour obtenir la nationalité hollandaise. L'objectif est d'imposer des conditions plus strictes aux immigrants avant leur entrée sur le territoire néerlandais afin de faciliter leur intégration⁴⁸². Lorsque la nationalité hollandaise a été acquise, le divorce ne permet pas de la remettre en cause.

En *Italie*, il semble que le divorce n'emporte aucune conséquence sur la nationalité acquise par un étranger grâce au mariage⁴⁸³. Il faut préciser que le mariage ne suffit pas pour mettre au ressortissant étranger marié avec un citoyen italien d'acquérir la nationalité italienne. Il faut qu'il ait résidé au moins six mois sur le territoire italien ou qu'il soit resté marié trois ans avec un citoyen italien et qu'il n'y ait pas eu, pendant cette durée, de séparation de corps ou de dissolution du mariage (art. 5 L. 5 févr. 1992, n°91).

⁴⁷⁸ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 50, a).

⁴⁷⁹ Pour toutes les conditions v. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 50, a).

⁴⁸⁰ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 50, a).

⁴⁸¹ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 50, a).

⁴⁸² V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 50, a) qui détaille les quatre mesures envisagées.

⁴⁸³ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 50, a).

2. Les effets du divorce sur le titre de séjour

Si le divorce n'a aucun effet sur la nationalité acquise pendant le mariage, les États sont davantage partagés sur ses effets à l'égard du titre de séjour du conjoint étranger : certains prévoient qu'il peut faire perdre à l'ex-époux son droit de résider sur le territoire (a) alors que d'autres n'y attachent aucune conséquence au divorce (b).

a) La perte du titre de séjour

En *Hongrie*, le droit de séjour des époux et membres de leur famille, ressortissants européens, est supprimé dès lors qu'ils ne remplissent plus les conditions nécessaires à son maintien. Malgré le divorce, le titre de séjour reste néanmoins valable si :

- Le mariage a duré au moins deux ans et que l'époux étranger a séjourné au minimum une année en Hongrie au cours de son mariage avec un ressortissant hongrois ou une personne originaire d'un pays de l'Union européenne ;
- L'époux étranger, ressortissant d'un pays tiers à l'union européenne, bénéficie d'une décision judiciaire ou d'un accord avec son ex-époux et exerce l'autorité parentale à l'égard d'un enfant qu'il a eu avec une personne originaire d'un pays de l'UE ;
- L'époux étranger, ressortissant d'un pays tiers à l'union européenne, bénéficie d'une décision judiciaire ou d'un accord avec son ex-époux et est titulaire d'un droit de visite de son enfant sur le territoire hongrois ;
- Il existe des circonstances particulières⁴⁸⁴.

En *Roumanie*, le droit de séjour des étrangers est réglementé par la Loi n°123/2001 relative au régime juridique des étrangers en Roumanie. Cette loi ne contient aucune disposition particulière relative au mariage⁴⁸⁵.

Pour les ressortissants des États membres de l'UE, il n'est pas nécessaire d'obtenir un visa⁴⁸⁶.

Concernant le séjour des étrangers sur le territoire roumain, il est limité à la durée du visa ou en l'absence de visa à la durée prévue dans la convention supprimant le visa (art. 15 al. I L. 123/2001).

⁴⁸⁴ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 50, b).

⁴⁸⁵ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 50, b) qui renvoi aux Normes méthodologiques d'application approuvées par l'arrêt du Gouvernement n° 476/17.05.2001.

⁴⁸⁶ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 50, b) qui explique que la Roumanie a conclu avec les pays de l'UE une convention de suppression de visas.

En cas de cessation du motif qui a permis l'attribution du visa, l'annulation de ce dernier peut être décidée par la Direction des relations consulaires du Ministère des affaires étrangères ou l'organe compétent du Ministère de l'intérieur (art. 15 al. 2 L. relative au régime juridique des étrangers).

Le divorce peut également constituer une cessation du motif pour lequel a été octroyé le visa s'il a été dans le cadre du mariage. Autrement dit, le divorce peut avoir une conséquence directe sur le droit de séjour d'un étranger puisqu'il peut conduire à lui retirer ce droit.

Dans le même sens, en *Pologne*, un permis de séjour peut être accordé au ressortissant étranger marié avec un polonais. Toutefois, ce permis peut être retiré lorsque le mariage prend fin à moins qu'il n'existe d'autres circonstances qui justifient son maintien comme par exemple une autorisation de travailler sur le territoire polonais.

En *Bulgarie*, deux types de permis de séjour peuvent être délivrés au conjoint étranger (art. 24 et 25 de la loi sur les étrangers en République Bulgare). D'une part, un permis de séjour à long terme (un an renouvelable jusqu'à cinq années de résidence). D'autre part, un permis de séjour permanent si le conjoint étranger a résidé de manière permanente sur le territoire bulgare pendant cinq ans⁴⁸⁷.

Le divorce peut avoir un effet sur les permis de séjour puisque celui-ci peut être retiré à l'époux étranger si le mariage a duré moins de cinq ans (art. 40, §10 de la loi sur les étrangers en République Bulgare).

En *Suède*, la personne qui a obtenu un permis de séjour en raison de son mariage avec un citoyen suédois ou une personne bénéficiant elle-même d'un permis de séjour en Suède, peut le perdre. En effet, si le divorce intervient alors que les époux sont restés mariés moins de deux ans, cela entraînera la perte du titre de séjour sauf si les époux avaient précédemment cohabité ensemble de façon permanente (Loi suédoise sur les étrangers chap. 5 §§3.1, 3a 1, 8 et 16)⁴⁸⁸. Dans cette hypothèse, l'ex-conjoint bénéficie seulement d'un titre de séjour temporaire qui doit être renouvelé. Il pourra demander un titre de séjour permanent après deux années de séjour légal en Suède⁴⁸⁹.

Enfin en *Belgique*, le divorce semble avoir un effet sur le droit de séjour des ex-époux étrangers. Néanmoins, ils ont la possibilité d'obtenir un nouveau titre de séjour sous certaines conditions⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 50, b).

⁴⁸⁸ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 50, b).

⁴⁸⁹ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 50, b).

⁴⁹⁰ V. W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 50, b).

b) L'absence d'effet particulier

En *France*, l'obtention d'une carte de résident pour le conjoint étranger est subordonnée à un séjour d'au moins trois ans. Ce délai est également prévu pour que le mariage puisse être un obstacle aux mesures de reconduite à la frontière (art. L. 511-4, 7° CESEDA) ou à une expulsion du conjoint étranger (art. L. 521-2, 2°). Lorsque le conjoint étranger a obtenu sa carte de résident, le divorce n'emporte aucun effet sur son droit de résider sur le territoire français. La situation est similaire en *Grèce* où le divorce ne suffit pas à faire perdre le droit de résidence de l'ex-époux étranger.

En *Angleterre*, le mariage permet à l'étranger d'obtenir un visa d'établissement dans le pays. Après un délai de cinq ans, l'époux étranger peut demander à bénéficier d'une autorisation permanente de rester sur le territoire qui confère à sa situation un caractère définitif⁴⁹¹. Une fois cette autorisation obtenue, la possibilité de rester sur le territoire britannique est déconnectée du statut de son bénéficiaire. Autrement dit, un éventuel divorce sera sans conséquence sur ce titre de séjour.

De même en *Espagne*, le divorce n'a aucune conséquence ni sur le titre de séjour acquis par le conjoint pour cause familiale, ni sur celui des membres de la famille regroupés avec lui. Ils conserveront donc les droits acquis grâce au mariage malgré le délitement des liens conjugaux⁴⁹².

En *Allemagne*, l'époux bénéficie d'un droit indépendant de résidence⁴⁹³. Lorsque les époux ont cessé de cohabiter, le permis de séjour de l'époux étranger est prolongé pendant un an en tant que droit indépendant de résidence sans lien avec le but de l'immigration si la cohabitation conjugale a duré au moins trois ans sur le territoire fédéral et que l'époux était en possession d'un titre d'établissement ou d'un titre de séjour de l'union européenne de longue durée au moment du mariage. En l'absence de ces titres, il faut que l'époux étranger ait été incapable de demander une prolongation en temps voulu pour des raisons indépendantes de sa volonté. Ce droit ne sera pas applicable si aucune prolongation du titre de séjour n'est permise ou si l'époux étranger n'est pas autorisé à émettre un permis de séjour ou un permis de séjour de longue durée de l'Union européenne parce que cela est interdit par une règle de droit en raison de la fin de la résidence ou par une règle subsidiaire attachée au permis de résidence en vertu du §8 para. 2 du Resident Act⁴⁹⁴.

En *Autriche*, il faut distinguer deux cas concernant la question du droit de résidence sur le territoire autrichien d'un époux étranger :

⁴⁹¹ C'est-à-dire que l'époux ne sera plus soumis aux différents contrôles des services de l'immigration.

⁴⁹² Il faut préciser que la séparation légale des époux constitue un obstacle au regroupement familial (art. 17 Loi 4/2000 du 11 janvier, *Droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale*).

⁴⁹³ V. § 31 para. 1 no. 1 sent. 1 du Residence Act.

⁴⁹⁴ V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 50, b).

- Les membres de la famille non ressortissants de l'espace économique européen : en général, les membres de la famille se voient attribuer un titre de séjour qui leur confère un droit autonome de résidence sur le territoire autrichien conformément à l'art. 8 (1) n°2,4,5,8 de la Loi sur le séjour et l'établissement en Autriche. Ils reçoivent ce titre de résidence si le divorce a été causé par la faute de l'autre époux⁴⁹⁵ ou dans des cas particuliers même si les conditions requises pour l'attribution de ce titre ne sont pas réunies.
- Les membres de la famille ressortissants de l'espace économique européen : en vertu de la Directive européenne sur la libre circulation, ils ont la possibilité de rester sur le territoire autrichien pendant plus de trois mois. Le divorce n'affecte pas leur droit de rester sur le territoire.

Si l'époux étranger était marié avec un ressortissant de l'espace économique européen autorisé à résider sur le territoire autrichien en vertu de la directive européenne. En cas de divorce, le droit des époux de rester sur le territoire est accordé que s'ils remplissent les conditions énoncées à l'article 51 (1) n°1 et 2 de la Loi sur la nationalité autrichienne. Il faut que le mariage ait duré au moins trois ans dont une année sur le territoire autrichien et que l'époux ressortissant du pays tiers soit responsable de l'enfant qu'il a eu avec l'époux ressortissant d'un État de l'espace économique européen⁴⁹⁶.

En *Italie*, selon l'art. 12 n. 1 du Décret du 6 février 2007, le divorce ou l'annulation du mariage d'un citoyen de l'Union européenne avec un italien n'ont aucun effet sur le permis de séjour des membres de la famille qui sont ressortissants de l'Union européenne, à condition qu'ils aient obtenu un permis de séjour permanent (art. 14 du Décret) ou qu'ils remplissent les conditions prévues par l'art. 7 du Décret⁴⁹⁷.

De même, le divorce ou l'annulation du mariage n'ont pas de conséquences sur le permis de séjour de l'ex-conjoint et des membres de la famille, non ressortissants d'un pays de l'Union européenne, s'ils bénéficient d'un permis de séjour permanent, si le mariage a duré au moins trois ans dont un sur le territoire italien, si l'ex-conjoint étranger à la garde des enfants du couple qu'il formait avec un citoyen italien ou qu'il bénéficie d'un droit de visite ou si l'ex-conjoint étranger a été victime d'un crime perpétré au sein de la famille⁴⁹⁸.

Enfin *aux Pays-Bas*, la personne de nationalité étrangère âgée de 21 ans qui est mariée ou engagée dans un partenariat avec un néerlandais peut demander que lui soit délivré un permis de résidence⁴⁹⁹. Le divorce ne semble pas avoir d'effet sur ce permis de séjour⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ Pour les exemples v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 50, b).

⁴⁹⁶ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 50, b).

⁴⁹⁷ Pour les conditions, v. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 50, b).

⁴⁹⁸ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 50, b).

⁴⁹⁹ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 50, b).

II. Conséquences patrimoniales

Le divorce, parce qu'il dissout le mariage et, avec lui, les nombreux effets qu'il a suscités, provoque différentes conséquences d'ordre patrimonial. Il suffit de penser au régime matrimonial, né du mariage et liquidé pour cause de divorce. Toutefois, ce n'est pas sur cette conséquence que le questionnaire s'est concentré, mais sur l'objectif de compensation partagé par les différentes législations concernées par cette étude (A). Cette univocité n'est pas étonnante. Il n'est pas rare que l'un des époux suspende sa carrière professionnelle en cours d'union, afin d'assurer le bien-être de son couple et des enfants communs, de contribuer à l'entretien du ménage et de pourvoir à l'éducation de ces derniers. Or, si le mariage consacre juridiquement une solidarité suffisamment efficace pour compenser la perte de revenus, la rupture du premier provoque irrémédiablement l'extinction de la seconde. C'est alors que peuvent apparaître des difficultés économiques pour cet époux, auxquelles le droit admet par principe ou par exception de remédier. Outre la problématique de la compensation patrimoniale, il est important – et le questionnaire le montre bien en l'isolant – d'analyser la position des différentes législations concernant le logement conjugal (B). La question de son attribution ou de sa jouissance est à la fois délicate, parce qu'elle se heurte à des droits essentiels tels que la propriété, et centrale, en raison de son importance sociale.

A. La compensation patrimoniale

Les réponses apportées au questionnaire confirment que les finalités de la compensation ne sont pas nombreuses. Malgré quelques particularités propres à certains états, il s'agit soit de réaliser une compensation alimentaire, afin d'assurer l'entretien de l'époux qui se trouve dans une situation de besoin à laquelle il ne peut subvenir, soit d'admettre une véritable compensation patrimoniale, pour tenter d'atténuer les effets de la dissolution du mariage et éviter qu'elle n'affecte le niveau de vie du moins fortuné.

De ce tableau rapidement brossé, il faut immédiatement dégager une première tendance, qui se dessine nettement parmi les législations concernées par cette recherche, d'objectivation et de neutralisation du divorce. Différents moyens sont utilisés : d'une part, la déconnexion des causes et des conséquences, la compensation se trouvant de moins en moins conditionnée par la faute ; d'autre part, la déspecialisation des dommages-intérêts entre époux divorçant, retombés sous la coupe du droit commun de la responsabilité. On notera deux exceptions. Le droit *roumain*, qui admet que des dommages-intérêts puissent être dus pour réparer le préjudice né de la dissolution du mariage⁵⁰¹. L'époux jugé responsable du divorce, qui a causé un préjudice à son conjoint, peut être condamné à verser une telle indemnité. La faute fonde par conséquent l'obligation de réparer, mais elle

⁵⁰⁰ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 50, b).

⁵⁰¹ Art. 388, nouv. C. civ. roumain.

peut aussi déchoir celui qui la demande de son droit à réparation, lorsqu'il a été décidé qu'il était au moins en partie responsable de la dissolution, autrement dit lorsque le divorce a été prononcé aux torts partagés. Plus original, le droit *bulgare* permet l'allocation de dommages-intérêts à la condition, toutefois, qu'ils aient été prévus par la convention matrimoniale⁵⁰².

Il était possible d'anticiper l'opposition que l'on observe entre les législations étudiées. Alors qu'au 11 juillet 1975, le droit français opérait une transition de la pension alimentaire à la prestation compensatoire, ce sont ces deux techniques de compensation que l'on retrouve dans les droits européens en matière de divorce. Cependant, cette opposition est clairement déséquilibrée. Il apparaît en effet que la compensation alimentaire (1) est une méthode bien plus répandue que la prestation compensatoire (2).

1. La pension alimentaire, une pratique majoritaire

Parmi les treize législations étudiées, douze conservent un système de compensation alimentaire, autrement dit toutes sauf la loi espagnole, conçue à l'instar du droit français⁵⁰³. Cette quasi-unanimité est donc remarquable, si l'on se place du point de vue de la législation française. On observera cependant que cette pension alimentaire n'a généralement rien d'un principe. Elle constitue seulement une exception destinée à régir les situations les plus problématiques, lorsque le principe d'autosubsistance ne résiste pas à la détresse des ex époux.

La loi *grecque* considère que le mariage n'entraîne pas de changement sur l'autonomie patrimoniale des époux⁵⁰⁴ (art. 1397 C. civ. grec). Pourtant, en cas de divorce, ce principe n'exclut pas qu'une pension alimentaire puisse être allouée à celui qui ne parvient pas à assurer son entretien. Celui qui la demande ne doit pas disposer de ressources et d'un patrimoine suffisants pour assurer seul son entretien. Contrairement au droit français (art. 271, al. 1^{er}, C. civ. français), le juge ne vérifie pas si le conjoint, autrement dit le débiteur potentiel, dispose de ressources suffisantes pour y contribuer. Plusieurs situations peuvent entraîner le versement d'une pension alimentaire :

- lorsque l'âge et l'état de santé du demandeur ne lui permettent pas de commencer ou de poursuivre une activité professionnelle (art. 1442, 1°, C. civ. grec) ;
- lorsque la garde d'un enfant mineur l'empêche d'exercer une profession (art. 1442, 2°, C. civ. grec) ;

⁵⁰² V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 62.

⁵⁰³ Cf. *infra* b).

⁵⁰⁴ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 62.

- lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité de trouver une profession adéquate et stable, ou s'il est nécessaire, pour cela, qu'il suive une formation professionnelle (art. 1442, 3°, C. civ. grec) ;
- lorsque l'équité le commande (art. 1442, 4°, C. civ. grec).

En revanche, certaines raisons peuvent justifier que le montant de la pension soit moindre que les besoins qu'il s'agit de compenser, voire que son attribution soit refusée. C'est le cas lorsque le mariage a peu duré ou si celui qui la demande est à l'origine de sa situation d'indigence. Il en va de même lorsque ce dernier est désigné responsable de la dissolution du mariage. Si la faute ne fonde pas le versement d'une pension alimentaire, la responsabilité de la rupture peut en effet justifier le refus de l'accorder. Enfin, la pension peut ne pas être accordée si la situation financière du débiteur est insuffisante pour satisfaire son obligation alimentaire ; cette condition de ressources suffisantes, qui n'apparaît pas au stade des conditions d'attribution, ressurgit donc ensuite pour justifier l'éventuel refus de compenser.

La pension alimentaire est allouée au moment où le divorce est prononcé. Toutefois, dès lors qu'elle se trouve justifiée par l'âge et l'état de santé du créancier (art. 1442, 1°, C. civ. grec), elle peut également être accordée après le prononcé du divorce, pour compenser l'extinction d'une première pension qui aurait été accordée en raison de la garde d'un enfant mineur (art. 1442, 2°, C. civ. grec) ou de l'impossibilité de trouver une profession stable et adéquate (art. 1442, 3°, C. civ. grec). La demande pourra dès lors être présentée, soit à la majorité du plus jeune des enfants dont le créancier avait la garde, soit à l'issue d'une période de trois ans lorsqu'il était sans profession.

Pour déterminer le montant de la compensation, les époux sont tenus à un devoir de transparence, puisqu'ils sont contraints de révéler l'intégralité des éléments qui composent leur patrimoine, ainsi que leurs revenus, et de fournir des renseignements exacts et détaillés à l'autre, dès lors qu'ils sont utiles à la fixation de la pension alimentaire (art. 1445, al. 1^{er}, C. civ. grec). En cas de refus, ce sont l'employeur, le service et l'inspecteur des finances compétents qui, par l'intermédiaire du procureur, fournissent ces informations (art. 1445, al. 2, C. civ. grec).

Quant à sa forme, la pension alimentaire du droit grec ne déroge pas à son mode d'exécution traditionnel : la rente viagère. Il est toutefois possible, si les époux le décident expressément par convention ou si une décision judiciaire le prévoit, qu'elle soit payée en une seule fois. Il faut cependant que *des motifs particuliers*, dont l'appréciation est laissée aux juges, justifient cette capitalisation. La pension initialement fixée peut être révisée, pour des motifs graves, lorsque les ressources et les besoins du débiteur et/ou du créancier ont changé. La révision peut seulement entraîner une diminution du montant. Sa suppression est également possible, lorsque le créancier se trouve de nouveau en mesure d'assurer seul

son entretien (art. 1443, al. 1^{er}, C. civ. grec). Contrairement à la révision, l'indexation n'est pas prévue.

La pension alimentaire étant viagère, elle cesse avec la mort du créancier. Elle prend également fin en cas de remariage du créancier ou encore s'il vit de manière stable en concubinage (art. 1444 C. civ. grec). Quelques exceptions, propres à la situation qui a justifié la compensation, sont à relever. Lorsque la pension a été attribuée en raison de la garde d'un enfant mineur, empêchant le créancier de trouver un emploi, le versement cesse à compter de la majorité du plus jeune. Également, si la pension était justifiée par l'impossibilité du créancier de trouver une profession adéquate et stable, son paiement ne peut excéder trois ans après le prononcé du divorce. Mais comme cela a été précédemment évoqué, l'extinction de cette pension peut être l'occasion de demander le versement d'une nouvelle pension sur le fondement, cette fois, de l'impossibilité d'exercer une profession en raison de l'âge et de l'état de santé (art. 1442, 1^o, C. civ. grec).

En *Allemagne*, lorsque l'un des époux ne parvient pas à subvenir seul à ses besoins, il est en droit de demander le soutien alimentaire de son ex conjoint (§ 1569, BGB). Cette contribution d'un ex époux à l'entretien de l'autre requiert la réunion de deux conditions. D'abord, le principe étant celui de l'autosubsistance, celui qui demande ce soutien alimentaire ne doit pas être en mesure d'assurer seul son entretien, en raison d'un patrimoine et de ressources insuffisants (§ 1577-1 BGB). Ensuite, il faut que cette situation trouve une explication dans l'une des différentes raisons – semblables à celles du droit grec – admises par le législateur allemand :

- l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle en raison de l'éducation d'un enfant commun (§ 1570 BGB), de l'âge du créancier (§ 1571 BGB) ou de son état de santé (§ 1572 BGB) ;
- l'impossibilité de trouver un emploi approprié (§§ 1573 et 1574), c'est-à-dire correspondant à la formation du demandeur, ses aptitudes, son âge, son état de santé, et compatible avec les conditions de vie du couple durant le mariage ;
- l'impossibilité de travailler en raison d'une reprise ou de la poursuite d'études ou de formations, interrompues ou reportées à cause du mariage (§ 1575 BGB) ;
- l'impossibilité d'exercer une profession pour des motifs graves (§ 1576 BGB), si le refus d'accorder une pension alimentaire est susceptible de constituer une grave injustice.

Le droit allemand prévoit également des circonstances permettant au juge de refuser d'accorder une pension alimentaire lorsque son attribution causerait une injustice au débiteur (§ 1579 BGB). Il en va notamment ainsi lorsque le mariage a peu duré, si le demandeur a commis un crime ou un délit grave contre son ex conjoint ou l'un de ses proches parents, s'il a organisé sa situation d'indigence, en cas de manquement à son devoir

de contribuer aux charges du mariage, ou pour toute autre raison dont la gravité serait comparable aux circonstances précédentes, expressément prévues par le texte.

L'ex époux dans le besoin peut faire valoir son droit aux aliments en cours de procédure de divorce, mais également après son prononcé. Le juge est compétent pour fixer la pension, lorsque les époux n'ont pas trouvé d'accord (§§ 1578 et 1585 c, BGB). Ces derniers ont d'ailleurs l'occasion de s'entendre avant, pendant et après le divorce, voire même par l'intermédiaire d'un accord pré-nuptial⁵⁰⁵, pour prévoir ou pour exclure l'attribution d'une pension alimentaire en cas de divorce. Tandis que la loi n'impose pas de contrôle judiciaire de ces conventions, cette pratique se développe depuis quelques années, notamment sous l'impulsion d'une décision rendue en 2001 par la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁵⁰⁶.

Lorsque les époux s'accordent sur le versement d'une pension alimentaire, ils sont libres d'en déterminer le montant et pourquoi pas de l'indexer, l'indexation n'étant pas automatique. À l'inverse, si le juge est amené à se prononcer, il est tenu de prendre en considération divers éléments prévus par la loi, tels que la durée du mariage et le niveau de vie du couple en cours d'union. En raison de son caractère alimentaire, le montant de la pension doit tenir compte des ressources du débiteur et des besoins du créancier, chacun étant contraint de verser aux débats les renseignements nécessaires à l'appréciation de sa situation, c'est-à-dire les données relatives à son patrimoine⁵⁰⁷ et ses revenus. Le refus opposé par le débiteur peut donner lieu au versement de dommages-intérêts, en réparation du retard qu'il fait subir au créancier ; inversement, si ce dernier ne fournit par les informations demandées, il peut voir le montant de sa créance alimentaire diminué⁵⁰⁸. Confronté à la mauvaise volonté des époux, le juge aura toujours la possibilité de faire appel aux tiers disposant d'informations utiles : l'employeur, la sécurité sociale et l'administration fiscale.

De manière classique, la pension alimentaire s'exécute sous la forme d'une rente. Cependant et à titre exceptionnel, elle peut être remplacée par un capital, à condition que cette forme soit justifiée par l'existence d'un motif grave et qu'elle ne porte pas atteinte au débiteur, autrement dit qu'elle n'affecte pas irrémédiablement son patrimoine et, partant, sa situation économique. La révision du montant initialement fixé est possible, soit d'un commun accord par les époux, soit par décision du juge si elle se trouve justifiée par un changement important dans leurs situations.

⁵⁰⁵ V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 72.

⁵⁰⁶ C. const. féd. [BverfG], 6 février 2001, *FamRZ* 2001, p. 343. V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 73.

⁵⁰⁷ Si la liquidation du régime matrimonial n'affecte pas le droit à pension alimentaire, elle peut influencer les capacités de paiement du débiteur et la nécessité pour le créancier à voir ses besoins compensés (v. D. Martiny, *Rapport allemand*, Q 68).

⁵⁰⁸ V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 74.

Si la pension alimentaire n'est en principe due que pour l'avenir, c'est-à-dire à compter du prononcé du divorce, il se peut que le juge l'accorde aussi pour régir la période antérieure, afin d'aider l'un des conjoints à combler un besoin exceptionnel (§ 1585 b BGB). Dans tous les cas, le décès et le remariage du créancier provoque son extinction (§ 1586-1 BGB). Si c'est le débiteur qui décède, l'obligation se transmet à ses héritiers, qui seront tenus de la payer dans la limite de la part de réserve qu'aurait recueilli le créancier si le mariage avait pris fin par décès (§ 1586 b BGB).

En Angleterre et au Pays de Galles, l'un des époux peut être condamné à payer une rente alimentaire (*maintenance*). L'opportunité et la nécessité de son attribution s'apprécient au regard des besoins de celui qui la demande, du patrimoine et des ressources de celui qui pourrait en être le débiteur.

La demande peut être introduite avant mais également après le prononcé du divorce⁵⁰⁹, à moins que le demandeur y ait précédemment renoncé ou se soit remarié ; il en va de même pour le défendeur, en cas de remariage⁵¹⁰. Les époux sont libres de déterminer par convention, conclue avant, pendant ou après la procédure de divorce, le montant et les modalités d'exécution des différentes mesures patrimoniales. Cependant, le juge dispose d'un pouvoir de contrôle et de révision (section 25, *Matrimonial Causes Act*, 1973). Il peut également tenir compte du comportement des parties pour conduire son jugement. Plus précisément, si ce comportement constitue le motif ou l'un des motifs de la rupture irrémédiable du lien matrimonial, il peut en être tenu compte, parmi d'autres éléments, lors du calcul du montant de la compensation.

Pour en déterminer le montant, les parties sont contraintes de dévoiler l'intégralité des éléments qui composent leur patrimoine, ainsi que leurs revenus. Il est toutefois possible d'y échapper. Une dispense est en effet accordée à l'époux qui déclare sous serment que sa situation lui permet de satisfaire toutes les mesures de compensation qui seraient prononcées par la Cour⁵¹¹. Cette pratique est toutefois contestée et discutée par la doctrine. Certains juges n'hésitent d'ailleurs pas à se montrer favorables à l'abandon de cette règle⁵¹². Outre cette possibilité d'échapper à la divulgation d'informations patrimoniales, au moyen d'un simple serment, le refus des parties de révéler leur patrimoine contraint le juge à estimer – au lieu de l'évaluer – le patrimoine dissimulé, afin d'en tenir compte dans le calcul du montant de la compensation. Différents éléments sont pris en considération pour fixer l'étendue de la compensation⁵¹³ :

⁵⁰⁹ V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 64.

⁵¹⁰ Section 28(3) du *Matrimonial Causes Act* 1973 et *Tee v Tee Hillman* [1999] 2 FLR 613.

⁵¹¹ *Thyssen-Bornemisza v Thyssen-Bornemisza* (No2) [1985] FLR 1069.

⁵¹² *McFarlane v Mc Farlane and Parlour v Parlour* [2004] EWCA Civ 872, et les explications de L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais et gallois*, Q 74.

⁵¹³ La liste a été dressée par le *Matrimonial Causes Act* de 1973, Section 25.

- le bien-être des enfants mineurs ;
- les revenus et le patrimoine de chacun, ainsi que leurs perspectives d'évolution ;
- les besoins et obligations alimentaires, présents et prévisibles ;
- le train de vie de la famille avant la rupture du mariage ;
- l'âge et l'état de santé des époux ;
- la durée du mariage ;
- l'implication de chacun des époux dans la vie familiale et notamment dans l'éducation des enfants ;
- le comportement des époux.

Une fois fixée, la pension peut être révisée en cours d'exécution. La révision peut concerner son montant mais aussi sa durée, en cas d'évolution des situations respectives des parties. Le montant de la compensation peut donc varier à la hausse comme à la baisse, respectivement si la somme ne suffit plus au créancier ou si le débiteur perd son emploi. Il est cependant possible de rendre la révision automatique, au moyen d'une indexation, afin que son montant suive le cours de l'inflation. Concernant la durée des versements, des échéances peuvent être supprimées, le versement suspendu, voire la rente convertie en capital.

La rente peut être temporaire ou viagère. Elle s'éteint donc soit à la date fixée, soit au décès de l'ex époux créancier. Elle prend également fin s'il se remarie ou s'il conclut un partenariat civil.

En *Italie*, une pension alimentaire est prévue en cas de divorce. Elle est accordée à la condition que celui qui la demande ne dispose pas de moyens suffisants pour subvenir à ses besoins et ne connaisse pas de perspective financière favorable (art. 5 loi italienne sur le divorce). La cause du divorce n'interfère pas dans le droit de la demander et de l'obtenir.

La demande doit être formulée à l'occasion du divorce, soit au moment de la requête initiale, soit lors de l'instance. Les parties peuvent se mettre d'accord sur son montant et ses modalités d'exécution, à condition que la convention soit homologuée par le juge, après contrôle de sa validité et vérification de sa conformité avec les intérêts des époux – qui seront auditionnés par le juge – et ceux de leurs enfants⁵¹⁴.

Afin de déterminer la nécessité d'une attribution et, le cas échéant, évaluer son montant, le juge doit tenir compte – si cela s'avère pertinent – des conditions de vie des époux (besoins et ressources), de leur situation patrimoniale, des motifs de la décision de divorce⁵¹⁵, de la contribution personnelle et économique de chacun à la vie familiale. L'ensemble de ces éléments doit être mis en relation avec la durée du mariage, pour

⁵¹⁴ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 72 et 73.

⁵¹⁵ La cause de divorce n'a pas d'effet sur le droit à pension, mais elle est susceptible d'en influencer le montant (v. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 69).

apprécier l'opportunité de la compensation. La doctrine considère que ces critères ne sont pas suffisamment explicites. Il semble par exemple que *les conditions de vie* doivent être entendues largement, tenant compte de l'âge et de l'état de santé des époux, de leur position sociale, de leur formation professionnelle, de leur capacité de travail, et non seulement de leur situation financière⁵¹⁶. Autre exemple, l'expression *motifs de la décision* paraît obscure et suscite l'interprétation des juridictions, qui considèrent le plus souvent qu'elle justifie une enquête familiale complète et non seulement une prise en compte de la cause de divorce⁵¹⁷. La question de la liquidation du régime matrimonial – qui n'est pas considérée comme un effet du divorce – n'est pas mise en relation avec celle de la pension alimentaire, si ce n'est pour apprécier la fortune de chacun des époux et déterminer s'ils possèdent ou non des moyens suffisants d'existence⁵¹⁸. Afin d'être en mesure de tenir compte de tous ces éléments, les parties sont tenues de verser aux débats les documents qui permettent d'apprécier leurs situations, d'évaluer leurs patrimoines personnels et communs, ainsi que leurs ressources (art. 5, § IX Loi italienne sur le divorce).

Quant à son exécution, la pension alimentaire prend en principe la forme d'une rente. Toutefois, les ex époux peuvent convenir de son exécution sous la forme d'un capital forfaitaire. Cette dernière solution rend toute demande ultérieure inefficace, la somme étant versée une fois pour toute. C'est pourquoi le juge doit l'autoriser après en avoir apprécié l'opportunité au regard de l'équité (art. 5 Loi italienne sur le divorce). La pension est automatiquement réévaluée chaque année en raison de son indexation sur l'indice d'inflation (art. 5, al. 7, Loi italienne sur le divorce). Si les conditions de vie des parties évoluent, le juge pourra être appelé à modifier le montant de la pension, aussi bien à la hausse qu'à la baisse selon que les situations du débiteur et du créancier se sont aggravées ou améliorées. Cette révision est d'ailleurs possible alors même que la diminution des ressources du débiteur, entraînant un amoindrissement du montant de la pension, résulte de sa décision de quitter son emploi pour une activité moins rémunérée⁵¹⁹. Une révision à la baisse, voire une suppression sont également envisageables lorsque le créancier vit en concubinage⁵²⁰.

L'extinction de la pension alimentaire est provoquée par le remariage ou le décès du créancier. Si le débiteur décède, la dette d'aliments ne se transmet pas à ses héritiers. En revanche, le créancier de cette pension est en droit de demander le versement d'une nouvelle pension alimentaire, la condition étant qu'il ait été titulaire, au jour du décès, d'une créance alimentaire consécutive à son divorce avec le *de cujus* (art. 9 *bis*, Loi italienne sur le divorce). Cependant, son montant ne correspond pas forcément à celui de la pension allouée

⁵¹⁶ Cass. civ., 4 sept. 2004, n. 17901.

⁵¹⁷ Cass. civ., 16 juil. 2004, n. 13169.

⁵¹⁸ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 67.

⁵¹⁹ Cass. civ., 11 mars 2006, n. 5378.

⁵²⁰ Cass. civ., 20 janv. 2006, n. 1179.

à la suite du divorce, puisqu'il est tenu compte des forces de la succession ainsi que de la qualité des héritiers.

Aux *Pays-Bas*, une pension alimentaire est prévue en cas de divorce, au profit de celui des ex époux qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour pourvoir à ses besoins, et qui ne se trouve pas dans une situation lui permettant de trouver une activité suffisamment rémunérée. Elle peut logiquement être refusée en considération d'éléments économiques, par exemple si le demandeur est en mesure de résoudre seul sa situation d'indigence, mais aussi en tenant compte d'autres éléments, tels que le comportement qu'il aurait eu à l'égard de son conjoint, ou encore la courte durée du mariage et de la vie commune⁵²¹. Les parties peuvent s'accorder sur l'attribution de cette pension, son montant et ses modalités d'exécution (art. 1-157 C. civ. néerlandais). À défaut d'accord, elle peut être demandée lors de la procédure de divorce, mais aussi ultérieurement.

Elle est fixée en tenant compte d'une part, des besoins de celui qui la réclame, ce qui implique l'évaluation de l'activité rémunérée exercée ou les chances d'en trouver une, et d'autre part, des ressources de celui qui sera condamné à la payer. Une comparaison sera réalisée entre la situation en cours d'union et celle que rencontrent les ex époux après le divorce, afin de révéler l'évolution des revenus et des besoins de chacun. Les critères à prendre en compte pour calculer le montant de la pension sont publiés par le Conseil de la Magistrature, afin d'homogénéiser les pratiques des juridictions⁵²². Pour simplifier la tâche du juge, les époux sont tenus de révéler l'intégralité de leur patrimoine et revenus. En cas de non divulgation ou si les preuves sont insuffisantes, le juge pourra procéder à une évaluation théorique et, par conséquent, approximative⁵²³.

La pension alimentaire est versée sous la forme d'une rente temporaire. Elle peut être révisée à la demande du créancier lorsque le montant s'avère insuffisant, ou à la demande du débiteur s'il ne se trouve plus en mesure de la payer⁵²⁴. Elle peut également l'être en cas d'accord des parties ou lorsque le jugement qui a accordé la pension a été trompé par des données fausses ou incomplètes.

À défaut d'avoir été limitée dans le temps, les versements cessent automatiquement après douze années d'exécution. Cependant, lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient, le juge peut accorder une prolongation. En revanche, si le mariage a duré moins de cinq ans et si le couple n'a pas eu d'enfant, la pension alimentaire est en principe versée pour une durée équivalente à celle de l'union⁵²⁵ (art. 1-157 §§1 et 6 C. civ. néerlandais). Elle

⁵²¹ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 65.

⁵²² <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/sector-familie-en-jeugdrecht/Pages/Werkgroep-Alimentatienormen.aspx>

⁵²³ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 74.

⁵²⁴ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 77.

⁵²⁵ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 62.

peut également prendre fin lorsque le créancier décède, se remarie, conclut un partenariat enregistré ou vit notoirement en concubinage (art. 1-160 C. civ. néerlandais).

En *Belgique*, une pension alimentaire peut être octroyée afin de compenser l'extinction du devoir de secours. Cette attribution est conditionnée par la situation de besoin de celui qui la réclame, sous réserve que cette situation soit moins favorable que celle de son ex conjoint, à qui une contribution est demandée. Depuis la réforme de 2007, la faute ne détermine plus le droit à pension. En revanche, il est susceptible de fonder sa déchéance. Trois hypothèses sont en effet la cause d'une perte du droit de bénéficier d'une telle compensation : la faute grave (art. 301, §2, al. 2 C. civ. belge), les violences conjugales (art. 301, §2, al. 3 C. civ. belge) et l'organisation de sa propre indigence. Les époux sont toutefois libres de déterminer le principe, le montant et les modalités d'exécution de cette pension.

Il s'agit bien d'une pension alimentaire, et non d'une prestation compensatoire. Par conséquent, il n'est pas question de tenir compte du niveau de vie mais seulement des besoins de celui qui la demande (art. 301, §3, al. 1^{er}, C. civ. belge). Il est cependant possible que le montant de cette pension soit augmenté, lorsque l'époux demandeur a vu sa situation économique se dégrader en raison du mariage, et notamment de son investissement dans l'éducation des enfants (art. 301, §3, al. 1 C. civ. belge). En revanche, la compensation ne pourra jamais excéder le tiers des revenus du conjoint débiteur (art. 301, §2, al. 3 C. civ. belge). Il est possible de fixer *ab initio* une pension alimentaire dégressive, autrement dit dont le montant s'atténuera au fil du temps. Le but de la pension n'est pas, en effet, de combler l'état de besoin du créancier, mais seulement de subvenir à ses besoins tant qu'il ne parvient pas à trouver une profession rémunérée. La rente est automatiquement indexée (art. 301, §6, al. 1 C. civ. belge) et peut être révisée, à la hausse ou à la baisse, voire supprimée, afin de tenir pleinement compte de l'évolution des circonstances depuis le jour de sa fixation (art. 301, §7, al. 1 C. civ. belge).

La durée de la compensation ne peut pas être supérieure à celle du mariage (art. 301, §4, al. 1 C. civ. belge). Cependant, malgré la survenance du terme, elle peut exceptionnellement être prolongée (art. 301, §4, al. 2 C. civ. belge), par exemple en présence d'un mariage qui aura longtemps duré et qui n'aura été rompu que tardivement, alors que les époux ont un âge avancé faisant clairement obstacle à toute reprise d'activité.

La rente prend donc fin lors de la survenance du terme, mais son extinction peut être anticipée, sauf convention contraire des parties, lorsque le créancier se remarie ou déclare une cohabitation légale (art. 301, §10, C. civ. belge). En cas de concubinage, c'est au juge qu'il revient d'apprécier s'il convient ou non de faire cesser le versement de la pension.

En *Bulgarie*, une pension alimentaire peut être due pour compenser l'état de besoins de l'un des ex époux, lorsqu'il se trouve dans l'incapacité d'exercer une activité rémunérée ou, de manière plus générale, de pourvoir seul à son entretien. Dès lors qu'il s'agit d'une

pension alimentaire, et non d'une prestation compensatoire, l'objectif est que le débiteur contribue à l'entretien de son ex conjoint, et non qu'il finance son mode de vie⁵²⁶.

Le droit à pension est seulement limité et non conditionné par la faute. Il ne faut donc pas comprendre que seul le responsable du divorce pourra être condamné à la verser, mais au contraire que seul celui qui ne sera pas considéré comme responsable pourra l'obtenir, à condition qu'il se trouve dans une situation de besoins. Ainsi, dans un divorce prononcé aux torts partagés, aucun des ex époux ne pourra prétendre au bénéfice d'une contribution à son entretien. Ne peut également prétendre à une pension alimentaire, celui qui est reconnu coupable d'une infraction contre son ex conjoint, l'un des ses ascendants ou descendants (art. 151, §1, C. bulgare de la famille). Plus objectivement, un ex époux sera également dispensé d'entretenir son ex conjoint s'il ne dispose pas de ressources suffisantes (art. 142, §1, C. bulgare de la famille).

La question de la pension alimentaire doit être traitée au cours de la procédure de divorce, et non après son prononcé ; elle peut être soulevée d'office par le juge (art. 322 C. bulgare de la famille) et doit impérativement être réglée dans la convention conclue par les époux à l'occasion d'un divorce par consentement mutuel (art. 51, §1, C. bulgare de la famille). Au demeurant, lorsqu'une convention est conclue, elle est impérativement soumise au contrôle du juge, qui pourra inviter les parties à la modifier si elle ne paraît pas conforme aux prescriptions de la loi. Si elles refusent de s'exécuter, le juge pourra ne pas prononcer le divorce par consentement mutuel⁵²⁷.

Le montant de la pension alimentaire est classiquement évalué, selon les ressources du débiteur et les besoins du créancier (art. 142, §1, C. bulgare de la famille). Il n'existe cependant aucun barème, aucune règle de calcul prescrite par la loi. Le demandeur doit fournir la preuve de ses ressources et de celles de son ex conjoint, ce dernier n'étant contraint à aucun devoir de transparence, à moins que ce soit le juge qui l'y oblige sur demande du requérant. Le juge peut également permettre au demandeur d'obtenir des indications sur les revenus de son ex conjoint, en interrogeant les services fiscaux et sociaux. Les besoins sont appréciés selon les conditions de vie des époux, leur âge, leur état de santé, leur contribution à l'éducation des enfants, et tout autre élément utile.

La pension alimentaire prend en principe la forme d'une rente temporaire⁵²⁸. S'il survient des changements dans la situation du créancier ou du débiteur, le juge peut réviser le montant de la pension afin de l'adapter, voire même la supprimer (art. 150, C. bulgare de la famille). Elle s'éteint donc par la survenance du terme, à moins que le juge ne décide de la prolonger, si le créancier se trouve dans une situation très difficile et si le débiteur est toujours en mesure d'assurer son entretien (art. 145, §2, C. bulgare de la famille). Elle prend

⁵²⁶ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 70.

⁵²⁷ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 73.

⁵²⁸ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 70.

définitivement fin en cas de remariage ou de décès du créancier (art. 145, §3, C. bulgare de la famille).

En droit *hongrois*, une pension alimentaire est prévue lors du divorce (art. 21 C. de la famille hongrois) afin d'assurer l'entretien de l'époux qui se trouve dans une situation de besoins, incapable d'y pourvoir lui-même. Trois conditions doivent être réunies : le demandeur doit être dans une situation de besoin, ne pas être l'auteur d'une faute à l'origine du divorce et ne pas être indigne de recevoir un tel entretien. L'indignité se distingue de la faute en ce qu'elle ne caractérise pas un simple manquement aux obligations du mariage, mais une véritable violation des bases morales de cette union. Son caractère exceptionnel explique la rareté des décisions qui la retiennent.

La pension alimentaire peut être demandée dès l'introduction de l'instance, en cours de procédure, mais aussi après le prononcé du divorce⁵²⁹. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'époux qui la demande soit en état de besoin au moment de la dissolution du mariage ; il se peut que cet état apparaisse ultérieurement, la pension alimentaire pouvant toujours être réclamé dans une limite de cinq années après que le jugement de divorce a été prononcé. Les époux peuvent s'accorder par convention sur le montant et les modalités de la pension alimentaire. Leur liberté est telle que le juge ne dispose pas d'un pouvoir de contrôle et de révision.

Concernant le montant de la pension, la liquidation du régime matrimonial n'est pas prise en compte. D'ailleurs, à défaut pour la loi et la jurisprudence de donner des indications précises sur les éléments à considérer, seuls les besoins du demandeur et les ressources du défendeur sont pris en compte⁵³⁰. Versée en principe sous la forme d'une rente, la pension peut être révisée à la demande du débiteur, en cas de modification dans ses conditions d'existence⁵³¹. La rente est temporaire ou viagère, selon que les perspectives d'évolutions et de retour à une meilleure situation financière sont certaines ou compromises. Le versement prend fin par le décès, le remariage, l'indignité du créancier ou encore s'il n'en a plus besoin.

En *Roumanie*, l'époux qui rencontre des difficultés pour pourvoir à ses besoins peut demander à son ex conjoint qu'il contribue à son entretien. Cela n'est possible que si et seulement si cette situation de détresse résulte d'une incapacité de travail survenue en cours de mariage et dans la limite d'un an après sa dissolution (art. 389 nouv. C. civ.). La culpabilité des époux n'interfèrent pas avec le droit de demander une pension alimentaire. En revanche, l'époux responsable ne peut en profiter que dans la limite d'un an après la dissolution du mariage. Au demeurant, celui qui profite déjà d'une prestation compensatoire ne peut demander une pension alimentaire avec succès.

⁵²⁹ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 63.

⁵³⁰ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 74.

⁵³¹ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 75.

La demande peut être formulée, soit lors de l'instance de divorce, soit après son prononcé⁵³². Les époux peuvent également s'entendre au moyen d'une convention, afin notamment de déterminer le montant et les modalités d'exécution de la pension.

Concernant son montant, il est déterminé en considération des besoins du créancier et des ressources du débiteur. Il ne peut toutefois être fixé que dans la limite du quart des revenus du débiteur. Payé sous la forme d'une rente, la pension alimentaire peut être révisée dès lors que l'état de détresse dans lequel se trouve le créancier a disparu, s'est amélioré ou s'est aggravé. Le remariage et le décès du créancier provoquent son extinction.

En droit *suédois*, une pension alimentaire est prévue à titre exceptionnel, pour subvenir aux besoins de l'ex conjoint qui ne parvient pas à assurer seul son entretien. En plus d'être exceptionnelle, elle est seulement temporaire, l'objectif étant d'assurer cette fonction de compensation pendant une période transitoire (un à quatre ans), du statut d'époux à celui de divorcé⁵³³. Son attribution est entièrement indépendante de la question de la faute. Elle repose uniquement sur l'existence d'une situation de besoins, rencontrée par un ex conjoint dans l'incapacité d'y pourvoir seul, au moyen de ses propres ressources.

La pension alimentaire peut faire l'objet d'une demande lors de la requête initiale en divorce, en cours de procédure, mais aussi après le prononcé, sans que la loi suédoise ne limite expressément cette faculté dans le temps⁵³⁴. Le juge a d'ailleurs le pouvoir d'accorder rétroactivement une telle pension (Chapitre 6, §9, C. suédois du mariage). Les parties peuvent s'entendre sur son montant et ses modalités d'exécution. Le juge n'a pas la compétence pour examiner d'office la convention. En revanche, un époux peut le saisir afin qu'elle soit révisée ou écartée, lorsqu'elle apparaît manifestement inéquitable (Chapitre 6, §11, C. suédois de la famille) ou encore si les circonstances, qui ont motivé les choix réalisés, ont évolué.

Les ex conjoints sont tenus de divulguer l'ensemble des informations nécessaires à l'évaluation du montant de la pension alimentaire, sorte de prolongement d'une obligation qu'ont les époux, en cours d'union, de se fournir tous les renseignements utiles pour la direction économique de la famille⁵³⁵. Pour fixer le montant, les besoins et les ressources de chacun sont pris en considération, ainsi que leur âge et leur état de santé, l'exercice d'une activité rémunérée et la formation professionnelle. La durée du mariage a également son importance et il apparaît d'ailleurs que les unions qui auront peu duré (moins de cinq ans), ne donneront pas lieu à une telle pension⁵³⁶. En revanche, puisqu'il s'agit d'une pension

⁵³² V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 64.

⁵³³ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 70.

⁵³⁴ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 64.

⁵³⁵ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 74.

⁵³⁶ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 76.

alimentaire et non d'une prestation compensatoire, il n'est pas tenu compte du niveau de vie mais seulement des besoins.

La pension alimentaire s'exécute sous la forme d'une rente temporaire. Elle peut être révisée par les parties, grâce à la conclusion d'une nouvelle convention, ou par le juge lorsqu'elles ne parviennent pas à s'accorder⁵³⁷. La démonstration d'un changement, intervenu dans les besoins ou ressources du créancier ou du débiteur, est alors nécessaire. Les versements cessent lors de la survenance du terme.

En *Pologne*, le divorce peut être l'occasion pour l'un des ex époux de demander à l'autre de lui fournir *des moyens de subsistance* (art. 60, C. polonais de la famille et de la tutelle). Il ne s'agit pas d'une nouvelle obligation, résultant du divorce, mais de l'expression limitée de l'obligation alimentaire née de la célébration du mariage. C'est bien d'une pension alimentaire dont il est question, et non d'une prestation compensatoire, même si l'expression *prestation alimentaire* est souvent employée pour la désigner. Cette pension est d'ailleurs attribuée, indépendamment du niveau de vie, à l'époux qui ne dispose pas des ressources nécessaires pour subsister. Elle est également conditionnée par les circonstances de la rupture. Plus précisément, seul celui qui ne se voit pas exclusivement imputer la dissolution du lien matrimonial est en droit de demander une telle compensation. Mais seule l'imputation exclusive est prohibitive ; en présence de torts partagés ou en l'absence de faute, chacun des époux peut réclamer le profit d'une pension.

Elle peut être demandée, soit à l'occasion de la procédure de divorce, soit ultérieurement dans la limite de cinq années après son prononcé. Les époux sont alors libres d'en déterminer l'étendue et les modalités par convention ou transaction homologuée (art. 184, C. proc. civ. polonais), ou encore à l'occasion de la tentative de conciliation ; en revanche, il leur est impossible d'anticiper sur un divorce éventuel en organisant à l'avance les conséquences de cette dissolution future du mariage. Ce n'est qu'à défaut d'accord que le juge est contraint d'intervenir pour décider de l'attribution d'une pension, en fixer le montant et les modalités d'exécution.

La faute conserve un rôle dans la législation polonaise, si bien que le régime de la pension alimentaire varie selon qu'elle est versée ou non par l'époux seul responsable du divorce. En effet, deux types de pension alimentaire doivent être distingués.

D'une part, une pension alimentaire ordinaire peut être prononcée (art. 60, § 1, C. polonais de la famille et de la tutelle) lorsque le débiteur n'est pas le seul responsable de la dissolution, autrement dit lorsque les torts sont partagés ou encore en présence d'un simple échec du mariage. Son montant est calculé en tenant compte des besoins légitimes du créancier et des ressources du débiteur, l'objectif étant que le second procure au premier les moyens de subsister, expression qu'il convient d'interpréter sagement et non de limiter à

⁵³⁷ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 77.

l'hypothèse dans laquelle le créancier ne dispose d'aucune ressource. La loi polonaise se montre entièrement neutre concernant les origines de la situation de besoins dans laquelle se trouve le bénéficiaire de la pension. En effet, elle ne distingue pas selon que l'impossibilité de travailler résulte de l'âge ou de l'état de santé, de l'éducation des enfants, de l'absence de qualification professionnelle ; elle ne tient pas davantage compte de la date à laquelle remonte l'indigence, peu importe qu'elle corresponde à une époque antérieure, concomitante ou postérieure au mariage. Dans ce dernier cas, cependant, seules les cinq années suivant le prononcé du divorce permettront de demander une pension alimentaire, l'action étant forclose à leur issue. Le montant de la pension alimentaire est conditionné par l'étendue des besoins légitimes du créancier, sans qu'aucun barème ne soit prévu, ni aucun critère établi par le Code polonais de la famille et de la tutelle. Il est également fixé en tenant compte des ressources du débiteur, autrement dit ses gains et salaires présents et à venir, mais aussi de ses propres besoins, lesquels affectent sa faculté à contribuer à l'entretien de son ex conjoint. La solidarité qui s'exprime au profit de l'un ne doit en effet pas conduire l'autre à la ruine.

D'autre part, une pension alimentaire renforcée ou aggravée remplace la précédente (art. 60, § 2, C. polonais de la famille et de la tutelle), lorsque le débiteur a été désigné comme le seul responsable du divorce, qui a provoqué l'extinction de la solidarité matrimoniale et l'aggravation de la situation économique du créancier. Dans cette hypothèse, il n'est plus nécessaire que celui qui demande une pension soit dans une situation d'indigence, incapable de pourvoir seul à ses besoins. La pension prend alors des allures de sanction. Même s'il est en mesure de subsister seul, l'ex époux peut obtenir une compensation en démontrant que par sa faute ayant provoqué le divorce, son ex conjoint a gravement altéré ses moyens d'existence. Pour vérifier cette altération, il suffit d'opérer une comparaison dans le temps, entre la situation patrimoniale qui était la sienne au cours du mariage et celle qu'il rencontre après divorce. Cette pension extraordinaire, en plus de son caractère alimentaire, adopte une fonction punitive. Elle n'est cependant pas automatique puisque le juge demeure libre dans son appréciation et dans sa décision d'attribuer ou de refuser une telle compensation. Le refus pourrait notamment trouver sa raison dans le comportement qu'aurait adopté l'époux demandeur en cours de procédure ou après le prononcé du divorce. Puisque cette pension extraordinaire peut être versée alors même que le créancier ne se trouve pas dans une situation de besoins, certaines juridictions étendent sa fonction au maintien du niveau de vie. Quoique le texte ne prévoit aucun critère, le juge prend en compte la durée du mariage, la participation du créancier à l'éducation des enfants et à l'entretien du ménage, son manque de qualification professionnelle, son âge, son état de santé, *etc.* autrement dit des éléments similaires à ceux que prévoit l'article 271 du Code civil français pour fixer le montant de la prestation compensatoire.

Pour l'une et l'autre de ces pensions, chaque époux est tenu de fournir les renseignements nécessaires à l'expertise de sa situation. À défaut, le juge obtient des

informations de la part de l'administration fiscale, des établissements de crédit et de toutes autres institutions en mesure d'apporter son concours.

Pour ces deux pensions, le législateur n'a pas pris le soin de prévoir la forme que le versement doit adopter. Possible en nature, elle est généralement payée en argent et, en raison de sa nature alimentaire, sous la forme d'une rente. Une procédure de révision est prévue lorsque les circonstances évoluent, autrement dit en cas de changement dans les besoins et les ressources du débiteur ou du créancier. Le montant peut alors être révisé aussi bien à la hausse qu'à la baisse⁵³⁸, voire la pension alimentaire être supprimée. La révision peut notamment être la conséquence de la liquidation et du partage du régime légal de communauté, si la décision relative à l'entretien a été rendue précédemment et n'a dès lors pas pu en tenir compte⁵³⁹.

Les pensions alimentaires cessent avec le décès du créancier. Il en va également ainsi s'il se remarie (art. 60, § 3, C. polonais de la famille et de la tutelle), cause d'extinction qui ne s'étend pas aux autres modes de conjugalité. La pension peut être temporaire lorsque l'âge et la situation familiale du créancier lui permettent de suivre une formation professionnelle ; c'est la durée de cette formation qui conditionnera alors la durée des versements. Dans tous les cas, la pension alimentaire ne peut en principe excéder cinq années à compter du jour où le divorce a été prononcé. Deux tempéraments sont toutefois organisés. D'une part, la loi prévoit que le juge pourra prolonger cette durée en présence de *circonstances exceptionnelles* affectant le débiteur ou le créancier. Il apprécie librement leur influence sur la situation de chacun et décide en connaissance de cause s'il convient de prolonger les versements. D'autre part, le jugement peut anticiper et prévoir cette prolongation lorsque les circonstances exceptionnelles existent lors du divorce ou s'il est prévisible qu'elles apparaîtront à l'issue des cinq années suivant son prononcé.

En droit *autrichien*, un époux peut réclamer une pension alimentaire à son ex conjoint lors du divorce (art. 66 s., Loi autrichienne sur le mariage). Cette logique alimentaire se propage d'ailleurs jusque dans le régime matrimonial, puisque l'équité mais aussi la conservation par chaque époux de moyens de subsistance constituant un objectif de sa liquidation⁵⁴⁰.

La pension alimentaire n'est pas seulement conditionnée par la situation de besoin de celui qui la réclame. Elle est versée par celui que le jugement aura désigné comme responsable du divorce. Dans un divorce prononcé aux torts partagés, la règle ne se trouve pas neutralisée ; son application permet de désigner l'un ou l'autre des époux comme débiteur d'une pension, au profit de celui qui se trouve dans une situation de besoins à laquelle il ne parvient pas à subvenir. La faute constitue donc une condition, mais elle ne

⁵³⁸ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 65.

⁵³⁹ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 68.

⁵⁴⁰ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 67.

résiste pas à la volonté des époux, libres de s'en affranchir par une convention conclue à l'occasion d'un divorce par consentement mutuel, dans laquelle ils peuvent s'accorder sur le versement d'une pension⁵⁴¹. Le fait que l'époux demandeur soit à l'origine de sa propre situation d'indigence, en raison de son comportement et par exemple d'une addiction à l'alcool ou au jeu, ne constitue pas un motif de refus d'attribution d'une pension alimentaire, mais seulement une cause de réduction de l'étendue de la compensation. Celle-ci se limitera au strict minimum, de sorte à assurer au créancier l'entretien indispensable (art. 73, Loi sur le mariage).

La pension alimentaire peut être demandée au moment de la requête initiale en divorce, en cours d'instance, voire faire l'objet d'une instance distincte et postérieure au prononcé du divorce⁵⁴². Les parties ont la possibilité de s'accorder avant, pendant et après la procédure de divorce, sur son principe, son montant et ses modalités d'exécution. Le juge ne contrôle pas la convention, qui se trouve purement et simplement soumise au droit commun des contrats⁵⁴³.

Afin d'évaluer le montant de la compensation, la loi ne prévoit aucune obligation pour les époux de fournir des informations relatives à leurs ressources et leur patrimoine. Cependant, un mouvement jurisprudentiel récent tend à contraindre les parties à produire les informations nécessaires à l'appréciation de la situation. En outre, le juge tient compte de la probabilité pour le créancier d'exercer une activité rémunérée, ce qui implique une prise en considération de son âge, de son état de santé, de sa formation professionnelle, de son précédent emploi et de son implication dans l'éducation des enfants⁵⁴⁴. D'ailleurs, dans l'hypothèse où le créancier refuse d'exercer une activité rémunérée qui lui permettrait de subvenir convenablement à ses besoins, un revenu fictif est imputé à ses ressources, ce qui a pour conséquence de soumettre sa situation à l'approximation et surtout d'amoindrir le montant de l'éventuelle pension.

S'il s'agit bien d'une pension alimentaire, la compensation ne se limite pourtant pas aux seuls besoins mais s'étend plus largement au niveau de vie. L'objectif recherché est que le créancier conserve, autant que possible, le niveau de vie qui était le sien en cours d'union. L'expression s'inscrit dans un entre-deux : il ne s'agit ni de conditions de vie exorbitantes, ni de conditions de vie sommaires. Toutefois, le caractère alimentaire de cette pension ressort nettement sur son exécution, puisqu'elle prend la forme d'une rente. Cependant, les époux peuvent une nouvelle fois s'accorder pour que cette compensation se réalise en capital et

⁵⁴¹ M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 69.

⁵⁴² M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 63 et 64.

⁵⁴³ M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 73.

⁵⁴⁴ M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 76.

soit versée en une seule fois⁵⁴⁵. Le montant de la rente peut être révisé lorsque la situation du débiteur ou du créancier a évolué, en vertu de l'adage *rebus sic stantibus*.

Le créancier d'aliments perd son droit lorsqu'il est l'auteur d'une faute grave à l'encontre de son ex conjoint (art. 74, Loi sur le mariage), telle que des injures, violences physiques ou morales, des menaces et des diffamations. Il en va de même s'il adopte un mode de vie jugé immoral ou peu recommandable, expression faisant notamment référence à la prostitution et au proxénétisme⁵⁴⁶. La créance s'éteint également en cas de remariage du créancier (art. 75, Loi autrichienne sur le mariage), à moins que les époux se soient accordés sur son maintien en pareilles circonstances. Enfin, elle cesse d'être due lors du décès du créancier, contrairement au décès du débiteur, qui entraîne la transmission de la dette aux héritiers.

En guise de conclusion, on évoquera rapidement un autre objet de compensation, peu commun, à la connotation alimentaire. Il s'agit de l'égalisation des droits à pension, qui permet lors du divorce de rééquilibrer les droits à retraite acquis par chacun des époux au cours de l'union. L'objectif est alors de compenser les effets de la vie en couple sur les droits à retraite, au profit de celui que le mariage aura le plus affecté, notamment en raison d'une importante contribution à la vie familiale ayant eu des répercussions négatives sur son activité professionnelle. Ce système est admis en *Allemagne*⁵⁴⁷, ainsi qu'en *Angleterre* et au *Pays de Galles*⁵⁴⁸.

2. La prestation compensatoire, une pratique rare

Lors de la réforme du 11 juillet 1975, le législateur français a remplacé la pension alimentaire, fondée sur la faute du débiteur et l'état de besoin du créancier, par une prestation compensatoire destinée à compenser, autant que possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux (art. 270 C. civ. français). La technique s'est depuis généralisée à tous les cas de divorce, afin de régler de façon neutre et objective les conséquences de la rupture sur le niveau de vie des ex époux. Alors que la plupart des législations concernées par cette recherche partagent ce même

⁵⁴⁵ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 70.

⁵⁴⁶ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 66.

⁵⁴⁷ § 1587 BGB. V. aussi D. MARTINY, *Rapport allemand*.

⁵⁴⁸ Deux systèmes sont prévus. Le premier, résultant de la *Pension sharing order* (applicable aux divorces pour lesquels la demande a été introduite après le 1^{er} déc. 2000), consiste en un partage des droits à pension de retraite. Il s'agit d'attribuer à l'époux qui ne dispose pas de pension de retraite, un pourcentage de celle de son conjoint, à charge pour lui de réinvestir les sommes dans un nouveau plan de retraite. Le second, prévu par les *Pension attachment orders* (applicables aux divorces pour lesquels la demande a été introduite après le 1^{er} juill. 1996) permet le partage du montant de la pension de retraite. L'organisme qui la délivre est alors tenu d'en verser un pourcentage, sous forme de rente ou de capital, à celui des ex époux qui n'en dispose pas. Elle peut être révisée et prend fin, lorsqu'elle est réalisée sous la forme d'une rente, par le décès ou le remariage du créancier. L'une et l'autre de ces ordonnances s'appliquent exclusivement et ne peuvent dès lors être cumulées. Cf. pour plus de précisions, L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 62.

objectif de neutralisation et d'objectivation des effets patrimoniaux du divorce, ce mode de compensation a peu été reproduit à l'étranger. Seuls trois États, parmi ceux étudiés, ont en effet instauré un système de prestation compensatoire, sans que l'on puisse affirmer qu'il correspond strictement à celui que le droit français connaît.

En *Roumanie*, si la prestation compensatoire constitue le mode de compensation des conséquences du divorce sur le niveau de vie des ex époux, seul celui qui n'a pas été désigné comme étant exclusivement responsable de la dissolution du mariage peut y prétendre. L'époux non responsable ne pourra jamais être contraint de payer une telle prestation, qui n'est par ailleurs pas applicable lorsqu'on se trouve dans un divorce prononcé aux torts partagés. La règle est comparable à celle qui résultait de la réforme française du divorce du 11 juillet 1975, et qui a depuis été réformée. La loi roumaine se distingue ainsi de la loi française, qui reconnaît le droit de demander et d'obtenir une prestation compensatoire à tous les époux, sans exception. La faute, ou plutôt son absence, ne constitue pas une condition d'octroi d'une prestation, mais une limite. Le juge français peut en effet refuser de compenser la disparité lorsqu'il lui apparaît qu'il serait peu conforme à l'équité d'accorder une telle mesure à l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé (art. 270, al. 3, C. civ. français). Autre particularité du droit roumain, la prestation ne peut être accordée qu'à la condition que le mariage a duré au moins vingt ans (art. 390-395 nouv. C. civ. roumain).

Quant à l'objectif de cette compensation, il s'agit moins de rétablir un équilibre patrimonial entre les époux, qu'entre la situation qui était celle du bénéficiaire avant et après la dissolution du mariage. Pour évaluer le montant nécessaire à cette compensation, le juge tient compte des effets de la liquidation du régime matrimonial (art. 390, al. 2, nouv. C. civ. roumain), des ressources des époux, de leur âge, de leur état de santé, de leur contribution à l'éducation des enfants mineurs, de leur formation professionnelle, ainsi que de leur faculté à retrouver et exercer une activité rémunérée.

Cette compensation peut s'exécuter en argent, sous la forme d'un capital ou d'une rente, ou en nature, par exemple grâce à l'attribution d'un usufruit sur des biens meubles ou immeubles (art. 392, al. 1, nouv. C. civ.). Il est possible de réviser, tant sa forme que son montant, à la hausse ou à la baisse. Dès lors qu'elle est versée sous forme de rente, une indexation sera automatiquement prévue. Le remariage et le décès du créancier en provoqueront l'extinction, de même que son retour à meilleure fortune, c'est-à-dire s'il dispose à nouveau de ressources de nature à lui procurer un niveau de vie semblable à celui qui était le sien en cours de mariage.

Le droit *espagnol* prévoit deux types de compensation. D'une part et indépendamment du régime matrimonial, une prestation compensatoire peut être accordée. À l'instar du droit français, elle a pour fonction de compenser la disparité née dans les conditions de vie respectives des époux en raison de la dissolution du lien matrimonial. L'objectif est d'atténuer le déséquilibre entre les niveaux de vie des ex époux, et non d'établir l'égalité

patrimoniale. D'autre part et plus spécifiquement, afin d'atténuer les effets du régime de séparation de biens, une mesure de compensation est parfois prévue pour compenser la perte de revenus due au travail ménager réalisé par l'un des époux en cours d'union. Cette mesure n'est cependant pas admise dans toutes les provinces.

En ce qui concerne la prestation compensatoire, l'objet de la compensation constitue, de manière parfaitement cohérente, la première condition. L'attribution est en effet subordonnée à l'existence d'une disparité dans les conditions de vie respectives des époux, défavorable à celui ou celle qui la demande. Il existe cependant différentes raisons qui font obstacle à son application. En effet, les époux ont notamment la possibilité de renoncer à la prestation compensatoire pendant le mariage, voire avant sa célébration. Cette renonciation ne vaut en revanche que si n'apparaissent pas de nouvelles circonstances, qui n'auraient pas été et ne pouvaient pas être prévues au jour de l'accord. Outre la renonciation, cette prestation ne trouve pas à s'appliquer lorsque le mariage a peu duré. En revanche, le comportement des époux n'en influence pas l'obtention, le législateur ayant eu la volonté de dissocier les causes et les conséquences de la rupture.

Si une convention peut permettre aux époux de renoncer au droit à prestation, elle peut également être l'occasion pour eux de s'accorder sur son principe, son montant, la durée des versements, et plus généralement sur toutes les modalités de son exécution et de son extinction (art. 1325 C. civ. espagnol). Les parties sont alors libres, dans la limite du droit commun des contrats ; le juge ne dispose pas, en effet, d'un pouvoir de contrôle. À défaut d'accord, c'est lui qui se prononce. La demande doit être formulée, ou la convention conclue, à l'occasion de la procédure de divorce et dans la stricte limite de son prononcé.

Malgré l'importance de l'évaluation de la disparité, mais aussi de l'étendue de la compensation, les époux ne sont pas tenus à un véritable devoir de transparence. Seul le demandeur est contraint d'annexer à sa requête les différents documents qui permettront d'apprécier sa propre situation financière, mais aussi celle de son conjoint. Toutefois, il peut solliciter l'autre partie pour qu'elle produise les pièces utiles. En cas de refus, le juge a le pouvoir de contraindre la partie qui ne s'exécute pas à fournir les différentes pièces demandées. Différents éléments sont pris en compte pour déterminer à la fois l'opportunité de délivrer une prestation compensatoire et pour calculer son montant. Il s'agit des accords passés entre les époux, leur âge et leur état de santé, leur qualification professionnelle ainsi que la probabilité qu'ils exercent une activité professionnelle, leur contribution passée et prévisible à la vie familiale, la contribution à l'activité professionnelle de l'autre, la durée du mariage et de la vie commune, les droits à pension, les besoins et ressources de chacun, ainsi que tout autre élément utile. La liste rappelle clairement celle de l'article 271 du Code civil français.

Une fois le montant fixé, la prestation compensatoire peut prendre la forme d'un capital (une somme d'argent, un transfert de propriété ou d'un usufruit), d'une rente temporaire ou viagère (art. 97 C. civ. espagnol). Elle peut être révisée lorsque les circonstances financières

du créancier ou du débiteur ont évolué et justifient que la compensation soit adaptée (art. 100 C. civ. espagnol). Elle prend fin par le remariage et le décès du créancier. En revanche, si le débiteur décède, la dette se transmet aux héritiers. Ils pourront néanmoins demander au juge la réduction ou la suppression de la prestation, lorsque les forces de la succession ne s'avèreront pas suffisantes pour la payer, situation qui porterait atteinte à leurs droits successoraux.

Enfin, en *Angleterre* et au *Pays de Galles*, deux législations qui ne connaissent pas la notion de régime matrimonial, le Matrimonial Causes Act de 1973 prévoit la possibilité d'obtenir une redistribution des biens personnels de chacun des ex époux, quelle que soit leur nature.

Un capital compensatoire peut également être attribué (Sections 23(1)(c) et 31(7A) à (7F) du Matrimonial Causes Act, 1973). Le paiement s'effectue en principe en une seule fois, conformément à la doctrine du *clean break*, mais il peut être fractionné, à l'instar de la prestation compensatoire de droit français (comp. art. 275 C. civ. français). Le paiement différé de certaines échéances est également admis lorsqu'il est nécessaire de laisser au débiteur le temps de liquider une partie de son patrimoine. Lorsqu'une ordonnance prévoit un capital compensatoire, versé en une seule fois, elle ne peut être révisée ; à l'inverse, lorsqu'il s'agit d'un capital fractionné, la révision de l'ordonnance est toujours possible, que ce soit à propos du calendrier des échéances ou des modalités de paiement.

B. Le logement familial

Parce qu'il est un bien nécessaire, on s'attend à ce que l'immeuble à usage d'habitation affecté au logement du couple soit l'objet de règles particulières dans tous les droits étudiés.

Cependant, en *Grèce*, ces règles particulières trouvent une limite dans ce qui justifie pourtant un traitement particulier : le divorce. Le droit grec prévoit bien que lorsque l'équité le commande, le juge peut octroyer à l'un des époux le droit d'user exclusivement, en tout ou partie, de l'immeuble affecté au logement familial (art. 1393 C. civ. grec). Pour cela, il tient compte de la situation de chacun, ainsi que de l'intérêt des enfants. Toutefois, cette règle n'est applicable qu'à la seule séparation de fait et ne régit donc pas la question du divorce⁵⁴⁹.

La *Pologne* soumet quant à elle le logement, comme tout autre bien, au droit des régimes matrimoniaux⁵⁵⁰. Ainsi, si l'immeuble affecté au logement est commun, il figurera dans la masse partageable. Les ex époux ont toutefois la possibilité de s'accorder sur son sort, grâce

⁵⁴⁹ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 71.

⁵⁵⁰ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 71.

à une convention qui sera annexée au jugement de divorce, à condition que le juge estime l'acte en accord avec les intérêts de chacun. Il est cependant nécessaire de distinguer la question de la propriété de celle de la jouissance, et plus exactement de la jouissance du logement pendant la période séparant le jugement de divorce et la réalisation du partage. Cette question doit être réglée par le juge, lors du prononcé du divorce, au regard des intérêts en présence, c'est-à-dire ceux des ex époux, mais aussi ceux de leurs enfants communs. Il est au demeurant possible, pour le juge, de prononcer l'expulsion du conjoint dont le comportement répréhensible rend toute cohabitation impossible.

En *Allemagne*, l'immeuble affecté au logement du couple fait l'objet de règles spéciales en cas de divorce. Outre la convention que les époux peuvent conclure à son propos, la jouissance du bien peut être attribuée à l'un d'entre eux, afin d'éviter d'importantes difficultés auxquelles serait confronté l'attributaire s'il n'en profitait pas, mais aussi dans le but de garantir le bien-être des enfants (§ 1361 b BGB).

Le juge *roumain* est également compétent pour attribuer à l'un des époux le droit au bail par lequel est assuré le logement familial. Pour cela, il tient compte de l'intérêt supérieur des enfants mineurs, de la faute imputable à l'un des époux dans la rupture du mariage et des facultés de chacun à trouver un nouveau logement (art. 324, al. 1^{er} nouv. C. civ.). Lorsque l'immeuble est un bien commun, c'est la question de sa jouissance qui peut être discutée en tenant compte des mêmes critères. Elle n'est toutefois concédée qu'à titre provisoire, jusqu'à la réalisation du partage. À cette occasion, c'est la propriété du bien qui pourra être attribuée, en vertu des critères précédemment évoqués.

En *Angleterre* et au *Pays de Galles*, celui des époux avec lequel vivent les enfants est en droit d'obtenir le report de la vente du logement familial⁵⁵¹. La gestion du bien pourra alors se régler au moyen d'un *trust*, à moins que la propriété ne soit entièrement accordée à l'époux demeurant dans les lieux, à charge de récompense⁵⁵². En l'absence d'enfants communs, le report de la vente du logement est également possible, et ce pour une durée indéterminée⁵⁵³.

En *Hongrie*, les époux sont libres de déterminer, par convention, comment doit s'organiser l'utilisation du logement. À défaut d'accord, c'est le juge qui s'en charge. Afin de conduire son appréciation, il tient compte, en premier lieu, de l'intérêt de l'enfant commun mineur. S'il importe peu de savoir que le logement est assuré au moyen d'un bail ou d'un droit de propriété, il est en revanche plus important de tenir compte de sa nature de bien propre ou de bien commun. Lorsque l'immeuble est un bien propre ou loué par un seul des époux, le juge ne peut que très exceptionnellement en attribuer la jouissance à l'autre, en

⁵⁵¹ *Mesher v Mesher and Hall* [1980] 1 All ER 126.

⁵⁵² L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 71.

⁵⁵³ *Martin v Martin* [1977] 3 All ER 762.

réalité dans le seul cas où il est prévu que l'enfant mineur doit y vivre avec l'ex époux qui ne détient aucun droit sur le bien⁵⁵⁴.

En droit *espagnol*, les époux sont libres de s'accorder sur leur logement. À défaut, c'est le juge qui règle la question. Il accorde sa jouissance, en principe, à celui des époux avec lequel vivent les enfants mineurs. Si ceux-ci sont majeurs ou si le couple n'a pas d'enfant, il tient compte des intérêts en présence pour déterminer celui des époux dont la situation nécessite une protection particulière⁵⁵⁵.

En ce qui concerne l'*Italie*, la question de l'attribution du logement familial figure parmi les plus discutée par la doctrine⁵⁵⁶. La loi prévoit que son occupation peut être autorisée au profit de celui des ex époux avec lequel résident les enfants communs (art. 6, Loi italienne sur le divorce). Cette règle n'exclut toutefois pas la prise en compte d'autres intérêts, plus particulièrement la situation économique des ex conjoints et la nécessité de protéger l'un d'entre eux. Une loi de 2006 confirme la considération de l'intérêt de l'enfant, mais dispose qu'il faut également tenir compte du titre de propriété. Elle prévoit également que le droit d'occupation s'éteint lorsque son bénéficiaire se remarie, cesse d'occuper le logement ou ne l'occupe tout simplement pas. Le cessionnaire est par ailleurs tenu d'assumer seul les dépenses relatives au bien. Précisons enfin que cette occupation ne doit pas être confondue avec la pension alimentaire, la première n'étant pas un mode d'exécution de la seconde.

Aux *Pays-Bas*, le juge a le pouvoir de déterminer lequel des époux aura le droit de conserver le logement, décision qu'il doit prendre, une nouvelle fois, au regard de l'intérêt des enfants, donc en fonction de celui avec lequel ils résident, mais aussi en fonction des facultés de cet époux à en supporter la charge financière⁵⁵⁷. Toutefois, les époux peuvent s'accorder sur ce point, grâce à la conclusion d'une convention.

En *Bulgarie*, le juge a le pouvoir d'attribuer la jouissance du logement à l'un des ex époux, si les parties n'ont pas eu l'occasion de s'accorder par convention. Pour désigner l'attributaire, il tient compte en premier lieu de l'intérêt des enfants communs mineurs ; il privilégiera donc l'attribution du logement à celui des ex époux chez lequel ils résideront⁵⁵⁸. En l'absence d'enfants communs mineurs, cette attribution est réalisée en considérant la nécessité de protéger l'un des ex époux, en raison de son âge, de son état de santé et de ses besoins.

Le droit *suédois* prévoit que l'attribution de l'immeuble affecté au logement familial est réalisée, soit conventionnellement par les époux, soit judiciairement en fonction de l'état de

⁵⁵⁴ Z. LELE, Rapport hongrois, Q 71.

⁵⁵⁵ C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Rapport espagnol, Q 71.

⁵⁵⁶ M. D. PANFORTI, Rapport italien, Q 71.

⁵⁵⁷ P. VLAARDINGERBROEK, Rapport néerlandais, Q 71.

⁵⁵⁸ V. TODOROVA, Rapport bulgare, Q 71.

nécessité, autrement dit au profit de celui qui se trouve dans la situation qui requiert le plus une protection⁵⁵⁹. Tout aussi important est le critère de la garde des enfants, puisqu'il est de leur intérêt que la jouissance du logement soit attribuée à l'ex époux avec lequel ils résident.

En *Belgique*, l'attribution du logement familial est en principe réglée conventionnellement par les époux. À défaut, le juge détermine la solution la mieux adaptée à la situation, en attribuant la propriété du bien ou en accordant sur celui-ci des droits permettant à l'un des conjoints d'en jouir.

Le droit *autrichien*, qui est *a priori* semblable à la plupart des droits régissant l'attribution du logement à l'un des ex époux, présente une particularité. Le juge a le pouvoir d'accorder à l'un des ex époux, soit un droit réel sur l'immeuble affecté au logement familial, soit un droit personnel à l'encontre de l'ex conjoint qui en est propriétaire (art. 87, Loi sur le mariage). Cependant, et c'est là la singularité de ce droit, les parties ont la faculté d'exclure cette possibilité par le biais d'une convention⁵⁶⁰.

Deux principales tendances ressortent de cet état de la législation des treize pays étudiés. D'une part, la question du logement peut le plus souvent être résolue par la conclusion d'une convention par les époux. Cette unanimité montre combien la volonté du législateur d'apaiser les conflits et de responsabiliser les époux est partagée par les États européens. D'autre part, les critères que suit généralement le juge pour désigner l'attributaire de la jouissance ou de la propriété du bien, sont les suivants : l'intérêt des enfants communs mineurs et, subsidiairement, la nécessité de protéger l'un des ex époux.

Conclusion

Concernant les effets extrapatrimoniaux du divorce, les diverses législations soumises à l'étude traduisent une certaine homogénéité, tempérée par quelques particularités.

S'agissant de la dissolution du lien matrimonial, la majorité des pays prévoit qu'elle intervient dès que la décision qui prononce le divorce a acquis l'autorité de la chose jugée, tandis que les autres pays s'inscrivent dans des procédures particulières (c'est le cas de l'*Angleterre*, de la *Bulgarie* et des *Pays-Bas*). De la même manière, si en matière d'usage du nom marital, le divorce n'a souvent aucun effet, certains pays prévoient néanmoins qu'il puisse se perdre automatiquement. La tendance en matière de délai de viduité est nettement plus marquée puisqu'aucun pays ne le prévoit à l'exception de l'*Italie*.

L'homogénéité des droits s'entend parfois de l'identité des règles. Ainsi par exemple, aucun État étudié n'envisage que le divorce produise des effets sur la nationalité.

⁵⁵⁹ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 71.

⁵⁶⁰ M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 71.

Cependant, il faut admettre que l'homogénéité n'existe pas toujours. L'étude des effets du divorce sur le titre de séjour de l'époux étranger ne révèle en effet aucune tendance particulière. Sur les treize pays étudiés, six envisagent la perte du titre de séjour et sept ne prévoient aucun effet particulier.

Concernant les effets patrimoniaux du divorce, les législations étudiées ont en commun de poursuivre un objectif de compensation des conséquences économiques produites par la dissolution du mariage. Si l'objectif est le même, la méthode pour y parvenir est en revanche distincte d'un État à un autre. Deux techniques s'opposent franchement. D'un côté, la pension alimentaire, qui permet d'assurer l'entretien de l'époux placé dans une situation de besoin après divorce et qui apparaît comme une règle d'exception à un principe d'autosubsistance. De l'autre, la prestation compensatoire, qui vise à atténuer une fois pour toutes les effets que le divorce produit sur le niveau de vie du moins fortuné des époux. Si douze États, parmi les treize étudiés (tous sauf l'*Espagne*), ont opté pour la méthode alimentaire, trois d'entre eux combinent les deux solutions (la *Roumanie*, l'*Angleterre* et le *Pays de Galles*). Malgré les différences de méthodes, qui s'accroissent à mesure que l'on entre dans le détail des règles et des régimes de compensation, des tendances se dessinent. C'est le cas notamment de la généralisation du recours aux conventions entre époux, tant concernant l'organisation de la compensation que l'attribution de la jouissance du logement familial après divorce. C'est aussi le cas, cependant plus timide et variable d'une législation à l'autre, de la neutralisation des effets du divorce et de la marginalisation de la faute.

Chapitre 3 : Les conséquences à l'égard des enfants

La place que les systèmes étudiés sont prêt à accorder aux accords parentaux pour organiser les conséquences du divorce à l'égard des enfants est une question cruciale. Ces conventions peuvent en effet, porter tant sur l'exercice de l'autorité parentale que sur l'organisation du temps de présence de l'enfant auprès de chacun de ses parents ; enfin ces conventions peuvent également viser à organiser les modalités par lesquelles l'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant sera remplie. Ces différents points ne seront pas détaillés dans cette partie, dans la mesure où il était plus cohérent de les intégrer dans la partie transversale spécialement dédiée à l'étude des conventions entre époux (voir *supra*). Le questionnaire s'organise autour de deux séries de questions relatives aux conséquences du divorce sur les enfants du couple. La première est relative aux conséquences de nature extra-patrimoniale (I) et la seconde aux conséquences patrimoniales (II).

I. Les conséquences extrapatrimoniales du divorce à l'égard des enfants

Les conséquences extrapatrimoniales du divorce à l'égard de l'enfant touchent principalement aux questions relatives à l'autorité parentale et à son exercice (A) ainsi qu'à l'organisation du temps de présence de l'enfant auprès de ses parents (B).

A. L'exercice de l'autorité parentale après divorce

Les États étudiés ne distinguent pas tous le fait pour un parent d'être titulaire de l'autorité parentale, du pouvoir d'exercer cette autorité sur l'enfant⁵⁶¹. Il a donc été choisi d'aborder la question exclusivement sous l'angle de l'exercice de cette autorité, laquelle investit son titulaire du pouvoir de prendre des décisions pour l'enfant, et ce, que cet exercice soit ou non distinct du titre d'autorité parentale. La question de l'exercice de l'autorité parentale par des tiers après divorce ne sera pas abordée à titre principal dans ce rapport.

Pour une très large majorité des systèmes sous examen, le divorce ne produit aucun effet automatique sur l'exercice de l'autorité parentale, à l'exception de la *Bulgarie* et de la

⁵⁶¹ C'est le cas notamment de l'Angleterre et du Pays de Galles, v. L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 55. C'est également le cas de l'Autriche, de l'Italie et de la Roumanie, voir les réponses aux questions complémentaires.

Hongrie qui retiennent un schéma assez semblable. En effet, dans ces deux systèmes le divorce met un terme à l'exercice conjoint de l'autorité parentale et pose le principe d'un exercice exclusif de cette autorité par le parent qui s'est vu confier la garde (en *Hongrie*) ou la résidence de l'enfant (en *Bulgarie*). Néanmoins les parents disposent de la possibilité d'exercer conjointement cette autorité après divorce, à leur demande, ce qui semble encore rare en pratique, et par décision du juge⁵⁶². Dans tous les autres systèmes au regard de l'exercice de l'autorité parentale le statut *quo* est maintenu après divorce sauf convention parentale contraire (*Allemagne, Belgique, Bulgarie, Espagne, Grèce, Pologne, Roumanie, Suède*) ou décision expresse du juge (*Angleterre et Pays de Galles, France, Hongrie, Italie, Pays-Bas*).

Dans tous les États qui autorisent les parents à organiser entre eux l'exercice de l'autorité parentale après divorce, ces conventions restent soumises au contrôle du juge qui pourra refuser de les homologuer, ou de les intégrer dans l'ordonnance judiciaire, lorsqu'elles ne sont pas conformes à l'intérêt de l'enfant.

Le juge se prononcera sur la question de l'exercice de l'autorité parentale après divorce à la demande de l'un ou l'autre des parents. En effet, ce n'est habituellement pas une question dont il peut se saisir d'office, sauf en *Belgique*⁵⁶³, en *Espagne*⁵⁶⁴, en *Roumanie*⁵⁶⁵, et en *Bulgarie*⁵⁶⁶.

Il est toutefois à noter qu'une exception au principe a été organisée en *Allemagne*. Dans ce système le juge peut en effet, à titre exceptionnel, se saisir d'office de la question de l'exercice de l'autorité parentale dans le cadre de la procédure de divorce, lorsque l'enfant se trouve dans une situation de danger⁵⁶⁷.

La situation particulière des *Pays-Bas* est également à distinguer. En effet, dans ce système les services de protection de l'enfance peuvent, au même titre que les parents, saisir le juge du divorce d'une demande de modification de l'exercice de l'autorité parentale⁵⁶⁸.

Lorsque le juge statue sur la question de l'exercice de l'autorité parentale les options qui s'offrent à lui pour en organiser les modalités sont très limitées. En effet, tous les États, la *Grèce* et l'*Autriche* mises à part, organisent la possibilité soit d'un exercice exclusif de

⁵⁶² Art. 72 par. 2 de la loi sur la Famille en *Hongrie* v. Z. LELE, *Rapport hongrois* Q 52 et V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 52.

⁵⁶³ W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 55.

⁵⁶⁴ C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 55.

⁵⁶⁵ Art. 396 NCC et 918 al. 2 NCPC, v. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 55.

⁵⁶⁶ V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 55.

⁵⁶⁷ D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 55.

⁵⁶⁸ P. VLAARDINGERBROECK, *Rapport néerlandais*, Q 55.

l'autorité parentale soit d'un exercice conjoint par les parents. De manière tout à fait originale la *Grèce*, en plus de cette organisation duale, autorise quant à elle le démembrement de l'exercice de l'autorité parentale et une partition des compétences entre les parents tant fonctionnelle que temporelle peut être ordonnée⁵⁶⁹.

En *Autriche*, les parents peuvent également d'un commun accord se répartir certaines fonctions parentales, l'un restant par exemple investi du pouvoir de prendre des décisions sur la personne de l'enfant et l'autre des décisions relatives à son patrimoine⁵⁷⁰.

Il est également à noter que face au désaccord parental persistant sur la question de l'exercice de l'autorité parentale, le juge *autrichien* ne peut qu'ordonner l'exercice exclusif de cette autorité par l'un des parents⁵⁷¹. Cependant une réforme est actuellement à l'étude dans ce système, visant à ouvrir, avant toute décision judiciaire sur la question, une période test de six mois (*phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung*) à l'issue de laquelle, en conformité avec l'intérêt de l'enfant, l'exercice conjoint de l'autorité parentale pourra être ordonnée par le juge⁵⁷².

Par ailleurs, en *Angleterre et Pays de Galles* le juge a la possibilité d'investir un tiers de l'exercice de l'autorité parentale au moyen d'une ordonnance fixant la résidence de l'enfant à son domicile (*residence order*). Cette possibilité lui permet de s'adapter au mieux des besoins de l'enfant après divorce⁵⁷³.

Lorsque le juge statue sur la question de l'autorité parentale et de son exercice après divorce un certain nombre de critères doivent être examinés et pris en compte dans la décision. De nombreux points communs sont à relever entre les différents systèmes, et quelques spécificités peuvent être mises en évidence.

Tous les États étudiés font de l'intérêt de l'enfant, ou de son bien-être (*welfare*), le critère de décision premier dans toute décision judiciaire relative à l'exercice de l'autorité parentale après divorce, que ce soit pour un maintien du statut *quo* ou une modification de cet exercice. De manière assez « classique », nous retrouvons également pris en compte l'avis exprimé par l'enfant sur la question, de même que l'évolution du comportement parental à son égard, le caractère conflictuel ou non de la relation entre les parents ou entre l'enfant et

⁵⁶⁹ Dans ce système les parents peuvent se répartir l'exercice des compétences attachées à l'autorité parentale sur une base fonctionnelle l'un prenant par exemple les décisions relatives à la personne de l'enfant, l'autre celles relatives à l'administration de son patrimoine. Il est également possible dans ce système de prévoir une répartition temporelle de l'exercice de l'autorité parentale. Cette autorité peut par exemple être exercée par la mère exclusivement sur une période de temps donnée puis par le père en alternance. Voir. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 55.

⁵⁷⁰ M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, questions complémentaires.

⁵⁷¹ Section 177a du Code civil général autrichien, v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 55.

⁵⁷² Projet de Section 180 (1) Nouvelle du Code civil général autrichien, v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 55.

⁵⁷³ L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 58.

l'un d'eux et enfin, les éventuelles défaillances d'un parent dans l'exercice de ses obligations⁵⁷⁴.

Au titre des éléments qui justifient que le juge modifie l'exercice de l'autorité parentale après divorce, une majorité d'État retient les violences physiques ou morales commises à l'encontre de l'enfant, c'est le cas notamment de l'*Allemagne*, de l'*Angleterre* et du *Pays de Galles*, de l'*Autriche*, de la *France*, de l'*Espagne*, de la *Grèce*, de la *Hongrie*, de l'*Italie*, de la *Roumanie*, et de la *Suède*⁵⁷⁵. La question de la prise en compte du comportement conjugal dans la décision relative à l'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale après divorce est plus délicate. De manière unanime l'ensemble des systèmes étudiés refusent de le retenir au titre des éléments d'appréciation relatifs à cette question. Une nuance est cependant à apporter au regard des situations de violences conjugales. En effet, certains États prévoient qu'il est possible pour le juge d'aménager l'exercice de l'autorité parentale après divorce compte tenu des violences qui ont pu être commises contre l'autre parent, dès lors que celles-ci ont eu des répercussions physiques ou morales sur l'enfant par ricochet. C'est le cas notamment de la *France*, de la *Hongrie*, de la *Pologne* et l'*Allemagne* et de la *Suède*⁵⁷⁶.

À l'instar du droit français, nous retrouvons également en droit *espagnol* des possibilités d'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale durant le mariage, tirées de la mise ne place de mesure de protection de l'époux victime de violences. Ce sera le cas notamment lorsqu'une mesure judiciaire d'interdiction de communication entre l'auteur et la victime a été rendue, ou encore, lorsque d'une mesure d'éloignement de l'auteur a été ordonnée⁵⁷⁷. L'*Angleterre et le Pays de Galles* en revanche, retiennent des critères très limitatifs pour justifier le retrait de l'autorité parentale à l'un des parents. La prise en compte du comportement conjugal est également exclue, y compris dans les situations de violence conjugale les plus extrêmes⁵⁷⁸. Cette position s'explique notamment par le fait que dans ce système il n'est pas fait de distinction entre le titre et l'exercice de l'autorité parentale : un parent a ou n'a pas l'autorité parentale. Ainsi, seules des violences physiques ou morales commises à l'encontre de la personne de l'enfant, peuvent justifier une décision judiciaire privant le parent de son autorité et corrélativement de son exercice⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ Synthèse des différents rapports nationaux qui expriment des positions similaires malgré des exemples parfois différents Q 56.

⁵⁷⁵ Voir les rapports nationaux respectifs Q 56 et les réponses aux questions complémentaires.

⁵⁷⁶ Voir les rapports nationaux respectifs Q 56.

⁵⁷⁷ C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 55.

⁵⁷⁸ *Re M (A minor)(Care Order: Threshold Conditions)*[1994] 2 FLR577, [1994] 2 FCR 871. Le retrait de l'autorité parentale du père qui avait assassiné la mère sous les yeux de l'enfant, n'a pas été prononcé. V. L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 56.

⁵⁷⁹ L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 56.

Le droit du parent d'avoir des relations avec son enfant n'apparaît pas systématiquement lié à l'exercice de l'autorité parentale.

En *Pologne*, notamment, ce droit est autonome et distinct de l'autorité parentale. Un parent ne peut donc pas en être privé en raison du retrait de cette autorité ou de celui de son exercice. Cependant l'exercice de ce droit peut selon les circonstances être limité dans ses modalités ou contrôlé⁵⁸⁰.

En *Grèce*, le droit d'avoir des relations personnelles avec l'enfant découle non de l'autorité parentale mais de la filiation. Par conséquent ce droit est également autonome et distinct de la question de l'autorité parentale et un parent ne peut en être privé que sur décision spécialement motivée du juge⁵⁸¹.

En *Angleterre et au Pays de Galles* la solution est radicalement opposée. En effet dans ce système le droit d'avoir des relations personnelles avec l'enfant est attaché à l'autorité parentale. Par conséquent un parent ne peut être privé de ce droit que dans les circonstances où il perdrait l'autorité parentale, ce qui n'est envisageable que dans le cas où l'enfant serait adopté par un tiers⁵⁸².

En *Espagne* et en *Belgique* seul le retrait de l'autorité parentale et non celui de son exercice, fait perdre le droit d'avoir des relations personnelles avec l'enfant⁵⁸³. Cependant, le droit *belge* prévoit que dans certaines circonstances, malgré ce retrait, un droit de visite peut être ordonné dans l'intérêt de l'enfant⁵⁸⁴.

Ces spécificités mises à part, dans l'hypothèse où l'un des parents n'exercerait pas l'autorité parentale après divorce, une très large majorité de systèmes organise le maintien des liens de ce parent avec l'enfant au moyen d'un droit de contact ou droit d'accès à l'enfant, quelles qu'en soient les modalités. L'exercice de ce droit peut toujours être contrôlé, et l'ensemble des systèmes retient que ce droit ne peut s'exercer que dans l'intérêt de l'enfant.

Aux *Pays-Bas* si l'enfant a plus de douze ans, le fait qu'il s'oppose pour des raisons sérieuses au contact avec le parent peut justifier qu'il y soit mis un terme à ce droit.

⁵⁸⁰ A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 57.

⁵⁸¹ En l'absence de disposition légale spécifique c'est ce qui semble découler d'une position doctrinale majoritaire, v. P. AGALLOPOULOU, *Rapport Grec*, Q 57.

⁵⁸² L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 57.

⁵⁸³ Art. 111 du Code civil, v. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 57 et W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 57.

⁵⁸⁴ W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 57.

En *Allemagne* et en *Autriche* les limites à ce droit sont tirées de la mise en danger de l'enfant, le comportement violent du parent, ou encore le fait qu'il soit porteur d'une maladie contagieuse, l'alcoolisme du parent ou son emprisonnement⁵⁸⁵.

La présence d'un tiers ou d'un travailleur social, peut également être imposée lors de l'exercice de ce droit en *Allemagne*⁵⁸⁶, en *France* et en *Suède*⁵⁸⁷.

Dans l'ensemble des systèmes étudiés, le droit du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale d'avoir des relations personnelles avec l'enfant inclut toute possibilité d'entrer en relation et de maintenir du lien avec lui.

Ce droit peut inclure également le droit d'obtenir des tiers des informations concernant l'enfant ; c'est le cas notamment des *Pays-Bas* où un droit d'accès à l'enfant allant de pair avec le droit de contact, permet au parent de solliciter les tiers, et notamment l'école, pour obtenir des informations⁵⁸⁸.

Ce droit d'avoir des relations personnelles avec l'enfant peut également inclure celui de résider avec lui sur de courtes périodes de temps en *Espagne*⁵⁸⁹, en *France*, en *Bulgarie*⁵⁹⁰.

En *Autriche*, les modalités du maintien des liens entre l'enfant et son parent qui n'exerce pas l'autorité parentale sont fixées par accord entre les parents et l'enfant ou par décision judiciaire. Dans cette dernière hypothèse la pratique retient que les modalités du contact ne doivent pas conduire à ce que la relation entre l'enfant et son parent se limite à des temps de loisir (week-end ou vacances), les modalités de contact doivent autant que possible permettre une prise en charge au quotidien de l'enfant sur des jours de la semaine.

Dans certains systèmes en revanche ce droit de contact n'inclut pas le droit d'héberger l'enfant, c'est le cas notamment de la *Suède*⁵⁹¹, il semble que ce soit également le cas de la *Hongrie*⁵⁹², ainsi que de la *Roumanie*. En effet dans ce système le parent qui perd l'exercice de l'autorité parentale reste seulement investi d'un droit de surveillance sur l'éducation de l'enfant, lequel ne comprend pas la possibilité pour lui d'accueillir l'enfant à son domicile⁵⁹³. En *Grèce*, par principe le droit de contact du parent qui n'exerce par l'autorité parentale

⁵⁸⁵ §1684 du BGB, v. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 57 et v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 57.

⁵⁸⁶ §1684 du BGB, v. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 57.

⁵⁸⁷ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 57.

⁵⁸⁸ P. VLAARDINGERBROECK, *Rapport néerlandais*, Q 57.

⁵⁸⁹ Art. 94 du Code civil, C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 57.

⁵⁹⁰ Art. 59 para. 3 du Code de la famille, v. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 57.

⁵⁹¹ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 57.

⁵⁹² Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 57.

⁵⁹³ M. SCHEAUA, *Rapport roumain* Q 57.

n'inclut pas non plus celui d'héberger l'enfant sauf accord parental contraire ou décision expresse du juge⁵⁹⁴.

Dans l'ensemble des systèmes étudiés, l'exercice de l'autorité parentale est attaché à la résidence de l'enfant. Le parent qui réside avec l'enfant exerce toujours, que ce soit de manière exclusive ou de manière conjointe, l'autorité parentale sur sa personne. Le droit *anglais* a même la spécificité de faire de la résidence de l'enfant le critère d'attribution de l'exercice de l'autorité parentale. En effet, la personne, parent ou tiers, qui obtient au moyen d'une ordonnance judiciaire (*residence order*⁵⁹⁵) que la résidence habituelle de l'enfant lui soit confiée, obtient pour le temps durant lequel cette ordonnance produira ses effets, l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant⁵⁹⁶.

Il ressort également de cette étude que les modes d'organisation de la vie de l'enfant après divorce ont évolué récemment, et que les systèmes tendent à ouvrir de plus en plus la possibilité pour les parents de partager le temps de présence de l'enfant à leur côté.

B. L'organisation des relations entre l'enfant et ses parents après divorce

L'ensemble des systèmes étudiés fait de l'intérêt de l'enfant, ou de son bien-être (*welfare*), le critère légal de décision du juge lorsqu'il organise les modalités de sa résidence et de ses relations personnelles avec ses parents après divorce. Si l'ensemble des États favorise la recherche d'une entente parentale sur cette question (voir *supra*), les modalités par lesquelles cet accord va produire ses effets ne sont pas uniformes.

Dans une majorité d'États, le juge après examen de la conformité de l'accord parental à l'intérêt de l'enfant devra l'avaliser soit en homologuant la convention, soit en se fondant sur celle-ci dans le prononcé de son jugement.

Les cas particuliers de *l'Angleterre et du Pays de Galles* et de la *Suède* doivent cependant être distingués. En *Angleterre*, l'un des principes directeurs qui gouverne les procédures familiales limite le pouvoir du juge de rendre une ordonnance judiciaire ; en effet, une décision de justice (*court order*) ne doit être rendue que s'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'elle le soit (*no order principle*). Lorsqu'il s'agissait de déterminer l'organisation de la vie de l'enfant après divorce, la jurisprudence anglaise a pu appliquer de manière stricte ce principe, allant jusqu'à priver les parents de la possibilité de faire intégrer leur accord dans

⁵⁹⁴ P. AGALLOPOULOU, Rapport grec, questions complémentaires.

⁵⁹⁵ Section 8 et section 12(2) du *Children Act 1989*, v. L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 51.

⁵⁹⁶ L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 51.

une décision de justice. L'accord parental conforme à l'intérêt de l'enfant se suffit à lui-même et peut produire ses effets sans aval judiciaire⁵⁹⁷.

En *Suède* également, l'accord parental sur la question de l'organisation de la résidence de l'enfant ne sera pas soumis au juge. Il devra cependant, à la différence de la solution anglaise, être avalisé. Cette compétence est donnée aux services sociaux du ressort, qui sont garant de sa conformité à l'intérêt de l'enfant⁵⁹⁸.

Le schéma « classique » de la résidence habituelle de l'enfant fixée chez l'un de ses parents avec l'octroi pour l'autre d'un droit de visite et d'hébergement, ne fait plus aujourd'hui l'unanimité. La possibilité d'un partage de la résidence de l'enfant est organisée désormais dans un certain nombre d'États, soit à titre de principe soit à titre optionnel.

La résidence alternée, ou garde partagée, comme mode d'organisation de la vie de l'enfant après divorce à titre de principe, reste minoritaire. Seule l'*Italie* a fait ce choix, tout en laissant la possibilité au juge de fixer la résidence habituelle de l'enfant chez l'un de ses parents⁵⁹⁹, si la garde partagée apparaît contraire à son intérêt⁶⁰⁰. Nous retrouvons également cette position en *Espagne*, dans les communautés autonomes de *Valence* et d'*Aragon*. Ces communautés ont légiféré pour faire de la garde partagée le principe, sauf accord parental contraire. Nous pouvons remarquer que le rapporteur espagnol se montre assez critique sur le choix ainsi opéré par ces communautés, lequel ne serait pas en phase avec la réalité sociale actuelle sur le territoire⁶⁰¹.

La résidence habituelle de l'enfant fixée chez l'un de ses parents avec l'octroi d'un droit de visite est d'hébergement à l'autre parent reste la solution de principe en *Allemagne*, en *Autriche*, en *Hongrie*, en *Pologne*, et en *Roumanie*⁶⁰². Cependant un accord parental en faveur d'une résidence alternée peut permettre d'y déroger en *Allemagne* et en *Roumanie*⁶⁰³. L'*Autriche*, la *Hongrie* et la *Pologne* en revanche, n'ouvrent pas la possibilité de mettre en place une résidence alternée. En *Autriche* cette organisation apparaît même contraire au principe du principal établissement de l'enfant (*Heim erster Ordnung*).

⁵⁹⁷ L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 58. Pour plus détails sur la mise en œuvre du *no order principle* par les juges dans les procédures familiales en Angleterre voir L. FRANCOZ TERMINAL, *la capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, European Family Law series vol. 21, Stämpfli-Intesentia 2008, n° 512 et s.

⁵⁹⁸ Chapitre 6 § 14a2 du Code des enfants et des parents, v. Prof. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 59.

⁵⁹⁹ Il est à noter que l'attribution préférentielle du logement familial sera déterminée en *Italie* en fonction de l'attribution de la résidence habituelle de l'enfant à l'un ou à l'autre des parents, v. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 58.

⁶⁰⁰ M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 58.

⁶⁰¹ C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 58.

⁶⁰² Voir les rapports respectifs Q 58.

⁶⁰³ D. MARTINY, *Rapport allemand* et M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 58.

Enfin, dans les autres États, *Angleterre, Espagne* et communauté autonome de *Catalogne, France, Grèce, Pays-Bas, Roumanie, Suède*⁶⁰⁴, aucun mode d'organisation n'est privilégié par le législateur. Aussi, les deux options, résidence habituelle et résidence alternée, sont envisageables⁶⁰⁵. Les parents comme le juge peuvent opter pour l'une ou l'autre de ces alternatives, en fonction de sa conformité à l'intérêt de l'enfant.

Les *Pays-Bas* réservent cependant une place tout à fait particulière à l'enfant dans cette décision. En effet, à compter de douze ans, et en deçà s'il est doué de discernement, l'enfant peut saisir directement le juge d'une demande de modification de sa résidence⁶⁰⁶.

Par ailleurs, la situation de la *Bulgarie* doit être distinguée. En effet si de prime abord, il conviendrait le ranger cet État dans la catégorie de ceux qui ouvrent l'alternative, il ne faut pas oublier que dans ce système le divorce a pour effet automatique de mettre un terme à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, sauf accord parental contraire. Ainsi, après divorce, l'autorité parentale sera exercée exclusivement par le parent à qui la résidence habituelle de l'enfant a été confiée (voir *supra*). Par conséquent pour qu'un schéma de résidence alternée, possible en vertu des dispositions légales applicables, puisse se mettre en place en pratique, encore faut-il que les parents aient par convention fait le choix de continuer à exercer conjointement l'autorité parentale après divorce. Cette solution ne semble concerner qu'un faible nombre de cas. En effet le rapporteur retient que le schéma de la résidence habituelle avec droit de visite et d'hébergement est le schéma quasi universel en *Bulgarie*⁶⁰⁷.

Enfin, un certain nombre de systèmes organisent la possibilité de confier l'enfant à un tiers après le divorce. C'est le cas de *l'Angleterre et du Pays de Galles*, qui ouvrent très largement la possibilité au tiers de demander à obtenir la résidence habituelle de l'enfant au moyen d'une ordonnance de résidence (*Residence order*). Le tiers peut également bénéficier d'une ordonnance de résidence alternée avec le parent (*Shared residence order*). Ces deux ordonnances judiciaires ont pour effet d'investir automatiquement leur bénéficiaire de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant pendant la durée de l'ordonnance⁶⁰⁸.

En *Hongrie*, un tiers peut également demander au juge à se voir confier l'enfant après divorce. Cette décision reste cependant exceptionnelle. Si la résidence de l'enfant est

⁶⁰⁴ Chapitre 6 § 14 du Code des enfants et des parents. Dans ce système un quart des enfants de parents divorcés bénéficient d'une résidence alternée, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 59.

⁶⁰⁵ Voir rapports nationaux respectifs Q 58.

⁶⁰⁶ P. VLAARDINGERBROECK, *Rapport néerlandais*, Q 58.

⁶⁰⁷ V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 58.

⁶⁰⁸ L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 51 et 58. Voir tout particulièrement l'affaire *Re H (Shared Residence : Parental Responsibility)*[1995]2 FLR 883, dans cette affaire la résidence alternée a été ordonnée non seulement pour l'enfant commun du couple, mais aussi pour l'enfant que l'épouse avait eu d'une précédente union, investissant par conséquent le mari de l'exercice de l'autorité parentale sur cet enfant qu'il élevait comme le sien.

confiée au tiers, celui-ci sera automatiquement investi de l'exercice de l'autorité parentale par l'effet de cette décision⁶⁰⁹.

La *Bulgarie*⁶¹⁰, l'*Espagne*⁶¹¹, la *France*, la *Grèce*⁶¹², la *Roumanie*⁶¹³, organisent également la possibilité pour le juge de confier l'enfant à un tiers, personne physique ou institution, après le divorce de ses parents. Cependant cette décision ne produira aucun effet sur l'exercice de l'autorité parentale ; les parents en resteront seuls investis.

En *Suède*, la décision de confier l'enfant à un tiers après divorce ne peut résulter que d'un accord parental et doit recevoir l'aval des services sociaux compétents⁶¹⁴. Cette décision ne produira aucun effet sur l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant⁶¹⁵.

La résidence alternée de l'enfant permet une continuité effective de la relation entre l'enfant et ses deux parents après divorce. Dans l'hypothèse où la résidence habituelle de l'enfant est fixée chez l'un de ses parents et qu'un droit de visite et/ou d'hébergement a été ordonné, les mesures mises en place afin de garantir les liens entre l'enfant et le parent avec qui il ne réside pas de manière habituelle sont très différentes d'un État à un autre.

Tous les États font référence à l'existence d'un droit-devoir pour le parent de maintenir des relations personnelles avec l'enfant après divorce, le second aspect étant le corolaire du droit de l'enfant à maintenir des relations personnelles avec ses deux parents reconnu par l'article 9.3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Cependant, l'ensemble des systèmes juge préférable de s'abstenir d'ordonner des mesures de contraintes spécifiques à l'encontre du parent, ne résidant pas de manière habituelle avec l'enfant, qui s'abstiendrait d'exercer les droits qui ont pu lui être accordés en vue de maintenir des relations personnelles avec l'enfant⁶¹⁶. Il est cependant à noter qu'un projet de réforme actuellement à l'étude en *Autriche* prévoit, et ce serait une première, la possibilité d'une exécution forcée du droit de visite à l'encontre du parent défaillant dès lors que la décision de justice qui l'ordonne revêt certaines formes spécifiques⁶¹⁷.

⁶⁰⁹ Z. LELE, *Rapport hongrois* Q 58.

⁶¹⁰ Art. 59 para. 7 du Code de la Famille, v. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 58.

⁶¹¹ Art. 103.1^a 2^e al. du code civil v. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 58.

⁶¹² P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 58.

⁶¹³ M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 58.

⁶¹⁴ Chapitre 6 §6 de la loi relative aux Services sociaux (*Social Services Act*), v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 58.

⁶¹⁵ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 58.

⁶¹⁶ Synthèse des rapports nationaux Q 60.

⁶¹⁷ Projet de section 110(1)(2) nouvelle du projet de loi sur les procédures non contentieuses v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 60.

La défaillance parentale dans le maintien des liens avec l'enfant pourra dans tous les systèmes conduire à une réorganisation de l'exercice du droit de visite et/ou d'hébergement, voire à leur suppression⁶¹⁸.

Dans certains États cette attitude peut également conduire le juge à priver le parent défaillant de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant, c'est le cas de la *Bulgarie*, de la *France*, de la *Grèce*, de la *Pologne*, de la *Roumanie*, et de la *Suède*⁶¹⁹.

En *Italie*, le fait de ne pas remplir les devoirs qui sont attachés à l'autorité parentale peut conduire au retrait de l'autorité parentale (titre et exercice)⁶²⁰. En *Angleterre et Pays de Galles*, la question se pose de savoir sur une ordonnance judiciaire visant à régler une question spécifique (*specific issue order*) ne pourrait pas permettre au juge d'ordonner des mesures contraignantes sur le parent défaillant. La pratique ne s'est pas saisie de cette opportunité et il n'y a pas de jurisprudence qui vienne soutenir cette position⁶²¹.

Le droit *autrichien* a, quant à lui, adopté des dispositions tout à fait originales pour inciter le parent à maintenir des liens avec l'enfant. Tout d'abord, de manière relativement « classique » il est prévu dans ce système que l'absence délibérée de contact avec l'enfant puisse conduire le juge à mettre un terme au droit du parent à être informé des décisions relatives à la vie de l'enfant et à participer à la prise de ces décisions⁶²². Par ailleurs, le parent défaillant risque également de perdre la possibilité qui est la sienne de diminuer la part successorale légale revenant à l'enfant⁶²³. L'*Autriche* est le seul, parmi les systèmes étudiés, à établir un lien entre le maintien des relations personnelles avec l'enfant mineur et le droit successoral. Pourtant à y regarder de plus près cela semble une évidence, beaucoup de l'affectif familial se réglant par voie successorale.

Si le maintien des relations personnelles avec ses deux parents est un droit de l'enfant, nous pouvons nous interroger sur le fait de savoir si ce droit est un droit-devoir, à l'instar de celui reconnu à ses parents. Il semble également difficile pour le parent d'obtenir de l'enfant l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement auquel il cherche à se soustraire.

⁶¹⁸ Synthèse des rapports nationaux Q 60.

⁶¹⁹ Voir les rapports nationaux respectifs Q 60.

⁶²⁰ Art. 330 du Code civil, v. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 60.

⁶²¹ L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 60.

⁶²² Section 178(3) du Code civil général, v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 60.

⁶²³ Section 148 du Code civil général qui exclut le parent défaillant du bénéfice de la section 773a du Code civil autorisant un parent à réduire la part successorale légale revenant à l'enfant v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 60.

L'*Allemagne* retient expressément à ce titre que le maintien des relations personnelles avec son parent n'est pas un devoir de l'enfant⁶²⁴ et que le recours à la force visant à contraindre l'enfant à l'exécution du droit de visite est exclu⁶²⁵.

Dans le même ordre d'idée, l'*Autriche* retient que ce droit au maintien des relations personnelles avec l'enfant ne peut s'exécuter contre la volonté de ce dernier⁶²⁶. Ce système prévoit également que l'exécution sous contrainte d'un droit de visite et d'hébergement (voir *infra*) ne peut être ordonnée si l'enfant de plus de quatorze ans s'y oppose⁶²⁷. Un seuil d'âge relativement proche émerge de la *jurisprudence espagnole*. En effet il apparaît dans ce système que les juges n'iront pas à l'encontre de la volonté d'un enfant âgé de 14/15 ans qui s'opposerait au contact avec l'autre parent. C'est donc un libre exercice de ce droit qui sera alors consacré⁶²⁸.

En *Bulgarie*, l'enfant ne dispose pas d'un droit à s'opposer aux relations personnelles avec le parent chez qui il ne réside pas de manière habituelle. Cependant, dans ce système l'enfant dès dix ans sera obligatoirement entendu par le juge dans le cadre d'une procédure le concernant⁶²⁹. Si une opposition ferme de l'enfant s'exprime dans le cadre de cette audition, le juge devra en tenir compte dans sa décision d'ordonner ou non un droit de visite et d'hébergement, tout comme dans l'organisation, le cas échéant, de ses modalités. Le rapporteur retient cependant qu'il est très rare en pratique qu'un droit de visite et d'hébergement soit refusé au parent. Afin de faciliter le maintien des liens entre l'enfant et ses parents il est possible dans ce système de mettre en place un droit de visite médiatisé, en présence de certains tiers ou dans certains lieux spécialement dédiés. En outre, afin de faciliter le maintien des relations personnelles de l'enfant avec le parent chez qui il ne réside pas de manière habituelle, la prise en charge des frais de transport de l'enfant et de la personne qui l'accompagne peut être ordonnée⁶³⁰.

En *Roumanie*, en cas d'opposition du mineur au contact avec l'autre parent, un procès-verbal constatant l'opposition doit être dressé. Cette situation déclenchera l'intervention

⁶²⁴ § 1684 para. 1 BGB, v. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 60.

⁶²⁵ D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 60.

⁶²⁶ Jugement du 2 octobre 2010 de l'*Oberster Gerichtshof*, v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 60.

⁶²⁷ Section 108 de la Loi relative aux procédures non contentieuses, v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 60.

⁶²⁸ Art. 92 et 94 du Code civil, v. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, questions complémentaires.

⁶²⁹ V. art. 15 de la Loi sur la protection de l'enfance, v. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, questions additionnelles.

⁶³⁰ V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 60.

des services de protection de l'enfance qui pourront saisir le juge aux fins d'ordonner le suivi psychologique de l'enfant sur une période ne pouvant pas dépasser trois mois⁶³¹.

Une majorité de systèmes a par ailleurs, mis en place des mesures qui visent à garantir les relations personnelles entre l'enfant et le parent avec qui il ne réside pas de manière habituelle, en cas d'obstruction du parent avec qui réside l'enfant. Cependant, ces mesures, qui peuvent être très coercitives pour certaines, dessinent en creux les degrés d'échec de la relation parentale et un certain nombre de rapporteurs ont pu émettre des doutes quant à leur efficacité à (r)établir celle-ci.

Dans l'ensemble des systèmes le parent qui fait obstacle à l'exercice de ses droits par l'autre peut se voir privé de la résidence habituelle de l'enfant⁶³².

Ce comportement peut également conduire au retrait de l'exercice de l'autorité parentale du parent qui de manière réitérée fait obstacle au maintien des liens de l'enfant avec l'autre parent, en *Allemagne*⁶³³, en *France*, en *Grèce*⁶³⁴, en *Italie*⁶³⁵, en *Pologne*⁶³⁶, en *Roumanie*⁶³⁷.

Des mesures de médiation familiale peuvent parfois être ordonnées. Cependant contre toute attente cette position reste minoritaire. Cette solution est retenue en *Allemagne*⁶³⁸, en *France* et en *Hongrie*⁶³⁹.

L'*Espagne*, la *Hongrie* et les *Pays-Bas* prévoient également dans ces situations, la possibilité d'ordonner l'intervention d'un travailleur social dans la famille⁶⁴⁰.

En *Italie*, le parent qui abuse de ses pouvoirs au préjudice de ses enfants peut se voir retirer l'autorité parentale (titre et exercice)⁶⁴¹. Le retrait de l'autorité parental peut également être prononcé en *Pologne* en réponse à ce comportement parental⁶⁴².

⁶³¹ M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, questions complémentaires.

⁶³² Synthèse des rapports nationaux Q 60.

⁶³³ § 165 FPA, v. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 60.

⁶³⁴ P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 60.

⁶³⁵ Art. 709 ter du Code civil, v. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 60.

⁶³⁶ A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 60.

⁶³⁷ M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 60.

⁶³⁸ § 165 FPA, v. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 60.

⁶³⁹ Z. LELE, *Rapport hongrois* Q 60.

⁶⁴⁰ C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, P. VLAARDINGERBROECK, *Rapport néerlandais* et Z. LELE, *Rapport hongrois* Q 60.

⁶⁴¹ M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 60.

⁶⁴² A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 60.

L'*Espagne* et la *France* prévoient des mesures spécifiques visant à lutter contre l'enlèvement international d'enfant. Il est ainsi possible de restreindre les possibilités de sortie du territoire de l'enfant en la soumettant à l'autorisation de l'autre parent, en *France*, ou à l'autorisation du juge en *Espagne*⁶⁴³. L'*Espagne* permet également au juge d'ordonner l'interdiction de la délivrance d'un passeport à l'enfant ou sa confiscation. Enfin, il est possible dans ce système d'ordonner que tout changement de domicile de l'enfant soit soumis à une autorisation judiciaire préalable⁶⁴⁴.

En *Suède*, le parent privé de son droit d'accès à l'enfant peut saisir le juge d'une demande visant à obtenir une ordonnance de contact avec lui⁶⁴⁵. Les services sociaux peuvent également être à l'origine de la procédure, cependant il est très rare en pratique que cette action soit intentée par eux⁶⁴⁶. Cette ordonnance permet, tant l'octroi du droit qu'une extension des droits existants. Des modalités spécifiques visant à garantir l'exercice effectif de ce droit (*enforcement*) sont envisagées en cas de résistance du parent résidant avec l'enfant au contact exercé par l'autre⁶⁴⁷.

L'exécution forcée du droit de visite et d'hébergement peut être ordonnée, et le recours aux forces de l'ordre est envisageable en *Belgique*⁶⁴⁸.

En *Autriche*, une mesure de contrainte judiciaire peut être ordonnée avec la limite cependant, de la volonté exprimée par l'enfant. En effet, aucune mesure de contrainte ne peut être ordonnée sur le parent si l'enfant de plus de quatorze ans s'oppose lui aussi au contact avec l'autre⁶⁴⁹. En *Allemagne* l'exécution forcée de la mesure prendra également la forme d'une contrainte judiciaire exercée sur le parent (*Ordnungshaft*)⁶⁵⁰. En tout état de cause cette contrainte directe (*unmittelbarer Zwang*) ne peut être dirigée contre l'enfant⁶⁵¹.

La *Hongrie* et l'*Angleterre* quant à elles prévoient la possibilité d'ordonner des injonctions à l'encontre du parent⁶⁵². En *Angleterre et au Pays de Galles*, le *no contact order* interdit au parent qui réside avec l'enfant de mettre ce dernier en relation avec la personne désignée dans l'ordonnance. Cette ordonnance peut conduire à limiter l'influence négative qu'un tiers

⁶⁴³ C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 60.

⁶⁴⁴ C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 60.

⁶⁴⁵ Chapitre 6 § 15a.I du Code des enfants et des parents, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 60.

⁶⁴⁶ Ch. 21 du Code des enfants et des parents, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 60.

⁶⁴⁷ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 60.

⁶⁴⁸ W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 60.

⁶⁴⁹ M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 60.

⁶⁵⁰ D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 60.

⁶⁵¹ D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 60.

⁶⁵² Z. LELE, *Rapport hongrois*, et L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 60.

pourrait avoir sur l'enfant, et il est possible d'envisager son utilisation afin de lutter contre une démarche d'aliénation parentale⁶⁵³.

Une peine d'amende peut parfois être ordonnée à l'encontre du parent. Ce n'est cependant pas une position majoritaire. Nous retrouvons cette solution en *Autriche*⁶⁵⁴, en *Belgique*⁶⁵⁵ et en *France*.

L'*Italie* prévoit quant à elle la possibilité d'ordonner le paiement de dommages et intérêt à l'enfant ou au parent victime, de même que la possibilité d'ordonner le paiement de dommages et intérêts punitifs dont la somme peut aller de 75 à 5000 €⁶⁵⁶.

En *Allemagne*, une sanction financière sous astreinte au profit de l'État (*Ordnungsgeld*) peut être ordonnée pour non-respect par le parent de ses obligations légales ou judiciaires⁶⁵⁷.

Des poursuites pénales sont possibles en *France* pour non représentation d'enfant et en *Hongrie* pour mise en péril de mineur, et une peine d'emprisonnement peut être prononcée à l'encontre du parent qui ne respecte pas les droits de l'autre⁶⁵⁸.

De nouvelles tendances se dessinent aujourd'hui dans l'organisation des conséquences personnelles du divorce sur l'enfant. L'impératif du maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents semble bel et bien avoir été intégré dans une majorité d'États, quelles qu'en soient les modalités. Par ailleurs, il est à remarquer que le maintien des relations entre l'enfant et ses parents pourra être garanti sans considération de l'exercice de l'autorité parentale sur sa personne.

II. Les conséquences patrimoniales du divorce à l'égard des enfants

La question des modalités de l'exécution de l'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant mineur après le divorce se pose dans l'ensemble des systèmes étudiés. Les fondements juridiques de cette obligation ne sont cependant pas uniformes et les modalités qui permettent sa mise en œuvre révèlent des spécificités tout à fait intéressantes.

⁶⁵³ L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 60.

⁶⁵⁴ M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 60.

⁶⁵⁵ W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 60.

⁶⁵⁶ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 60.

⁶⁵⁷ § 89 para. 1 sent. 1 FPA, v. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 60.

⁶⁵⁸ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 60.

Il ressort de cette étude qu'une immense majorité d'États attache l'obligation d'entretien de l'enfant mineur à la filiation de l'enfant. Les parents ont en cette qualité l'obligation de subvenir aux besoins personnels et éducatifs de leurs enfants mineurs en *Allemagne*, en *Angleterre et au Pays de Galles*, en *Autriche*⁶⁵⁹, en *Belgique*, en *Espagne*, en *France*, en *Hongrie*, en *Italie*⁶⁶⁰, aux *Pays-Bas*, en *Pologne*, en *Roumanie*⁶⁶¹ et en *Suède*⁶⁶². Des spécificités sont cependant à relever parmi ces systèmes.

Tout d'abord *l'Angleterre et le Pays de Galles* modulent l'exercice de cette obligation en fonction de l'âge de l'enfant et de sa scolarisation. Cette spécificité peut s'expliquer par le fait que ce système est l'un de ceux qui, culturellement, a toujours facilité l'accès des adolescents et pré-adolescents au monde du travail, dans un cadre adapté⁶⁶³, dès lors qu'il est dans leur intérêt de travailler⁶⁶⁴. L'exécution de l'obligation d'entretien parentale est due sans condition à l'enfant jusqu'à son seizième anniversaire. Elle pourra se poursuivre jusqu'à son dix-neuvième anniversaire, un an au-delà de la majorité, si l'enfant est scolarisé dans un établissement du secondaire à temps complet (*full-time education*)⁶⁶⁵. Le jeune majeur qui poursuit des études supérieures ne dispose pas d'un droit au maintien de cette obligation dans ce système.

En *Bulgarie*, les parents disposent d'un droit de jouissance sur les biens de l'enfant et les profits qu'il serait possible d'en retirer peuvent être utilisés pour l'entretien de l'enfant et de sa famille⁶⁶⁶. L'obligation d'entretien est dans ce système liée à l'âge de l'enfant. Cette obligation est due jusqu'à ses dix-huit ans, quelle que soit sa situation personnelle. Elle est donc due à l'enfant mineur marié ou jeune travailleur⁶⁶⁷ ou encore au mineur pris en charge par les services de protection de l'enfance⁶⁶⁸. Cette obligation peut se poursuivre au-delà de

⁶⁵⁹ Section 140 du Code civil v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 78.

⁶⁶⁰ Art. 155 §IV du Code civil. Cette obligation survit à la majorité de l'enfant. Les parents resteront débiteurs jusqu'à ce que l'enfant majeur puisse subvenir à ses besoins, hormis les cas où il se serait mis lui-même en position de ne pouvoir y subvenir de manière autonome, v. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 78.

⁶⁶¹ Déduction du rapporteur de l'art. 507 du Code civil en vertu duquel le retrait de l'autorité parentale ne prive pas le parent déchu de ses droits de l'obligation d'entretien v. M. SCHEUAU, *Rapport roumain*, Q 78.

⁶⁶² Chapitre 7 §1 du Code des enfants et des parents, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 78.

⁶⁶³ Section 18(1) et 18(3) du Children and Young persons Act 1933, telles qu'amendées par la section 1(2) du Children Act 1972 et la section 1(3) du Employment of Children Act 1973, v. L. FRANCOZ TERMINAL, la capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais, European Family Law series vol. 21, Stämpfli-Intesentia 2008, n° 234 note 845.

⁶⁶⁴ Voir la notion de contrats de services conclus au bénéfice du mineur, L. FRANCOZ TERMINAL, *la capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, European Family Law series vol. 21, Stämpfli-Intesentia 2008, n° 233 et s.

⁶⁶⁵ Cette exigence correspond à une scolarité qui assure à l'enfant au moins douze heures de cours hebdomadaires, v. L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 78.

⁶⁶⁶ V. Art. 130 § 2 du Code de la famille, v. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, questions additionnelles.

⁶⁶⁷ V. Art. 143 du Code de la famille, v. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, questions additionnelles.

⁶⁶⁸ *Ibidem*.

la majorité de l'enfant : jusqu'à vingt ans s'il est lycéen et jusqu'à vingt-cinq ans s'il poursuit ses études dans l'enseignement supérieur⁶⁶⁹.

En Grèce et en Pologne, l'exécution de cette obligation d'entretien de l'enfant par ses parents est conditionnée par l'ampleur du patrimoine de l'enfant. En effet l'obligation n'est due que si les revenus tirés du patrimoine éventuel de l'enfant ne sont pas suffisants pour couvrir ses besoins personnels et éducatifs⁶⁷⁰.

D'autres critères que la filiation ressortent également de cette étude, pour fonder l'obligation d'entretien de l'enfant. En Bulgarie et en Grèce, cette obligation est liée au fait pour le parent d'être investit de l'autorité parentale sur l'enfant⁶⁷¹.

Enfin, la situation tout particulière des Pays-Bas est à remarquer puisque certains tiers pourront, dans ce système, être tenus d'une obligation d'entretien à l'égard de l'enfant. Aux Pays-Bas l'obligation d'entretien appartient certes aux parents *ès-qualités* (voir *supra*), cependant, les beaux-parents sont également tenus d'une obligation alimentaire à l'égard de l'enfant mineur de leur conjoint⁶⁷². C'est le seul parmi les systèmes étudiés à étendre l'obligation alimentaire aux beaux-parents. Le mariage avec le parent est la condition de cette obligation, celle-ci s'éteint avec le divorce et elle ne s'étend pas au concubin ou au partenaire du parent⁶⁷³. Par ailleurs dans ce système le géniteur d'un enfant, n'ayant pas établi la filiation de ce dernier, peut néanmoins être tenu d'une obligation alimentaire à son égard durant sa minorité. Le lien génétique entre eux fondera l'obligation⁶⁷⁴. L'enfant majeur peut dans une certaine mesure rester créancier de cette obligation. Ce sera le cas sans limite de temps si l'enfant majeur souffre d'un handicap mental, et dans tous les autres cas cette obligation s'éteindra à son vingt-et-unième anniversaire⁶⁷⁵.

Dans un grand nombre de systèmes le principe de proportionnalité de la contribution à l'entretien de l'enfant, en fonction des ressources de chacun des parents est retenu. C'est le cas notamment en Italie où les éléments qui doivent être pris en compte pour fixer le montant de la contribution ont été précisés. Les besoins de l'enfant doivent être pris en compte bien évidemment, de même que son niveau de vie avant le divorce, le temps de

⁶⁶⁹ V. Art. 144 du Code de la famille, v. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, questions additionnelles.

⁶⁷⁰ Art. 1486 al. 2 du Code civil v. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 78 et art. 133 § 1 k.r.o, v. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 78.

⁶⁷¹ V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 78 et P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 78.

⁶⁷² Art. 1 :392 du Code civil, v. P. VLAARDINGEBROECK, *Rapport néerlandais*, Q 78.

⁶⁷³ Art. 1 :395 du Code civil, v. P. VLAARDINGEBROECK, *Rapport néerlandais*, Q 78.

⁶⁷⁴ Art. 1 :394 du Code civil, v. P. VLAARDINGEBROECK, *Rapport néerlandais*, Q 78.

⁶⁷⁵ Art. 1 : 395a du Code civil, v. P. VLAARDINGEBROECK, *Rapport néerlandais*, Q 78.

présence auprès de chacun de ses parents, leurs ressources et la valeur économique des tâches parentales accomplies au domicile⁶⁷⁶.

En *Autriche*, le montant de la pension alimentaire est déterminé en fonction de l'âge et des besoins de l'enfant, des ressources du débiteur et de ses futures autres obligations alimentaires⁶⁷⁷.

En *Bulgarie*, le montant de l'obligation alimentaire est déterminé en fonction des besoins de l'enfant et de son niveau de vie avant le divorce⁶⁷⁸. Les capacités financières des parents sont également évaluées. Le montant sera ensuite divisé entre les parents⁶⁷⁹. Il n'existe pas de méthodologie particulière pour le calcul de l'obligation d'entretien de l'enfant, cependant le montant qui lui est alloué ne peut être inférieur à un quart du revenu minimum légal, soit l'équivalent en 2013 de cinquante euros⁶⁸⁰.

En *Espagne*, le montant de la pension alimentaire due à l'enfant est établi en fonction des ressources des parents, de leur situation économique et des besoins de l'enfant. Le temps investi auprès de l'enfant et dans son éducation par le parent qui a la garde est une modalité d'exécution de son obligation alimentaire⁶⁸¹.

En *Hongrie*, aux besoins de l'enfant et aux ressources des parents s'ajoutent le nombre d'enfants à charge du débiteur et les revenus propres de l'enfant⁶⁸². En tout état de cause, le montant total des pensions alimentaires à payer par le parent débiteur ne peut excéder 50% de ses revenus dans ce système⁶⁸³.

En *Roumanie*, des limites ont également été posées quant à la charge que représente cette obligation pour le débiteur. En effet dans ce système le montant de l'obligation d'entretien ne peut pas dépasser le quart du revenu mensuel net du débiteur pour un enfant, le tiers pour deux enfants et la moitié pour trois enfants et plus⁶⁸⁴.

En *Suède*, si les textes renvoient aux besoins de l'enfant et aux capacités financières des parents⁶⁸⁵ pour déterminer le montant de la pension alimentaire qui lui est due, la pratique consacrée s'écarte grandement de ces principes. En effet le rapporteur relève la pratique

⁶⁷⁶ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 78.

⁶⁷⁷ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 79.

⁶⁷⁸ Art. 59 para. 5 du Code de la famille v. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 78.

⁶⁷⁹ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 78.

⁶⁸⁰ V. les calculs du rapporteur, V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, questions additionnelles.

⁶⁸¹ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 79.

⁶⁸² V. Z. LELE, *Rapport hongrois* Q 79.

⁶⁸³ V. Z. LELE, *Rapport hongrois* Q 79.

⁶⁸⁴ Art. 529 du Code civil, v. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 79.

⁶⁸⁵ Chapitre 7 § 1.1 du Code des enfants et des parents v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 79.

entre les parents de fixer des mensualités indexées sur le montant versé par l'État au parent créancier en cas d'inexécution par le débiteur, soit l'équivalent de 140 euros mensuels. Cette somme apparaît bien inférieure à celle qui serait octroyée en application des critères légaux. Cependant, ainsi que le relève le rapporteur, il n'est pas commun pour les parents de saisir le juge des questions relatives à la pension alimentaire de l'enfant⁶⁸⁶.

Aux *Pays-Bas*, le montant des pensions alimentaires est indexé depuis une loi du 6 juillet 1972. Leur montant doit être réévalué tous les ans sur la base du pourcentage fixé par le Ministère de la justice et de la sécurité. Au titre de l'année 2013, le taux de réévaluation a été fixé à 1,7%, correspondant au taux d'augmentation des salaires⁶⁸⁷.

Les modalités de mise en œuvre de cette obligation d'entretien après divorce sont assez uniformes. Dans l'ensemble des États le principe est celui d'une pension alimentaire versée périodiquement par le parent qui ne réside pas de manière habituelle avec l'enfant, à l'autre parent. Ce sera donc le cas en *Allemagne*⁶⁸⁸, en *Angleterre et au Pays de Galles*⁶⁸⁹, en *Autriche*⁶⁹⁰, en *Belgique*, en *Bulgarie*, en *Espagne*⁶⁹¹, en *Grèce*⁶⁹², en *Hongrie*, en *Italie*, aux *Pays-Bas*, en *Pologne*⁶⁹³, en *Suède*⁶⁹⁴.

La position de la *Roumanie* est à distinguer cependant, l'octroi d'une pension alimentaire au bénéfice de l'enfant est prévu⁶⁹⁵ mais seulement si le parent qui ne réside pas habituellement avec l'enfant ne remplit pas spontanément l'obligation qui est la sienne, de prendre en charge directement et volontairement une partie des frais inhérents à la vie

⁶⁸⁶ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 79.

⁶⁸⁷ V. P. VLAARDINGERBROECK, *Rapport néerlandais*, Q 78.

⁶⁸⁸ § 1612 para. 3 sent.1 du BGB, le paiement mensuel d'avance est organisé par ces dispositions. Ce versement mensuel d'argent au bénéfice de l'enfant est le principe. Si le parent débiteur de l'obligation reste libre de donner un capital ou des biens à l'enfant, cela ne peut entrer dans le cadre de l'exécution de l'obligation d'entretien, v. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 79.

⁶⁸⁹ Section 1(2) du *Child support Act 1991*, v. L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 79.

⁶⁹⁰ Section 140, marg. 32 du Code civil, v. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 79.

⁶⁹¹ Art. 145, 146 et 93 du Code civil, v. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 79.

⁶⁹² Art. 1497 al. 1 du Code civil v. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 80.

⁶⁹³ Le montant de cette pension doit couvrir la moitié des besoins personnels et éducatifs de l'enfant, cependant ce ratio peut être ajusté par accord parental ou décision du juge, v. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 79.

⁶⁹⁴ Ce droit à pension peut être temporairement minoré lorsque le parent qui ne réside pas habituellement avec l'enfant, prend en charge ce dernier sur une période d'au moins cinq jours consécutifs. Chapitre 7 § 4.1 du Code des enfants et des parents, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 78.

⁶⁹⁵ Art. 530 al. 2 du Code civil, v. M. SCHEUAU, *Rapport roumain*, Q 79.

quotidienne de l'enfant et à son éducation⁶⁹⁶. Le montant de la pension ainsi fixée peut être une somme fixe d'argent ou bien un pourcentage du revenu mensuel du débiteur⁶⁹⁷.

Il est également à remarquer qu'en *Grèce* l'enfant peut directement saisir le juge d'une demande de modification des modalités d'exécution de l'obligation d'entretien⁶⁹⁸.

Il est enfin à noter que de manière toute à fait originale, en *Allemagne* et en *Angleterre*, le montant et les modalités de versement de la pension alimentaire due à l'enfant peuvent dans certaines circonstances être fixés hors cadre de la procédure judiciaire de divorce. En effet, en *Allemagne*, à titre d'alternative la pension alimentaire due à l'enfant peut être fixée par une transaction judiciaire revêtue de la force exécutoire (*gerichtlicher Vergleich*)⁶⁹⁹, ou encore dans un acte notarié également revêtu de la force exécutoire⁷⁰⁰. L'établissement d'un tel acte est considéré comme un droit de l'enfant dans ce système⁷⁰¹.

En *Angleterre*, la détermination du montant et des modalités du versement de la pension alimentaire due à l'enfant ne relève jamais de la compétence du juge du divorce⁷⁰². En effet ce système a renvoyé cette question à un organisme étatique le *Child Support Agency*. Cet organisme dépend du Gouvernement et est rattaché au Ministère du travail et des pensions. Il sera saisi de toute demande relative à l'exécution de l'obligation d'entretien de l'enfant par son, ou ses, parent(s), dès lors qu'il ne réside pas de manière habituelle avec eux, et ce quelle qu'en soit la cause. Ce peut être à l'issue d'un divorce ou d'une séparation parentale, ou encore lorsque l'enfant est placé ou confié à un tiers. Le *Child Support Agency* peut être saisi par le parent qui réside avec l'enfant aux fins d'évaluer le montant de l'obligation due à l'enfant (*maintenance assessment*) et de mettre en œuvre en son nom le recouvrement de cette somme à l'encontre du parent débiteur. La mise en œuvre de cette procédure de recouvrement entraîne une majoration systématique à la charge du débiteur, à hauteur de 20% du montant de la pension réclamée. Le *Child Support Agency* peut également être saisi de demandes de modification des modalités d'exécution de l'obligation d'entretien. La saisine de cet organisme est laissée à l'appréciation du parent créancier, encouragé par ailleurs à s'entendre avec le débiteur au moyen d'une convention parentale (*maintenance agreement*). La recherche d'un tel accord est poussé très loin dans ce système dans la mesure où la réforme actuellement en cours de discussion prévoit de rendre payante la

⁶⁹⁶ Art. 530 al. 1 du Code civil qui prévoit l'exécution en nature de l'obligation alimentaire, v. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 79.

⁶⁹⁷ Art. 530 al. 3 du Code civil, v. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 79.

⁶⁹⁸ Art. 1497 du Code civil, v. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 81.

⁶⁹⁹ § 794 para. 1 n° 1 du Code de procédure civile, v. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 78.

⁷⁰⁰ § 794 para. 1 n° 5 du Code de procédure civile, v. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 78.

⁷⁰¹ V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 78.

⁷⁰² V. L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 79.

saisine du *Child Support Agency*. L'objectif affiché de cette réforme est d'inciter le créancier à trouver un accord avec le débiteur avant de saisir cet organisme⁷⁰³.

Certains systèmes ouvrent par ailleurs d'autres possibilités alternatives au paiement mensuel d'une pension alimentaire.

En *Angleterre*, les parents peuvent s'entendre sur les modalités d'une exécution en nature de l'obligation d'entretien du parent débiteur, par la prise en charge directe de certains frais inhérent aux besoins personnels de l'enfant et à son éducation⁷⁰⁴. En revanche le versement d'un capital est exclu dans ce système, de même que la mise à disposition d'un bien⁷⁰⁵.

Nous retrouvons la même exclusion en droit *autrichien*, qui retient que les sommes versées doivent permettre de subvenir effectivement aux besoins de l'enfant. Il ne sera donc pas envisageable dans ce système que le débiteur s'acquitte de son obligation alimentaire par le versement des sommes sur un compte bancaire bloqué en vue d'un bénéfice futur pour l'enfant⁷⁰⁶.

En *Italie*, les parents peuvent s'entendre sur d'autres modalités de mise en œuvre de cette obligation. Cet accord sera soumis au contrôle du juge.

En *Pologne*, le rapporteur retient qu'aucune disposition légale ne vient régler la question des modalités alternatives au versement d'une pension alimentaire, mais le rapporteur retient cette possibilité comme étant envisageable⁷⁰⁷.

En *Suède*, il est possible de prévoir que le paiement de la pension alimentaire ne s'effectue pas sur la base d'un paiement mensuel mais trimestriel ou sur des périodes de temps plus longues encore. Le versement unique d'un capital est également envisageable⁷⁰⁸, cependant le rapporteur mentionne le caractère tout à fait exceptionnel de ces modalités alternatives au paiement mensuel⁷⁰⁹.

Dans les systèmes qui organisent la possibilité de mettre en place une résidence alternée celle-ci exclut parfois l'octroi d'une pension alimentaire au bénéfice de l'enfant, les deux

⁷⁰³ Le projet prévoit une contribution de £20 pour toute saisine du *Child Support Agency*. Public Consultation : Supporting separated families ; securing children's future Cm 8399, Juillet 2012, Ministère du Travail et des pensions. Disponible en ligne sur le site : www.dwp.gov.uk/docs/childrens-futures-consultation.pdf, v. L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 79.

⁷⁰⁴ Le rapporteur mentionne la possibilité de paiement directs d'habits, d'uniformes scolaires, de vacances ou de frais de scolarité, v. L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 79.

⁷⁰⁵ V. L. FRANCOZ TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 79.

⁷⁰⁶ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 79.

⁷⁰⁷ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 80.

⁷⁰⁸ Chapitre 7 § 7.2 du Code des enfants et des parents, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 79.

⁷⁰⁹ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 79.

parents se répartissant les frais afférant à la prise en charge de ses besoins. Nous retrouvons cette possibilité en *France* et en *Suède*⁷¹⁰.

Si le débiteur de l'obligation alimentaire ne s'exécute pas, un certain nombre de systèmes ont mis en place des relais, afin de ne pas laisser l'enfant et le parent créancier en difficulté.

L'*Allemagne* et la *Suède* ont mis en place un schéma de fonctionnement proche du fonds de garantie. En *Allemagne* en application la loi de 2002 sur l'avance de pension alimentaire (*Unterhaltsvorschussgesetz*) l'enfant de moins de douze ans est en droit d'obtenir une allocation étatique pendant 72 mois maximum. En retour l'État est investi d'un recours subrogatoire contre le débiteur. La *Suède* organise un schéma au mode de fonctionnement similaire (*state maintenance support system*) qui permet au parent créancier d'obtenir le versement mensuel de l'équivalent en 2012 de 140 euros (1273 couronnes suédoises) par enfant à charge, en cas d'inexécution partielle ou totale de son obligation par le parent débiteur⁷¹¹.

Aux *Pays-Bas* c'est le *Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen (LBIO)* dont le siège est à Rotterdam, qui est en charge de collecter les pensions auprès des débiteurs afin de les reverser aux parents créanciers. Il semble cependant que le reversement n'ait lieu que postérieurement au recouvrement dans ce système⁷¹².

En *Espagne*, il est possible d'ordonner à titre préventif toute mise en garantie, dépôts ou retenues nécessaires à garantir l'exécution de l'obligation alimentaire en faveur du débiteur. En cas d'inexécution, *a posteriori*, des mesures de contraintes peuvent également être ordonnées. Il peut s'agir d'une majoration mensuelle pouvant aller jusqu'à 20% du montant de la pension ou d'une amende équivalente à 50% du montant de la pension⁷¹³.

Si les différentes positions retenues pour organiser la mise en œuvre de l'obligation d'entretien de l'enfant se révèlent somme toute « classiques », des solutions innovantes se dégagent néanmoins de cette étude au regard de ses modalités de recouvrement. En effet dans l'éventualité d'une inexécution de son obligation par le débiteur, l'efficacité des offices indépendants de recouvrement semble réelle et l'organisation de fonds de garantie apparaît très protectrice des créanciers d'aliments.

⁷¹⁰ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 78.

⁷¹¹ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 79.

⁷¹² V. P. VLAARDINGERBROECK, *Rapport néerlandais*, Q 79.

⁷¹³ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 79.

Conclusion

L'ensemble des systèmes étudiés attache une attention toute particulière à la situation de l'enfant dans le divorce. Sa personne est prise en compte dans l'ensemble d'entre eux, tant sur le plan procédural, où sa participation est organisée, qu'au regard de l'organisation des conséquences du divorce, où son intérêt sera la considération première du juge dès lors que la question à régler le concerne.

Des disparités entre les États existent sur la question de l'exercice de l'autorité parentale. Cependant, la quasi-totalité des États, la Bulgarie mise à part, organisent le maintien du *statu quo* après divorce. Si cet exercice était conjoint durant le mariage, il le restera après sa dissolution. Le juge dispose néanmoins de la possibilité de réorganiser les modalités de cet exercice dans l'intérêt de l'enfant, et ce dans l'ensemble des systèmes étudiés.

Il ressort également de cette étude que le droit du parent au maintien des relations avec son enfant n'est pas lié à l'exercice de l'autorité parentale sur sa personne. Les États répondent ainsi aux exigences l'article 9.3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant en limitant les barrières juridiques à la relation parent-enfant après le divorce. Cependant, nous pouvons relever l'absence, parmi les systèmes sous examen, de solution permettant à ce droit de l'enfant d'être garanti. En effet, la défaillance parentale dans le maintien du lien conduira inévitablement à une réorganisation de l'exercice de l'autorité parentale et des droits parentaux en la matière, au risque de consommer la rupture. La position originale du droit autrichien sur la question est cependant à relever. Ce système qui attache à la défaillance parentale dans le maintien du lien, des effets en matière successorale, nous ouvre une piste de réflexion nouvelle sur la question.

Que le parent exerce ou non l'autorité parentale après divorce, le maintien de ses relations personnelles avec l'enfant est réalisé, dans l'ensemble des systèmes, par un droit de visite ou de contact avec l'enfant, auquel peut parfois être associé un droit d'hébergement. Quelles qu'en soient les modalités, ce droit s'exercera toujours dans l'intérêt de l'enfant et c'est sur ce seul fondement qu'il pourra être limité. Par ailleurs, il est à noter que le schéma « classique » de l'organisation des relations entre parent et enfant après divorce sur la base d'une résidence habituelle, à laquelle est associé un droit de visite et d'hébergement, est largement battu en brèche aujourd'hui. En effet, la possibilité pour les parents de partager la résidence de l'enfant se développe aujourd'hui au sein des systèmes étudiés⁷¹⁴. Si ce mode d'organisation reste très majoritairement optionnel, l'Italie et certaines communautés autonomes espagnoles en ont fait le schéma organisationnel par défaut. Quelques États cependant, n'ouvrent pas du tout cette possibilité aux familles.

⁷¹⁴ Pour les pratiques en France en matière de résidence alternée, v. le Rapport remis à la Garde des Sceaux par M. Guillonnet et C. Moreau, *La résidence des enfants de parents séparés, De la demande des parents à la décision du juge*, nov. 2013, qui porte sur 6 042 décisions (la résidence chez la mère a été prononcée dans 71% des cas, la résidence en alternance dans 17% et la résidence chez le père dans 12% des situations).

Sur le volet des conséquences patrimoniales du divorce à l'égard de l'enfant, la question des modalités d'exécution de l'obligation d'entretien de l'enfant est cruciale. Dans une immense majorité d'États cette obligation est liée à la filiation et non à l'autorité parentale. Le divorce ne produit par conséquent aucun effet à ce titre. De manière tout à fait exceptionnelle, aux Pays-Bas, cette obligation peut également incomber au tiers marié au parent de l'enfant, et au géniteur qui n'aurait pas établi la filiation de celui-ci. Parmi les différents critères qui permettent d'apprécier le montant de la contribution, celui de sa proportionnalité aux ressources du débiteur semble bien commun à l'ensemble de systèmes étudiés.

Au regard des modalités de détermination du montant de la créance nous trouvons des spécificités marquantes. La possibilité de faire sortir ce contentieux de la sphère judiciaire soit au moyen d'une transaction revêtue de la force exécutoire ou d'un acte notarié, comme en Allemagne, soit par la mise en place d'un organisme administratif public spécifique, comme en Angleterre et au Pays de Galles, est à relever. Nous pouvons également remarquer que des alternatives au paiement mensuel d'une pension alimentaire ont pu être organisées par certains systèmes.

Enfin, les solutions apportées à la question fondamentale des modalités de recouvrement de la créance alimentaire nous ouvrent des pistes de réflexion intéressantes. La mise en place dans certains systèmes d'organismes au fonctionnement proche du fond de garantie, d'offices indépendants de recouvrement ou encore la mise en garantie de biens sont à relever à ce titre.

Partie 3. Le divorce en droit international privé

A l'heure où se construit, à travers les règlements Bruxelles 1 bis, Rome 2 et Aliments, l'espace de liberté, de sécurité et de justice à l'intérieur duquel les personnes pourront circuler librement avec leur statut familial, une étude du divorce en droit international privé européen constituait le complément nécessaire d'une analyse de droit comparé. De plus, par le truchement des règles inscrites dans le Règlement Rome 2 sur la loi applicable au divorce et à la séparation, le juge français sera de plus en plus souvent amené à appliquer une loi étrangère.

Le questionnaire abordait le problème à travers les questions 7 à 18 et 91 à 96 (cf. annexes).

Il convient, dans un premier temps, de rappeler le cadre général dans lequel intervient le divorce en Europe (Chapitre 1) : règles relatives à compétence judiciaire internationale, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions étrangères en Europe, à la loi applicable au divorce et à ses conséquences. Au delà du prononcé du divorce et du règlement de ses conséquences, il est une question qui pour les personnes revêt une importance particulière en pratique, celle de la reconnaissance des décisions prononçant leur divorce et de leur transcription sur les registres de l'état civil (Chapitre 2). Enfin, l'actualité législative française, avec la consécration du « mariage pour tous » en droit interne, conduisait à s'intéresser, sous l'angle du droit international privé comparé, au problème du divorce entre personnes de même sexe (Chapitre 3).

Chapitre 1 : Cadre général

En l'espace de quinze ans, le visage du droit international privé de la famille a été profondément remodelé. Avant l'entrée en vigueur, le 1er mai 1999, du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, les règles de droit international privé étaient d'origine essentiellement nationale ou conventionnelle. En effet, du côté du droit « communautaire », la seule règle applicable en matière familiale fut pendant longtemps l'article 5 § 2 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁷¹⁵. Il s'agissait d'une règle de compétence qui

⁷¹⁵ La convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale (JOCE 25 novembre 1988, n° L 319, p. 9) comporte aussi de telles règles. L'eupéanisation de la convention de Bruxelles ne s'est pas traduite par une modification des règles applicables en matière alimentaire : v. règlement Bruxelles I (règlement (CE) n° 44/2001 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE 16 janvier 2001, n° L 12, p. 1).

permettait, en matière d'obligation alimentaire, d'agir « devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle ». La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 permettait également la circulation simplifiée, en termes de reconnaissance et d'exécution, des décisions rendues en matière alimentaire. Mais, pour le reste, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 excluait de son champ d'application « l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions », exclusion qui embrassait le droit de la famille dans sa dimension tant patrimoniale qu'extrapatrimoniale. C'était considérer que l'unification européenne ne devait porter que sur la matière économique. Pour pallier l'absence d'une compétence « communautaire », les États membres ont négocié entre eux la Convention du 19 octobre 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 enfants⁷¹⁶. Cette convention, qui n'est jamais entrée en vigueur, avait fait l'objet d'un important rapport explicatif (texte approuvé par le Conseil le 28 mai 1998) élaboré par Mme Alegría Borrás professeur de droit international privé à l'université de Barcelone⁷¹⁷.

Le Traité d'Amsterdam, souhaitant maintenir et développer l'Union en tant qu'espace de Liberté, de Sécurité et de Justice (au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes), a reconnu à l'Union de nouvelles compétences pour instaurer une coopération judiciaire en matière civile et commerciale :

« Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises conformément à l'article 73 O et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autres à :

- a) améliorer et simplifier :*
 - le système de signification et de notification transfrontière des actes judiciaires et extrajudiciaires ;*
 - la coopération en matière d'obtention des preuves ; - la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires ;*
- b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence ;*
- c) éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres »*⁷¹⁸.

L'instauration et le développement du volet coopération judiciaire en matière civile et commerciale de l'espace de Liberté, de Sécurité et de Justice ont conduit à l'adoption de plusieurs règlements européens en matière familiale. Ils ont en commun de venir en aide

⁷¹⁶ JOCE 21 février 2003, n° L 048, p. 3.

⁷¹⁷ JOCE 21 juillet 1998, n° C 221, p. 27.

⁷¹⁸ Art. 73 M du Traité d'Amsterdam : JOCE 10 novembre 1997, n° C 340, p. 1.

aux personnes impliquées dans une situation internationale : sur plus d'un million de divorces recensés en 2007 dans les 27 États membres, 140 000 (13 %) présentaient un élément d'extranéité.

On pense, bien évidemment, au :

- **1)** Règlement Bruxelles II (règlement (CE) n° 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs⁷¹⁹) : ce premier règlement est le fruit l'eupéanisation de la convention du 19 octobre 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.

- **2)** Règlement Bruxelles II *bis* (règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000⁷²⁰) : on rappellera que la refonte du règlement Bruxelles II a été initiée par la France qui avait présentée, le 3 juillet 2000, une initiative en vue de l'adoption d'un règlement relatif à l'exécution mutuelle des décisions concernant le droit de visite des enfants. Il s'agissait également d'instaurer une égalité de traitement entre tous les enfants puisque le règlement Bruxelles II ne s'intéressait à la responsabilité parentale qu'au travers des enfants communs des époux et des procédures de désunion. Le règlement Bruxelles II *bis* instaure une égalité de traitement entre les enfants (enfants « légitimes », « naturels », adoptifs ou simplement recueillis) puisqu'il couvre toutes les décisions en matière de responsabilité parentale, y compris les mesures de protection de l'enfant, indépendamment de tout lien avec une procédure matrimoniale.

- **3)** Règlement obligations alimentaires (règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires⁷²¹) : l'objectif du règlement est d'offrir aux créanciers d'aliments différents moyens, dont la suppression de la procédure d'*exequatur*, pour faire respecter leurs droits.

- **4)** Règlement Successions (règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen⁷²²).

⁷¹⁹ JOCE 30 juin 2000, n° L 160, p. 19.

⁷²⁰ JOCE 23 décembre 2003, n° L 338, p. 1.

⁷²¹ JOCE 10 janvier 2009, n° L 7, p. 1.

⁷²² JOUE 27 juillet 2012, n° L 201, p. 107.

L'entrée en vigueur, le 1er décembre 2009, du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 a donné une nouvelle physionomie à la compétence européenne en matière de droit international privé de la famille. Les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont soustraites à la procédure législative ordinaire pour être soumises à une procédure législative spéciale : le Conseil « statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen ». S'agissant de questions éminemment sensibles, cette règle peut évidemment être source de blocages institutionnels, comme en témoignent les discussions relatives à la révision du règlement Bruxelles II *bis*. Pour contourner cette difficulté, les États membres ont toujours la possibilité d'utiliser la voie de la coopération renforcée qu'organisent les articles 329 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le règlement Rome III est le premier règlement adopté dans le cadre d'une telle coopération renforcée.

- 5) Règlement Rome III (règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps⁷²³) : les racines du règlement Rome III sont à rechercher dans un livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de divorce présenté en 2005 par la Commission européenne. Il s'agissait, d'une part, de modifier les règles de compétence du règlement Bruxelles II *bis* afin d'éviter « la ruée vers le tribunal » induite par la diversité des critères de compétence de l'article 3. Il s'agissait, d'autre part, d'harmoniser les règles de conflits de lois afin d'offrir davantage de sécurité juridique aux couples qui souhaitent divorcer et de limiter le *law shopping* entre États membres de l'Union européenne⁷²⁴. S'appuyant sur les différentes réponses au livre vert, la Commission européenne a présenté le 17 juillet 2006 une proposition de règlement modifiant le règlement *Bruxelles II bis* en ce qui concerne la compétence juridictionnelle et introduisant une règle de conflit de lois en matière matrimoniale⁷²⁵. Cette proposition s'est rapidement heurtée à l'opposition de plusieurs États membres. Certains craignaient que le texte n'impose la reconnaissance des mariages homosexuels célébrés dans un autre État membre ou l'application d'une loi d'inspiration musulmane contraire à l'ordre public. D'autres reprochaient au texte de favoriser le divorce en ne laissant pas une place suffisante à la loi nationale des époux ou à celle de leur résidence habituelle. En l'absence d'unanimité requise par l'article 81, paragraphe 3, TFUE sur les questions de droit de la famille, le Conseil justice et affaires intérieures (qui s'est tenu à Luxembourg les 5 et 6 juin 2008) a constaté l'impossibilité d'adopter le texte en l'état. Aussi bien, fut-il envisagé par certains États membres de réduire non seulement l'équipage, en établissant entre eux une coopération renforcée, mais

⁷²³ JOUE 29 décembre 2010, n° L 343, p. 10.

⁷²⁴ Comm. CE, règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 : JOUE n° L 338, 23 déc. 2003, p. 1.

⁷²⁵ Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, présentée par la Commission le 17 juill. 2006, COM(2006) 399 final.

également la voilure, en se limitant à la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Ainsi, le 28 juillet 2008, huit des États membres favorables à la proposition de règlement ont adressé une demande à la Commission, précisant qu'ils avaient l'intention d'établir entre eux une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable en matière matrimoniale. Plusieurs autres États ont ensuite décidé de se joindre à cette demande. Saisi par la Commission, le Conseil a adopté le 12 juillet 2010 la décision autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps⁷²⁶. Le règlement Rome III est né de cette coopération renforcée entre quatorze États membres : la Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie et la Slovénie⁷²⁷. Ce groupe des 14 a, depuis lors, été rejoint par la Lituanie (au 20 novembre 2012).

S'agissant des textes aujourd'hui applicables, le constat est que les règlements européens ne se limitent plus au seul domaine de la coopération judiciaire en matière civile puisqu'ils comportent des règles sur les conflits de juridictions (compétence et circulation intra-européenne des décisions) mais aussi sur les conflits de lois. D'autres textes sont actuellement à l'étude. Certains en sont à un stade relativement avancé et font l'objet de proposition de règlement : d'une part, la proposition (du 16 mars 2011) de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés⁷²⁸ et, d'autre part, la proposition (du 16 mars 2011) de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux⁷²⁹. D'autres en sont à un stade moins avancé, au stade du livre vert : livre vert (du 14 décembre 2010) tendant à promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil⁷³⁰. Il n'est pas exclu que l'adoption de ces nouveaux textes, comme la proposition sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, rencontre l'hostilité de certains États membres et débouche sur le recours à une coopération renforcée.

L'Union européenne étant un espace de liberté, de sécurité et de justice, l'objectif initial des règlements européens en matière familiale est d'assurer la libre circulation des personnes.

Ainsi, dans le cadre du règlement Bruxelles II, il a été considéré que les « différences entre les règles nationales en matière de compétence et de reconnaissance rendent plus difficiles la libre circulation des personnes ainsi que le bon fonctionnement du marché intérieur. Il est

⁷²⁶ Cons. UE, déc. 2010/405/UE, 12 juill. 2010 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps : JOUE n° L 189, 22 juill. 2010, p. 12.

⁷²⁷ La Grèce a finalement retiré sa demande le 3 mars 2010.

⁷²⁸ COM(2011) 127 final.

⁷²⁹ COM(2011) 126 final.

⁷³⁰ COM(2010) 747 final.

en conséquence justifié d'arrêter des dispositions permettant d'unifier les règles de conflit de juridictions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale en simplifiant les formalités en vue d'une reconnaissance rapide et automatique des décisions et de leur exécution » (règl. Bruxelles II, préambule, cons. 4). Mais les règlements européens qui ont suivi ont, au travers de la libre circulation des personnes, poursuivi de nouveaux objectifs. Ainsi, dans le cadre du règlement Obligations alimentaires, l'objectif est de permettre au créancier d'aliments « d'obtenir facilement, dans un État membre, une décision qui sera automatiquement exécutoire dans un autre État membre sans aucune autre formalité. Afin d'atteindre cet objectif, il est opportun de créer un instrument communautaire en matière d'obligations alimentaires regroupant les dispositions sur les conflits de juridictions, les conflits de lois, la reconnaissance et la force exécutoire, l'exécution, l'aide judiciaire et la coopération entre autorités centrales » (règl. Obligations alimentaires, préambule, cons. 9-10). De même, dans le cadre du règlement Rome III, l'objectif est de garantir aux époux « le renforcement de la sécurité juridique, la prévisibilité et la souplesse dans les procédures matrimoniales internationales » (règl. Rome III, préambule, cons. 29). L'objet de cette étude n'est pas d'évaluer ces objectifs. Elle sera toutefois l'occasion de constater que ces objectifs ne sont pas toujours pleinement atteints.

L'objet de cette étude est, plus modestement, de présenter les règlements européens applicables en matière familiale. Les praticiens du droit de la famille ont généralement le sentiment que l'eupéanisation du droit international privé ne s'est pas traduite par une simplification de leur travail quotidien.

D'une part, les règlements européens interviennent dans un domaine, la matière familiale, où existe déjà une pléthore de conventions internationales tant bilatérales que multilatérales. C'est finalement dans un véritable maquis de textes, européens mais aussi conventionnels, que les praticiens du droit doivent avancer. Il en résulte que les praticiens doivent fréquemment résoudre des conflits de textes, entre d'un côté des règles européennes et de l'autre des règles conventionnelles. Cette première difficulté, si elle mérite d'être pointée, ne constitue pas le cœur de cette étude. Elle est toutefois l'occasion de rappeler que l'eupéanisation du droit international privé de la famille a entraîné un transfert de compétence au profit de l'Union européenne pour la négociation, la renégociation et la conclusion de conventions internationales⁷³¹. Au fur et à mesure de l'adoption des règlements, l'Union européenne acquiert en effet une compétence externe implicite : elle est seule habilitée à conclure des engagements internationaux à l'égard de pays tiers. C'est pourquoi l'Union européenne a récemment adhéré à la conférence de La Haye de droit international privé (en date du 3 avr. 2007). Dans ce cadre, l'Union européenne a d'ores et déjà adhéré au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et signé la convention de La Haye du 23 novembre

⁷³¹ En application de la jurisprudence AETR. V. CJCE, 31 mars 1971, aff. 22/70, *AETR*. Ég. CJCE, 5 nov. 2002, C-467/98, *Commission c/ Danemark*

2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille.

D'autre part, en l'état actuel, l'eupéanisation du droit international privé de la famille demeure partielle : de nombreuses questions ne sont pas réglées par les règlements européens. On pense, en matière matrimoniale, à la question des intérêts patrimoniaux des époux pour lesquels il n'existe qu'un projet de règlement (proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (du 16 mars 2011, COM(2011) 127 final)). De même, en matière parentale, il n'existe aucune règle européenne concernant la filiation. L'eupéanisation partielle du droit international privé de la famille impose aux praticiens de « jongler » avec des règles européennes, des règles conventionnelles voire des règles nationales.

En définitive, comme le démontrent les rapports nationaux, cette première approche de droit international privé conduit à constater que les règlements européens en matière de rupture de mariage assurent une unité (I). Force est toutefois de concéder qu'une certaine diversité subsiste (II). Le droit international privé de la rupture de mariage suit ainsi la devise européenne : « Unité dans la diversité ».

I. L'unité

L'unité existant en matière de rupture de mariage peut être observée tant sur le « volet compétence » (A) que sur le « volet loi applicable » (B) et le « volet reconnaissance et d'exécution des décisions » (C). L'analyse des rapports nationaux sera l'occasion de détecter les difficultés d'interprétation et d'application que rencontrent les praticiens dans la mise en œuvre des règles européennes.

A. La compétence

En matière matrimoniale. Dans les États membres étudiés, le réflexe est désormais de se tourner vers le règlement Bruxelles II *bis* qui s'applique en matière matrimoniale, matière qui est définie comme englobant les « matières civiles relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux » (règl. Bruxelles II *bis*, art. 1er, § 1, ss a). Le règlement Bruxelles II *bis* est en effet la règle de compétence de droit commun des États membres pour résoudre les questions de compétence judiciaire. Il faut toutefois avoir conscience du fait que le règlement Bruxelles II *bis* a une vision particulièrement restrictive de la notion de matière matrimoniale. Ainsi précise-t-il, en préambule, qu'il « ne devrait s'appliquer qu'à la dissolution du lien matrimonial et ne devrait pas concerner des questions

telles que les causes de divorce, les effets patrimoniaux du mariage ou autres mesures accessoires éventuelles » (règl. Bruxelles II *bis*, préambule, cons. 8). De même, toujours en préambule, ajoute-t-il que « les obligations alimentaires sont exclues du champ d'application du présent règlement car elles sont déjà régies par le règlement (Bruxelles I). Les juridictions compétentes en vertu du présent règlement seront généralement compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires par application de l'article 5, paragraphe 2, du règlement (Bruxelles I) » (règl. Bruxelles II *bis*, préambule, cons. 11). Si l'on accepte généralement de reconnaître une valeur normative au préambule, il en résulte que le règlement Bruxelles II *bis* ne permet d'évaluer la compétence du juge saisi que pour le principe de la désunion. En revanche, s'agissant des effets de la désunion (essentiellement, la compensation du divorce et la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux), le règlement Bruxelles II *bis* est inapplicable. Cela ne signifie pas que le juge saisi n'est pas compétent pour statuer sur ces aspects. Cela signifie que la compétence du juge saisi pour statuer sur le principe de la désunion (en application du règlement Bruxelles II *bis*) n'emporte pas nécessairement sa compétence pour statuer sur les effets de la désunion. La compétence du juge saisi doit être envisagée au regard d'autres règles de compétence internationale, européennes mais aussi nationales (v. infra, 2. La diversité, a. La compétence). Pour en revenir au principe de la rupture du mariage, la règle européenne de compétence figure à l'article 3 du règlement Bruxelles II *bis* dont il résulte que :

« 1. Sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux, les juridictions de l'État membre :

a) sur le territoire duquel se trouve :

- la résidence habituelle des époux, ou

- la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou

- la résidence habituelle du défendeur, ou

- en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ou

- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou

- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'État membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son "domicile";

b) de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du "domicile" commun.

2. Aux fins du présent règlement, le terme "domicile" s'entend au sens des systèmes juridiques du Royaume-Uni et de l'Irlande. »

Comme l'illustre le rapport français, la mise en œuvre de l'article 3 a suscité plusieurs difficultés, d'interprétation et d'application. Ce sont notamment posées la question de l'interprétation de la notion de résidence habituelle des époux (sur laquelle la Cour de cassation a délivré une interprétation autonome), celle de la résolution du conflit de

nationalités d'époux franco-hongrois (sur laquelle la Cour de cassation a interrogé la Cour de Justice de l'Union européenne) et celle de la résolution d'un cas de litispendance lorsque le juge étranger a été saisi le même jour que le juge français. Le rapport anglais permet, quant à lui, de mieux cerner les modalités de mise en œuvre de l'article 3 au Royaume-Uni et en Irlande où le critère de la nationalité commune est remplacé par celui de domicile commun. En matière alimentaire. À l'occasion de la procédure de divorce, le juge est généralement saisi d'une demande alimentaire, demande de pension alimentaire au titre des mesures provisoires et/ou demande de compensation de la rupture du mariage. Dans les deux cas, le règlement Bruxelles II *bis* n'est pas applicable puisqu'il exclut de son champ d'application les obligations alimentaires. En préambule, il précise que « les obligations alimentaires sont exclues du champ d'application du présent règlement car elles sont déjà régies par le règlement (Bruxelles I). Les juridictions compétentes en vertu du présent règlement seront généralement compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires par application de l'article 5, paragraphe 2, du règlement (Bruxelles I) » (règl. Bruxelles II *bis*, préambule, cons. 11). La difficulté évoquée dans les rapports nationaux est que le préambule du règlement Bruxelles I n'a pas été mis à jour depuis l'entrée en application, le 18 juin 2001, du règlement Obligations alimentaires. Pour les procédures engagées postérieurement à cette date, il convient de faire application des règles de compétence du règlement (CE) n° 4/2009. Pour les procédures engagées jusqu'à cette date, il convient de faire application des règles de compétence du règlement Bruxelles I. La question de l'articulation de ces deux règlements peut sembler un peu vaine dans la mesure où les règles de compétence de l'article 3 du règlement Obligations alimentaires s'inspirent largement de celles de l'article 5 § 2 du règlement Bruxelles I. Il ne faut pas s'y tromper : la question demeure importante. D'une part, les règles de compétence du règlement Obligations alimentaires diffèrent nettement de celles du règlement Bruxelles I. Pour s'en convaincre il suffit de se reporter à l'article 4 sur l'élection de *for* ou à l'article 7 sur le *for* de nécessité qui n'ont pas d'équivalent dans le règlement Bruxelles I. D'autre part, si les règles de compétence du règlement Obligations alimentaires ont un caractère universel, les règles de compétence du règlement Bruxelles I ne sont pas applicables lorsque, pour l'essentiel, l'époux défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne. Dans une telle hypothèse, il faut en revenir aux règles de compétence du juge saisi qui sont, le plus souvent, d'origine nationale.

Sans entrer dans un luxe de détails, on rappellera la règle générale de compétence du règlement Obligations alimentaires selon laquelle :

« Sont compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires dans les États membres :

- a) la juridiction du lieu où le défendeur a sa résidence habituelle, ou*
- b) la juridiction du lieu où le créancier a sa résidence habituelle, ou*
- c) la juridiction qui est compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à l'état des personnes lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire*

à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties, ou (...) ».

B. La loi applicable

Divorce et séparation de corps. Les praticiens doivent désormais se familiariser avec le règlement Rome III qui met en œuvre une coopération renforcée en matière familiale dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. L'applicabilité territoriale et matérielle suscite, semble-t-il, quelques difficultés en termes d'articulation. D'autre part, sur l'applicabilité territoriale du règlement, on rappellera qu'il est le fruit d'une procédure de coopération renforcée. Le règlement Rome III n'est donc applicable que dans certains États membres ; d'où l'apparition d'une nouvelle notion, celle d'« État membre participant » (Règl. Rome III, art. 3, § 1). Au final, ce sont quatorze États membres qui ont participé à la procédure : la Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie et la Slovaquie (règl. Rome III, préambule, cons. 6). La liste des États membres participants a toutefois vocation à s'étoffer puisque les autres États ont une faculté d'*opt in* conformément à l'article 331, § 1, TFUE. Tel est le cas de la Lituanie. Dans les États membres participants, le règlement Rome III est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable. Il se substitue donc aux règles nationales de conflit de lois. En conséquence, les règles nationales de conflit de lois, comme l'article 309 du Code civil français, deviendront lettre morte après l'épuisement des procédures engagées avant le 21 juin 2012. Cet effacement des droits nationaux doit être rattaché à la vocation universelle des nouvelles règles européennes de conflit de lois (Règl. Rome III, art. 4). Il en résulte que le juge saisi appliquera le règlement Rome III quelles que soient la loi désignée, la nationalité et la résidence habituelle des époux (d'un État membre participant, d'un État membre non participant ou d'un État tiers).

Reste à s'interroger sur le sort des conventions bilatérales liant les États membres participant en matière de divorce et de séparation de corps. La règle de coordination figure à l'article 19 du règlement Rome III : elle consacre un principe de primauté des conventions internationales liant les États membres participants. L'article 19 réserve toutefois deux exceptions dans lesquelles le règlement Rome III a vocation à se substituer à la règle conventionnelle. D'une part, le règlement peut primer sur la convention internationale lorsque son application constitue une violation des obligations incombant à l'État membre participant conformément à l'article 351 TFUE. Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles l'application de la convention n'est pas compatible avec les Traités. On pense notamment au principe fondamental d'égalité entre les hommes et les femmes (TFUE, art. 8). Le jeu de cette réserve devrait rester limité puisque, à la lettre, l'article 351 vise uniquement les « conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion ». D'autre part, le règlement prévaut sur les

conventions internationales conclues exclusivement entre deux États membres participants ou plusieurs d'entre eux. Appliqué à la France, le principe de primauté se solde par la survie de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 (relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire) et de la convention franco-polonaise du 5 avril 1967 (relative à la loi applicable, la compétence et l'*exequatur* dans le droit des personnes et de la famille s'agissant des questions matrimoniales et de responsabilité parentale). L'exception de survie débouche en revanche, dans les rapports entre la France et la Slovénie, sur la primauté du règlement Rome III sur la convention franco-yougoslave du 18 mai 1971 (relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille), laquelle ne demeure applicable que dans les rapports entre la France et le Monténégro et la France et la Bosnie-Herzégovine.

D'autre part, sur l'applicabilité matérielle du règlement, le règlement Rome III ne s'applique pas à l'annulation du mariage (Règl. Rome III, art. 1, § 2, pt c) qui, en conséquence, demeure soumise aux règles de conflit de lois applicables dans l'État membre participant. Cette exclusion s'explique par le fait qu'il était difficile d'admettre que les époux puissent choisir la loi applicable à la validité de leur mariage. En préambule, le règlement précise qu'il ne régit que la dissolution et le relâchement du lien matrimonial, autrement dit le principe du divorce et de la séparation de corps (Règl. Rome III, préambule, consid. 10, al. 2). Comme le règlement Bruxelles II *bis* (Règl. Bruxelles II *bis*, préambule, consid. 8), il suggère une distinction entre le principe de la désunion (auquel il s'applique) et ses effets (qui lui échappent). L'article 1, § 2, se fait l'écho de cette distinction en affirmant que, même si ces questions sont soulevées dans le cadre de la procédure de désunion, le règlement Rome III ne s'applique pas au nom des époux (Règl. Rome III, art. 1, § 2, pt d), aux effets patrimoniaux du mariage (Règl. Rome III, art. 1, § 2, pt e) 7, à la responsabilité parentale (Règl. Rome III, art. 1, § 2, pt f), aux obligations alimentaires (Règl. Rome III, art. 1, § 2 pt g) ou aux trusts et successions (Règl. Rome III, art. 1, § 2, pt h). Dans le même esprit, le règlement Rome III ne s'applique pas aux questions préalables au divorce et à la séparation de corps comme la capacité juridique des personnes physiques (Règl. Rome III, art. 1, § 2, pt a) ou l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage (Règl. Rome III, art. 1, § 2, pt b). La loi applicable à ces différentes questions, en amont et en aval de la désunion, est déterminée selon les règles de conflit de lois applicables dans l'État membre participant. Ainsi, s'agissant de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux, il convient de faire application de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Les jours de cette convention sont comptés puisque est en discussion une proposition de règlement (du 16 mars 2011) relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (COM(2011) 126 final : v. infra, 2. La diversité, .b La loi applicable).

Ces difficultés pointées, il convient de souligner l'apport du règlement Rome III en termes d'unification de la règle de conflit de lois. Dérogeant à l'idée que le divorce est un droit

indisponible, il offre tout d'abord aux époux la faculté de choisir la loi applicable à la rupture de leur mariage (art. 3) :

« 1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes:

a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention; ou

b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention; ou

c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention; ou

d) la loi du for.

2. Sans préjudice du paragraphe 3, une convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction.

3. Si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du for. »

Dans l'hypothèse où les époux n'ont pas choisi la loi applicable à la rupture de leur mariage, le règlement Rome III propose une règle de conflit de lois subsidiaire où la nationalité ne constitue qu'un critère de rattachement résiduel (art. 8) :

« À défaut de choix conformément à l'article 5, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État:

a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,

b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,

c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,

d) dont la juridiction est saisie. »

Si les rapports nationaux des États membres participant à la coopération renforcée évoquent le règlement Rome III, ils ne font pas état de données pratiques significatives. Cela tient bien sûr au fait que le règlement Rome III n'est entré en vigueur que très récemment : le 21 juin 2012.

S'agissant des obligations alimentaires, les praticiens des États membres étudiés avaient pris l'habitude de faire application de la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Ce texte est désormais remplacé par le règlement Obligations alimentaires. L'applicabilité temporelle du règlement Obligations alimentaires est toutefois une question délicate. L'article 76 du règlement prévoit, en effet, qu'il «

s'applique [...] à compter du 18 juin 2011, sous réserve que le protocole de La Haye de 2007 soit applicable dans la Communauté à cette date. À défaut, le présent règlement s'applique à compter de la date d'application dudit protocole dans la Communauté ». En préambule, le règlement précisait que « le protocole de La Haye de 2007 sera conclu par la Communauté en temps utile pour permettre l'application du présent règlement » (règlement Obligations alimentaires, préambule, cons. 20). Ce fut le cas puisque l'Union européenne a signé et ratifié le protocole le 8 avril 2010. La difficulté était toutefois que le Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ne réunisse pas, au 18 juin 2011, le nombre de ratifications suffisant à son entrée en vigueur. Il prévoit en effet qu'il entre « en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par l'article 23 » (protocole La Haye, 23 nov. 2007, art. 25, § 1). À ce jour, si la Serbie a signé le protocole le 18 avril 2012, le deuxième instrument de ratification n'a pas toujours pas été déposé. Pour éviter que la mise en application du règlement Obligations alimentaires soit paralysée par l'absence d'entrée en vigueur du protocole de La Haye de 2007, l'Union européenne a approuvé le protocole de La Haye par une décision du 30 novembre 2009⁷³². Elle y « déclare qu'elle appliquera les règles du protocole à titre provisoire à partir du 18 juin 2011, date d'application du règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, si le protocole n'est pas entré en vigueur à cette date, conformément à son article 25, paragraphe 1 ». Elle ajoute « qu'elle appliquera les règles du protocole également aux aliments réclamés dans l'un de ses États membres pour une période antérieure à l'entrée en vigueur ou à l'application provisoire du protocole dans la Communauté, dans les cas où, au titre du règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, des procédures sont engagées, des transactions judiciaires sont approuvées ou conclues et des actes authentiques sont établis à partir du 18 juin 2011, date d'application dudit règlement ». Il en résulte que le protocole de La Haye de 2007 est inapplicable aux procédures judiciaires intentées dans un État membre avant le 18 juin 2011. Il faut alors, en fonction de l'État membre considéré, se tourner vers la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ou vers une règle nationale de conflit de lois. Le protocole de La Haye de 2007 est en revanche applicable aux procédures judiciaires intentées dans les États membres à compter du 18 juin 2011 : peu importe que, dans le cadre de ces procédures, des aliments soient réclamés pour une période antérieure au 18 juin 2011. Dans cette dernière hypothèse, il sera fait application de l'article 5 qui comporte une règle spéciale relative aux époux et ex-époux :

⁷³² Décision du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la conclusion, par la Communauté européenne, du protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires : JOUE 16 déc. 2009, n° L 331, p. 17.

« En ce qui concerne les obligations alimentaires entre des époux, des ex-époux ou des personnes dont le mariage a été annulé, l'article 3 ne s'applique pas lorsque l'une des parties s'y oppose et que la loi d'un autre État, en particulier l'État de leur dernière résidence habituelle commune, présente un lien plus étroit avec le mariage. Dans ce cas, la loi de cet autre État s'applique ».

C. La reconnaissance et l'exécution

Reconnaissance des décisions de désunion. Reprenant une solution traditionnelle en matière d'état et de capacité des personnes, le règlement Bruxelles II *bis* affirme que « les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure » (règl. Bruxelles II *bis*, art. 21, § 1), ni judiciaire ni administrative. C'est le principe de la reconnaissance de plein droit. Le règlement Bruxelles II *bis* s'applique à l'évidence aux décisions qui prononcent le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage, ce qu'on appelle les décisions positives. L'on s'interroge en revanche sur l'applicabilité du règlement Bruxelles II *bis* aux décisions qui rejettent une demande de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, ce qu'on appelle, par opposition aux premières, les décisions négatives. Entre ces deux thèses, c'est celle de l'inapplicabilité qui paraît devoir l'emporter : l'article 2, paragraphe 4, relatif au champ d'application du règlement Bruxelles II *bis*, définit la décision comme « toute décision de divorce, de séparation de corps ou d'annulation d'un mariage ». Le règlement Bruxelles II *bis* déduit du principe de reconnaissance de plein droit une première conséquence en ce qui concerne la mise à jour des actes d'état civil : « Aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil d'un État membre sur la base d'une décision rendue dans un autre État membre en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet État membre » (règl. Bruxelles II *bis*, art. 21, § 2). Un ressortissant italien peut donc, sur la base d'une décision polonaise de divorce, définitive, demander directement au service central de l'état civil italien la mise à jour de ses actes d'état civil.

Selon le règlement Bruxelles II *bis*, « toute partie intéressée peut demander, selon les procédures prévues à la section 2, que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision » (règl. Bruxelles II *bis*, art. 21, § 3, al. 1). Sans surprise, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que « toute partie intéressée peut demander la non-reconnaissance d'une décision juridictionnelle, même si une demande de reconnaissance de la décision n'a pas été déposée préalablement »⁷³³. L'un des époux, demandeur ou défendeur à la procédure à l'étranger, peut donc demander qu'il soit statué sur la (non-)reconnaissance de la décision étrangère de désunion. L'intérêt de telles

⁷³³ CJCE 11 juill. 2008, aff. C-195/08, PPU, Rinau, pt 97.

procédures n'est pas à démontrer. Il peut s'agir, par exemple, d'assurer « la stabilité et la tranquillité de la famille » ou « d'anticiper la production de moyens de preuve qui pourraient n'être plus disponibles à l'avenir »⁷³⁴. La compétence matérielle et territoriale du tribunal est déterminée, non par le règlement Bruxelles II *bis*, mais par la loi interne du juge saisi (règl. Bruxelles II *bis*, art. 21, § 3, al. 2). L'action en reconnaissance ou en non-reconnaissance de la décision est introduite selon « les procédures prévues à la section 2 » relative à la requête en déclaration de la force exécutoire. À ce titre, le demandeur doit produire le certificat établi par la juridiction qui a rendu la décision de désunion (règl. Bruxelles II *bis*, art. 39).

Parmi les dispositions de la section 2, l'article 31 paragraphe 1 du règlement – qui prévoit que ni la personne contre laquelle l'exécution est demandée ni l'enfant ne peuvent, à ce stade de la procédure, présenter d'observations – « n'est pas applicable à une procédure de non-reconnaissance d'une décision juridictionnelle, formée sans qu'une demande de reconnaissance ait été préalablement introduite à l'égard de la même décision. Dans une telle situation, la partie défenderesse, prétendant à la reconnaissance, peut présenter des observations »⁷³⁵. Imposer le caractère contradictoire de l'examen de la demande de non-reconnaissance est logique. L'objectif du règlement Bruxelles II *bis* est de fluidifier la circulation des décisions rendues en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. Cet objectif explique le caractère dans un premier temps unilatéral de la procédure de déclaration de la force exécutoire et la réduction des motifs de non-reconnaissance au strict minimum nécessaire. La procédure de non-reconnaissance constitue, quant à elle, un obstacle à la circulation des décisions si bien que « la partie contre laquelle est introduite la demande de non-reconnaissance ne saurait être privée de la possibilité de présenter des observations »⁷³⁶. À l'inverse, l'article 31 paragraphe 1 du règlement est applicable à une procédure de reconnaissance d'une décision juridictionnelle. Dans une telle hypothèse, la partie défenderesse, qui prétendrait à la reconnaissance, ne peut pas présenter des observations. Lorsque la reconnaissance d'une décision étrangère de désunion est invoquée de façon incidente devant le juge saisi, ce dernier statue dès lors qu'il est compétent au fond (règl. Bruxelles II *bis*, art. 21, § 4). Il peut, par exemple à l'occasion d'une demande de divorce ou d'une demande de contribution aux charges du mariage, être amené à se prononcer sur la reconnaissance dans son État membre d'une décision étrangère de divorce.

À titre exceptionnel, une décision rendue en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage n'est pas reconnue quand un des motifs de l'article 22 est rempli :

⁷³⁴ CJCE 11 juill. 2008, aff. C-195/08, PPU, Rinau, pt 95.

⁷³⁵ CJCE 11 juill. 2008, aff. C-195/08, PPU, Rinau, pt 107

⁷³⁶ CJCE 11 juill. 2008, aff. C-195/08, PPU, Rinau, pt 104.

« Une décision rendue en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage n'est pas reconnue:

a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis;

b) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque;

c) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis; ou

d) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis. »

La liste fournie est limitative si bien qu'aucun autre motif de non-reconnaissance ne peut être retenu. Il est dès impossible pour le juge de la reconnaissance de prétendre contrôler la compétence du juge étranger qui a rendu la décision puisque ce motif n'est pas visé par le règlement Bruxelles II *bis*.

Exécution. Le droit de l'Union européenne s'attache, au-delà de la libre circulation des personnes, à assurer la circulation entre États membres des décisions rendues en matière de rupture du mariage. Le Conseil européen de Tampere (qui s'est tenu les 15 et 16 octobre 1999) a invité le Conseil et la Commission à établir des règles de procédure communes spéciales en vue de simplifier et d'accélérer le règlement des litiges transfrontaliers en matière familiale. Il a aussi appelé de ses vœux la suppression des mesures intermédiaires requises pour permettre la reconnaissance et l'exécution dans l'État requis d'une décision rendue dans un autre État membre : notamment de l'*exequatur*. En ce sens, a été adopté le 30 novembre 2000 un programme de mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale⁷³⁷. Ce programme prévoit la suppression de la procédure d'*exequatur* pour certaines décisions rendues en matière de responsabilité parentale et pour les créances alimentaires⁷³⁸. Il en résulte une diversité de régimes d'exécution : le droit de l'Union européenne peut assurer une circulation simplifiée des décisions ou, plus révolutionnaire, garantir leur libre circulation.

Exécution (circulation simplifiée). La circulation des décisions rendues en matière de responsabilité parentale est simplifiée, d'une part, parce que la procédure de déclaration de la force exécutoire est allégée. Elle l'est, d'autre part, parce que les motifs de non-reconnaissance ont été réduits au minimum nécessaire. Par souci d'efficacité, le règlement

⁷³⁷ JOCE 15 janvier 2001, n° C 12, p. 1.

⁷³⁸ v. ég. Le programme de La Haye: renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne JOCE 3 mars 2005, n° C 53, p. 1. Et le plan d'action du Conseil et de la Commission qui traduit le programme de La Haye en actions concrètes : JOCE, 12 août 2005, n° C 198, p. 1.

Bruxelles II *bis* prévoit que la procédure de constatation de la force exécutoire de la décision est, dans un premier temps, unilatérale. La procédure devient dans un second temps contradictoire, le plus souvent lorsque la personne contre laquelle l'exécution a été obtenue introduit un recours contre la décision autorisant l'exécution (règl. Bruxelles II *bis*, art. 33, par. 1er). Indéniablement, le caractère dans un premier temps unilatéral de la procédure d'*exequatur* favorise la déclaration de force exécutoire. Au-delà de ce découpage procédural, Le règlement Bruxelles II *bis* favorise la circulation des décisions rendues en n'envisageant que sept motifs de non-reconnaissance d'une décision relative à la responsabilité parentale (règl. Bruxelles II *bis*, art. 23) :

« Une décision rendue en matière de responsabilité parentale n'est pas reconnue :

a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant;

b) si, sauf en cas d'urgence, elle a été rendue sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de procédure de l'État membre requis, ait eu la possibilité d'être entendu;

c) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié à la personne défaillante en temps utile et de telle manière que celle-ci puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que cette personne a accepté la décision de manière non équivoque;

d) à la demande de toute personne faisant valoir que la décision fait obstacle à l'exercice de sa responsabilité parentale, si la décision a été rendue sans que cette personne ait eu la possibilité d'être entendue;

e) si elle est inconciliable avec une décision rendue ultérieurement en matière de responsabilité parentale dans l'État membre requis;

f) si elle est inconciliable avec une décision rendue ultérieurement en matière de responsabilité parentale dans un autre État membre ou dans l'État tiers où l'enfant réside habituellement, dès lors que la décision ultérieure réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis; ou

g) si la procédure prévue à l'article 56 n'a pas été respectée. »

Même s'il s'agit de règles uniformes, des divergences d'interprétation et d'application apparaissent entre certains États membres. Ainsi, s'agissant de la condition relative à l'audition de l'enfant, le règlement Bruxelles II *bis* affirme que « l'audition de l'enfant joue un rôle important dans l'application du présent règlement sans que cet instrument ait pour objet de modifier les procédures nationales applicables en la matière » (règl. Bruxelles II *bis*, préambule, cons. 19). Lorsque l'enfant réside sur le territoire d'un autre État membre, son audition « peut être effectuée selon les modalités prévues par le règlement n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale » (règl. Bruxelles II *bis*, préambule, cons. 20). Accordant une place importante à la parole de l'enfant, le règlement Bruxelles II *bis* prévoit que la décision en matière de responsabilité parentale n'est pas reconnue lorsque, sauf en cas d'urgence, elle a été rendue sans que l'enfant, en

violation des règles fondamentales de procédure de l'État membre requis, ait eu la possibilité d'être entendu (règl. (CE) no 2201/2003, art. 23, ss b). La mise en œuvre de ce motif de refus de reconnaissance dépend, d'une part, du contexte dans lequel la décision a été rendue dans l'État membre d'origine. S'il est exigé que l'enfant ait eu la possibilité d'être entendu, l'absence d'audition ne sera pas toujours sanctionnée par un refus de reconnaissance de la décision. Il existe des cas dans lesquels l'audition était matériellement impossible telle la maladie ou le handicap empêchant l'enfant de s'exprimer. L'audition peut aussi ne pas avoir eu lieu en raison de l'urgence qu'il y avait à statuer. Le règlement Bruxelles II *bis* ne définit toutefois pas l'urgence. La mise en œuvre du motif de refus de non-reconnaissance pour défaut d'audition dépend, d'autre part, des principes fondamentaux de l'État membre d'exécution. L'audition de l'enfant doit être, dans l'État membre requis, une règle fondamentale de procédure. Dans certains États membres, comme l'Allemagne, l'audition de l'enfant est une exigence procédurale essentielle. En revanche, dans d'autres États membres, la place de l'audition est incertaine. Ainsi, en France, le mineur capable de discernement pouvait demander à être entendu dans toutes les procédures le concernant mais l'audition de l'enfant pouvait être écartée par une décision spécialement motivée (C. civ., anc. art. 388-1). Dès lors, il était difficile de considérer l'audition comme une règle fondamentale de procédure. Au-delà, des différences apparaissent en ce qui concerne les modalités de l'audition. La Cour de cassation française considère que le droit de l'enfant d'être entendu est satisfait dès lors que le juge a pris l'initiative de faire désigner un avocat afin de recueillir ses sentiments et d'en faire état lors de l'audience⁷³⁹. En revanche, en Allemagne, l'enfant doit « être entendu par le juge aux affaires familiales allemand » et « cette prescription constitue une règle fondamentale de la procédure allemande découlant par ailleurs de la Constitution allemande ». C'est dire que, derrière l'apparente unification des règles de circulation des décisions, subsistent des différences nationales que l'étude s'attachera à mettre en évidence.

Exécution (libre circulation). Le règlement Bruxelles II *bis* supprime l'exigence d'*exequatur* préalable pour certaines décisions rendues en matière de responsabilité parentale (règl. Bruxelles II *bis*, art. 41 à 45), les décisions relatives au droit de visite et des décisions ordonnant le retour de l'enfant conformément à l'article 11 paragraphe 8 (règl. Bruxelles II *bis*, art. 41, par. 1er, pts a et b). Pour les décisions de l'article 41, décisions relatives au droit de visite et décisions ordonnant le retour de l'enfant, la procédure d'*exequatur* dans l'État membre requis est remplacée par une procédure de certification dans l'État membre d'origine. Ce faisant, le règlement Bruxelles II *bis* répond aux vœux du Conseil européen de Tampere qui a « approuvé le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires comme pierre angulaire de la création d'un véritable espace judiciaire, et a identifié le droit de visite comme une priorité » (règl. Bruxelles II *bis*, préambule, cons. 2). Dans le même esprit, les obligations alimentaires avaient été identifiées comme une priorité pour lesquelles l'*exequatur* devait être supprimé. Tel est l'apport du

⁷³⁹ Cass. 1 civ., 22 nov. 2005, n° 03-17912 : Bull. civ. I, n° 434.

règlement Obligations alimentaires. Le règlement opère une distinction selon que la décision a été rendue dans un État membre lié par le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 (sur la loi applicable aux obligations alimentaires) ou dans un État membre non lié par le protocole de La Haye de 2007. Cette distinction n'a toutefois guère d'intérêt puisque le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 a été déclaré applicable par l'Union européenne dans l'ensemble des États membres (v. supra, 1. L'unité, b. La loi applicable). Il convient de considérer que la décision rendue dans un autre État membre de l'Union européenne est nécessairement rendue dans un État membre lié par le protocole de La Haye de 2007. Or, en vertu de l'article 17 § 2 du règlement Obligations alimentaires, l'*exequatur* est supprimé :

« Une décision rendue dans un État membre lié par le protocole de La Haye de 2007 qui est exécutoire dans cet État jouit de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire. ».

II. La diversité

Malgré l'eupéanisation des règles de droit international privé, il subsiste (aujourd'hui encore) un certain nombre de questions pour lesquelles existe une diversité entre les États membres. C'est vrai tant sur le « volet compétence » (A) que sur le « volet loi applicable » (B) et le « volet reconnaissance et d'exécution des décisions » (C).

A. La compétence

En ce qui concerne la détermination de la compétence juridictionnelle, la question de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux a échappé à l'emprise du droit de l'Union européenne. Comme le règlement Bruxelles II *bis*, le règlement Bruxelles I est en effet inapplicable pour déterminer si le juge saisi est compétent. Il précise que, s'il « s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction, [...] sont exclus de son application [...] l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux » (règl. Bruxelles, art. 1, § 2, ss a). En l'état, à défaut de règle européenne de compétence, il faut en revenir aux règles nationales ou conventionnelles de compétence internationale. En France, dans un premier temps, la compétence internationale du juge français se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne⁷⁴⁰ : en l'espèce, par extension de l'article 1070 du Code de procédure civile. Il en résulte que le juge français est compétent dans quatre hypothèses :

1. – lorsque la résidence de la famille se trouve en France ;

⁷⁴⁰ Cass. 1 civ., 30 oct. 1962, Scheffel

2. – en cas de résidence séparée, lorsque le lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs se trouve en France ;
3. – lorsque l'époux défendeur réside en France ;
4. – en cas de demande conjointe, lorsque l'un des époux réside en France.

Dans un second temps, si la compétence du juge n'est pas acquise sur la base de cette extension, il peut être fait appel aux privilèges de juridictions des articles 14 et 15 du Code civil fondés sur la nationalité française du demandeur ou du défendeur. Le rapport français fait toutefois état des incertitudes qui entourent la compétence internationale du juge français en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux. À ce jour, il n'est pas évident qu'un juge français soit véritablement compétent pour attribuer à l'un des époux un bien immobilier situé à l'étranger. Si l'on admet cette compétence, se pose la question de la reconnaissance et de l'exécution à l'étranger de la décision française attribuant l'immeuble à l'un des époux. Ne risque-t-il pas de refuser la reconnaissance et l'exécution de la décision française en considérant qu'elle viole une règle de compétence exclusive ? La réponse à cette question est d'autant plus délicate qu'il existe une diversité de régimes d'*exequatur* de droit commun entre les différents États membres étudiés (v. infra, 2. La diversité, c. La reconnaissance et l'exécution).

Cette difficulté pourrait disparaître en cas d'adoption de la proposition (du 16 mars 2011) de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux⁷⁴¹. Elle prévoit, en effet, que « les juridictions d'un État membre saisies d'une demande en divorce, séparation de corps ou annulation du mariage des époux, en application du règlement (Bruxelles II *bis*), sont également compétentes, en cas d'un tel accord des époux, pour statuer sur les questions de régime matrimonial en relation avec la demande » (proposition, art. 4). À défaut d'un tel accord, seraient compétentes les juridictions de l'État membre : « a) de la résidence habituelle commune des époux, ou à défaut ; b) de la dernière résidence habituelle commune des époux, dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou à défaut ; c) de la résidence habituelle du défendeur, ou à défaut ; d) de la nationalité des deux époux ou dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, de leur domicile commun » (proposition, art. 5, § 1). Les époux pourraient également « convenir que les juridictions de l'État membre dont ils ont choisi la loi comme loi applicable à leur régime matrimonial, conformément aux articles 16 et 18, sont compétentes pour statuer sur les questions concernant leur régime matrimonial » (proposition, art. 5, § 2). La proposition est d'autant plus intéressante que, sur le terrain de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, elle simplifiera la circulation intra-européenne des décisions. Elle interdit en effet au juge de l'État membre requis de contrôler la compétence du juge d'origine (proposition, art. 28).

⁷⁴¹ COM(2011) 126 final.

B. La loi applicable

La diversité des règles de conflit de lois se présente principalement en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux, de divorce et de séparation de corps, et dans une moindre mesure, de responsabilité parentale.

Liquidation et partage des intérêts patrimoniaux. La question de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux est topique : aucun règlement européen n'est venu unifier la matière et chaque État applique ses propres règles de conflits de lois. La Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux est entrée en vigueur en France, au Luxembourg et aux Pays Bas au 1er Septembre 1992. Elle accorde aux époux une faculté de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial (art. 3) :

« Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :

- 1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;*
- 2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;*
- 3. la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage. »*

À défaut de désignation de la loi applicable avant le mariage, la Convention prévoit que le régime matrimonial est régi par la loi interne de l'État sur le territoire duquel les époux établissent leur première résidence habituelle commune après le mariage.

Pour les États membres non liés par cette Convention, les rapports nationaux démontrent une certaine diversité quant à la détermination de la loi applicable au régime matrimonial. Ainsi, le *Royaume Uni* n'a aucune règle de conflit de lois en la matière : le principe est celui de l'application de la *lex fori*. L'*Espagne* laisse quant à elle une belle place à l'autonomie de la volonté des époux, qui peuvent choisir la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle de l'un d'eux, et prévoit subsidiairement un rattachement en cascade : s'applique, à défaut de choix, la loi du premier domicile commun, à défaut la loi du lieu de célébration du mariage. La *Belgique*, la *Suède*, et la *Roumanie* prévoient un système sensiblement identique, où toutefois la loi de la nationalité commune est prégnante dans la détermination subsidiaire de la loi applicable. En revanche, la *Bulgarie* soumet les questions de possession, de propriété ou autres droits réels immobiliers ou mobiliers à la loi de leur lieu de situation, et il semble qu'il n'y ait aucune place laissée à l'autonomie de la volonté. C'est également le cas en *Grèce* où la loi applicable aux rapports patrimoniaux est celle qui régie les effets personnels du mariage. En définitive, le plus souvent, l'autonomie de la volonté, quand elle existe, est bridée, c'est-à-dire limitée à une désignation parmi un panel de lois proposées. Parfois également, plusieurs lois sont susceptibles de s'appliquer à la liquidation du régime matrimonial, et c'est le cas notamment quand le critère de rattachement, volontaire ou subsidiaire, est le lieu de situation des biens. Dès lors que les biens des époux sont situés

dans différents États, différentes lois auront vocation à s'appliquer, ce qui morcelle la liquidation du régime matrimonial.

La proposition de règlement sur les régimes matrimoniaux contient des dispositions sur la loi applicable et permettrait d'éviter ce morcellement : son article 15 prévoit en effet que la loi applicable au régime matrimonial s'applique à l'ensemble des biens des époux. En outre, quant aux règles de conflit qu'elle contient, la proposition de règlement est alignée sur la position adoptée par le plus grand nombre d'États : par principe, l'autonomie de la volonté des époux est le critère de détermination de la loi applicable, loi qui doit être choisie parmi les lois de nationalité commune ou de résidence habituelle, commune ou non, des époux. À défaut de choix de loi, la proposition de règlement prévoit l'application de la loi de la première résidence habituelle commune, à défaut la loi de la nationalité commune, à défaut la loi qui présente les liens les plus étroits avec les époux. On peut donc espérer que l'adoption de cette proposition de règlement supprime les difficultés que l'on rencontre aujourd'hui en matière de régimes matrimoniaux.

Divorce et séparation de corps. La diversité des règles de conflits de lois se retrouve également en matière de loi applicable au divorce et à la séparation de corps, le règlement Rome III ne s'appliquant que dans les États membres participant à la coopération renforcée.

Au titre de la présente étude, la plupart des États membres participent à la coopération renforcée : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Italie et Roumanie. Le choix a toutefois été fait d'intégrer dans l'étude différents États membres ne participant à la coopération renforcée : Angleterre et Pays de Galles, Pays-Bas, Pologne et Suède.

À titre liminaire, il convient de souligner que, même pour les pays qui participent à la coopération renforcée, une diversité persiste dans les modalités de conclusion de la convention de choix de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. L'article 7 § 2 du règlement Rome III réserve en effet la possibilité pour les États de prévoir des conditions de forme supplémentaires (outre l'écrit daté et signé des deux époux). L'article 5 § 3 prévoit que « si la loi du *for* le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du *for* ». Cette possibilité d'aménager le règlement Rome III est mise en œuvre de façon variable. Au titre de l'article 7 § 2, le rapport espagnol indique que le choix a été fait d'imposer la conclusion d'un titre public. Au titre de l'article 5 § 3, le rapport allemand et le rapport belge mentionnent que les époux ont la possibilité de faire un choix de loi pendant la procédure : le juge saisi du divorce enregistre simplement le choix de loi formulé à l'oral, au cours de l'audience. D'autres dispositions du règlement Rome III feront sans doute l'objet d'applications nationales. Par exemple, le règlement Rome III prévoit, dans son article 12, que la loi qui régit le divorce et la séparation de corps peut être écartée par le juge en raison de sa contrariété manifeste à l'ordre public. Dès lors que l'ordre public, notion propre à chaque État, est en jeu, la diversité des solutions peut exister : que

pensera le juge français de l'obligation faite par le droit italien d'être séparé de fait depuis 3 ans pour pouvoir demander le divorce ? À l'inverse, le juge italien qui divorcerait un couple en application de la loi française pourrait-il homologuer une convention portant règlement des effets personnels et patrimoniaux dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ?

Voilà des problématiques auxquelles le règlement Rome III, faisant œuvre d'unification, ne peut apporter de réponse.

Pour les États membres non participant à la coopération renforcée, la détermination de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps passe par l'application d'une règle de conflit de lois d'origine conventionnelle ou nationale. Le plus souvent, aucune place n'est alors laissée à l'autonomie de la volonté pour déterminer la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. C'est le cas, par exemple, de l'*Angleterre*, pays dans lequel s'applique la loi du *for*, quelle que soit la question envisagée, tout comme en *Suède* où, sauf deux exceptions dont la portée pratique est très rare, le divorce demandé à une juridiction suédoise est régi par la loi suédoise. La *Pologne* et la *Grèce* prévoient l'application de la loi nationale commune des époux au moment où l'action est intentée, à défaut la loi de la résidence commune des époux, à défaut la loi de la dernière résidence commune dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, et à défaut soit la loi du *for*, soit la loi qui présentent les liens les plus étroits. Le système est similaire en *Autriche*, à cela près que le critère de la nationalité commune disparaît. Certains États comme les *Pays-Bas* prévoient que les parties disposent d'une certaine autonomie dans la détermination de la loi applicable, loi qu'ils doivent mentionner dans la requête en divorce. On le voit, les solutions du conflit de lois en matière de divorce sont donc relativement variables d'un État à l'autre.

Responsabilité parentale. Les praticiens du droit de la famille ont besoin, dans la mesure du possible, d'un droit international privé exempt de complications inutiles. À cet égard, il convient de saluer l'entrée en vigueur progressive dans les États membres de la convention de La Haye du 19 octobre 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. Elle met un terme aux difficultés d'articulation qui existaient entre la convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs et le règlement Bruxelles II *bis*. Depuis le 1er mars 2005, date de la mise en application du règlement Bruxelles II *bis*, la compétence du juge saisi en matière de responsabilité parentale n'est plus déterminée par la convention de La Haye de 1961. Elle est fixée par les articles 8 et suivants du règlement Bruxelles II *bis*. Chaque fois que le juge saisi, compétent sur la base du règlement Bruxelles II *bis*, était le juge national ou le juge de la résidence habituelle du mineur, il pouvait en vertu de la convention de La Haye de 1961 faire application de sa loi interne pour aménager la responsabilité parentale. En revanche, lorsque le juge saisi compétent sur la base du règlement Bruxelles II *bis* n'était ni le juge national ni le juge de la résidence habituelle du mineur, la Convention de La Haye de 1961 ne désignait aucune loi applicable à l'autorité

parentale. Tel était le cas lorsqu'une autorisation du juge français était nécessaire pour la vente d'un immeuble situé en France alors que le mineur étranger, propriétaire du bien, résidait habituellement sur le territoire d'un autre État membre. Cette situation ubuesque n'aurait jamais dû se produire puisque la convention de La Haye de 1996 devait entrer en vigueur, dans l'ensemble des États membres, en même temps que le règlement Bruxelles II *bis*, c'est-à-dire le 1er mars 2005.

Du fait de l'eupéanisation progressive du droit international privé de la famille et en application de la théorie des compétences externes implicites, la Convention de La Haye de 1996 devait être signée et ratifiée par l'Union européenne. Confrontée à certains blocages internes, l'Union européenne a finalement autorisé les États membres à signer la convention de La Haye de 1996⁷⁴². La France a, pour sa part, signé la convention le 1er avril 2003 et la loi n° 2007-1161 du 1er août 2007 a autorisé l'adhésion à la Convention de La Haye de 1996⁷⁴³. La ratification supposait toutefois une nouvelle autorisation de l'Union européenne. Par décision du 5 juin 2008, les États membres ont été autorisés à ratifier la Convention de La Haye de 1996 et invités à prendre « les mesures nécessaires pour déposer simultanément leurs instruments de ratification ou d'adhésion auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, si possible avant le 5 juin 2010 ». Cette date n'étant qu'indicative, la France a déposé son instrument de ratification le 15 octobre 2010, si bien que, conformément à son article 61, la convention de La Haye de 1996 est entrée en vigueur le 1er février 2011 et remplace la convention de La Haye de 1961. Parmi les États membres étudiés, la convention de La Haye de 1996 est entrée en vigueur en Allemagne (le 1er janvier 2011), Autriche (le 1er avril 2011), en Bulgarie (le 1er février 2007), Espagne (le 1er janvier 2011), France (le 1er février 2011), Grèce (le 1er juin 2012), Hongrie (le 1er mai 2006), les Pays-Bas (le 1er mai 2011), Pologne (le 1er novembre 2010), Roumanie (le 1er janvier 2011), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (le 1er novembre 2012) et Suède (le 1er janvier 2013). Matériellement, la Convention de La Haye de 1996 a un champ d'application identique à celui du règlement Bruxelles II *bis*. Elle s'applique à la responsabilité parentale, concept qui comprend « l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant » (conv. La Haye de 1996, art. 1, § 2). Entrent ainsi dans le champ d'application de la convention « l'attribution, l'exercice et le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale, ainsi que la délégation de celle-ci » (conv. La Haye de 1996, art. 3 a), « le droit de garde (...) ainsi que le droit de visite » (conv. La Haye de 1996, art. 3 b), « la tutelle, la curatelle et les institutions

⁷⁴² Décision. n° 2003/93 du 19 décembre. 2002 autorisant les États membres à signer, dans l'intérêt de la Communauté européenne, 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 : JOUE 21 février 2003, n° L 48, p. 1.

⁷⁴³ Loi n° 2007-1161 du 1 août 2007 autorisant l'adhésion à la Convention de La Haye du 19 octobre 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 : JO 2 août 2007, p. 12988.

analogues » (conv. La Haye de 1996, art. 3 c) et « l'administration, la conservation ou la disposition des biens de l'enfant » (conv. La Haye de 1996, art. 3 g). En ce qui concerne la loi applicable, le règlement Bruxelles II *bis* n'abordant pas la question, la Convention de La Haye de 1996 constitue la règle de droit commun vers laquelle il convient de se tourner. Pour l'attribution ou l'extinction de plein droit d'une responsabilité parentale (attribution ou extinction *ex lege*), sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, la convention donne compétence à la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant (conv. La Haye de 1996, art. 16, § 1). Ainsi, s'agissant d'un enfant résidant habituellement en France, les parents sont l'un et l'autre investis de l'autorité parentale en cas de double établissement de la filiation dans l'année de la naissance de l'enfant (C. civ., art. 372, al. 2). Précisons toutefois que l'article 16 § 1 ne vise que « l'intervention active de l'autorité, ([...]) l'intervention par laquelle elle prend effectivement la décision d'attribution ou d'extinction de la responsabilité parentale ». En conséquence, lorsque « la responsabilité parentale conjointe des parents non mariés, qui résulte de la loi, doit faire l'objet d'un enregistrement ou d'une notification à certaines autorités » sans que l'autorité prenne une quelconque décision, « il doit être clair que ces situations relèvent de l'article 16 ». Tel est le cas lorsque les parents font une déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance pour obtenir l'autorité parentale conjointe (C. civ., art. 372, al.3).

Pour l'attribution ou l'extinction d'une responsabilité parentale par un accord ou un acte unilatéral, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, la convention donne également compétence à la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant (conv. La Haye de 1996, art. 16, § 2). La résidence habituelle de l'enfant pouvant changer, la convention prévoit deux règles inspirées de la « théorie dite « des wagons » pour régler le conflit mobile. D'une part, la responsabilité parentale existant existe de plein droit selon la loi de l'État de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant et subsiste après le changement de cette résidence habituelle dans un autre État (conv. La Haye de 1996, art. 16, § 3). Le changement de résidence habituelle n'a donc jamais pour effet de remettre en cause l'existence d'un rapport de responsabilité parentale de plein droit. D'autre part, l'attribution de plein droit de la responsabilité parentale à une personne qui n'en est pas déjà investie est régie par la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant (conv. La Haye de 1996, art. 16, § 4). S'agissant non plus de l'attribution, mais de l'exercice de la responsabilité parentale, compétence est là encore reconnue à la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant et, en cas de changement de résidence habituelle, à la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle (conv. La Haye de 1996, art. 17). L'intervention d'une autorité, judiciaire ou administrative, peut être nécessaire au bon fonctionnement de la responsabilité parentale, notamment en cas de séparation des parents. Il est alors prévu que « dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des États contractants appliquent leur loi » (conv. La Haye de 1996, art. 15, § 1). Si la Convention de La Haye de 1996 repose, comme la Convention de La Haye de 1961, sur un principe de coïncidence des compétences législative et judiciaire, elle devrait s'articuler convenablement avec le règlement Bruxelles II *bis*. Il existe en effet une équivalence presque parfaite entre

les règles de compétence de la Convention de La Haye de 1996 et celles du règlement Bruxelles II *bis*. Il en résulte que le juge saisi, compétent sur la base du règlement Bruxelles II *bis*, applique son droit interne pour retirer la responsabilité parentale ou en modifier les conditions d'exercice. Parce que la décision produit parfois des effets à l'étranger, le juge saisi peut, dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'enfant le requiert, appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit (conv. La Haye de 1996, art. 15, § 2).

L'étude sera l'occasion de comparer la convention de La Haye de 1996 avec la règle de conflit de lois applicable en Belgique et en Italie où la convention n'est pas encore entrée en vigueur. Si la *Belgique* adopte également par principe le critère de la résidence habituelle de l'enfant, l'*Italie* privilégie celui de la nationalité de l'enfant. Dans la mesure du possible, il conviendra aussi de s'intéresser aux réserves que peuvent émettre les États membres dans le cadre de la convention de La Haye de 1996⁷⁴⁴.

C. La reconnaissance et l'exécution

En matière de reconnaissance et d'exécution, c'est-à-dire de circulation dans les États membres de décisions rendues dans d'autres États, la diversité des solutions applicables est potentiellement problématique : d'une part, au niveau de la détermination des motifs de non-reconnaissance et, d'autre part, au niveau de l'interprétation de ces motifs.

Rappelons tout d'abord que pour les décisions rendues dans un État membre, les conditions de reconnaissance et d'exécution sont unifiées au sein de l'Union en ce qui concerne le principe du divorce (par le règlement Bruxelles II *bis*), la responsabilité parentale (par le règlement Bruxelles II *bis*) et les obligations alimentaires (par le règlement Obligations alimentaires⁷⁴⁵). Toutefois, dans les hypothèses où la décision n'a pas été rendue dans un État membre ou si elle touche une question non couverte par les règles européennes de reconnaissance et d'exécution (comme la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux), il faut en revenir aux conditions de droit commun applicables dans l'État membre requis.

En ce qui concerne les critères de reconnaissance, certains se retrouvent dans la plupart des pays : c'est le cas par exemple de l'absence de décision inconciliable rendue ou reconnue dans l'État requis, le fait que la décision à reconnaître ne soit pas définitive dans son pays d'origine, la violation de l'ordre public (procédural ou substantiel) et l'absence de violation

⁷⁴⁴ En France, v. décret n° 2011-1572 du 18 novembre 2011, portant publication de la Convention 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 (ensemble trois déclarations), signée à La Haye le 19 octobre 1996 : JO 20 nov. 2011, p. 19503.

⁷⁴⁵ V. supra, 1. L'unité, c. La reconnaissance et l'exécution

d'une règle de compétence exclusive des juridictions de l'État membre requis. Cette dernière condition peut sembler elle même problématique, notamment en matière de régime matrimonial, puisqu'il n'existe pas de règles de conflit de juridictions unifiées en la matière (v. supra, 2. La diversité, a. La compétence). Ainsi, ce motif de non-reconnaissance pourrait être mis fréquemment en œuvre, entraînant une instabilité en ce qui concerne les rapports patrimoniaux des ex-époux. Des États membres vont même jusqu'à refuser la reconnaissance d'une décision étrangère lorsqu'elle a été rendue par un État dont le juge n'était compétent qu'en raison de la nationalité du demandeur. C'est le cas de la *Bulgarie* qui ne reconnaît donc pas la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux opérés par un juge français qui aurait été compétent non au titre de l'article 1070 du Code de procédure civile mais de l'article 14 du Code civil français.

Certains États reconnaissent les décisions étrangères sous réserve de réciprocité : c'est le cas notamment de la *Hongrie* et de la *Roumanie*. D'autres États subordonnent la reconnaissance de la décision étrangère à l'application, par le juge de l'État d'origine, de la « bonne loi », selon la règle de conflit de lois de l'État requis : l'*Angleterre*, par exemple, contrôle aujourd'hui encore la loi appliquée par le juge étranger alors que cette condition a été abandonnée par le droit *français* et le droit *allemand*.

La diversité peut apparaître dans l'interprétation même de ces motifs de non-reconnaissance. Le cas de l'ordre public est à ce titre éloquent. Hors du droit de l'Union européenne, la contrariété à l'ordre public n'a pas besoin d'être manifeste pour être un motif de refus de reconnaissance. Là est le champ d'élection de la diversité des États : l'ordre public est une notion particulariste, contingente, qui varie non seulement d'un État à l'autre, mais y compris au sein d'un même État en fonction de l'époque. La plupart du temps, l'ordre public recouvre pour les États des principes essentiels de l'ordre juridique qui touchent à la procédure et au fond du droit. Dans la plupart des États, le fait que le divorce soit obtenu unilatéralement par l'un des époux, sans que l'opposition de l'autre au divorce ne produise d'effet, fait obstacle à la reconnaissance de la décision étrangère prononçant le divorce. Mais ce point de vue n'est pas universel : la *Suède* par exemple reconnaît bien volontiers les répudiations unilatérales, puisque sa propre législation permet la rupture unilatérale du mariage. La *Grèce* va permettre la reconnaissance d'une répudiation dès lors que la femme, lors de la procédure dans l'État d'origine, ne s'est pas opposée à la rupture du mariage. À l'inverse, un certain nombre d'États, au nombre desquels on compte la *France*, s'oppose à la reconnaissance des répudiations dès lors que la situation présente une certaine proximité avec leur territoire.

Chapitre 2 : La reconnaissance des décisions de divorce et leur transcription sur les registres de l'état civil

Obtenir le divorce dans un État est une chose, faire reconnaître cette décision et le changement d'état de la personne qu'elle provoque en est bien souvent une autre... Problématique désormais bien connue, la circulation internationale des personnes et de leur statut personnel est pourtant loin de recevoir un traitement identique dans tous les États et dans toutes les situations internationales.

Au sein de l'Union européenne, le règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dit Bruxelles II *bis*, a grandement simplifié la libre circulation des personnes et de leur statut matrimonial. Depuis son entrée en application, toutes les décisions de désunion rendues par les autorités (judiciaires ou non) d'un État membre sont reconnues de plein droit dans les autres États membres et peuvent être transcrites dans leurs registres de l'état civil sur simple demande. Cette simplification et cette unification des règles de reconnaissance et de transcription seront rappelées (I) afin de mesurer l'apport que représente le règlement aux différentes solutions nationales des 13 pays étudiés dans la présente enquête. Ces solutions nationales continuent cependant de recevoir application lorsque la décision de désunion a été rendue par une autorité ou une juridiction d'un État non-membre de l'Union européenne. La diversité de ces solutions et le contraste de certaines d'entre elles avec le principe de reconnaissance *de plano* contenu dans le règlement sont saisissants. Ces solutions seront analysées afin de mettre en lumière les difficultés auxquelles les individus peuvent être exposés lorsqu'ils souhaitent ou ont besoin de faire reconnaître leur décision de désunion rendue dans un État non membre dans un État membre de l'Union européenne (II). De plus, si de prime abord la transcription des décisions de désunion peu paraître une question presque marginale, l'analyse des questionnaires remplis par les experts nationaux des pays dans lesquels l'enquête a été diligentée montre qu'elle est, au contraire, bien souvent cruciale (III). Là aussi, l'apport du règlement Bruxelles II *bis* s'avère fondamental tant le défaut de transcription peut engendrer des difficultés en terme de reconnaissance de l'état des personnes. Enfin, des développements particuliers seront consacrés au problème de la reconnaissance des répudiations, parfois pudiquement appelées « décisions de rupture unilatérale de lien matrimonial ». En effet, si la quasi-totalité des États mettent en exergue la répudiation en tant qu'exemple de décision de rupture du lien matrimonial contrevenant à leur ordre public, tous ne lui réservent pas le même traitement.

I. La reconnaissance et la transcription des décisions de désunion rendues par des juridictions ou des autorités d'Etats membres de l'Union européenne

Les questionnaires remplis par les experts nationaux des treize pays dans lesquels l'enquête a été menée font état de leur application du règlement Bruxelles II *bis* et nombre d'entre eux insistent sur la différence de régime existant entre les décisions de désunion rendues dans un État membre et dans un État non-membre de l'Union européenne. En effet, si le règlement pose le principe de la libre circulation des décisions entrant dans son champ d'application, il n'en va pas de même selon le droit commun de nombreux États. En application de l'article 21.1 du règlement, le principe du divorce et l'état des personnes qui résulte de cette dissolution du mariage est reconnu de plein droit dans tous les États membres de l'Union européenne sans qu'il soit besoin de recourir à aucune procédure⁷⁴⁶. L'article 21.2 prévoit que ces décisions relatives à la désunion sont transcrites sur simple demande sur les registres internes de l'état civil. La simplification de la mise à jour des actes et des registres de l'état civil permet ainsi de faciliter la preuve de l'état des personnes et vise à garantir l'effectivité du droit au respect de la vie familiale des intéressés sur le territoire de l'UE.

Toutefois, toute partie intéressée peut diligenter une procédure visant à faire reconnaître la décision ou bien à priver la décision de la reconnaissance immédiate. À l'occasion de cette procédure ou bien d'une autre procédure au cours de laquelle la question de la reconnaissance se pose à titre incident, ce sont les conditions de régularité internationale posées par l'article 22 du règlement qui sont examinées et non celles prévues par le droit interne de chaque État membre. Désignées sous l'expression « *motifs de non reconnaissance des décisions de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage* », elles sont au nombre de quatre :

- La décision est manifestement contraire à l'ordre public de l'État requis ;
- L'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque;
- La décision est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant

⁷⁴⁶ Seule la dissolution du lien matrimonial entre dans le champ d'application du règlement Bruxelles II *bis*. Les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux du divorce (prestation compensatoire éventuelle, dissolution du régime matrimonial, droit de conserver l'usage du nom du conjoint ou maintien du nom matrimonial...) sont régis par d'autres règlements de l'Union européenne, des conventions internationales ou encore par le droit interne de chaque État.

les mêmes parties dans l'État membre requis ;

- La décision est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis.

De plus, les articles 24, 25 et 26 du règlement formulent expressément quatre interdictions :

- La compétence de la juridiction de l'État membre ayant rendu la décision ne peut pas être contrôlée ;

- La reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'État membre requis ne permet pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques ;

- La révision de la décision est formellement prohibée.

Dès lors, même en cas de recours à la procédure visant à la reconnaissance ou à la non-reconnaissance, les motifs permettant de dénier tout effet à une décision de divorce rendue par un État membre sont peu nombreux et limitativement énumérés. Ni la compétence de la juridiction ou de l'autorité, ni la loi appliquée ne peuvent être contrôlées hormis si elles révélaient une contrariété à l'ordre public. Le règlement se révèle ainsi être un instrument particulièrement efficace pour garantir la libre circulation des personnes et de leur statut personnel sur le territoire de l'Union européenne. Il diffère et contraste parfois fortement avec le régime de reconnaissance des décisions de divorce prévu par le droit interne des États étudiés au cours de la présente enquête.

II. La reconnaissance des décisions de divorce rendues par des juridictions ou des autorités d'Etats non-membres de l'Union européenne

Selon le *droit français*, les décisions relatives à l'état des personnes sont reconnues de plein droit depuis l'arrêt *Bulkley* du 28 février 1860⁷⁴⁷, le recours à l'*exequatur* n'étant nécessaire que pour leur faire produire des mesures d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes⁷⁴⁸. Ces décisions bénéficient d'une présomption de régularité

⁷⁴⁷ Grands arrêts de DIP n° 4 ; S. 1860, I, p. 210 ; DP 1860, I, p. 57.

⁷⁴⁸ Cass. Civ., 9 mai 1900, *de Wrède* : Grands arrêts de DIP n° 10 ; S. 1901, I, p. 185 ; JDI 1900, p. 613. Par exemple, le recours à l'*exequatur* est nécessaire pour faire exécuter en France la partie de la décision de divorce prévoyant le versement d'une prestation compensatoire.

internationale qu'il est cependant possible de contester par une action en inopposabilité. Sauf contestation de la décision, le mariage est considéré comme dissout et les ex-époux comme redevenus célibataires. Ils peuvent donc se remarier devant un officier de l'état civil français sans besoin de faire contrôler préalablement la décision de divorce étrangère. En cas de contestation de la régularité internationale de la décision de divorce, par voie principale ou incidente, seules trois conditions font l'objet d'un examen : la décision a été rendue dans le respect des règles de compétence indirecte (*i.e.* l'absence de violation d'une règle de compétence exclusive du juge français et l'existence d'un lien caractérisé entre le litige et l'État dont la juridiction a été saisie), la conformité de la décision à l'ordre public français en matière internationale et l'absence de fraude⁷⁴⁹. Outre l'interdiction absolue de toute révision ou ajout, le juge français procédant à l'examen de la décision étrangère ne peut refuser de la reconnaître au motif qu'une règle de compétence juridictionnelle française non exclusive n'a pas été respectée ou que la loi matérielle appliquée au fond de la décision n'est pas celle désignée par la règle de conflit française. Les conditions du *droit commun français* en matière de reconnaissance des décisions de divorce diffèrent donc très peu de celles posées par le règlement Bruxelles II *bis* et il est assez remarquable qu'une équivalence de traitement des décisions de divorce existe quel que soit l'État d'origine de cette décision. Le même constat semble pouvoir être fait au *Pays-Bas*⁷⁵⁰ et en *Pologne*⁷⁵¹ mais non dans plusieurs pays ayant participé à cette recherche.

Dans un certain nombre d'États étudiés, il n'existe pas de principe de reconnaissance immédiate des décisions de divorce (*Belgique*⁷⁵², *Espagne*⁷⁵³, *Grèce*⁷⁵⁴, *Bulgarie*⁷⁵⁵ par exemple). Le régime de reconnaissance des décisions de divorce est bien souvent le même que celui des autres décisions quel que soit le domaine qu'elles intéressent. Il n'est tenu aucun compte des questions d'état des personnes et de permanence du statut personnel. Le traitement d'une décision de divorce est donc, dans ces pays, le même que celui d'une décision condamnant une personne au versement de dommages et intérêts par exemple.

⁷⁴⁹ Ces conditions ont été posées par les jurisprudences *Munzer* (Cass. Civ 1^{re}, 7 janvier 1964 : Grands arrêts de DIP n°41 ; Rev. crit DIP 1964, p. 344, note Batiffol ; JDI 1964, p. 302, note B. Goldman ; JCP 1964, II, 13590, note M. Ancel), *Bachir* (Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 1967 : Grands arrêts de DIP n° 45 ; Rev. crit. DIP 1968, p. 98, note P. Lagarde ; JDI 1969, p. 102, note B. Goldman ; D. 1968, p. 95, note E. Mezger ; JCP 1968, II, 15634, note J.-B. Sialelli) et *Cornelissen* (Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007 : LPA, 27 avr. 2007, n° 85, note J.-G. Mahinga ; *Dr. famille* 2007, comm. n° 97 ; note M. Farge ; JCP G 2007, act. 107, obs. Ch. Bruneau ; D. 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; D. 2007, p. 891, chron. P. Chauvin, spéc. p. 892 ; D. 2007, pan., p. 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; D. 2007, p. 1115, obs. I. Gallmeister ; *Gaz. Pal* 11-12 mai 2007, n° 131-132, jurispr. p. 15, note C. Lecuyer-Thieffry ; M.-L. Niboyet, *L'abandon du contrôle de compétence législative indirecte* : *Gaz. Pal.* 29 avr. au 3 mai 2007, n° 119-123, doct., p. 2.

⁷⁵⁰ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 92.

⁷⁵¹ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 92.

⁷⁵² V. W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 91.

⁷⁵³ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 91.

⁷⁵⁴ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 91.

⁷⁵⁵ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 91.

Les ex-époux, ou l'un d'eux, doivent obligatoirement diligenter une procédure de reconnaissance et/ou d'*exequatur* de la décision devant la juridiction ou l'autorité interne compétente pour être considérés comme divorcés et pouvoir, s'ils le souhaitent, se remarier.

D'autres États connaissent également le principe de la reconnaissance immédiate des décisions de divorce, mais le limite à certaines décisions. Ainsi, en *Allemagne*⁷⁵⁶ seules les décisions de divorce rendues par la juridiction d'un État dont les deux époux ont la nationalité tant au moment de la procédure qu'au moment de la reconnaissance en bénéficient. Dans les autres hypothèses, les époux doivent obtenir une décision d'*exequatur* pour que le divorce soit reconnu sur le sol allemand. La même limite existe en *Suède*⁷⁵⁷ à deux nuances près : l'une plus souple, l'autre plus stricte. D'une part, il n'est pas exigé que les deux époux aient la nationalité de l'État de la juridiction ayant statué, il suffit qu'un seul la possède. D'autre part, cette reconnaissance automatique ne permet pas aux Suédois concernés de se remarier en Suède, ils doivent obligatoirement obtenir l'*exequatur* de la décision préalablement à ce remariage. Quant à la *Roumanie*⁷⁵⁸, elle exige également cette condition de nationalité, mais ajoute que la décision bénéficie aussi de la reconnaissance immédiate lorsqu'elle n'a pas été rendue par le juge de l'État dont les intéressés ont la nationalité, si elle est déjà reconnue par l'État dont les ex-époux ont la nationalité. Il y a, en quelque sorte, une reconnaissance que l'on pourrait qualifier de « reconnaissance par ricochet » : si l'État de nationalité des ex-époux reconnaît d'ores et déjà le divorce, le *droit roumain* en fait de même, sauf bien sûr si un motif de refus de reconnaissance venait à être révélé ultérieurement. Enfin, conformément aux principes de *common law*, l'*Angleterre* et le *Pays de Galles*⁷⁵⁹ font bénéficier de la reconnaissance immédiate les décisions rendues par les juridictions de l'État dans lequel les parties avaient leur résidence à la date de l'ouverture de la procédure de divorce en plus de celle rendues par les juridictions de l'État dont les ex-époux ont la nationalité.

En ce qui concerne les conditions de la reconnaissance, *i.e.* les conditions qui sont vérifiées lors du contrôle de régularité internationale de la décision que ce contrôle soit préalable à toute reconnaissance ou bien qu'il survienne pour confirmer ou contester la régularité d'une décision ayant bénéficié de la reconnaissance immédiate, là aussi de nombreux États participant à l'enquête révèlent une législation de droit commun beaucoup plus stricte que le droit de l'Union européenne. À l'instar du *droit français*, l'absence de contrariété à l'ordre public de l'État d'accueil de la décision est systématiquement exigé. Certains pays donne des précisions supplémentaires sur des points particuliers de l'ordre

⁷⁵⁶ V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 91.

⁷⁵⁷ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 91.

⁷⁵⁸ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 91.

⁷⁵⁹ V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 91.

public. Ainsi, il est remarquable que la *Pologne*⁷⁶⁰, les *Pays-Bas*⁷⁶¹, l'*Italie*⁷⁶², la *Hongrie*⁷⁶³, la *Bulgarie*⁷⁶⁴, l'*Allemagne*⁷⁶⁵ et la *Belgique*⁷⁶⁶ font expressément état du respect des droits de la défense, du droit à un procès équitable. Les formulations sont différentes mais toutes mettent en avant le respect de la dimension procédurale de l'ordre public. En revanche, le contrôle de la compétence du juge ayant rendu la dite décision ne s'analyse souvent pas de la même manière qu'en *France*. Si la *Pologne*⁷⁶⁷, l'*Allemagne*⁷⁶⁸, la *Belgique*⁷⁶⁹ et la *Roumanie*⁷⁷⁰ semblent adopter la même conception, *i.e.* celle du contrôle de la compétence indirecte, et n'exige donc que l'absence de violation d'une compétence exclusive de leur juge national et l'existence d'un lien suffisant entre le divorce et l'État dont la juridiction a été saisi, il n'en va pas de même partout. Ainsi, l'*Italie*⁷⁷¹, la *Hongrie*⁷⁷², la *Grèce*⁷⁷³ et la *Bulgarie*⁷⁷⁴ semblent exiger l'absence de violation d'une règle de compétence de leur juge national sans préciser s'il s'agit d'une compétence exclusive ou non. Il est souvent question de la vérification de la compétence du juge étranger au regard de leurs règles internes de conflit de juridictions. Quant au contrôle de la loi matérielle appliquée par le juge étranger, *i.e.* la vérification que celle-ci est celle désignée par la règle de conflit de lois du pays d'accueil de la décision, il n'existe ni dans le règlement Bruxelles II *bis*, ni dans le droit commun français depuis 2007 et ne semble plus guère être effectué dans les pays ayant participé à l'enquête. En revanche, la notion de réciprocité de reconnaissance, inconnue en tant que tel dans le droit français, est évoquée dans le *rapport roumain*⁷⁷⁵. Cet État semble soumettre la reconnaissance des décisions provenant d'un autre État à la condition que cet État reconnaisse également ses propres décisions. Sont également évoqués comme motifs

⁷⁶⁰ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 91.

⁷⁶¹ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 91.

⁷⁶² V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 91.

⁷⁶³ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 91.

⁷⁶⁴ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 91.

⁷⁶⁵ V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 91.

⁷⁶⁶ V. W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 91.

⁷⁶⁷ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 91.

⁷⁶⁸ V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 91.

⁷⁶⁹ V. W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 91.

⁷⁷⁰ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 91.

⁷⁷¹ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 91.

⁷⁷² V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 91.

⁷⁷³ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 91.

⁷⁷⁴ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 91.

⁷⁷⁵ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 91.

de refus de reconnaissance par certains experts, l'inconciliabilité de décisions⁷⁷⁶ et le caractère non définitif de la décision⁷⁷⁷.

D'autres législations connaissent des conditions de contrôle moins nombreuses que le *droit commun français* et se rapproche davantage encore des conditions posées par le Règlement Bruxelles II *bis*. On notera par exemple que les *Pays-Bas*⁷⁷⁸ se concentrent essentiellement sur le contrôle de l'ordre public tant dans sa dimension de fond qu'au niveau procédural. Une particularité existe dans le droit de l'*Angleterre* et du *Pays de Galles*⁷⁷⁹. Selon leur législation, le contrôle de régularité est différent selon que le divorce résulte d'une procédure ou non. Lorsque le divorce intervient au terme d'une procédure, la décision est reconnue si elle a été rendue conformément à la loi de l'État dans lequel il a été prononcé et que les parties résidaient dans cet État à la date d'ouverture de cette procédure ou en étaient citoyens. Si la désunion ne résulte pas d'une procédure, trois conditions cumulatives sont exigées : la décision doit être conforme à la loi de l'État dans lequel elle a été prise ; Les deux époux résidaient dans cet État au moment de la décision ou bien un seul des deux, mais dans ce cas l'autre époux devait résider dans un État qui reconnaît la décision ; Aucun des deux époux ne résidait habituellement au Royaume-Unis dans les années immédiatement précédentes à la décision.

En outre, ce contrôle n'est pas toujours suffisant pour que les ex-époux puissent se remarier ou plus simplement pour qu'ils disposent d'un moyen de preuve aisé de leur statut personnel. Nombre d'États font un lien entre ces questions et la transcription de la décision de divorce sur leurs registres lorsqu'il s'agit de leurs nationaux.

⁷⁷⁶ V. par exemple, M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 91 ou V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 91.

⁷⁷⁷ V. par exemple M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 91, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 91 ou A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 91.

⁷⁷⁸ V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 91.

⁷⁷⁹ V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 91.

III. La transcription des décisions de divorce rendues par des juridictions ou autorités d'Etats non-membres de l'Union européenne

Comme en *France*⁷⁸⁰, dans beaucoup d'États interrogés, la transcription de la décision de divorce intéressant un ou deux de leurs nationaux et ayant prononcée à l'étranger est facultative : *Pologne*⁷⁸¹, *Pays-Bas*⁷⁸², *Angleterre* et *Pays de Galles*⁷⁸³, *Allemagne*⁷⁸⁴, *Belgique*⁷⁸⁵ et *Espagne*⁷⁸⁶. En outre, on notera que dans certains États, notamment en *Espagne*, la transcription sur les registres de l'état civil ne peut pas avoir lieu si la décision étrangère de divorce n'a pas été contrôlée et revêtue de l'*exequatur*. Toutefois, dans ces États, il est intéressant de rapprocher le caractère facultatif de la transcription des conséquences du défaut de transcription. En *Espagne*, à défaut de transcription du divorce, le certificat de capacité matrimonial indispensable à la célébration d'un nouveau mariage ne peut pas être délivré. Aux *Pays-Bas*, la preuve de l'état des personnes sera bien moins aisée. En *Allemagne*, si le mariage était enregistré en Allemagne, les intéressés continuent d'être considérés comme mariés tant que la décision de divorce n'a pas été transcrite. Dès lors ce caractère facultatif de la transcription perd de son sens. Certes, les intéressés ne sont pas contraints de faire procéder à la transcription, mais ils courent alors le risque d'être toujours considérés comme mariés, ce qui peut engendrer de nombreuses conséquences au plan personnel, mais aussi patrimonial, successoral, fiscal... Non obligatoire, la transcription du jugement de divorce ne saurait trop être conseillée.

⁷⁸⁰ La transcription des décisions de divorce prononcées à l'étranger et intéressant des Français est toutefois fortement recommandée pour faciliter la preuve de l'état de la personne. Lorsque le divorce n'a pas été prononcé par l'autorité ou la juridiction d'un État membre de l'Union européenne, celle-ci interviendra à la demande des intéressés, à la suite d'une vérification d'opposabilité réalisée par le Procureur de la République. Le Procureur compétent varie en fonction du lieu de célébration du mariage :

- Si le mariage avait été célébré en France, le Procureur compétent pour recevoir la demande de transcription et effectuer la vérification d'opposabilité est celui dont dépend l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage.

- Si le mariage avait été célébré à l'étranger, il s'agit du Procureur près le tribunal de grande instance de Nantes. Il convient de souligner que le mariage en cause doit avoir été transcrit préalablement sur les registres français pour que le divorce puisse l'être également.

⁷⁸¹ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, *Rapport polonais*, Q 94.

⁷⁸² V. P. VLAARDINGERBROEK, *Rapport néerlandais*, Q 94.

⁷⁸³ V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 94.

⁷⁸⁴ V. D. MARTINY, *Rapport allemand*, Q 94.

⁷⁸⁵ V. W. PINTENS, *Rapport belge*, Q 94.

⁷⁸⁶ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 94.

Dans d'autres Etats, cette transcription est obligatoire à partir du moment où il s'agit le divorce concerne l'un de leur nationaux (*Italie*⁷⁸⁷, *Roumanie*⁷⁸⁸, *Grèce*⁷⁸⁹, *Bulgarie*⁷⁹⁰, *Suède*⁷⁹¹), voire dès lors qu'ils détiennent un acte de l'état civil de l'un des intéressés (*Autriche*⁷⁹² et *Hongrie*⁷⁹³). Nombre de ces États dénie tout effet personnel à la décision tant qu'elle n'a pas été transcrite sur les registres de l'état civil. Les intéressés sont donc toujours considérés comme mariés (*Autriche*⁷⁹⁴, *Roumanie*⁷⁹⁵). D'autres, comme la *Hongrie*⁷⁹⁶, permettent de rapporter la preuve du divorce et de l'état de célibataire recouvré en produisant une copie traduite et parfois légalisée ou apostillée de la décision de divorce étrangère.

On remarque ainsi, que le caractère obligatoire ou facultatif n'a finalement que peu d'incidence sur les conséquences du défaut de transcription. En toute hypothèse, soit le défaut de transcription empêche la reconnaissance du nouvel état de la personne, soit il le complique très fortement. Dès lors, bien que la transcription ne soit pas toujours qualifiée d'obligatoire, elle est indispensable aux personnes pour pouvoir rapporter « facilement » la preuve de leur état de la personne et obtenir les droits et avantages qui y sont liés.

Le système *italien*⁷⁹⁷ présente une particularité par rapport aux autres États étudiés. Dans le *droit commun italien*, les décisions de divorce intéressant des nationaux et qui ont été prononcées à l'étranger doivent être transcrites pour être reconnues. Les intéressés s'adressent directement à l'officier de l'état civil italien qui effectue un contrôle de la décision lui même. S'il ne relève aucun élément semblant indiquer une irrégularité de la décision étrangère, il procède à la transcription et la décision bénéficie alors de la reconnaissance. A l'inverse, s'il a un doute, le juge italien doit être saisi afin qu'une procédure d'*exequatur* permette d'opérer un contrôle plus approfondi de la décision de divorce. Si au terme de cette procédure judiciaire la décision est déclarée régulière, elle est transcrite sur les registres de l'état civil italien et est alors reconnue. Ce système présente l'avantage de désengorger les tribunaux, mais sous-entend une compétence juridique importante des officiers de l'état civil.

⁷⁸⁷ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 94.

⁷⁸⁸ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 94.

⁷⁸⁹ V. P. AGALLOPOULOU, *Rapport grec*, Q 94.

⁷⁹⁰ V. V. TODOROVA, *Rapport bulgare*, Q 94.

⁷⁹¹ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 94.

⁷⁹² V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 94.

⁷⁹³ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 94.

⁷⁹⁴ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien*, Q 93.

⁷⁹⁵ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 93.

⁷⁹⁶ V. Z. LELE, *Rapport hongrois*, Q 93 et Q 94.

⁷⁹⁷ V. M. D. PANFORTI, *Rapport italien*, Q 91 à Q 94.

IV. La réception des répudiations ou décisions unilatérales de rupture du lien conjugal

Interrogés sur le type de décision pouvant être considéré comme contraire à leur ordre public, la quasi-totalité des États participant à l'enquête a fait état des décisions de répudiation ou de rupture unilatéral du lien conjugal⁷⁹⁸. Seule la *Suède* ne les condamne pas à partir du moment où le conjoint à qui le divorce est imposé a eu la possibilité d'être entendu par le juge ou l'autorité⁷⁹⁹. L'expert suédois explique cette particularité par l'existence dans le droit suédois du « divorce unilatéral », mais il tempère son propos en expliquant que l'évolution de la conception des droits de l'homme pourrait faire changer le droit et la jurisprudence suédois sur ce point. Dans une moindre mesure, l'*Angleterre* et le *Pays de Galles*⁸⁰⁰ semblent parfois enclin à faire produire leurs effets à ce type de désunion. En effet, les conditions de reconnaissance de décisions appliquées par ces pays⁸⁰¹ laissent supposer que c'est possible à condition toutefois que cette répudiation ou ce divorce unilatéral n'ait pas été obtenu par application d'un droit religieux comme le précise le rapport rédigé par les experts.

Parmi les pays déclarant les répudiations et les divorces unilatéraux contraires à leur ordre public, deux tendances se dégagent. Certains, à l'instar de la *France*, refusent systématiquement de leur faire produire un quelconque effet sur leur territoire. Selon ces États, l'inégalité d'accès des époux aux mêmes modes de dissolution du mariage et l'inégalité de traitement des époux commandent un refus de reconnaissance absolue de ces décisions, qu'elles soient judiciaires ou non. D'autres États, spécialement l'*Espagne*⁸⁰² et la *Roumanie*⁸⁰³, ont une position plus nuancée. Ils refusent de reconnaître ces décisions à moins que la reconnaissance ne soit demandée par le conjoint à qui le divorce a été imposé, autrement dit la femme répudiée dans la quasi-totalité des cas, ou bien que ce même conjoint acquiesce à la demande de reconnaissance. L'équilibre de cette solution est particulièrement remarquable. En *France*, une femme étrangère répudiée dans son pays d'origine par son mari ne peut jamais obtenir la reconnaissance d'une telle décision, même si elle le souhaite⁸⁰⁴. Son état de la personne résultant de cette répudiation, sa qualité de

⁷⁹⁸ V. Q 92 des différents rapports nationaux.

⁷⁹⁹ V. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Rapport suédois*, Q 92.

⁸⁰⁰ V. L. FRANCOZ-TERMINAL et J. GRACIE, *Rapport anglais*, Q 91 et Q 92.

⁸⁰¹ V. *supra* Ce chapitre, paragraphe II. La reconnaissance des décisions de divorce rendues par des juridictions ou des autorités d'États non-membres de l'Union européenne, pages 180 et suiv.

⁸⁰² V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *Rapport espagnol*, Q 92.

⁸⁰³ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain*, Q 92.

⁸⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 17 février 2004, M.-L. Niboyet, *Gaz. Pal.*, 25-26 février 2004, p. 29 ; D. 2004, p. 825, concl. F. Cavarroc ; P. Courbe, « Le rejet des répudiations musulmanes », D. 2004, p. 815.

célibataire, ne peut donc jamais être reconnue et elle ne peut se remarier devant une autorité française. Elle est contrainte (si les règles de compétence juridictionnelle le lui permettent) d'intenter une procédure de divorce en *France*. En outre, cette « seconde » décision ne sera jamais reconnue dans son pays d'origine puisque celui-ci s'attachera à la « première » décision de rupture du lien conjugal. La prise en compte de la volonté du conjoint répudié dans les *législations espagnole et roumaine* témoigne d'une application différente du principe d'égalité des époux. Contrairement à bien d'autres législations, leur contrôle du principe d'égalité semble procéder d'une analyse *in concreto* et non *in abstracto*. Le caractère subjectif des droits de l'homme prend ici tout son sens : que le principe d'égalité ait été objectivement atteint ne fait aucun doute, mais la décision de s'en prévaloir appartient à la victime de cette discrimination. Cette conception est certes discutable et doit nécessairement être circonscrite à certaines hypothèses, mais elle possède l'immense mérite de garantir la permanence du statut personnel lorsque le conjoint dont les droits ont été violés, ou du moins atteints, accepte cette atteinte à ses propres droits.

Chapitre 3 : Le divorce des couples de même sexe en Europe

La question du divorce des époux de même sexe en Europe est d'autant plus délicate que rares sont encore les pays qui ont reconnu le mariage homosexuel⁸⁰⁵ (cf. parmi les pays étudiés, les Pays-Bas⁸⁰⁶, la Belgique⁸⁰⁷, l'Espagne⁸⁰⁸, la Suède⁸⁰⁹, en tout récemment, l'Angleterre et Pays de Galles⁸¹⁰) et, parmi ceux-ci, certains n'ont pas édicté de règles de DIP propres à ce type d'unions : tel est notamment le cas de l'Espagne⁸¹¹ et des Pays-Bas⁸¹². A

⁸⁰⁵ Pour une étude de droit comparé, cf. not. *Le mariage entre personnes de même sexe, étude pour la Cour de cassation*, Institut de droit comparé Edouard Lambert de Lyon, RIDC 2008, p. 376 s. *Adde* dans le cadre de la préparation de la loi française sur le mariage pour tous, l'étude d'impact accompagnant le projet de loi français (*Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Etude d'impact*, Assemblée nationale, nov. 2012) ainsi que les études de droit comparé réalisées pour le Sénat (*Mariage des personnes de même sexe et homoparentalité*, Étude de législation comparée n° 229, 2012), et pour l'Assemblée nationale (*in* E. BINET, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, Rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, n°628, janvier 2013, 2 vol., t.1, Annexe 4, p. 579 s.)

⁸⁰⁶ Loi du 21 décembre 2000 entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001

⁸⁰⁷ Loi du 13 février 2003

⁸⁰⁸ Loi n°13 du 1^{er} juillet 2005

⁸⁰⁹ depuis le 1^{er} mai 2009

⁸¹⁰ Le projet de loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe a été adopté le 16 juillet 2013 et a reçu l'assentiment de la Reine. Les premiers mariages devraient être célébrés en 2014. Un projet de loi est à l'étude en Ecosse.

⁸¹¹ V. C. GUILARTE MARTIN-CALERO, Rapport espagnol. La Résolution-circular de 29 de Julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y de Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, dans laquelle le Ministère de la Justice donne son interprétation du nouvel état du droit espagnol. Est notamment affirmée, au nom de l'ordre public espagnol et du principe d'égalité, la validité du mariage célébré en Espagne entre un(e) Espagnol(e) et un(e) étranger(e) quand bien même la loi nationale du conjoint étranger prohiberait le mariage entre personnes de même sexe ; sera également valable le mariage célébré en Espagne entre deux étrangers résidant en Espagne dont la loi nationale interdirait le mariage entre personnes de même sexe. Il en irait de même si de telles unions étaient célébrées à l'étranger.

⁸¹² Ces derniers ont été un des rares Etats, avec le Luxembourg et l'Australie, à ratifier la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages. A l'époque, il n'était évidemment pas question de permettre le mariage homosexuel (la question eût paru tout à fait incongrue...), mais de faciliter la célébration du mariage, quand bien même l'exclusivité des rattachements traditionnels (loi du domicile v. loi nationale) ne le permettrait pas. Selon l'article 3 de la convention : « *Le mariage doit être célébré : 1. Lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi interne de l'Etat de la célébration et que l'un d'eux a la nationalité de cet Etat ou y réside habituellement ; ou 2. Lorsque chacun des futurs époux répond aux conditions de fond prévues par la loi interne désignée par les règles de conflit de lois de l'Etat de célébration* ». Premier pays à ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, les Pays-Bas n'ont pas eu besoin de modifier leur règle de conflit : la transcription des stipulations de la convention telle qu'elle figure au Livre 10 du code civil néerlandais, Titre 3, art. 28, réd. L. 19 mai 2011, permet de célébrer aux Pays-Bas le mariage de tout néerlandais avec une personne du même sexe ou celui de deux personnes de nationalité étrangère lorsque l'une d'elle a sa résidence habituelle aux Pays-Bas, quand bien même les lois nationales des intéressés ou, conformément au rattachement néerlandais en matière de statut personnel, la loi de la

priori, la réponse appartient à chaque pays, en fonction de ses règles de conflit et de sa conception de l'ordre public en général et de l'ordre public matrimonial en particulier. Toutefois, dans l'espace européen, il convient de s'interroger sur l'impact de la jurisprudence de la CJUE et de celle de la Cour EDH, ce qui ne fait d'ailleurs que renforcer les doutes sur les règles à appliquer. Une seule chose est certaine : l'extrême incertitude de la situation des couples de même sexe dès lorsqu'ils quittent l'orbite du système juridique qui a présidé à la célébration de leur union⁸¹³.

Au lendemain de la reconnaissance en France du « mariage pour tous⁸¹⁴ », il est utile d'approfondir la question, même si les réponses apportées ne peuvent être que partielles car elles dépendent de chaque système juridique considéré. De plus les solutions dans tel ou tel pays étudié, sont loin d'être fixées⁸¹⁵.

A la différence du mariage « traditionnel » qui, même s'il connaît des variantes selon les pays, fait l'objet d'un consensus global, le mariage entre personnes de même sexe divise trop les Etats pour pouvoir circuler sans difficulté. Alors que pour un mariage traditionnel, la question ne se pose que de façon exceptionnelle, il convient de s'intéresser d'abord à la reconnaissance et à la validité de l'union dont la dissolution est demandée au juge : pas de mariage, pas de divorce (I). Ce n'est que s'il reconnaît l'existence d'un mariage valablement célébré, que le juge s'interrogera sur les règles applicables au divorce entre personnes de même sexe, notamment sur l'application des règles de l'Union européenne unifiant le DIP du divorce (II). Dans l'espace européen, droit fondamentaux et droits et libertés de l'Union

résidence habituelle de l'un des futurs époux, prohiberaient une telle union. Selon l'article 28 : « *Le mariage est célébré :*

lorsque les futurs époux répondent chacun aux conditions de la loi néerlandaise pour contracter mariage et que l'un d'eux a la nationalité néerlandaise, uniquement ou en plus d'une autre nationalité, ou réside habituellement aux Pays-Bas, ou

lorsque chacun des futurs époux répond aux conditions pour contracter mariage de la loi d'un Etat dont il a la nationalité ».

⁸¹³ V. H. FULCHIRON, La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain..., Rev. Dr. famille, 2013, n°20.

⁸¹⁴ Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, v. not. H. FULCHIRON, Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ?, JCP 2013, 658, J. HAUSER, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets), JCP éd. Not., 1165, Du mariage pour tous à la famille homosexuelle, Rev. droit de la famille, Dossier, n°16 à 34, Mariage, la réforme ! Dossier AJ fam. p. 331 s., La loi du 17 mai 2013 et la réforme du mariage, Dossier Defrénois, 719 s. Déférée au Conseil constitutionnel (y compris dans ses dispositions relatives au droit international privé, art. 202-1 et 202-2 nouveaux du Code civil), la loi a été validée par une décision du déc. 17 mai 2013, n°2013-669 DC, sur laquelle, cf. not. B. MATHIEU, Les « questions de société » échappent au contrôle de constitutionnalité, JCP G 2013, act. 588, F. CHENEDE, La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel, AJ Famille, 2013, 332.

⁸¹⁵ V. not. K. BOELE-WOELKI et A. FUCHS (eds), Legal Recognition of Same-sex Relationships in Europe, Intersentia, 2012, not. les articles de P. WAUTELET, Private International Law aspects of Same Sex Marriages and Partnerships in Europe, Divided we stand ?, p. 143, et de D. MARTINY, Private International Law Aspects of Same-sex Couples under German Law, p. 189 s. ainsi que les cas pratiques proposés p. 125 s.

pourraient cependant se conjuguer pour assurer la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe.

I. Reconnaissance et validité du mariage homosexuel dont la dissolution est demandée

Deux situations peuvent se présenter : ou bien le pays dans lequel le divorce est demandé admet en droit interne le mariage entre personnes de même sexe (A), ou bien il l'ignore ou le prohibe expressément (B).

A. Le divorce est demandé dans un pays qui admet en droit interne le mariage entre personnes de même sexe

Tel est le cas de la France depuis le 17 mai 2013. Tel est actuellement le cas, parmi les pays étudiés, des Pays-Bas, de la Belgique, de la Suède, de l'Espagne, depuis peu, de l'Angleterre et du Pays de Galles. Il convient de distinguer différents cas de figure.

1. Divorce demandé dans le pays où le mariage a été célébré

Le cas le plus simple est celui où le divorce est demandé dans le pays où le mariage a été célébré (mariage célébré en Belgique entre un Belge et un Français, divorce demandé en Belgique ; mariage célébré en France entre une Française et une Polonaise, divorce demandé en France) : la question de la reconnaissance de l'union en tant que mariage ne se pose pas et celle de sa validité intervient dans les mêmes termes que celle d'un mariage entre personnes de sexe différent.

Cas n°1. *Deux Hongrois résident en France, se marient en France et y demandent le divorce. Le mariage est valable aux yeux du droit français malgré la prohibition du droit hongrois (cf. art. 202-1 al. 2 nouveau C. civ. français) et le divorce sera prononcé en France. Quant à savoir si ce divorce sera reconnu en Hongrie, il conviendra de consulter le DIP hongrois étant entendu que dans cette hypothèse, il faudra tenir compte du Règlement Bruxelles 2 bis sur la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans un autre Etat membre de l'Union (cf. infra).*

2. Divorce demandé dans un pays différent de celui où le mariage a été célébré

Toute différente est l'hypothèse où le divorce est demandé dans un pays qui n'est pas celui où le mariage a été célébré. *A priori*, la communauté de vue entre la France et le pays d'accueil sur la question du mariage entre personnes de même sexe devrait faciliter la reconnaissance de l'union, donc le prononcé du divorce, mais elle ne la garantit pas. Si la qualification de mariage ne fait pas de doute, celle de la validité de l'union est plus problématique : valable dans le pays de célébration, le mariage risque d'être considéré comme nul dans le pays « d'accueil » car célébré en contradiction avec la loi régissant les conditions de fond du mariage selon les règles de conflit en vigueur dans le pays en question. Tout dépend des règles de DIP applicables et de la méthode qui préside à leur mise en œuvre

- *Selon la méthode classique*, la même règle de conflit sert à apprécier la validité de la célébration du mariage dans le pays considéré et celle de la reconnaissance d'un mariage célébré dans un pays étranger. Un tel principe ne va pas sans poser de difficultés tant il est vrai que les conditions du mariage peuvent varier d'un pays à l'autre et que la *favor matrimonii* conduit à une certaine générosité vis à vis des unions célébrées à l'étranger. Pour sauver le mariage la jurisprudence française, a, par exemple, fait preuve d'une grande souplesse, en jouant en amont sur le renvoi et en aval sur l'effet atténué de l'ordre public. Le même souci avait conduit les rédacteurs de la convention de La Haye du 14 mars 1978 à abandonner cette méthode. La convention propose deux règles distinctes pour la célébration et la reconnaissance du mariage. Selon l'article 9 de la Convention : « *Un Etat contractant ne peut refuser de reconnaître la validité d'un mariage que si, selon le droit de cet Etat, un des époux, au moment de ce mariage : 1. était déjà marié ; ou 2. était à un degré de parenté en ligne directe avec l'autre époux ou était son frère ou sa sœur, par le sang ou par adoption ; ou 3. n'avait pas atteint l'âge minimum requis pour se marier et n'avait pas obtenu la dispense nécessaire ; ou 4. n'était pas mentalement capable de donner son consentement ; ou 5. n'avait pas librement consenti au mariage. Toutefois, la reconnaissance ne peut être refusée dans le cas prévu au chiffre 1 de l'alinéa précédent si le mariage est devenu ultérieurement valable par suite de la dissolution ou de l'annulation du mariage précédent* ». La règle revient à poser un principe de reconnaissance, avec un encadrement minimal d'ordre public.

Tout en restant fidèles à la méthode classique, d'autres systèmes, en particulier le système belge ou le système français, permettent largement la célébration du mariage et, par conséquent, accueillent généreusement le mariage célébré dans un pays étranger.

Cas n°2. Soit le mariage entre personnes de même sexe célébré en France après le 17 mai 2013. Les deux époux sont Polonais ; l'un d'eux a sa résidence en France. Si l'on se réfère à la règle de conflit inscrite à l'article 202-1 du code civil « Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle » ; toutefois, selon l'alinéa 2 du texte « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'entre elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Cette exception d'ordre public permet d'écarter la loi normalement compétente, i.e. la loi personnelle d'un époux ou les lois personnelles des époux, lorsque celles-ci ne reconnaissent pas le mariage entre personnes de même sexe. Le mariage pourra être valablement célébré en France, puisque la France ouvre le mariage aux personnes de même sexe, dès lors que l'officier de l'état civil français est compétent, i.e. (art. 74 c. civ.), s'il est célébré dans la commune où l'un des époux ou l'un des futurs époux a son domicile ou sa résidence, ou depuis la réforme du 17 mai 2013, dans la commune où l'un des époux ou les parents de l'un d'eux a son domicile ou sa résidence (art. 165 c. civ. nouveau).

Quid si les époux ou l'un d'eux s'installent en Belgique et que le juge belge est saisi d'une demande en divorce ? Selon la loi belge portant code de DIP, les conditions de fond du mariage sont régies par la loi nationale (polonaise, en l'espèce) de chacun des époux (art. 46, al. 1) ; toutefois (art. 46, al. 2) « l'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa précédent est écartée si cette disposition prohibe le mariage entre personnes de même sexe lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage⁸¹⁶ ». En l'espèce, la loi nationale des deux époux prohibe le mariage entre personnes de même sexe, mais l'un des deux époux avait sa résidence habituelle en France à l'époque de la célébration. La concordance des deux règles, qui tendent à assurer un rayonnement maximum aux choix opérés en interne, permet de considérer comme valable le mariage célébré en France, et donc de prononcer le divorce.

Dans le cas de la France, la règle de conflit retenue par la loi du 17 mai 2013 pour apprécier la reconnaissance des unions homosexuelles célébrées à l'étranger est si large qu'elle permettra d'accueillir à peu près tous les mariages célébrés à l'étranger, et donc, au besoin, de prononcer le divorce⁸¹⁷. Pour apprécier la validité du mariage célébré à l'étranger,

⁸¹⁶ Sur la règle belge, cf. P. WAUTELET, « Les couples de personnes de même sexe en droit belge », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Utrecht, 2006, J.-H. LELEU et E. DIRIX (dir.), Bruylant, 2006, p. 307 s.

⁸¹⁷ La loi du 17 mai 2013 contient également une règle spéciale sur la reconnaissance des unions célébrées à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi. Selon l'article 21 de la loi du 17 mai 2013, « le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu en France, sous réserve du respect des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180, 191 du code civil. Il pourra faire l'objet d'une transcription dans les conditions prévues à la section III, du chapitre II bis, du titre cinquième du Livre premier du code civil. A compter de sa transcription, il produit ses effets à l'égard des tiers ». En se contentant de vérifier qu'un certain nombre de conditions de fonds, minimales, ont été respectées, ce (à la différence de l'article 202-1 c. civ.), quelle que soit la loi nationale ou la loi du domicile ou de la résidence des époux, elle

l'autorité française saisie de la question se réfère en effet à la règle de conflit inscrite à l'article 202-1 du code civil en ce qui concerne les conditions de fond, et aux dispositions de l'article 202-2 pour ce qui est des conditions de forme. Pour ces dernières, la loi ne modifie rien. Pour les premières, le changement est radical : un mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger sera considéré comme valable dès lors qu'une telle union est admise par la loi personnelle de l'un des époux, ou par la loi de l'Etat sur le territoire duquel un des époux a son domicile ou sa résidence. Le droit français ne pose pas de principe général de reconnaissance, mais l'article 202-1, par sa structure originale d'exception d'ordre public positif reposant sur un rattachement personnel de l'un des époux à un système juridique qui permet le mariage entre personnes de même sexe, assure un très large rayonnement aux choix opérés par le législateur français.

Cas n°3. *Soit un mariage entre personnes de même sexe célébré aux Pays-Bas entre deux Italiens résidant à Amsterdam. Selon la règle néerlandaise de DIP (Livre 10 du code civil réd. L. 19 mai 2011, Titre 3, art. 28, supra), la loi néerlandaise s'applique dès lors que l'un au moins des futurs époux est néerlandais ou réside habituellement aux Pays-Bas. Cette règle inspirée, on l'a dit, de la convention de La Haye de 1978, donne à la loi interne néerlandaise une large portée : elle valide par exemple le mariage de tout néerlandais avec une personne du même sexe ou celui de deux personnes de nationalité étrangère dès lors que l'une d'elle a sa résidence habituelle aux Pays-Bas, quand bien même les lois nationales des intéressés, ou, conformément au rattachement néerlandais du statut personnel à la loi du domicile, la loi de la résidence habituelle de l'un des futurs époux, se trouverait dans un pays qui prohibe le mariage homosexuel.*

Quid si les deux époux ou l'un d'eux s'installent en France et demandent le divorce ? Par application de l'article 202-1, le mariage qui aurait été nul en vertu de l'alinéa 1 parce que célébré en contrariété avec la loi personnelle des époux, sera sauvé par l'alinéa 2 puisque « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'entre elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Le divorce pourra donc être prononcé par le juge français.

Le rayonnement de la nouvelle règle française de DIP est d'autant plus intense que le critère de rattachement permettant de valider l'union est, dans certains cas, des plus mince puisqu'il peut être réduit à la simple résidence d'un des époux sur le territoire d'un Etat qui admet le mariage entre personnes de même sexe. De plus, il n'est pas question de « résidence habituelle » au sens du droit international privé, mais seulement de « résidence », au sens du droit interne. De fait, en employant les termes de résidence et de

assure une très large reconnaissance de ces unions, ce qui permettra au juge français, s'il est saisi, de prononcer le divorce.

domicile, le législateur de 2013 a sciemment renvoyé à des notions de droit interne⁸¹⁸. Pour le domicile, le juge français se réfèrera à l'article 102 qui vise le lieu où l'intéressé « a son principal établissement ». Pour la résidence, la solution est particulièrement laxiste puisque l'intention du législateur est de viser non pas la résidence au sens général du terme, mais la résidence au sens de l'article 74 du code civil relatif à la célébration des mariages, *i.e.*, une résidence entendue de façon particulièrement large pour des considérations de pure opportunité : encadrer sans excès de rigueur la célébration du mariage. Certes, l'article 74 du code civil exige que la résidence soit établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication des bans. Il doit s'agir, en principe, d'une résidence non interrompue et non intermittente. Mais la compétence de l'officier de l'état civil français est, en la matière, appréciée avec souplesse. L'Instruction générale relative à l'état civil (IGEC, par. 392) invite les autorités compétentes à une grande mansuétude : « *Il est cependant souhaitable que l'officier de l'état civil adopte une attitude libérale en ce qui concerne la détermination du domicile ou de la résidence, notamment lorsque les intérêts professionnels, financiers ou affectifs d'une personne sont répartis entre plusieurs lieux. Il se bornera alors à s'assurer que la personne qui lui demande de célébrer son mariage a des liens durables avec la commune et peut justifier d'une adresse dans le ressort de sa circonscription qui figurera dans l'acte de mariage* ». En pratique une simple résidence secondaire suffit.

Pour les mariages célébrés dans des Etats qui ne posent pratiquement aucune condition pour que le mariage puisse y être célébré *ratione loci*, la détermination de la résidence des époux ou de l'un d'eux (condition de sa reconnaissance en France) risque de poser de sérieuses difficultés. Il appartiendra au juge français d'apprécier, en fonction des éléments qui lui seront fournis, si l'un des époux avait bien sa résidence au sens français du terme dans le pays étranger à l'époque du mariage. Va-t-on se contenter de projeter internationalement les règles de l'article 74 telles qu'interprétées par l'IGEC ? Dans ce cas, le lien avec le pays qui, parce qu'il ouvre le mariage aux personnes de même sexe, permet de valider la mariage, risque d'être des plus lâche. Va-t-on poser un minimum d'exigence pour que la proximité avec un Etat qui admet une telle union paraisse plus significative, sans pour autant recréer une condition de résidence habituelle ? Mais ce serait donner aux mêmes mots dans un même texte, deux sens différents, selon que l'on apprécie la création d'une situation et sa reconnaissance. On comprend ici l'erreur d'avoir utilisé pour construire une règle de DIP des concepts du droit interne.

Quant au rattachement lié à la loi personnelle de l'un des époux, donc, selon le droit français, à sa nationalité, il faut compter avec l'hypothèse où l'une des parties aurait une

⁸¹⁸ Alerté sur les inconvénients qu'il y aurait à utiliser une telle méthode pour construire une règle de conflit, le Rapporteur du projet de loi au Sénat trancha : « *Ces observations ne paraissent toutefois pas dirimantes, car les notions de « domicile » ou de « résidence » sont justement celles utilisées par le droit commun français du mariage. L'article 74 c. civ. prévoit que la célébration du mariage a lieu, au choix des époux, dans la commune où l'un des époux, ou l'un de leur parents, a son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'occupation à la date de la publication des bans* »

double nationalité. Même si la loi autorisant le mariage entre personnes de même sexe n'est pas celle de sa nationalité effective, il conviendra de faire application de la jurisprudence *Garcia Avello*⁸¹⁹ dans la mesure du moins où ladite nationalité sera celle d'un Etat membre de l'Union européenne : on ne peut priver un citoyen européen d'un droit que lui ouvre la loi d'un Etat membre.

Cas n°4. *Soit un double national germano-belge résidant en Allemagne qui épouse en Belgique un autre ressortissant allemand résidant comme lui en Allemagne. Le mariage est possible en Belgique puisque l'un des époux possède la nationalité belge. Quand bien même tous les liens feraient de la nationalité allemande la nationalité effective de l'intéressé, les autorités françaises devront reconnaître la validité du mariage, compte tenu du fait que l'un des époux possède la nationalité belge.*

En fait, pour qu'un mariage célébré à l'étranger se heurte à un refus de reconnaissance en France au seul motif qu'il s'agit d'un mariage entre personnes de même sexe, il faudrait supposer d'une part, qu'il ait été célébré dans un Etat qui ne pose aucune exigence ou pratiquement aucune exigence en matière de célébration du mariage (la simple présence ou un séjour de quelques jours par exemple), et d'autre part, que les époux ou l'un d'eux n'aient aucun lien avec un Etat qui admet lui aussi le mariage entre personnes de même sexe, en raison de sa nationalité, de son domicile ou de sa résidence⁸²⁰...

Et encore, dans une telle hypothèse, il n'est pas impossible que l'on prétende sauver le mariage au nom du droit au respect de la vie familiale⁸²¹. Que si l'on se trouve dans l'espace de l'Union européenne d'aucuns invoqueront également le principe de reconnaissance des situations créées dans un Etat membre, garantie de la libre circulation des personnes et de leur statut dans l'espace européen⁸²².

⁸¹⁹ CJCE 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia-Avello c. Belgique*, JDI 2004, p. 1225, note S. POILLOT-PERUZETTO, D. 2004, p. 1476, note M. AUDIT, Rev. crit. DIP 2004, p. 192, note P. LAGARDE.

⁸²⁰ Le problème pourrait surgir avec le Québec : aucune condition de domicile ou de résidence n'est posée pour pouvoir s'y marier. Certes, le mariage ne peut, en principe, être valablement célébré que si la loi du domicile des intéressés l'autorise. Mais comme la loi permet à toute personne qui se fait habilitier de célébrer un mariage, il pourrait arriver que, faute de connaître les règles de DIP dont il est sensé vérifier le respect, le célébrant laisse contracter un mariage dont la validité serait douteuse, sauf, comme le suggèrent certains auteurs, à faire intervenir l'ordre public québécois en matière internationale afin de le valider.

⁸²¹ V., sur le fondement de l'article 8 de la Conv. EDH, les arrêts de la Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, n°76240/01, Rev. crit. DIP 2008, p. 830, note P. KINSH, JDI 2008, note L. d'AVOUT, p. 183, D. 2007, p. 2700, note F. MARCHADIER et Cour EDH 2 mai 2011, n°56759/08, *Negrepontis-Giannis c. Grèce*, Rev. crit. DIP 2012, p. 817, note P. KINSH, JDI 2012, comm. 7, note A. DIONISI-PEYRUSSE. Sur l'impact de cette jurisprudence, cf. *infra*

⁸²² V. les arrêts *Garcia-Avello*, préc. et *Sayn-Wittgenstein c. Autriche*, CJUE 22 décembre 2010, aff. C-208/209, RTDE 2011, p. 571, note E. PATAUT. Sur la question, cf. *infra*

- *La méthode classique est cependant de plus en plus contestée.* Est-il logique et opportun de juger de la validité d'un mariage au regard de la loi applicable à la célébration du mariage selon les règles de DIP d'un pays où jamais les époux n'imaginaient peut être que cette validité serait contestée un jour ?

Rompant avec la méthode traditionnelle, la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (non ratifiée par la France), proposait, on l'a dit, de distinguer la question de la célébration et celle de la reconnaissance. Selon l'article 3 de la Convention : « *Le mariage doit être célébré : 1. Lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi interne de l'État de la célébration, et que l'un d'eux a la nationalité de cet État ou y réside habituellement ; ou 2. Lorsque chacun des futurs époux répond aux conditions de fond prévues par la loi interne désignée par les règles de conflit de lois de l'État de la célébration* » ; l'article 5 précise, « *L'application d'une loi étrangère déclarée compétente par ce chapitre ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État de la célébration*⁸²³ ». En ce qui concerne la reconnaissance, l'article 9 de la convention stipule que « *Un État contractant ne peut refuser de reconnaître la validité d'un mariage que si, selon le droit de cet État, un des époux, au moment de ce mariage : 1. était déjà marié ; ou 2. était à un degré de parenté en ligne directe avec l'autre époux ou était son frère ou sa sœur, par le sang ou par adoption ; ou 3. n'avait pas atteint l'âge minimum requis pour se marier et n'avait pas obtenu la dispense nécessaire ; ou 4. n'était pas mentalement capable de donner son consentement ; ou 5. n'avait pas librement consenti au mariage. Toutefois, la reconnaissance ne peut être refusée dans le cas prévu au chiffre 1 de l'alinéa précédent si le mariage est devenu ultérieurement valable par suite de la dissolution ou de l'annulation du mariage précédent* ». L'article 14 ouvre le tempérament de l'ordre public de façon très restrictive : « *Un État contractant peut refuser la reconnaissance de la validité d'un mariage si cette reconnaissance est manifestement incompatible avec son ordre public* ».

En l'état, seuls trois pays ont ratifié la convention : les Pays-Bas, le Luxembourg et l'Australie.

Cas n°5. *Soit un couple de deux femmes italiennes ; l'une d'elles a sa résidence habituelle en Belgique. Elles s'y marient. Le mariage est valablement célébré en Belgique, la loi italienne étant écartée en vertu de l'article 46 al. 1 (supra) de la loi belge de DIP. Les épouses s'installent finalement aux Pays-Bas. Le mariage sera considéré comme valable en vertu de l'article 30 du Livre 10, Titre 3 du code civil qui, transcrivant les stipulations de la Convention de La Haye, dispose : « Un mariage conclu en dehors des Pays-Bas, valable selon la loi de l'Etat de la célébration ou devenu ultérieurement valable selon cette loi, est reconnu comme*

⁸²³ Une telle précision ne serait pas nécessaire en droit français car elle correspond au jeu de l'ordre public tel que l'entend la jurisprudence française

tel ». La demande en divorce que les épouses formuleraient ultérieurement pourrait donc être accueillie par le juge néerlandais.

- Par des voies encore classiques dans leur structure, la convention de La Haye de 1978 rejoint les théories qui se développent actuellement en faveur de *la reconnaissance des situations familiales valablement constituées au regard des règles du système juridique d'origine*, l'ordre public ne jouant plus que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, lorsqu'est atteint un des principes essentiels du pays d'accueil⁸²⁴.

Dans cette perspective, pourrait être invoquée au sein de l'espace du Conseil de l'Europe, les jurisprudences *Wagner*⁸²⁵ et *Negrepontis-Giannisis*⁸²⁶ de la Cour EDH, qui jettent les bases d'un principe de reconnaissance des situations valablement créées dans un pays étranger (« valablement », au regard des règles du pays étranger en question), au nom du respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention EDH. La portée de ces arrêts reste cependant discutée⁸²⁷. Dans l'hypothèse envisagée, la reconnaissance pourrait cependant être facilitée par le fait que le pays d'accueil connaît lui aussi le mariage homosexuel. De plus, au sein de l'Union européenne, une large interprétation de la jurisprudence de la CJUE pourrait également assurer la reconnaissance de l'union, dans l'hypothèse notamment où le mariage homosexuel est permis par la loi nationale des intéressés : cf. en ces sens les arrêts *Garcia Avello*⁸²⁸ et *Sayn-Wittgenstein*⁸²⁹. Sur l'impact de ces jurisprudences, cf. *infra*.

Plus délicate est l'hypothèse où le pays dans lequel le divorce est demandé ne connaît pas ou prohibe expressément le mariage entre personnes de même sexe.

3. Le divorce est demandé dans un pays qui n'admet pas en droit interne le mariage entre personnes de même sexe

Là encore, il faut se garder de généraliser, tant il est vrai que la solution donnée au problème dépend étroitement des règles de DIP étrangères, mises en œuvre selon leur logique et avec leurs instruments spécifiques. Pour mieux mesurer l'ampleur des difficultés qui se posent, il convient d'évoquer les réponses envisageables, avant de voir l'impact que pourraient avoir les normes propres à l'espace européen.

⁸²⁴ Sur l'ensemble de la question, R. BARATTA, La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales, RCADI 2010, t. 348, p. 253 s.

⁸²⁵ Préc.

⁸²⁶ Préc.

⁸²⁷ Cf. *Infra*

⁸²⁸ préc.

⁸²⁹ préc.

4. La diversité des réponses

- *Le première attitude serait celle du refus absolu de reconnaître et de laisser produire un quelconque effet au mariage entre personnes de même sexe au nom de l'ordre public du for.* Telle sera sans doute la solution adoptée dans les pays qui rejettent radicalement l'idée même de mariage entre personnes de même sexe. Dans l'espace européen, tel devrait être le cas de pays qui comme la *Hongrie*⁸³⁰, la *Pologne*⁸³¹ ou la *Bulgarie*⁸³², ont inscrit l'hétérosexualité du mariage dans leur constitution. Il en ira de même des pays qui ont édicté une règle de conflit rejetant expressément les mariages homosexuels célébrés à l'étranger : ainsi, l'article 277 alinéa 2 du code civil roumain dispose-t-il que les mariages entre personnes de même sexe conclu ou contractés à l'étranger soit par des citoyens roumains, soit par des citoyens étrangers, ne sont pas reconnus en *Roumanie*⁸³³.

Cas n°6. *Soit un couple roumano-hongrois résidant en Belgique et qui s'y marie. Les époux s'installent en Hongrie. Ils ne pourront y demander le divorce. S'ils s'installent en Roumanie, ils ne pourront également obtenir la dissolution de leur union devant le juge roumain.*

- Il se peut cependant que même si le pays étranger considéré refuse en droit interne d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, il *accepte d'accueillir, sous certaines conditions et dans une certaine mesure, une union homosexuelle célébrée à l'étranger*. Tel était le cas de la *France* avant le vote de la loi sur le mariage pour tous. Selon l'opinion majoritaire en effet, le mariage célébré à l'étranger pouvait produire en France un certain nombre de ses effets dans la mesure où ceux-ci ne heurtaient pas de front l'ordre public

⁸³⁰ V. Z. LELE, Rapport hongrois : « L'article L. de la nouvelle Constitution contient une garantie constitutionnelle pour la défense de l'institution du mariage, définie comme une « union de vie fondée sur un engagement volontaire entre un homme et une femme », ainsi que la de la famille « comme base de la survie de la nation ».

⁸³¹ V. A. STĘPIEŃ-SPOREK, Rapport polonais, « Marriage is defined by the Constitution of the Republic of Poland as a permanent relationship between a man and a woman. The Family and Guardianship Code articulates the conditions for a valid marriage, which occurs when a man and a woman are both present in front of a head of registry office (or a cleric) and state that they are entering into marriage with each other (Art. 1 § 1-2 k.r.o.) ».

⁸³² V. T. TODOROVA, Rapport bulgare : « There is no express legal definition of the marriage. The interpretation of article 46, para 1 of the Constitution in connection with articles 4 and 5 of the Family Code allows to define the marriage as a voluntary union based on the mutual, free and explicit consent of a man and a woman given in person and simultaneously before a registrar. Only the civil marriage entered into in the prescribed form shall generate legal effects ».

⁸³³ V. M. SCHEAUA, *Rapport roumain* : « Le mariage est défini par l'article 259 alinéa (1) NCC, comme étant l'union librement consentie entre un homme et une femme, conclue dans les conditions de la loi. Conformément à l'alinéa (2), l'homme et la femme ont le droit de se marier dans le but de constituer une famille ». « Conformément à l'article 277 alinéa (1) NCC, le mariage entre personnes de même sexe est expressément interdit. Conformément à l'alinéa (2) du même article, les mariages entre personnes de même sexe, conclus ou contractés à l'étranger soit par des citoyens roumains, soit par des citoyens étrangers, ne sont pas reconnus en Roumanie ».

français en matière internationale ; à ce titre, la dissolution de ladite union aurait pu être demandée⁸³⁴. Tel pourrait être aujourd'hui le cas de pays qui disposent d'instruments comparables à ceux qu'utilisait le droit français : effet atténué de l'ordre public qui conduit à laisser produire effets aux situations valablement créées à l'étranger, jeu de l'ordre public de proximité qui ferait dépendre l'acceptation ou le rejet de l'intensité des liens entre la situation et l'ordre juridique du *for* etc. Reste à savoir quels seraient les effets que le droit étranger accepterait d'attacher à une telle union.

- *D'autres modes de raisonnement propres au pays étranger considéré* peuvent conduire à l'accueil du mariage homosexuel dans un pays qui, en interne, le rejette et ce, alors même que la situation entretient des liens étroits avec ledit pays. Hors de l'espace européen et du champ de ce rapport, on peut citer le cas du droit israélien : celui-ci donne compétence à la loi du lieu de célébration pour le fond et pour la forme du mariage, mais le 21 décembre 2006, la *High court of Justice* israélienne a admis que deux israéliens de même sexe mariés au Canada en 2003 pouvaient enregistrer leur mariage en tant que tel en Israël alors même qu'Israël ne connaît pas le mariage entre personnes de même sexe. Ainsi, au lendemain du vote de la loi sur le mariage pour tous, deux Israéliens ou franco-israéliens résidant en France qui se marieraient en France puis s'installeraient en Israël pourraient faire enregistrer leur mariage et, sans doute, faire prononcer sa dissolution par les autorités israéliennes.

- La réaction du droit étranger qui refuse le mariage entre personnes de même sexe peut aussi passer par une *requalification de l'union en partenariat*, avec les effets qui sont attachés dans le pays considéré à ce type d'union. Un tel raisonnement avait été envisagé en doctrine lorsque s'était posée la question de l'accueil en France d'un mariage homosexuel étranger⁸³⁵. Le mariage étant par définition l'union d'un homme et d'une femme, une union qui ne présente pas cette caractéristique fondamentale ne pourrait entrer dans la catégorie « mariage » du pays d'accueil, quand bien même elle recevrait cette qualification dans le pays d'origine. Certes, il est traditionnellement admis que les catégories du droit interne doivent être élargies en droit international pour permettre la prise en compte des institutions étrangères inconnues ou différentes de celles du pays d'accueil. La polygamie en est un exemple classique. Mais on a pu dire que le parallèle entre le mariage polygamique et le mariage entre personnes de même sexe est faussé : personne ne doute que le mariage polygamique soit un mariage alors que, précisément, le fait que l'union soit contractée entre personnes de même sexe touche à l'essence même du mariage. Le mariage homosexuel est peut être un mariage, mais cette qualification suppose que le pays d'accueil ait changé la définition même du mariage, donc la catégorie mariage, ce que le pays d'accueil, précisément, n'a pas fait. Dès lors, pour tenir compte de la situation valablement créée à l'étranger, il convient de faire entrer cette union dans la catégorie du pays d'accueil qui lui

⁸³⁴ V. les réponses ministérielles françaises sur lesquelles cf. not. E. FONGARO, Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé, *JDI* 2006, p. 477

⁸³⁵ V. H. FULCHIRON, Le mariage entre personnes de même sexe en droit français : refus et/ou reconnaissance ?, *RIDC* 2010, p. 245 s.

correspond le mieux. Pour les pays qui connaissent le partenariat enregistré, une union stable contractée par deux personnes qui s'engagent selon des formes particulières et produisant des effets au moins partiellement fixés par la loi, peut être rangée dans cette catégorie. Le « mariage » étranger sera donc requalifié en partenariat.

En France, le raisonnement n'avait pas convaincu. Mais telle est la solution retenue, *mutatis mutandis*, par certains pays étrangers. Tel est le cas de la Suisse⁸³⁶ (art. 45 LDIP), et, parmi les pays étudiés dans le cadre de ce rapport, de l'Autriche selon la conception qui semble prévaloir dans ce pays⁸³⁷ et, mais la question est également très discutée, de l'Allemagne⁸³⁸. En conséquence, ne seront pas utilisées pour dissoudre l'union les règles du

⁸³⁶ art. 45 de la loi DIP : « Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes de même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré ». En vertu de la règle de conflit édictée pour les partenariats, il sera régi par la loi du domicile des partenaires, soit, le plus souvent, par la loi suisse.

⁸³⁷ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien* : « Pursuant to section 44 General Austrian Civil Code a marriage is a contract between two persons of different sexes. Accordingly, same-sex couples cannot validly enter into a marriage under Austrian law because the sex difference is considered as a mandatory requirement. In order to remedy this situation, at least partly, the Austrian Registered Partnership Act (Eingetragene Partnerschafts-Gesetz) has been introduced in 2010, which enables same-sex couples to register their partnership at the competent district administrative authority (Curry-Summer, 'A Patchwork of Partnerships: Comparative Overview of Registration Schemes in Europe', in: Boele-Woelki & Fuchs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, 2nd Edition, 2012, p. 77). The Austrian legal system does not provide for a procedure for the recognition of same-sex marriages or registered partnerships, which has been entered into abroad (Traar, *Im Ausland begründete homosexuelle Partnerschaften und Ehen*, iFamZ 2011, p. 168). Issues concerning the validity of a same-sex marriage or a registered partnership must be assessed on a preliminary basis according to the law which applies pursuant to the Austrian Conflict of Laws Act, which in turn sets forth that the validity must primarily be determined according to the law of the state, where the partnership has been entered into (Ibid; Section 27a Austrian Conflict of Laws Act). If the registered partnership has been concluded in conformity with the laws of the state of the registration, it is recognized in Austria as well (<http://www.partnerschaftsgesetz.at/rechtliches/internationales/ep> (14. 6. 2013)). In comparison to the legal situation in Germany, the Austrian legislator decided not to introduce a rule, which restricts the effects of a partnership/marriage to the effects associated with the registered partnership of a same-sex couple, which is known under German law. Nonetheless, it is argued that not the rules on the marriage but the rules on the registered partnership provided for in the Austrian Conflict of Laws Act are applicable to same-sex marriages, because of the clear distinction between a heterosexual marriage and a partnership between same-sex persons (Section 27a et. seq Austrian Conflict of Laws Act; Neumayr, *Kurzkommmentar zum ABGB*, Section 27a) Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 3 with further references). Generally, it is not disputed that a same-sex marriage is recognized in Austria, however, the question remains whether it should be recognized as a marriage or a registered partnership (Cf. Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 03.05). Currently, the latter view seems prevailing. Finally, it should be noted that same-sex couples, who have doubts regarding the validity or the continuance of a their marriage/partnership may register their partnership in Austria once again (Section 6 para. 2 Austrian Registered Partnership Act). The same provision exists under the Austrian Marriage Act for heterosexual marriages (Section 6 para. 2 Austrian Registered Partnership Act.). Recently, the case of a same-sex couple – who has married in the Netherlands (both are Dutch citizen) and is now living and working in Austria – has been reported in the media, because they wanted to remarry on the basis of the respective provision provided for in the Austrian Marriage Act. The registry office and the Governor of Tyrol refused their request. Thereafter, the couple submitted an appeal to the Austrian Constitutional Court and the Austrian Administrative Court with the suggestion of submitting a reference for a preliminary ruling to the European Court of Justice in this matter. The proceedings are currently pending (The case was reported online http://www.rklambda.at/dokumente/news_2013/News_de_PA-130211-VfGH.pdf (14. 6. 2013) ».

⁸³⁸ V. D. MARTINY, *Rapport allemand* : « Marriage is use in Article 6 Basic Law in the Civil Code. There is, however, no statutory définition of mariage. According tu the established cas lw in the Federal Constitution

divorce, mais celles du partenariat. En Angleterre, un raisonnement comparable a été tenu par les juges de la *High court* dans l'affaire *Sue Wilkinson c. Celia Kitzinger* à propos d'un mariage célébré à Vancouver⁸³⁹.

La requalification est particulièrement logique dans les pays qui, comme précisément la Suisse, l'Allemagne⁸⁴⁰, l'Autriche⁸⁴¹ ou l'Angleterre (avant de s'ouvrir au mariage entre personnes de même sexe), ont créé un partenariat enregistré pour les seuls couples homosexuels, avec des effets calqués sur ceux du mariage (sauf, parfois, en matière de filiation), ce, afin précisément de ne pas ouvrir le mariage aux couples homosexuels, tout en respectant le principe d'égalité entre les couples.

Cas n°7. *A de nationalité allemande et B de nationalité néerlandaise se sont mariés aux Pays-Bas et s'installent en Autriche. B. demande le divorce au juge autrichien. Le mariage sera requalifié en partenariat. Il devrait donc être dissous en tant que tel, selon les règles applicables à ce type d'union.*

Court, marriage under Article 6 Basic Law is the union of a man and a woman to an all-embracing and, in principle, indissoluble companionship for life. This is also the view of the dominant legal literature. (See Federal Constitutional Court 29 July 1959, BVerfGE 10, 59, 66 ; 28 Feb. 1980, BVerfGE 53 224, 245) » ; « A full marriage between persons of the same sex is not allowed and not valid under German law. A foreign same sex marriage is treated according to the dominant view in the same way as a registered life partnership (according to Art. 17b Introductory Law »). Adde D. MARTINY, Private International Law Aspects of Same-sex Couples under German Law, K. in BOELE-WOELKI et A. FUCHS (eds), Legal Recognition of Same-sex Relationships in Europe, préc., p. 189 s. ainsi que les cas pratiques proposés p. 125 s. ; U.P. GRUBER, Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand, Rev. crit. DIP 2013, p. 65 s.

⁸³⁹ High court of Justice, Family division, 31 juillet 2006, affaire *Sue Wilkinson c. Celia Kitzinger*

⁸⁴⁰ Comme le souligne D. MARTINY (*Rapport allemand*), le statut du partenariat enregistré est très semblable à celui du mariage : « A partnership will end by judgement of the family court on an application for dissolution (« Aufhebung ») which is the equivalent of a divorce (§ 15 LPartG) and can also lead to a maintenance claim (« nachpartnerschaftlicher rights » ; § 16 LPartG) an equalisation of accrued gains (§6 LPartG) and to an equalisation of pension of pension rights (§20 LPartG) ». En ce qui concerne le divorce, « The grounds for a dissolution of the life partnership (« Aufhebung der Lebenspartnerschaft ») are identical to the ones for divorce according to § 15 Life Partnership Act. They are special provisions for dissolution proceedings in §§ 269, 270 FPA which declare, however, the rules on divorce proceedings applicable ».

⁸⁴¹ V. M. ROTH et C. REITH, *Rapport autrichien* : « The Austrian Registered Partnership Act (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz), which entered into force in 2010, enables same-sex couples to register their partnership at the competent district authority.⁸⁴¹ The registration establishes a long-term relationship with mutual rights and obligations.⁸⁴¹ The grounds for divorce set forth in the Austrian Registered Partnership Act are identical with those stipulated in the Austrian Marriage Act.⁸⁴¹ Generally, a divorce claim is heard in contentious proceedings and has to be filed at the district court.⁸⁴¹ The divorce by mutual consent is subject to different regulations since it constitutes a so-called non-contested matrimonial matter.⁸⁴¹ Section 43 (1) No. 2 and 25 Austrian Registered Partnership Act stipulates inter alia that the rules governing the divorce proceedings of heterosexual couples shall apply to the dissolution of registered partnerships respectively. Accordingly, divorce proceedings of same-sex couples are identical to those of heterosexual couples ».

Transcendant la diversité des droits nationaux, certains principes communs pourraient gouverner la réception des mariages entre personnes de même sexe dans l'espace européen.

5. Impact des règles européennes

Dans l'espace européen, la reconnaissance des situations valablement créées à l'étranger, en Europe ou dans le monde, semble portée par la jurisprudence *Wagner* de la Cour EDH⁸⁴². On sait que dans cet arrêt il était question du refus de reconnaissance opposé par les juridictions luxembourgeoises à une adoption plénière prononcée au profit d'une personne célibataire par le juge péruvien. La cour reproche au juge luxembourgeois de ne pas « *tenir compte de la réalité sociale de la situation au risque d'aller à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Selon la cour, « *le juge luxembourgeois ne pouvait raisonnablement passer outre un statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la convention* ». Certes, on pouvait se demander si la prise en compte de l'intérêt de l'enfant n'expliquait pas (et ne limitait pas *ipso facto*), cette jurisprudence. Les doutes ont été partiellement levés par l'arrêt *Negrepontis-Giannisis c. Grèce* du 3 mai 2011⁸⁴³ : la cour condamne la Grèce pour avoir refusé de reconnaître, pour des motifs d'ordre public fondés sur la doctrine de l'église orthodoxe grecque, un jugement d'adoption prononcé aux Etats-Unis entre un moine grec et son neveu, majeur. Selon la cour, les raisons d'ordre public invoquées ne répondent pas à un besoin social impérieux qui, seul, pourrait justifier objectivement et dans le respect du principe de proportionnalité, une telle ingérence dans la vie privée du neveu requérant. Certes, est en cause ici un jugement étranger et non une situation juridique créée à l'étranger ; certes, la cour fait référence à l'existence d'un consensus européen qui justifierait la mise à l'écart des motifs d'ordre public avancés par la Grèce (la cour de cassation grecque fondait sa décision sur les canons de conciles du premier millénaire interdisant aux moines d'adopter), alors que l'absence de consensus sur la question du mariage entre personnes de même sexe pourrait au contraire jouer à l'encontre d'une obligation de reconnaissance (cf. l'arrêt *Schalk et Kopf* de la Cour EDH qui reste très ambigu sur le sujet⁸⁴⁴). Il n'y en a pas moins vie familiale, comme l'a reconnu la cour dans l'arrêt *Schalk et Kopf*, et la Cour pourrait bien décider quelque jour d'en assurer la protection, au motif que les raisons d'ordre public invoqués par tel ou tel Etat membre ne correspondrait plus à un « besoin social impérieux ».

Sur ce terrain, la Cour EDH pourrait d'ailleurs être dépassée par la CJUE. Au sein de l'Union européenne, la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice à

⁸⁴² préc.

⁸⁴³ préc.

⁸⁴⁴ Cour EDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, JCP 2010, 1013, note H. FULCHIRON, D. 2011, 1040, obs. J.J. LEMOULAND et D. VIGNEAU

l'intérieur duquel les citoyens européens circulent librement, avec les droits, les libertés et le statut qui leur sont reconnus en tant que citoyens européens, est en train de bouleverser les solutions classiques de DIP. Dans les arrêts *Garcia Avello* du 2 octobre 2003⁸⁴⁵, *Grunkin-Paul* du 14 octobre 2008⁸⁴⁶, et *Sayn-Wittgenstein* du 22 décembre 2010⁸⁴⁷, la CJUE a affirmé qu'un Etat membre ne peut priver un citoyen européen des droits qui lui sont valablement reconnus par un autre Etat membre. Plus précisément, le refus de reconnaître une situation personnelle ou familiale valablement constituée dans un Etat membre, constitue au moins potentiellement une entrave à la liberté de circulation garantie à tout citoyen européen par le Traité UE (art. 21). Une telle restriction à la liberté de circulation ne peut être justifiée, selon l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, que pour des considérations liées à l'ordre public, étant entendu, affirme la cour, que « *l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* » (en l'espèce, les motifs invoqués par l'Autriche ont été jugés satisfaisants car l'interdiction d'inscrire sur les actes de l'état civil autrichien et de porter en Autriche les titres de noblesses était inscrite dans la constitution autrichienne et mettait en jeu le principe d'égalité entre les citoyens).

Si l'on étend la jurisprudence de la cour à la question du mariage homosexuel, on serait tenté d'en déduire qu'un Etat membre ne peut refuser de reconnaître un mariage homosexuel valablement célébré dans un autre pays de l'Union, sauf à prouver que l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe traduit (compte tenu de l'organisation politique et sociale et de l'identité de l'Etat considéré ? et en l'absence de consensus entre Etat membres ?), un « intérêt fondamental de la société » : le cas de la Pologne, de la Hongrie et de la Bulgarie qui ont inscrit dans leur Constitution l'hétérosexualité du mariage, pourraient-ils ainsi justifier leur refus de reconnaissance ?

Resterait, si la cour allait jusqu'au bout de sa logique, à encadrer cette libre circulation des situations familiales : *quid*, par exemple, de la reconnaissance en Allemagne d'un mariage célébré en France entre deux Allemandes résidant en Allemagne mais qui possèderaient en France une résidence secondaire ? La libre circulation des personnes et de leur statut familial supposerait, assurément, une harmonisation des règles de conflit au sein de l'Union.

Une fois admis que le mariage soumis au juge est bien reconnu en tant que mariage et peut donc être dissous par divorce, reste à déterminer les règles qui seront appliquées à la dissolution de l'union.

⁸⁴⁵ préc.

⁸⁴⁶ préc.

⁸⁴⁷ préc.

II. Règles applicables à la dissolution du divorce homosexuel

A supposer que le mariage soit reconnu comme tel et qu'il soit considéré comme valable au regard des règles de droit international privé de l'état d'accueil, quelles règles lui seront appliquées ? Plus précisément, s'agissant d'une situation « internationale », en fonction de quelles règles seront déterminées la compétence des autorités saisies et la loi applicable ? Et une fois cette question réglée, quelles règles matérielles lui seront appliquées, dans l'hypothèse notamment où la loi « étrangère » compétente ne connaît pas le mariage entre personnes de même sexe ? Soit par exemple, un mariage conclu en Belgique entre deux Polonais. Les époux s'installent en France. L'un d'eux demande le divorce. Le juge français, pour déterminer sa compétence, appliquera-t-il le Règlement Bruxelles II *bis* pour connaître sa compétence, le Règlement Rome 3 pour désigner la loi applicable à la dissolution du lien, le Règlement aliments et le Protocole de La Haye de 2007 pour traiter ses conséquences en matière de pension alimentaire, et, lorsqu'il sera entré en vigueur, le Règlement sur les régimes matrimoniaux, etc ? Et si, comme le permet ce dernier texte, les époux choisissent la loi italienne pour régir le divorce, le juge français l'appliquera-t-il bien que celle-ci ignore le mariage entre personnes de même sexe ?

Seront abordées deux questions particulièrement complexes : les règlements de l'Union s'appliquent-ils aux mariages entre personnes de même sexe (A) ; quid si la loi applicable ne connaît pas le mariage entre personnes de même sexe (B) ?

A. Les règlements de l'Union européenne s'appliquent-ils au mariage homosexuel ?

La question, aussi délicate qu'incertaine, illustre les difficultés du législateur européen à traiter d'un problème qui divise profondément les Etats membres. Comment prendre en compte la diversité des droits nationaux, leurs évolutions mais aussi le fossé qui se creuse entre eux (certains pays, comme la *France*, ont rejoint le camp des Etats favorables au mariage entre personnes de même sexe, alors que d'autres, comme la *Pologne*, la *Hongrie* ou la *Bulgarie*, ont inscrit dans leur constitution l'hétérosexualité du mariage), tout en assurant la cohérence et l'efficacité des instruments communs ? Comment préserver la compétence des Etats membres tout en garantissant le respect des grandes libertés de l'UE (notamment la liberté de circulation et d'installation) comme celui des droits fondamentaux (notamment du principe de non discrimination) ?

Aucun règlement ou projet de règlement ne donne de définition du mariage, y compris ceux qui lui sont le plus directement liés, *i.e.* le règlement Bruxelles II *bis*, le règlement Rome 3 ou le projet de règlement sur les régimes matrimoniaux. Rien de surprenant à cela pour le

règlement Bruxelles II *bis* : à l'époque où il a été discuté, la question ne se posait pas vraiment.

Le règlement Aliments contourne l'obstacle en affirmant que l'établissement des relations de famille qui fonde les obligations alimentaires ou les droits de succession sont en dehors de son champ d'application. Ainsi, le règlement Aliments, déclare-t-il au considérant 21 que « *il convient de préciser dans le cadre du présent règlement que ces règles de conflit de lois ne déterminent que la loi applicable aux obligations alimentaires et ne déterminent pas la loi applicable à l'établissement des relations de famille sur lesquelles se fondent les obligations alimentaires. L'établissement des relations de famille continue à relever du droit national des Etats membres, en ce compris leurs règles de droit international privé*⁸⁴⁸ ».

Le règlement Rome III mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable et à la séparation de corps, se garde lui de prendre directement position car y adhèrent des Etats aussi opposés sur le sujet que la *Belgique* et la *Hongrie*, la *Bulgarie* et l'*Autriche* ou l'*Espagne* et *Malte*. Quant au projet de règlement sur les régimes matrimoniaux, il se déclare « *gender neutral* » (cf. *infra*), sans que l'on sache vraiment quelles conséquences en tirer.

En théorie, deux approches de la question sont envisageables.

(1). Selon une première démarche, le mariage constitue un concept essentiel pour déterminer le champ d'application et les conditions de mise en œuvre des règlements. Il devrait donc recevoir une *définition commune à tous les Etats membres*, définition qui aurait vocation à valoir pour tous les textes de l'Union en matière de coopération civile. Cette définition commune pourrait être donnée dans le cadre d'un règlement (et serait reprise par contagion pour les textes antérieurs) ou par la CJUE. On éviterait ainsi une interprétation et une application des textes à géométrie variable selon les pays membres, ce qui ne peut être que préjudiciable à la sécurité juridique et à la libre circulation des personnes et de leur statut dans l'espace européen.

A partir de là, deux options seraient ouvertes.

- Pourrait être retenue une *définition commune « minimum » du mariage* qui se référerait à ce qui est accepté par tous, *i.e.* à l'hétérosexualité du mariage ; serait donc exclu du champ des règlements le mariage entre personnes de même sexe, même pour les Etats qui le reconnaissent en droit interne. Mais une telle perspective paraît difficilement acceptable pour les Etats dont le droit interne ouvre le mariage aux personnes de même sexe. Le règlement Bruxelles II *bis*, le règlement aliments et pour ceux qui participent à la coopération renforcée, le règlement Rome 3 sont devenu leur droit commun ; comment

⁸⁴⁸ V. également l'article 22, qui, en écho au protocole de La Haye, affirme que « La reconnaissance et l'exécution d'une décision en matière d'obligations alimentaires en vertu du présent règlement n'implique en aucune manière la reconnaissance des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance qui sont à l'origine des obligations alimentaires ayant donné lieu à la décision ».

exclure de leur champ d'application le mariage entre personnes de même sexe, surtout si celui-ci a été célébré sur le territoire de ces Etats ? Et de toute façon, cette solution serait contraire à l'esprit des règlements les plus récents.

- A l'inverse, pourrait être proposée une *définition commune « minimale »*, fondée sur un consensus entre Etats membres autour d'une vision très générale du mariage. C'est ce qui a été fait pour les partenariats : dans le projet de règlement sur les partenariats enregistrés (art. 2 b) on entend par partenariat enregistré « *un régime de vie commune entre deux personnes prévu par la loi et donnant lieu à un enregistrement par une autorité publique* »). Seraient ainsi évitées les difficultés liées au mariage entre personnes de même sexe, mais aussi à la polygamie ou au caractère religieux ou laïc de l'union. Mais si une définition minimale est efficace pour le partenariat, puisque tous les Etats qui connaissent l'institution l'ouvrent aux personnes de même sexe (et parfois le leur réserve), elle ne l'est pas pour le mariage, puisque précisément la différence de sexe commande l'existence et la validité du mariage. On ne fait en réalité que déplacer le problème.

(2). Dans une seconde conception, serait abandonnée l'idée d'unité de la notion de mariage au profit de *définitions nationales*. Il reviendrait à chaque Etat de définir ce qu'il entend par mariage, et, en conséquence d'appliquer ou non les textes réglementaires au mariage entre personnes de même sexe, dans le respect des libertés de l'Union et des droits fondamentaux. Dans les textes réglementaires eux mêmes, le mariage resterait « *gender neutral* ». Aux Etats membres de dire s'ils le reconnaissent ou, en tout cas, le prennent en considération et lui font produire un certain nombre d'effets.

Le législateur de l'Union semble avoir opté pour l'approche pluraliste. En témoignent les considérants du projet de Règlement régimes matrimoniaux et le Règlement Rome 3 sur la loi applicable au divorce.

L'article 1 du règlement Rome III dispose que le texte ne s'applique pas, même si elle est soulevée en tant que question préalable dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps, à « *l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage* ». La question est donc renvoyée au droit des Etats membres. De plus, l'article 13 affirme que « *aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un Etat membre participant dont la loi (...) ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement* ». Le considérant (26) tente d'éclairer la formule en affirmant que « *lorsque le présent règlement se réfère au fait que la loi de l'Etat membre participant dont une juridiction est saisie ne reconnaît pas la validité du mariage concerné aux fins de la procédure de divorce, il conviendrait de l'interpréter, notamment, comme le fait qu'un tel mariage n'existe pas dans la loi de cet Etat membre* », ce qui à l'évidence renvoie au mariage entre personnes de même sexe. C'est admettre implicitement mais nécessairement que le mariage homosexuel entre dans le champ du règlement : l'article 13, clause de sauvegarde, n'aurait, sinon pas de sens. Mais un Etat qui, face à un mariage particulier, ne reconnaît pas sa validité, soit qu'il

prohibe de façon générale le mariage homosexuel, soit qu'il considère le mariage en question comme non valable, parce que, par exemple, célébré en contrariété avec la loi compétente en vertu de ses propres règles de DIP (par exemple le mariage entre deux italiens célébrés en Belgique alors que la loi nationale des intéressés l'interdit), peut refuser de le traiter comme un mariage et de prononcer le divorce.

Cas n°8. *A de nationalité italienne et B de nationalité espagnole se marient à Madrid. Les deux femmes résident en Italie. B. tente une procédure de divorce devant le juge italien. Le juge italien pourra refuser de prononcer le divorce sur le fondement de l'article 13 du Règlement Rome 3. La solution serait la même si les deux femmes étaient espagnoles.*

Le projet de règlement sur les régimes matrimoniaux ne contient aucune disposition qui traite, même indirectement, de la question. Est seulement réaffirmée dans les considérants l'interdiction de toute discrimination (cf. le considérant 25 sur le jeu de l'ordre public et le considérant 32). Il se veut cependant « *gender neutral* ». Dans sa communication au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au Comité des régions (COM52011) 125 final), la Commission affirme que « *comme le mariage et le partenariat enregistré peuvent être, selon les Etats membres, ouverts aussi bien aux couples de sexe opposé qu'aux couples de même sexe, les deux propositions sont neutres du point de vue du sexe* ». La note explicative (note 26) n'est pas d'une grande clarté qui estime que « *à titre d'exemple, un mariage entre personnes de même sexe autorisé conformément au droit portugais sera considéré au même titre qu'un mariage entre personnes de sexe opposé en vertu de la proposition relative aux régimes matrimoniaux* ». Le mariage visé par le règlement peut donc être un mariage homosexuel comme un mariage hétérosexuel.

L'absence de règle correspondant aux articles 1 et 13 du Règlement Rome III peut être interprétée dans le même sens, mais avec une portée beaucoup plus radicale. En s'abstenant d'exclure expressément la question de l'existence, de la validité ou de la reconnaissance du mariage du champ du règlement, on peut laisser entendre... que la question ne se pose pas. Dès lors que le mariage a été célébré « valablement » dans le pays membre d'origine, *i.e.* en conformité avec les règles applicables dans le pays en question (règles matérielles et règles de DIP), il doit être traité comme tel dans le pays membre d'accueil. Et l'absence de clause de sauvegarde sur le modèle de l'article 13 du Règlement Rome III interdirait au pays d'accueil de refuser de faire produire effet à l'union en cause en tant que mariage. Quant à l'exception d'ordre public prévue à l'article 24, elle vise les dispositions de la loi désignée pour régir les régimes matrimoniaux et non la question de savoir s'il y a ou non mariage, donc régime matrimonial.

Une telle interprétation heurte de front les pays dont le droit interne refuse ou prohibe le mariage entre personnes de même sexe. Elle placerait également en porte à faux les pays dont les règles de DIP conduisent au rejet d'une telle union lorsque, par exemple, la loi

personnelle des époux ou de l'un d'eux le prohibe, ou, qui, comme l'Allemagne ou l'Autriche, requalifient le mariage homosexuel en partenariat enregistré. Certes, ces Etats ne sont pas tenus d'introduire dans leur droit interne le mariage homosexuel, mais ils seraient tenus de traiter un tel mariage célébré à l'étranger comme un mariage, lorsque du moins est en cause l'application d'un règlement communautaire.

Cette interprétation maximaliste serait en revanche conforme aux libertés de l'UE et marquerait une étape importante dans la consécration d'un principe de libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace de l'Union européenne. Elle pourrait s'appuyer sur la jurisprudence de la CJUE telle que formulée dans les arrêts *Garcia Avello* et *Sayn Wittgenstein* (cf. *supra*). Dans une perspective plus large, elle s'inscrirait dans la ligne des arrêts *Wagner* et *Negrepontis-Giannisis* de la Cour EDH (cf. *supra*).

Cas n°9. *A et B de nationalité portugaise se marient à Porto. Les deux hommes vivent en Italie ou A occupe un poste important dans une entreprise. En s'installant à l'étranger B. a dû quant à lui renoncer à travailler et a repris des études. Abandonné par A, B intente une procédure de divorce, demande l'octroi d'aliments pour la durée de la procédure et sollicite l'autorisation de vendre des biens dépendant de la communauté, malgré l'opposition de son conjoint. Si l'on retient l'interprétation large proposée, le juge italien pourrait rejeter la demande en divorce sur le fondement de l'article 13 du règlement Rome 3 et refuser de statuer sur une demande de contribution aux charges du mariage sur le fondement du Règlement aliments puisque celui-ci renvoie l'établissement des relations de famille fondant la créance alimentaire au droit national des Etats membres, en ce compris leurs règles de droit international privé. En revanche, il devrait statuer sur les questions relatives aux régimes matrimoniaux, lorsque du moins le règlement correspondant sera entré en vigueur.*

Il sera donc intéressant d'analyser la version finale qui sera donnée au règlement sur les régimes matrimoniaux par le Parlement. Il n'est pas impossible que, malgré les ouvertures potentielles du projet, on en reste au système qui semble celui du règlement Rome III. Les règlements de l'UE auraient donc vocation à s'appliquer à un mariage entre personnes de même sexe ; mais la question de la validité, de l'existence ou de la reconnaissance du mariage resterait régie par le droit des Etats membres. En cas de contestation sur le fait qu'il y a bien « mariage », donc régime matrimonial, il conviendrait de se référer au droit du pays d'accueil, règles internes qui peuvent, par principe rejeter toute prise en considération d'un mariage entre personnes de même sexe, et/ou règles de droit international privé qui définissent dans quelles conditions le mariage célébré à l'étranger peut être considéré comme valable ou tout au moins quels sont les effets susceptibles de lui être attachés⁸⁴⁹.

En l'état, telle pourrait être la voie la plus raisonnable à suivre compte tenu de la grande diversité des droits nationaux et de l'extrême sensibilité du sujet. Mais dans son souci de

⁸⁴⁹ cf. *infra*

respecter la diversité des droits nationaux le législateur de l'Union devrait partiellement sacrifier ses objectifs de stabilité et de prévisibilité.

S'agissant de l'application par le juge français des règles de conflit de lois ou de conflits de juridictions inscrites dans les différents règlements, la conclusion s'impose en tout cas : le droit français reconnaissant en droit interne le mariage entre personnes de même sexe, les règlements sont applicables au mariage hétérosexuel comme au mariage homosexuel⁸⁵⁰.

Cas n°10. *Une Espagnole et une italienne se marient en Espagne. Elles fixent leur résidence habituelle en France. Le mariage est valable aux yeux du droit français puisque l'une des épouses a la loi (espagnole) d'un pays qui admet le mariage entre personnes de même sexe. Si l'une des épouses demande le divorce au juge français, celui-ci se reconnaîtra compétent en vertu du règlement Bruxelles 2 bis (art. 3 a). La loi applicable au divorce sera déterminée par application des dispositions du règlement Rome 3, i.e., si les épouses n'ont pas choisie la loi applicable à leur séparation (art. 5), la loi française en tant que loi de leur résidence habituelle au moment de la saisine de la juridiction (art. 8).*

Plus complexe encore est la question des règles matérielles applicables au divorce d'époux de même sexe.

⁸⁵⁰ Comp. le droit autrichien qui refuse l'application du Règlement Bruxelles II *bis* au mariage de même sexe mais admet, conformément à la lettre et à l'esprit du règlement, de lui appliquer le Règlement Rome 3, cf. M. ROTH et M. C. REITH, Rapport autrichien : « The prevailing view is that the scope of application of the Brussels IIa Regulation covers only heterosexual marriages, thereby excluding other forms such as same-sex marriages or registered partnerships (Mayr, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No. 1/77; Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 109; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 2013, marg. No. 329). Therefore, the international jurisdiction for the dissolution of a registered partnership between a same-sex couple has to be determined according to sections 76 and 114a Austrian Jurisdiction Act.

In the absence of any restriction the Rome III Regulation is applicable to heterosexual and same-sex marriages equally (Rudolf, *Europäisches Kollisionsrecht für Ehescheidungen – Rom III-Vo*, EF-Z 2012/60, p. 102). However, courts are not obliged to grant a divorce, if the marriage is not considered as valid according to the *lex fori* (Art 13 Rome III Regulation; Traar, *Rom III - EU-Verordnung zum Kollisionsrecht für Ehescheidungen*, ÖJZ 2011/86, p. 80). Similarly to the Brussels IIa Regulation registered partnerships are excluded from the scope of application of the Rome III Regulation (Rudolf, *Europäisches Kollisionsrecht für Ehescheidungen – Rom III-Vo*, EF-Z 2012/60, p. 102; Traar, *Rom III - EU-Verordnung zum Kollisionsrecht für Ehescheidungen*, ÖJZ 2011/86, p. 808). In this case the applicable law has to be determined pursuant to the Austrian Conflict of Laws Act (Section 27d Austrian Conflict of Laws Act.).

The conducted research has shown that no judgments have yet been rendered discussing the application of the European Regulations on same-sex marriages/partnerships. However, only selected judgments are publicly available on the official website" (<http://www.ris.bka.gv.at/default.aspx>.)

B. Quelles règles matérielles régissent-elles le divorce entre époux de même sexe ?

Les règles matérielles applicables au divorce (cas et procédure de divorce, règlement des conséquences personnelles et patrimoniales de la dissolution du mariage, prise en charge personnelle et matérielle des enfants) sont désignées par les règles de conflit du pays dont le juge a été saisi. La plus grande partie de ces règles de conflit sont désormais contenues dans les règlements de l'Union (Bruxelles II *bis*, Rome III pour les Etats parties à la coopération renforcée, Règlement aliments, et, demain Règlement régimes matrimoniaux) ainsi que dans les conventions internationales avec lesquelles ils sont articulés (Protocole de La Haye de 2007 sur les aliments, convention de la Haye de 1996 sur la protection des mineurs). Les règles matérielles restent quant à elles des règles nationales.

Dès lors, il convient de distinguer deux hypothèses.

(1). *Si la règle de conflit donne compétence à la loi française ou à une loi qui admet le mariage entre personnes de même sexe*, son application ne devrait pas poser de difficulté, compte tenu de l'élargissement de la catégorie mariage du DIP dans le droit considéré à la suite de la reconnaissance en droit interne des unions entre personnes de même sexe.

Cas n°11 et 12. *Soit deux époux hongrois mariés en Belgique et installés depuis en France. Ils pourront divorcer devant le juge français par application de la loi française soit qu'ils la choisissent (art. 5 du règlement Rome 3), soit, à défaut de choix, que le juge la leur applique en tant que loi de leur résidence habituelle (art. 8 du règlement Rome 3). De même, le régime matrimonial d'un couple franco-italien marié et résidant en France sera-t-il, en l'absence de choix des parties, régi et liquidé par la loi française, conformément aux prescriptions de la convention de La Haye de 1978. Quant à savoir, si leur divorce sera reconnu en Hongrie ou si l'existence et le fonctionnement de leur régime matrimonial seront admis par l'Italie, il s'agit d'un tout autre problème dont la solution appartient aux seuls droits hongrois et italien.*

(2) *Quid en revanche, si la loi applicable ignore ou prohibe le mariage entre personnes de même sexe ?* Les difficultés théoriques et pratiques sont considérables.

Cas n°13. *Soit deux Australiennes mariées et résidant en Belgique. Le couple se sépare. Quelle loi appliquer à la liquidation de leur régime matrimonial ? En l'absence de choix par les parties, va-t-on appliquer la loi australienne qui prohibe expressément le mariage entre personnes de même sexe⁸⁵¹ ?*

⁸⁵¹ Selon le Marriage Act 1961, amendé en 2004 : « Marriage, means the union of a man and a woman to the exclusion of all others, voluntarily entered into for life. Certain unions are not marriages. A union

Cas n°14. *Soit un couple franco-roumain marié en France. L'un des époux décède en laissant dans sa succession des immeubles en Roumanie. Appliquera-t-on la loi roumaine, loi du lieu de situation de l'immeuble, alors que le droit roumain refuse de laisser produire effet à un mariage entre personnes de même sexe⁸⁵² ? Va-t-on en quelque sorte appliquer la loi « contre elle même » ?*

Dans un premier mouvement on pourrait affirmer que la loi étrangère étant compétente, elle doit être appliquée, fût-ce, si l'on ose dire, « à rebrousse poil ». A moins que par le jeu du renvoi, ne soit désignée une autre loi, loi du *for* ou tierce loi, qui, elle, pourrait être favorable au mariage entre personnes de même sexe. A l'inverse, on pourrait être tenté de dire que la loi étrangère hostile au mariage homosexuel ne peut être appliquée contre sa propre volonté. Resterait à savoir sur quel fondement justifier sa mise à l'écart.

Ne tenir aucun compte de la position adoptée par la loi étrangère sur la question du mariage entre personnes de même sexe ne paraît pas vraiment opportun : en soumettant à une système juridique une situation que ce système rejette, on va à l'encontre des objectifs du droit international privé, qu'il s'agisse d'assurer la coordination des systèmes, de garantir l'harmonie internationale des solutions, d'appliquer à une situation donnée la « meilleure loi » ou, tout simplement, de donner à un rapport privé le traitement le plus adapté. Il semble donc nécessaire d'examiner l'attitude exacte du système juridique en cause et d'en tirer les conséquences, en tentant de préserver la cohérence du système juridique en question tout en garantissant le respect des intérêts des personnes. De ce point de vue, trois cas de figure doivent être envisagés.

- Le système juridique normalement compétent accepte de faire produire effet au mariage entre personnes de même sexe

Tel était le cas de la France avant qu'elle ne consacre en droit interne le mariage entre personnes de même sexe : même si la question était discutée, le juge français aurait accepté de faire produire à une telle union les effets que la loi française attache au mariage, dès lors du moins que le mariage a été valablement célébré à l'étranger⁸⁵³. Il n'aurait donc pas été choquant que le juge belge ou néerlandais eût appliqué, à l'époque, la loi française si celle-ci avait été désignée par la règle de conflit. Il en irait de même aujourd'hui, *mutatis mutandis*, si le juge français devait appliquer une loi étrangère qui adopte, sur la question, une position comparable à celle de l'ancien droit français.

solemnised in a foreign country between: (a) a man and another man; or (b) a woman and another woman; must not be recognised as a marriage in Australia ».

⁸⁵² V. l'article 277 alinéa 2 du code civil roumain, préc., selon lequel les mariages entre personnes de même sexe conclus ou contractés à l'étranger soit par des citoyens roumains, soit par des citoyens étrangers, ne sont pas reconnus en Roumanie.

⁸⁵³ V. *supra*

Au demeurant on peut se demander si dans l'espace européen une telle position n'a pas vocation à devenir la règle. Les efforts conjugués de la Cour EDH et de la CJUE tendent, on l'a souligné, à faire triompher le principe de reconnaissance⁸⁵⁴ : quand bien même le droit interne d'un Etat européen rejetterait le mariage entre personnes de même sexe, il serait tenu de faire produire effet aux unions valablement célébrées à l'étranger, *i.e.* aux unions célébrées en conformité avec la loi du pays de célébration⁸⁵⁵. Dès lors, la loi étrangère peut être appliquée, quelle que soit en interne la position du législateur étranger. Reste que le principe de reconnaissance peine encore à s'affirmer et que l'on peut s'interroger sur le jeu éventuel de l'ordre public lorsque, par exemple, l'Etat concerné a inscrit dans sa constitution l'exigence de la différence de sexe.

Quoiqu'il en soit, si le système juridique compétent accepte de traiter le mariage entre personnes de même sexe comme un mariage, l'application de la loi étrangère ne suscite plus de difficulté théorique. Que si elle refusait de faire produire au mariage tel ou tel de ses effets, l'ordre public international de l'autorité saisie permettrait, éventuellement, de l'écarter sur ce point particulier.

- Le système juridique normalement compétent requalifie le mariage homosexuel en partenariat

Tel est le cas des DIP suisse et, même si la question est discutée, des droits autrichien et allemand⁸⁵⁶ : le mariage homosexuel valablement célébré à l'étranger sera intégré dans la catégorie des partenariats enregistrés et en produira les effets. Le juge français orienté vers le droit suisse, allemand ou autrichien par sa règle de conflit devra-t-il tenir compte de cette requalification et appliquer à la situation le corps de règles que le droit considéré veut applicable ? Il ne s'agit pas d'une simple qualification en sous ordre, qui, dans le cadre de la liquidation d'une succession, conduit par exemple à appliquer à un bien immeuble les règles matérielles applicables aux bien meubles lorsque la qualification du bien diffère dans le système juridique étranger. Ici, c'est la nature même de l'institution que l'on modifie : alors que dans l'exemple cité on reste dans la catégorie successions, on passe ici de la catégorie mariage à la catégorie partenariat enregistré. Prendre en compte la requalification (qui pourrait d'ailleurs poser un problème au regard du principe de reconnaissance, si celui-ci était clairement affirmé), conduirait à un traitement totalement éclaté de la situation, qui ne respecterait ni les attentes légitimes des parties... ni la cohérence du droit français.

⁸⁵⁴ V. *supra*

⁸⁵⁵ Sur le principe, ses tempéraments éventuels, et les discussions qu'il suscite, cf. *supra* et réf. cit.

⁸⁵⁶ V. *supra* et réf. cit.

- *Le système juridique normalement compétent rejette le mariage homosexuel étranger*

Telle est l'hypothèse la plus délicate : non seulement le droit étranger ignore ou prohibe expressément le mariage entre personnes de même sexe, mais il refuse de reconnaître un mariage homosexuel étranger. Il ne s'agit donc pas seulement d'appliquer aux effets d'un mariage une loi qui ne reconnaîtrait pas sa validité, ce qui a pu arriver par le passé. Ici, l'application de la loi étrangère irait à l'encontre de tous les principes posés par le système juridique auquel elle appartient, dans l'ordre interne comme dans l'ordre international.

Cas n°15. *Soit un couple de deux hongroises qui se marient en Belgique où l'une d'elles a sa résidence habituelle. Le couple s'installe en France. L'une des épouses demande le divorce devant le juge français ; l'autre s'y oppose : il n'y a donc pas d'accord possible sur le choix de la loi applicable, choix qui permettrait de donner compétence à une loi qui connaît le mariage, donc le divorce, entre personnes de même sexe. En principe, la loi compétente d'après l'article 8 du règlement Rome 3 est celle de la résidence habituelle des deux époux au moment de la saisine de la juridiction, i.e. le droit hongrois, qui n'admet pas le mariage entre personnes de même sexe, donc, a fortiori sa dissolution par divorce. Or les autres chefs de compétence prévus par le texte ne jouent qu'en cas de défaillance du premier, i.e. en cas d'absence de résidence habituelle des époux dans le même Etat. Certes, l'article 10 prévoit que la loi du for s'applique à titre exceptionnel « lorsque la loi applicable en vertu de l'article 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ». Mais tel n'est pas le cas en l'espèce : le droit hongrois connaît bien le divorce ; ce qu'il ne connaît pas, en amont, c'est le mariage entre personnes de même sexe⁸⁵⁷.*

Faut-il en rester là ? Après tout, si on raisonne à partir du système juridique français, on ne peut que constater que la loi prohibitive en question est bien la loi compétente d'après la règle de conflit française ; au demeurant il ne s'agit que de traiter une situation privée, dont la validité est reconnue par le *for*. Quant à savoir si les autres pays, tout particulièrement le pays dont la loi aura été appliquée, la reconnaissent ou s'ils reconnaîtront les effets que le système juridique français lui aura attachés en vertu de la loi applicable selon lui, c'est une autre question à laquelle chaque pays concerné apportera une réponse qui lui est propre : c'est à ce stade que le pays dont la loi a été appliquée à contre sens pourra faire valoir son opposition au mariage entre personnes de même sexe et donc refuser de reconnaître les effets d'un divorce prononcé à l'étranger.

⁸⁵⁷ Sur l'inadéquation d'un raisonnement en termes d'ordre public, qui permettrait de faire jouer l'article 12 du règlement, cf. *infra*.

Cas n°16. *Les deux épouses hongroises s'entendent pour désigner la loi française comme applicable à leur divorce. Le juge français prononce la dissolution du mariage. Le divorce ne sera pas reconnu en droit hongrois.*

Par respect de la loi étrangère (ou par hostilité à l'application d'une loi qui prohibe le mariage entre personnes de même sexe), faut-il au contraire tenter de lui substituer une loi favorable au mariage entre personnes de même sexe et, au premier chef, la *lex fori* ?

Dans un premier mouvement, on pourrait être tenté de fonder la mise à l'écart de la loi étrangère sur sa contrariété à l'ordre public en matière internationale de l'autorité saisie. La solution serait en quelque sorte parallèle à celle qui a été retenue pour la formation du mariage par l'article 202-1 alinéa 2 du code civil français ou par l'article 46 du code civil belge⁸⁵⁸. Mais, alors que dans ce cas, était écartée une disposition particulière de la loi étrangère contraire à un principe essentiel du droit français ou du droit belge, le contenu de la loi étrangère régissant les effets du mariage n'est pas forcément en cause : il peut être tout à fait comparable aux prescriptions du droit français ou du droit belge. Ce qui est contraire à l'ordre public français ou à l'ordre public belge, c'est la prohibition par la loi étrangère du mariage entre personnes de même sexe. Faire jouer dans une telle hypothèse l'exception d'ordre public serait transformer profondément les conditions de son déclenchement (ce n'est pas le contenu applicable de la loi étrangère qui heurte un principe essentiel du droit du *for* mais, en amont, sa conception du mariage), et ses effets (d'une part les dispositions écartées peuvent être conformes à l'ordre public du *for*, d'autre part, c'est l'ensemble de la loi étrangère qui est rejetée, et non spécifiquement ses dispositions contraires à l'ordre public du *for*). L'utilisation de l'ordre public est donc particulièrement douteuse.

Pourrait-on déduire de l'anathème lancé par la loi étrangère sur le mariage entre personnes de même sexe, que cette loi est « inapplicable », ce qui justifierait que lui soit substituée la loi française au titre de sa vocation subsidiaire ? Ce serait donner à la notion d'inapplicabilité une dimension nouvelle. Jusque là, elle était utilisée pour pallier des déficiences concrètes de la loi étrangère, soit que l'élément de rattachement fût défaillant, soit que la preuve du contenu de la loi étrangère fût impossible à établir, soit que sa mise en œuvre se heurtât à des obstacles insurmontables⁸⁵⁹. Ici, elle serait étendue à l'hypothèse d'incompatibilité entre les principes de la loi étrangère et ceux du *for*, le respect de la cohérence du système juridique étranger nécessitant qu'on renonce à l'appliquer, au profit d'une loi qui appartient, elle, à un système admettant le mariage entre personnes de même sexe. Un tel raisonnement permettrait de préserver l'ensemble des intérêts théoriques et pratiques en cause.

⁸⁵⁸ V. *supra*

⁸⁵⁹ Sur ces différentes hypothèses, cf. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^{ème} éd. 1993, n°347 et réf. cit.

Quelle que soit la solution retenue, on saisit la difficulté de la tâche qui attendent les juges du divorce, et plus généralement, l'ensemble des praticiens du droit. Le salut pourrait venir de la généralisation dans les instruments européens et internationaux d'une *optio juris*. Elle existe déjà en matière de régimes matrimoniaux⁸⁶⁰, de divorce⁸⁶¹ ou de successions⁸⁶². Elle permettra en général de donner compétence à une loi qui reconnaît le mariage entre personnes de même sexe. Mais le choix est généralement limité, et il est toujours possible que les intéressés n'y procèdent pas... ou choisissent une loi qui rejette le mariage entre personnes de même sexe.

Les questions posées par le « divorce homosexuel » sont donc aussi diverses que complexes. Et les voies du consensus risquent d'être longues, à moins que ne triomphe dans l'espace européen le principe de reconnaissance.

⁸⁶⁰ Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, art. 3, proposition de règlement sur les régimes matrimoniaux, art. 16

⁸⁶¹ Règlement Rome 3, art. 5

⁸⁶² Règlement successions, art. 22

Conclusion générale

L'étude des différents rapports nationaux fait apparaître une évolution convergente des législations européennes sur la question de la rupture du mariage. Chacune d'elles s'inscrit dans une dynamique de libéralisation et de prise en compte accrue de l'individualisme. Si les particularités propres à chaque pays invitent, dans le détail des règles, à nuancer le propos, les législations des États membres semblent, chacune à leur rythme, emprunter une trajectoire similaire. A la suite d'une longue séquence législative, les États se sont ainsi, peu à peu évertués à desserrer les conditions d'accès à la procédure de divorce et à donner aux époux la pleine maîtrise de leur séparation. Cela se matérialise par la promotion du divorce par consentement mutuel d'une part, et par la consécration du divorce objectif d'autre part, qui, dans la mesure où l'un des époux n'est plus en capacité de s'opposer au principe du divorce, traduit une percée de l'unilatéralisme. Quant à la faute, si elle n'a pas complètement disparu, sa portée décline tant sur le plan de la cause, que de son influence sur les effets du divorce.

A l'office sanctionnateur du juge semble se substituer une fonction d'accompagnement. Il s'agit moins de prévenir la dissolution du lien matrimonial que d'en gérer au mieux les conséquences. En attestent ainsi le rôle croissant joué par les experts - de l'enfance principalement - et l'influence grandissante des mesures amiables de résolution des différends. Les États entendent promouvoir en ce sens, non sans difficultés liées aux comportements des acteurs judiciaires et aux mentalités qui doivent évoluer, une certaine culture de la médiation. Le développement de ces différentes techniques de justice informelle tend aussi à faire reposer les conséquences du divorce sur un principe d'autorégulation par les époux de leurs propres intérêts. La meilleure décision apparaît comme celle qui a été conjointement consentie par les divorçants. Dans cette optique, le recours aux conventions entre époux, visant à régler (parfois en amont, le plus souvent, en aval) les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux de la séparation, tend à se généraliser.

Le basculement des droits nationaux vers un divorce « post-moderne » suscite toutefois encore quelques résistances. *D'abord*, le maintiendans la plupart des États d'une solidarité postmatrimoniale (parfois sous la forme d'une pension alimentaire) marque un attachement à la vision institutionnelle du mariage et à la fonction traditionnelle du juge de protection du faible face au fort. *Ensuite*, si par l'effet des vases communicants, à mesure que les époux gagnent en autonomie, les pouvoirs du juge s'amenuisent, ce dernier conserve néanmoins un droit de regard et de contrôle, le cas échéant de censure, sur les accords conclus entre époux, même si l'étendue de ce contrôle se réduit peu à peu dans certains droits. *En outre*, si *de lege ferenda*, le divorce par consentement mutuel semble avoir vocation à être prononcé en dehors de toute procédure judiciaire, pour l'heure, l'idée d'un divorce sans juge, bien que séduisante dans un contexte de contraction budgétaire, ne parvient pas à convaincre une majorité d'États. *Enfin*, la libéralisation du droit du divorce, qui participe d'un certain désinvestissement étatique du couple conjugal, induit, par une sorte d'effet de balancier, un

investissement soutenu des États au profit de la préservation du lien parental. La faveur faite au volontarisme conjugal s'accompagne donc d'une attention toute particulière portée à la situation de l'enfant. Le divorce n'est ainsi plus simplement pensé comme une rupture mais comme un passage obligé de l'histoire familiale ; d'où l'idée que le temps de la séparation doit être celui d'une transition vers la scission de la famille d'origine en deux, tout en maintenant l'unité du couple parental.

Pour finir, s'agissant du « divorce international », la plus grande partie des questions relatives au divorce relèvent aujourd'hui (cas de divorce, aliments, responsabilité parentale) ou relèveront demain (régimes matrimoniaux), de règles de conflit émanant de l'Union européenne. Parce qu'elles sont largement ouvertes sur la liberté des époux, qu'il s'agisse de la compétence des juridictions ou de la loi applicable, les juges nationaux en général et le juge français en particulier seront de plus en plus souvent amenés à appliquer des droits étrangers. De même, compte tenu des règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution, ils devront de plus en plus souvent mettre en œuvre des décisions rendues par les autorités d'un autre État membre. Un effort de formation paraît donc indispensable : formation en droit international en général et en droit international privé en particulier, mais aussi formation aux droits étrangers et aux méthodes du droit comparé. Les méthodes de travail du juge pourraient elles aussi évoluer, avec la nécessité accrue de contacts directs avec les magistrats et les professionnels étrangers (mécanismes de coopération à développer). Au-delà des règles de droit, c'est donc la pratique même du divorce que le développement du droit international privé de l'Union devrait transformer.

ANNEXES I : QUESTIONNAIRES

- Questionnaire en langue française
- Questionnaire en langue anglaise

QUESTIONNAIRE (EN LANGUE FRANÇAISE)

La rupture de mariage en droit comparé

I. PARTIE GÉNÉRALE

A. *Droit national*

1. Quelles sont les principales sources du droit (législatives et/ou jurisprudentielles) actuellement applicable au divorce ?
2. Faites un historique rapide des principales évolutions du droit du divorce dans votre pays.
3. Existe-t-il à l'heure actuelle un projet de réforme en la matière ?
4. Le divorce est-il le seul moyen de rompre le mariage ou existe-t-il une/des possibilité(s) de rupture *a minima* (séparation de corps...) ?
5. Donnez les statistiques générales en matière de divorce et de séparation de corps.
6. Votre droit admet-il le mariage entre personnes de même sexe (ou le partenariat enregistré entre personnes de même sexe) ? Si oui, les causes et procédures de rupture de l'union sont-elles les mêmes que pour les couples hétérosexuels ?

B. *Droit international privé*

7. Comment est défini le mariage dans votre droit national ?

B1. Causes de divorce

- a). Rome 3 est applicable
8. Au regard des articles 5 (choix de la loi applicable par les époux) et 7 (validité formelle d'un tel accord sur la loi applicable) du règlement Rome III, quelles sont les conditions de forme imposées par votre droit national pour le choix de la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps ?
 9. Au regard de l'article 13 du règlement Rome III, les mariages suivants sont-ils reconnus dans votre droit national comme mariage ? 1° mariage de personnes de même sexe célébré valablement à l'étranger ; 2° mariage privé ; 3° mariage polygame...

b). Rome 3 n'est pas applicable

10. Quelle est la loi applicable au divorce (*lex fori*, loi nationale commune, loi du domicile commun ou de dernier domicile commun...) ? La règle de conflit nationale désigne-t-elle parfois le droit étranger ?
11. Quelle place est faite à la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable ?
12. Si les parties peuvent choisir la loi applicable, comment s'exprime ce choix et à quel moment peut-il être formulé ?

B2. Effets du divorce

13. Quelle est la loi applicable aux conséquences pécuniaires du divorce (pensions, prestations, dommages intérêts etc) ? Règles de droit interne, règlement européen, convention internationale ?
14. Quelle est la loi applicable à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux (régimes matrimoniaux etc.) ?
15. Quelle est la loi applicable à la responsabilité parentale ?
16. Quelle est la loi applicable aux obligations alimentaires entre parents et enfants ? Règles de droit interne, règlement européen, convention internationale ?

B3. Office du juge (ou de toute autre autorité compétente)

17. Le juge doit-il rechercher et appliquer d'office la règle de conflit de lois relative au divorce ?
18. Si la règle de conflit nationale renvoie parfois au droit étranger, quel est l'office du juge en matière de droit étranger ? Est-il tenu de le rechercher d'office ? Comment peut-être établi le contenu de la loi étrangère ?

II. LE DROIT MATERIEL

A. Les causes de divorce

19. Le mariage doit-il avoir duré pendant un temps minimum avant que le divorce puisse être demandé ?
20. La perte de capacité juridique d'un époux (régime de protection juridique, aliénation mentale...) a-t-elle une incidence sur sa capacité à introduire une demande en divorce ou à être défendeur à une telle demande ?
21. Existe-t-il une cause unique ou des causes multiples de divorce dans l'État ?

Si le droit de l'État ne connaît qu'une seule cause de divorce (rupture irrémédiable du lien matrimonial) répondre aux questions en A1, si le droit de l'État connaît des causes multiples de divorce répondre aux questions en A2

A1. Le divorce pour altération définitive du lien matrimonial (irretrievable breakdown of marriage)

22. Sur quels fondements l'altération définitive du lien matrimonial est-elle établie ?
23. Donnez les statistiques les plus récentes (si elles existent) relatives nombre de demandes présentées sur chaque fondement.
24. Dans les motifs de rupture, quelle est la place faite au consentement mutuel des époux ?
25. En cas de consentement mutuel des époux, la requête doit-elle être présentée par les deux époux agissant ensemble ou est-il possible pour l'autre d'accepter le principe du divorce en cours d'instance ?
26. En cas de consentement mutuel, les époux doivent-ils également être d'accord sur les effets du divorce ou bien le juge dispose-t-il du pouvoir de statuer sur les effets ?
27. Dans les motifs de rupture, une place est-elle faite à la notion de faute dans la relation conjugale ? Si oui, dans quelle mesure la faute demeure-t-elle prise en compte au titre des motifs de rupture ?
28. Dans les motifs de rupture, quelle place est faite à la séparation des époux ?
 - a) La séparation est-elle suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ?
 - b) Combien de temps la séparation doit-elle avoir duré avant de pouvoir être invoquée ? La période doit elle être continue ?

A2. Le divorce pour causes multiples

29. Donnez les statistiques les plus récentes (si elles existent) sur le nombre de demandes introduites sur le fondement de chacune des différentes causes de divorce.

a. Le divorce par consentement des époux

30. Le divorce par consentement existe-t-il à titre autonome ou est-il une forme du divorce pour altération définitive du lien matrimonial ?
31. Les époux doivent-ils être séparés avant d'introduire la demande ? Si oui depuis combien de temps ?
32. Cette cause de divorce implique-t-elle que la requête soit présentée par les deux époux agissant ensemble ou comprend-elle également la possibilité pour l'autre d'accepter le principe du divorce en cours d'instance ?

33. Dans le cadre de cette procédure, les époux doivent-ils également être d'accord sur les effets du divorce ou bien le juge dispose-t-il du pouvoir de statuer sur les effets ?

b. Le divorce pour altération définitive du lien matrimonial

34. Sur quels fondements l'altération définitive du lien matrimonial est-elle établie ?
35. Dans cette procédure quelle est la place laissée au consentement mutuel des époux ?
36. Dans cette procédure, quelle place est laissée la séparation des époux ?
- a) La séparation est-elle suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ?
 - b) Combien de temps la séparation doit-elle avoir duré avant de pouvoir être invoquée ? La période doit elle être continue ?
37. Une demande initiale de divorce pour altération définitive du lien matrimonial peut-elle être convertie en divorce par consentement ou en divorce pour faute ? Si oui, quelles sont les passerelles possibles ?

c. Le divorce pour faute

38. Quelles sont les fautes qui peuvent être invoquées au soutien d'une demande en divorce ?
39. Existe-t-il des exigences spécifiques relatives à la preuve de la faute ?
40. Le juge dispose-t-il d'une marge de manœuvre pour décider d'un partage des torts bien que la faute ne soit invoquée que par l'un des époux ?
41. La réconciliation des époux a-t-elle un impact sur la possibilité d'invoquer au titre de la faute un comportement antérieur à la réconciliation ?
42. La faute dans le mariage peut-elle engager la responsabilité civile de son auteur et permettre à la victime d'obtenir des dommages et intérêts ? Si oui s'agit-il d'une action spécifique distincte des règles de responsabilité civile de droit commun ?

B. Les effets du divorce

43. Les époux disposent-ils de la possibilité de régler les effets du divorce (et aussi la date d'effet du divorce) au moyen d'une convention :
- avant le mariage ;
 - pendant le mariage ;
 - pendant la procédure de divorce ?
44. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur la convention passée par les époux ?

45. Si le juge a un droit de contrôle, quels sont les critères qui lui permettent soit de solliciter une modification, soit de modifier directement l'accord ?
46. Si une procédure de rupture *a minima* (séparation de corps) existe dans l'État, quels en sont les effets tant entre les époux qu'à l'égard des enfants ?

a. Les effets du divorce en matière extrapatrimoniale

i. Les effets du divorce entre les époux

47. À quelle date le divorce rompt-il définitivement le mariage ?
48. La liberté matrimoniale des ex-époux est-elle soumise à conditions ? (quand sont-ils autorisés à se remarier, peuvent-ils se remarier ensemble...)
49. Dans les États où le mariage produit des effets sur le nom des époux, quels sont les effets corrélatifs du divorce ?
50. Le divorce produit-il des effets :
- au regard de la nationalité éventuellement acquise par l'un des époux en raison du mariage ;
 - au regard du titre de séjour acquis par l'époux étranger en vertu du mariage ?

ii. Les effets du divorce à l'égard des enfants

51. L'État distingue-t-il la question de l'exercice de l'autorité parentale/*parental responsibility* de celle de la résidence de l'enfant ? Si oui, de quelle façon et quelles en sont les conséquences pour l'exercice de l'autorité parentale ?
52. Le divorce produit-il des effets automatiques quant à l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants ?
53. L'exercice de l'autorité parentale peut-il être déterminé par une convention parentale ?
54. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.
55. Le juge peut-il aménager l'exercice de l'autorité parentale ? Si oui, doit-il être obligatoirement saisi d'une telle demande par l'un ou l'autre des parents ?
56. Quels sont les critères qui permettent au juge de fonder une décision d'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale ? Un parent peut-il se voir privé de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit d'autorité parentale en raison d'un comportement conjugal ?

57. Un parent privé de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit d'autorité parentale peut-il néanmoins obtenir un droit de contact, de visite et/ou d'hébergement avec l'enfant ?
58. Quelles sont les modalités de résidence de l'enfant qui peuvent être légalement envisagées ? (Résidence habituelle, résidence alternée, enfant confié à un tiers...)
59. Les modalités de résidence de l'enfant, le droit de contact, de visite et/ou d'hébergement avec l'enfant, peuvent-ils être déterminés par une convention parentale ? Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.
60. Des mesures sont-elles à la disposition du juge afin de garantir les liens entre l'enfant et chacun de ses parents après divorce ? Si oui, lesquelles ? Des sanctions sont-elles prévues si un parent ne respecte pas son obligation de maintenir les relations avec l'enfant ?

b. Les effets patrimoniaux du divorce

61. Le règlement des effets patrimoniaux du divorce doit-il s'effectuer dans le cadre d'une instance unique en divorce ou bien peut-il faire l'objet d'une procédure distincte qui serait concomitante ou consécutive ?

i. Les effets entre les époux

62. Au moment de la rupture du mariage, les ex-époux bénéficient-ils d'un droit à obtenir l'un de l'autre :
- une compensation financière,
 - une créance alimentaire,
 - une compensation de droits à pension de retraite,
 - des dommages-intérêts
 - ou d'autres sommes ou droits patrimoniaux ?

Si oui merci de répondre aux questions suivantes :

63. Cette demande doit-elle être faite dès l'introduction de l'instance ou peut-elle être demandée en cours d'instance ?
64. La demande peut-elle être introduite par l'un ou l'autre des époux après le prononcé du divorce ? Si oui, cette action est-elle enfermée dans un délai ?
65. L'un des époux peut-il être dispensé de fournir cette compensation (ou indemnisation, aliments ...) ? Si oui, pour quels motifs ?
66. L'un des époux peut-il être privé du droit d'obtenir cette compensation (ou indemnisation, aliments...) ? Si oui pour quels motifs ?

67. L'établissement ou le rétablissement d'un équilibre financier entre les situations patrimoniales respectives des ex-époux est-il recherché ?
68. Les règles en matière de compensation financière, d'aliments ou autres obligations patrimoniales après divorce sont-elles connectées à celles qui organisent la liquidation du régime matrimonial ou à celles de droit des biens (*property law*) équivalentes ?
69. Les causes de divorce ont-elles une incidence sur les conséquences du divorce en matière patrimoniale ? Si oui dans quelle mesure ?
70. Quelles formes les obligations patrimoniales entre ex-époux peuvent-elles prendre ? Si les formes sont multiples, sont-elles déterminées par la cause de divorce ?
71. Votre droit permet-il à l'autorité compétente d'attribuer à un des époux la propriété, la jouissance ou le bail du logement familial ? Si oui, à quelles conditions ?
72. Le montant et les modalités des obligations patrimoniales entre ex-époux peuvent-elles être déterminés par une convention matrimoniale ?
73. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.
74. Afin de calculer le montant dû, les époux sont-ils tenus de révéler l'intégralité des éléments qui constituent leur patrimoine (revenus, capital, biens, pensions, allocations...) ou bien peuvent-ils en être dispensés ?
75. Si aucune dispense n'est prévue, quelles sont les conséquences d'un refus de délivrer ces éléments ?
76. Quels sont les critères pris en compte pour évaluer le montant dû ? (le train de vie du ménage avant divorce, les besoins des ex-époux qu'ils soient présents et/ou futurs, l'âge, l'état de santé, l'employabilité, le principe selon lequel chaque époux devrait satisfaire à ses propres besoins ...)
77. Le montant de la compensation ordonnée peut-il être révisé ? Si oui pour quels motifs et à quelle échéance (régulière, en fonction des besoins...).

ii. Les effets à l'égard des enfants

78. L'obligation d'entretenir financièrement l'enfant est-elle liée à l'autorité parentale, à la résidence de l'enfant, à un autre critère ?
79. Par quels moyens l'État organise-t-il le maintien de cette obligation à l'égard du parent qui ne vit pas avec l'enfant (pension alimentaire, mise à disposition de biens ou de capital ...)
80. Les modalités de l'exercice de cette obligation d'entretien, peuvent-elles être déterminées par une convention parentale ?

81. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

III. LE DROIT PROCEDURAL

82. Le divorce et le règlement de ses conséquences peut-il être obtenu en dehors d'une instance judiciaire ?
83. Si oui, quels sont les organes compétents pour connaître de la demande ? La procédure administrative est-elle la seule possibilité offerte au couple ou bien s'agit-il d'une alternative à une procédure judiciaire ?
84. Dans le cadre d'une procédure judiciaire en divorce, quelle est la juridiction nationale compétente pour statuer ? Cette juridiction est-elle également compétente pour statuer sur les effets du divorce ? Une compétence juridictionnelle particulière est-elle prévue dans l'hypothèse d'un divorce transnational ?
85. Après l'introduction de l'instance les époux sont-ils tenus de respecter une période de réflexion ? Si oui, quelle en est la durée ?
86. Les époux sont-ils tenus ou incités avant l'instance ou en cours d'instance à s'orienter, à titre préalable, vers un mode alternatif de règlement des conflits ?
87. L'autorité compétente peut-elle, pendant la procédure de divorce, prendre des mesures provisoires relatives :
- au logement familial,
 - aux enfants,
 - à l'obligation alimentaire entre époux,
 - aux conséquences de violences conjugales ?
88. Quelles sont les possibles voies de recours contre la décision relative au divorce, que celle-ci soit judiciaire ou administrative ?
89. Un tiers (ministère public, avocat de l'enfant, service social, service de protection de la jeunesse...) peut-il intervenir :
- à l'instance en divorce ;
 - à l'instance relative à l'autorité parentale, si elle est distincte de l'instance en divorce ?
- Si oui, sur quels fondements ?
90. L'enfant a-t-il la possibilité de donner son avis dans le cadre de la procédure de divorce, que celle-ci soit administrative ou judiciaire, et dans la procédure relative à l'autorité parentale si elle est distincte ? Le cas échéant quelles sont les modalités de cette audition ? Peut-il être assisté ou accompagné dans son audition et par qui ?

IV. RECONNAISSANCE DES DÉCISIONS DE DIVORCE PRONONCÉES A L'ÉTRANGER

91. Quelles sont les conditions de reconnaissance des décisions relatives

- a) à la rupture du lien matrimonial ?
- b) aux effets pécuniaires du divorce ?
- c) à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux ?
- d) à la responsabilité parentale ?
- e) aux obligations alimentaires entre parents et enfants ?

Qu'en est-il s'il s'agit d'une décision émanant d'un État tiers à l'Union européenne et dont la reconnaissance est demandée dans votre pays ?

Merci de ne traiter que du droit national général, et non des conventions bilatérales conclues par votre pays.

92. Dans quels cas une décision étrangère pourrait ne pas être reconnue dans votre pays pour violation de l'ordre public ? Donnez quelques exemples.

93. Les décisions de divorce prononcées à l'étranger relatives à vos ressortissants sont-elles soumises à des modalités de publicité sur vos registres internes (transcription, mention en marge des actes de l'état-civil...) et si oui, quelles sont ces modalités de publicité ?

94. Dans l'affirmative, ces modalités de publicité sont-elles obligatoires ou facultatives et qui doit demander la réalisation de cette publicité ?

95. Quelles sont les effets de cette publicité ou de cette absence de publicité ?

96. Désirez-vous ajouter quelques remarques spécifiques concernant votre droit national ?

QUESTIONNAIRE (EN LANGUE ANGLAISE)

The marriage breakdown, a comparative study

I. GENERAL

A. National law

1. What are the current sources of law for divorce (case law, statutes, ...)?
2. Give a brief history of the main developments of your national divorce law.
3. Are prospective reforms currently under consideration?
4. Is divorce the only ground for marriage dissolution or is there any other possibility to enforce marriage breakdown?
5. If any, provide statistical data regarding divorce and legal separation?
6. Does your national law admit marriage (or registered partnership) for same-sex couples? If yes, are the grounds for divorce and divorce proceedings identical to the ones for heterosexual couples?

B. Conflict of Laws

7. How is marriage defined in your national law?

B1. Grounds for divorce

a). Rome 3 is applicable

8. With regard to Art. 5 (choice of the applicable law by spouses) and 7 (formal validity of the agreement on the choice of applicable law) of Rome III Regulation, what are the formal requirements set by your national law for the choice of the applicable law for divorce or legal separation?

9. With regard to Art. 13 of Rome III Regulation, are the following marriages considered as valid ones under your national law? 1° marriage between same sex persons, validly celebrated abroad; 2° private marriage; 3° polygamous marriage ...

b). Rome 3 is not applicable

10. What is the applicable law for divorce (*lex fori*, common national law, common residence or last common residence law...)? Do the national conflict of law rules refer sometime to foreign law?

11. Is parties' will taken into account in order to determine the applicable law for divorce?

12. If parties may choose the applicable law, how shall this choice be expressed and when?

B2. Consequences of divorce

13. What is the applicable law for financial consequences of divorce (maintenance, compensation, damages etc.)? National legal provisions, EU regulation, international convention?

14. What is the applicable law for matrimonial assets settlement (matrimonial regimes etc.)

15. What is the applicable law for parental responsibility?

16. What is the applicable law for maintenance regarding children? National legal provisions, EU regulation, international convention?

B3. Role of the judge (or any competent authority)

17. Is the judge under compulsory obligation to look for the applicable conflict of law rule and is he abided by it?

18. If the national conflict of law rule refers to the application of foreign law, what is the role of the judge regarding foreign law rules? Shall he research the applicable foreign law rule? How is the content of this rule established?

II. SUBSTANTIVE LAW

A. Grounds for divorce

19. Must marriage have last for a specific period of time before divorce can validly be claimed?

20. Does the lack of legal capacity of one spouse (protection regime, mental illness...) have consequences on his/her legal capacity to introduce a divorce claim or to defend to the proceedings validly?

21. Does your national law provide for a sole ground or for multiple grounds for divorce?

If national law provides for sole ground for divorce (irretrievable breakdown of marriage) answer part A1, if not answer part A2 only

A1. Divorce on the sole ground of irretrievable breakdown of the marriage

22. How is irretrievable breakdown established, and if any what are the grounds for irretrievable breakdown?

23. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on the different grounds for breakdown.

24. How is consent between spouses taken into account regarding the grounds of irretrievable breakdown?

25. In case of mutual consent of the spouses, shall the divorce application be made by both spouses acting together or is it possible for one spouse to accept the divorce during the course of proceedings?

26. In case of mutual consent of the spouses, are the spouses required to agree on the consequences of divorce or is the judge entitled to decide on these consequences?

27. Is fault between spouses taken into account regarding the grounds for irretrievable breakdown of marriage? If yes to what extend?

28. How is separation between spouses taken into account regarding grounds for irretrievable breakdown?

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

A2. Multiple grounds for divorce

29. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on every different ground for divorce.

a. Divorce by consent

30. Does divorce by consent exist as an autonomous ground for divorce or is it a specific form of divorce for irretrievable breakdown of marriage?

31. Must the spouses be separated before introducing the claim? If yes, for how long?

32. Does divorce by consent imply mutual consent and joint request or is it possible for one spouse to introduce the claim against the other who will be invited to consent in the course of proceedings?

33. Does divorce by consent imply general consent on every of its aspects and consequences or does it leave a margin of appreciation to the judge to hold about its consequences?

b. Divorce on the ground of irretrievable breakdown of the marriage

34. How is irretrievable breakdown established?

35. How is consent between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

36. How is separation between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

37. Can an initial claim on the ground of irretrievable breakdown be converted into a divorce by consent or in a divorce on the ground of fault in the course of proceedings? If yes what are the bridges between these proceedings?

c. Divorce on the ground of fault

38. What are the fault grounds for divorce?

39. Are there some specific requirements regarding proof of fault in this proceeding?

40. Does the judge keep a margin of appreciation to pronounce a judgement against both parties when fault is claimed by only one party?

41. Does parties' reconciliation prevent them to invoke earlier facts as ground for divorce?

42. Can fault between spouses be considered as a tort and open a claim for damages to the benefit of the innocent spouse? If yes, is the claim for damages on the ground of fault between spouses distinct from a 'classical' tort law action?

B. Consequences of divorce

43. Do spouses have the possibility to settle the consequences of divorce (as well as the date at which the divorce will be effective) by an agreement:

- Before marriage;
- During marriage;
- During the divorce proceedings?

44. If yes, may the judge scrutinize the spousal agreement?

45. If the judge has a power of scrutiny, which elements allow the judge either to require the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

46. If a proceeding of legal separation (without dissolution of marriage) exists in your system, what are its consequences regarding spouses and their common children?

a. The personal consequences of divorce

i. The consequences of divorce between spouses

47. When does divorce officially break off the marriage?

48. Is matrimonial freedom of the ex-spouses subjected to limitations? (when are they authorized to remarry, can the remarry each other ...)

49. If marriage has consequences on the family name of spouses, what are the correlative effects of divorce?

50. Does divorce have effects regarding:

- Citizenship eventually granted to the foreign spouse by marriage;
- Residence permit granted to the foreign spouse by marriage?

ii. The consequences of divorce regarding children

51. Does your system distinguish the exercise of parental responsibility from the issue of residence of children? If yes, how and what are the consequences on the exercise of parental responsibility?

52. Does divorce produces automatic effects regarding parental responsibility?

53. Can the exercise of parental responsibility be subject to a parental agreement?

54. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

55. Is the judge vested with the power to organise the exercise of parental responsibility? If yes, does he compulsorily need to be requested to hold on this issue by one or the other parents?

56. What are the elements enabling the judge to hold a modification of the exercise/right of parental responsibility? May one parent be deprived of his/her exercise of parental responsibility considering his/her misbehaviour toward the other parent?

57. May parent(s), once deprived of the exercise/right of parental responsibility, still be vested with contact, visit and/or residence of his/her/their children?

58. Which arrangements are legally available to parents in order to organise residence of children after divorce? (Usual residence with visit and contact, shared residence, residence granted to a third party...)

59. May arrangements regarding the residence of the child be decided by a parental agreement? If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

60. Are legal provisions available to the judge to guaranty the relationships between parents and child after divorce? If yes, what are they? Are sanctions provided if one parent does not fulfil his/her duty to maintain relationship with his/her child?

b. Post-marital financial consequences

61. Does the settlement of financial consequences of marriage breakdown is made in a single divorce proceeding or can it be dealt through a distinct one, either concomitant or subsequent?

i. Consequences between spouses

62. At the time of marriage breakdown are ex-spouses entitled the one regarding the other to:

- Compensation,
- Maintenance,
- Compensation of rights to pension benefits,
- Damages
- Any other payment or property rights?

If yes, please answer the following questions:

63. Does the maintenance/compensation/damage issue must be claimed at the time of the initial request or can it be made in the course of divorce proceeding?

64. Can the maintenance/compensation/damages claim be introduced by one or the other spouse after the divorce being granted? If yes, is this action enclosed in a specific period of time?

65. May one of the spouse be discharged from providing for maintenance/compensation/damages, to the other? If yes, on which grounds?

66. May one of the spouses be deprived from obtaining maintenance/compensation/damages, from the other? If yes, on which grounds?

67. According to legal provisions or case law, is balance between the two ex-spouses personal assets sought?

68. Are the rules organising compensation/maintenance/damages, connected to the rules organising the liquidation of matrimonial assets, or to equivalent ones relating to property law?

69. Do the grounds for divorce have an incidence on an award of compensation/maintenance after marital breakdown? If yes, to what extent?

70. What shape compensation/maintenance or other financial obligations between the spouses may take? If multiple shapes are available, are they determined according to the grounds for divorce?

71. Does you national law allow the competent authority to allocate the family home to one spouse for property, use or renting?

72. May amount and modes of fulfilling the financial obligations between spouses be determined by spousal agreement?

73. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

74. In order to evaluate the amount of compensation/maintenance/damages, are the spouses under duty to fully disclose the elements making up their assets (incomes, capital, assets, pension, benefit...) or can they be discharged from full and frank disclosure?

75. If no discharge does exist, what are the consequences of the refusal by one of the spouses to disclose financial elements of his/her assets?

76. What are the criteria taken into account in order to evaluate the amount of the due compensation/maintenance/damages? (former household way of life, needs of the ex-spouses either actual and/or future, age, health or ability to find a job, self-sufficiency ...)

77. May the amount of compensation/maintenance/damages be revised? If yes, on which grounds and to which term (regularly, considering the needs of the petitioner ...)?

ii. Consequences regarding children

78. Is the obligation to maintain the child linked either to parental responsibility, or to the residence of the child, or to any other element?

79. By which means does your system organise maintenance of the child by the parent who is not usually living with him/her (maintenance order, supply of assets for the benefit of the child, supply of capital, trust...)?

80. May methods provided to carry out maintenance obligation regarding children be determined by parental agreement?

81. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the parents to reconsider the agreement, or to directly modify it?

III. PROCEDURE

82. May divorce be granted and its personal and financial consequences settled outside legal proceedings?

83. If yes, which is the competent authority to know about these issues? Is that administrative proceeding the sole one or it is an alternative to legal proceedings?

84. In your system, which is the court legally competent to grant divorce? Is that Court equally competent to hold about its consequences? Do transnational divorce proceedings fall within the competence of a particular Court?

85. After the petition for divorce is presented, must the spouse respect a cooling-off period? If yes, how long is that period of time?

86. Are the spouses under duty or invited, when divorce proceeding is initiated or afterward in the course of process, to turn to alternative dispute resolution?

87. May the competent authority during the course of divorce proceeding make interim orders on:

- the family home,

- the children,
- maintenance between the spouses,
- the consequences of marital abuse ?

88. Is appeal available against the divorce order or against an out of court divorce decision?

89. Does a third-party (public prosecutor, child's solicitor, social services, institution aiming at protecting children...) have the right to intervene:

- in divorce proceeding,
- in proceedings on parental responsibility if separated from the divorce proceeding?
If yes, on which grounds?

90. Are the child's views assessed in legal proceeding for divorce (and/or parental responsibility) or in out of court divorce processes? If yes, what are the methods used for assessing the child's views? May he/she be assisted in this assessment and by whom?

IV. RECOGNITION OF FOREIGN DIVORCE DECISIONS

91. What are the conditions for legal recognition of foreign decisions about:

- a) the termination of marriage,
- b) financial consequences of divorce,
- c) the settlement of matrimonial assets,
- d) parental responsibility,
- e) children's maintenance?

What are the conditions for legal recognition in your country of divorce decisions from a Third State (= outside the European Union)?

Please only mention the national general rules and not bilateral conventions signed by your country.

92. Can a foreign divorce decision be denied recognition in your country because of violation of public order? Please provide some examples.

93. Are the foreign divorce decisions related to the citizens of your country subject to publicity measures (registration in official register, registration in official documents: birth certificate, marriage certificate or any others ...)? If yes, what are the publicity requirements?

94. If yes, is registration a facultative or mandatory requirement? Who is in charge of this necessary procedure?

95. What are the consequences of registration or lack of registration?

96. Are there any special remarks you would like to add with regard to your national law about marriage breakdown?

ANNEXES II : RAPPORTS NATIONAUX

- 1. Rapport allemand
- 2. Rapport anglais
- 3. Rapport autrichien
- 4. Rapport belge
- 5. Rapport bulgare
- 6. Rapport espagnol
- 7. Rapport grec
- 8. Rapport hongrois
- 9. Rapport italien
- 10. Rapport néerlandais
- 11. Rapport polonais
- 12. Rapport roumain
- 13. Rapport suédois

-

RAPPORT ALLEMAND

Dieter Martiny
Professeur émérite, Max Planck Institut de Hambourg

I. GENERAL

A. National law

1. What are the current sources of law for divorce (case law, statutes, ...)?

The rules relating to the law of divorce can be found in §§ 1564-1568 of the Civil Code (CC; "Bürgerliches Gesetzbuch"). The same is true for the effects of divorce (e.g. in the area of parental care, contact, equalisation of accrued gains, distribution of household effects and of the family home). Pension rights equalisation ("Versorgungsausgleich") is provided for in the new Law on Pension Rights Equalisation (LPRE; "Versorgungsausgleichsgesetz")⁸⁶³. Details of the court proceedings governing divorce are laid down in §§ 133 – 150 of the Family Proceedings Act of 2008 (FPA) ("Familienvorfahrgesetz")⁸⁶⁴. Furthermore, it has to be kept in mind, that the German constitution, the Basic Law ("Grundgesetz") places marriage and family under the special protection of the State (Article 6). The Federal Constitutional Court ("Bundesverfassungsgericht") has deducted that therefore certain characteristics of marriage are not at the disposition of Parliament. Accordingly, the law of divorce is formed by conditions set by the constitution. The legal rules described above are interpreted and shaped in detail by the case law of the competent courts.

2. Give a brief history of the main developments of your national divorce law.

Only from 1 January 1900 onwards was the German Reich governed by a uniform law of divorce contained in the Civil Code. The grounds for divorce followed the principle of fault. During the Third Reich the law of divorce was fundamentally altered by a separate 'Marriage Act' introduced in 1938. The grounds for divorce included therein were in part fault-based and in part not. The 'First Marriage Law and Family Law Reform Act 1976' placed the law of divorce back within the Civil Code and put it on a completely new footing. The law of divorce was now based on the principle of broken marriage. Apart from some amendments mandated by a ruling of the Constitutional Court, the system of divorce law as stipulated by the 1976 Reform Act is still in place today. There were, however, several reforms

⁸⁶³ Gesetz über den Versorgungsausgleich (VersAusglG) vom 3. April 2009, BGBl. 2009 I S. 700 (Nr. 18).

⁸⁶⁴ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587).

concerning matrimonial property law (2009)⁸⁶⁵, the law on equalisation of pension rights (2009)⁸⁶⁶ and spousal maintenance after divorce (2007)⁸⁶⁷.

3. Are prospective reforms currently under consideration?

There is no reform in divorce law currently under consideration.

4. Is divorce the only ground for marriage dissolution or is there any other possibility to enforce marriage breakdown?

Either spouse may live separately, if he or she wishes, without any particular formalities. There is no provision for any judicial determination and no "legal separation". Annulment ("Aufhebung der Ehe") can occur only in a very restricted manner. A marriage can only be annulled by a court judgment following an application (§§ 1313 ff. Civil Code). There is no declaration of nullity.

5. If any, provide statistical data regarding divorce and legal separation?

Eheschließungen und Ehescheidungen ⁸⁶⁸				
Bevölkerungsbewegung	2008	2009	2010	2011
Eheschließungen	377 055	378 439	382 047	377 816
je 1 000 Einwohner	4,6	4,6	4,7	4,6
Ehescheidungen	191 948	185 817	187 027	187 640
je 1 000 Einwohner	2,3	2,3	2,3	2,3

6. Does your national law admit marriage (or registered partnership) for same-sex couples? If yes, are the grounds for divorce and divorce proceedings identical to the ones for heterosexual couples?

a) Full marriage for same-sex couples is not possible under German law. However, the Act on Registered Life Partnerships enables two persons of the same sex to register their partnership⁸⁶⁹. The consequence of such a registration ("Eintragung") is a legal status very

⁸⁶⁵ Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6. Juli 2009, Bundesgesetzblatt 2009, Nr. 39, S. 1696 ff.

⁸⁶⁶ Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (VAstrRefG) vom 3. April 2009, BGBl. 2009 I S. 700 (Nr. 18).

⁸⁶⁷ Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts (UÄndG) vom 21. Dezember 2007, BGBl. 2007 I S. 3189.

⁸⁶⁸

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Eheschliessungen/Tabellen/EheschliessungenScheidungen.html>

See detailed statistical data under Scheidungsstatistik:

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/Bevoelkerungsbewegung/Scheidungsstatistik2010140107004.pdf?__blob=publicationFile

⁸⁶⁹ Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG) vom 16. Februar 2001 (BGBl. I S. 266) as amended.

similar to marriage. A partnership will end by judgment of the family court on an application for dissolution ("Aufhebung") which is the equivalent of a divorce (§ 15 LPartG) and can also lead to a maintenance claim ("nachpartnerschaftlicher Unterhalt"; § 16 LPartG), an equalisation of accrued gains (§ 6 LPartG) and to an equalisation of pension rights (§ 20 LPartG).

b) The grounds for a dissolution of the life partnership ("Aufhebung der Lebenspartnerschaft") are identical to the ones for divorce according to § 15 Life Partnership Act. There are special provisions for dissolution proceedings in §§ 269, 270 FPA which declare, however, the rules on divorce proceedings applicable.

B. Conflict of Laws

7. How is marriage defined in your national law?

Marriage is used in Article 6 Basic Law and in the Civil code. There is, however, no statutory definition of marriage. According to the established case law of the Federal Constitutional Court, marriage under Article 6 Basic Law is the union of a man and a woman to an all-embracing and, in principle, indissoluble companionship for life⁸⁷⁰. This is also the view of the dominant legal literature⁸⁷¹.

BI. Grounds for divorce

a). Rome 3 is applicable

8. With regard to Art. 5 (choice of the applicable law by spouses) and 7 (formal validity of the agreement on the choice of applicable law) of Rome III Regulation, what are the formal requirements set by your national law for the choice of the applicable law for divorce or legal separation?

The formal requirement for a choice of the applicable law under Art. 5 Rome III is notarial recording (Art. 46d para. 1 Introductory Law to the Civil Code⁸⁷²). A choice of law may also take place until the end of the last oral hearing in the first instance of the divorce proceedings. § 127a CC is applied by analogy (Art. 46d para. 2 Introductory Law⁸⁷³). According to § 127a CC in the event of a court settlement, the recording of declarations in a court record drawn up in accordance with the provisions under the Code of Civil Procedure replaces notarial recording.

⁸⁷⁰ See Federal Constitutional Court 29 July 1959, BVerfGE 10, 59, 66; 28 Feb. 1980, BVerfGE 53 224, 245. See in more detail Sanders, Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution, German Law Journal 13 (2012) 912 ff.

⁸⁷¹ Dethloff, Familienrecht, 30th. ed. 2012, Munich, no. 73; Schwab, Familienrecht, 20th Edition, Munich, 2012, § 2 no.15.

⁸⁷² Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts, Deutscher Bundestag Drucksache 17/11049 of 17 October 2012.

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/110/1711049.pdf>

⁸⁷³ Draft of 17 October 2012.

9. With regard to Art. 13 of Rome III Regulation, are the following marriages considered as valid ones under your national law? 1° marriage between same sex persons, validly celebrated abroad; 2° private marriage; 3° polygamous marriage ...

1. A full marriage between persons of the same sex is not allowed and not valid under German law. A foreign same sex marriage is treated according to the dominant view in the same way as a registered life partnership (according to Art. 17b Introductory Law). One could imagine that this approach will also be applied under Art. 13 Rome Regulation⁸⁷⁴. However, in legal literature there is also a proposal not to apply Art. 13 Rome Regulation and to consider such a marriage as a valid one⁸⁷⁵.

2. A marriage within Germany may only be celebrated subject to the form provided for under German law. A marriage between two persons engaged to be married, neither of whom is a German national, may, however, be celebrated before a person properly authorized by the government of the country of which one of the persons engaged to be married is a national, according to the formalities prescribed by the law of that country. This may be a priest or an official of a foreign consulate. A certified copy of the registration of the marriage in the Register of Births, Deaths and Marriages, kept by the person properly authorized therefore, furnishes conclusive evidence of the marriage celebrated in that manner (Art. 13 para. 3 Introductory Law). Apart from that a private marriage is only accepted if entered into according to foreign law abroad (according to Art. 11 para. 1 Introductory Law).

3. Polygamous marriages cannot entered into in Germany⁸⁷⁶. A polygamous marriage entered abroad according to the applicable foreign law is, however, in principle valid in Germany⁸⁷⁷. German public policy may prevent the application of foreign law (Art. 6 Introductory Law). But this depends on the single legal issue and the individual circumstances. A divorce of a polygamous marriage should be possible in Germany⁸⁷⁸.

b. Rome 3 is not applicable

10. ..

11... .

12....

B2. Consequences of divorce

13. What is the applicable law for financial consequences of divorce (maintenance, compensation, damages etc.)? National legal provisions, EU regulation, international convention?

⁸⁷⁴ Helms, Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung, FamRZ 2011, 1765 (1766).

⁸⁷⁵ Gruber, Scheidung auf Europäisch - die Rom III-Verordnung, IPRax 2012, 381 (390); Makowsky, Europäisierung des Internationalen Ehescheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung, GPR 2012, 266 (267 f.).

⁸⁷⁶ Coester, in: Münchener Kommentar zum BGB, Vol. 10, 5th. ed. 2010, Art. 13 EGBGB No. 68.

⁸⁷⁷ Thorn, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, Art. 6 EGBGB no. 20 with references.

⁸⁷⁸ Cf. Coester, in: Münchener Kommentar zum BGB, Vol. 10, 5th. ed. 2010, Art. 13 EGBGB No. 69.

a) The applicable law for maintenance is determined by the Hague Maintenance Protocol 2007 in conjunction with Art. 15 EU Maintenance Regulation. There are no longer national conflict-of-laws rules.

b) If compensation and damage claims can be qualified as a matter of matrimonial property law then they are treated in the same way as a matrimonial assets settlement (see Q 14). If not they are a consequence of divorce and follow the rules on divorce (new version of Art. 17 para. 1 Introductory Law⁸⁷⁹). The applicable law on divorce is determined by the Rome III Regulation.

c) There is a special national conflict-of-laws rule for the equalisation of pension rights ("Versorgungsausgleich"), see Q 14.

14. What is the applicable law for matrimonial assets settlement (matrimonial regimes etc.)

a) The matrimonial property regime is subject to the law governing the general effects of the marriage upon conclusion of the marriage (Art. 15 para. 1 in conjunction with Art. 14 Introductory Law). According to Art. 14 Introductory Law the general effects of the marriage are governed by (1) the law of the country of shared nationality of the spouses or last shared nationality during the marriage if one of them is still the national of that country, otherwise (2) the law of the country in which both spouses have their habitual residence or lastly had it during the marriage, if one of them still has his or her habitual residence there, (3) otherwise, the law of the country with which the spouses are jointly most closely connected (Art. 14 para. 1 Introductory Law). Under certain circumstances a choice of law for the general effects of marriage is possible (Art. 14 para. 2, 3 Introductory Law).

However, also apart from that the spouses may choose for their matrimonial property regime. The choice of law may be by an explicit or implied designation of the applicable law. Limits to party autonomy exist with regard to the range of laws that can be chosen. The possible choice is limited to (1) the law of the nationality of one of the spouses, (2) the law of the state where at least one of them has his or her habitual residence or (3) for immovables the *lex rei sitae* (Art. 15 para. 2 Introductory Law). With regard to the last choice the spouses may choose different laws for different immovables situated in different states.

b) There is a special national conflict-of-laws rule for the equalisation of pension rights ("Versorgungsausgleich"). According to Art. 17 para. 3 Introductory Law (new version⁸⁸⁰) the equalisation of future pensions of husband and wife is governed by the law applicable under the Rome III Regulation; it shall only be carried out if accordingly German law is applicable and if such equalisation is recognized by the law of one of the countries of which the spouses were nationals at the time when the divorce application was served. Otherwise the equalisation of future pensions of husband and wife shall be carried out pursuant to German law on application of a spouse if one of the spouse has acquired during the subsistence of the marriage an inland future pension right insofar as carrying out the equalisation of future

⁸⁷⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts, Deutscher Bundestag Drucksache 17/11049 of 17 October 2012.

⁸⁸⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts, Deutscher Bundestag Drucksache 17/11049 of 17 October 2012.

pensions would not be inconsistent with equity in light of the economic circumstances of both during the subsistence of the marriage.

15. What is the applicable law for parental responsibility?

Germany is a party to the Hague Child Protection Convention 1996 which takes precedence and applies generally. Under national conflict-of-laws rules Art. 21 Introductory Law deals with the effects of parent-child-relationship. The legal relationship between a child and her parents is governed by the law of the country in which the child has her habitual residence.

16. What is the applicable law for maintenance regarding children? National legal provisions, EU regulation, international convention?

The Hague Maintenance Protocol 2007 is universally applicable in conjunction with Art. 15 Maintenance Regulation. There are no longer national conflict rules on maintenance.

B3. Role of the judge (or any competent authority)

17. Is the judge under compulsory obligation to look for the applicable conflict of law rule and is he abided by it?

The judge has to apply European and national conflict-of-laws rules of his own motion (*ex officio*)⁸⁸¹. This applies also to international conventions.

18. If the national conflict of law rule refers to the application of foreign law, what is the role of the judge regarding foreign law rules? Shall he research the applicable foreign law rule? How is the content of this rule established?

a) The application of foreign law is not a question of fact but a question of law⁸⁸². The judge has to know the law, and if he has not a sufficient knowledge of the law, as is normally the case when he has to apply foreign law, he is under an obligation to investigate, interpret and apply such law on his own motion. However, foreign law may be subject to proof in case that it is unknown to the court (§ 293 CCP). There is also a duty of the parties to cooperate with the court.

b) The extent and intensity of the court's obligation to investigate into foreign law depends on the circumstances of the individual case. The judge has a certain discretion to decide whether a formal or an informal procedure of proof shall be initiated. He may informally request information from private persons, domestic or foreign authorities, embassies, consulates, university institutes and the like.

c) The most common method of ascertaining foreign law in Germany is the consultation of an expert directly by the court. To this effect the trial judge normally will call for an expert opinion by a comparative law institute of a German university or by the Max-Planck-Institute for Foreign Law and International Private Law in Hamburg. Then the procedural rules on expert evidence apply.

II. SUBSTANTIVE LAW

⁸⁸¹ Sonnenberger, in: Münchener Kommentar zum BGB, Vol. 10, 5th. ed. 2010, Einl. IPR No. 617 ff.

⁸⁸² Sonnenberger, in: Münchener Kommentar zum BGB, Vol. 10, 5th. ed. 2010, Einl. IPR No. 624.

A. Grounds for divorce

19. Must marriage have last for a specific period of time before divorce can validly be claimed?

There is no period of time for the length of a marriage before divorce can validly be claimed. However, in principle, separation of the spouses for one year is a precondition to divorce. By way of exception, a marriage may be dissolved if the continuation of the marriage would result in 'unbearable hardship' for the petitioner (§ 1565 para. 2 CC).

20. Does the lack of legal capacity of one spouse (protection regime, mental illness...) have consequences on his/her legal capacity to introduce a divorce claim or to defend to the proceedings validly?

A divorce application needs an applicant. Also a mentally handicapped person can be a party (cf. § 8 no. 1 FPA). However, this person lacks the capacity to act in family proceedings. Instead persons representing the party under the provisions of civil law must act (§ 9 para. 2 FPA). Representation of a mentally handicapped spouse under custodianship ("Betreuung") is possible. In his group of tasks, the custodian ("Betreuer") represents the person under custodianship in court and from court (§ 1902 Civil Code). Custodianship is also possible for divorce proceedings⁸⁸³. The custodian may make an application for divorce with the authorisation of the custodianship court ("Betreuungsgericht"; § 125 para. 2 sent. 2 FPA)⁸⁸⁴. A court case widely discussed was one of the Federal Supreme Court where the custodian of a mentally ill spouse tried to get a divorce against the will of the other spouse, however, without success⁸⁸⁵.

In matrimonial matters a person with limited capacity (minor) may act for himself (§ 125 para. 1 FPA). However, if the person is mentally incapable ("geschäftsunfähig") his legal representative must act (§ 125 para. 2 sent. 1 FPA). For a divorce application the representative must be authorized by the family court or the custodianship court (§ 125 para. 2 sent. 2 FPA)⁸⁸⁶.

21. Does your national law provide for a sole ground or for multiple grounds for divorce?

Since the German Civil Code follows the doctrine of irretrievable breakdown, there is only one ground for divorce: failure of the marriage (§ 1565 para. 1 CC). A marriage has failed if the community of the spouses no longer exists and if its restoration cannot be expected. Marital fault as such is to play no role in the availability of divorce.

A1. Divorce on the sole ground of irretrievable breakdown of the marriage

22. How is irretrievable breakdown established, and if any what are the grounds for irretrievable breakdown?

⁸⁸³ Schwab, in: Münchener Kommentar BGB, 5th ed 2008, § 1896 BGB no. 101, § 1902 BGB no. 30.

⁸⁸⁴ Schwab, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, No. II 27.

⁸⁸⁵ Federal Supreme Court (BGH) 07.II.2001, NJW 2002, 671 = FamRZ 2002, 316.

⁸⁸⁶ See more in detail Hilbig, in: Münchener Kommentar ZPO, vol. 4, 2010, § 125 FamFG no. 13 ff.

a) The Civil Code only recognises one ground for divorce: that the marriage has failed, § 1565 Civil Code. Such failure is considered to have occurred where the marital community of the spouses no longer exists and there can be no expectation that the spouses will restore it, i.e. in the case of the irretrievable breakdown of the marriage. Each of the spouses may petition for a divorce, fault is no longer decisive.

b) The 'marital community' referred to in § 1565 para. 1 sent. 2 CC does not relate mainly to the cohabitation of the spouses, but refers to an inner attitude. The court has to be convinced of the irretrievable breakdown. It is therefore under a duty to analyse the state of the marriage and to arrive at a prediction as to the possibilities of reconciliation. The Court will look at external factors such as the length of the separation period, consent, major marital offences or the presence of new partners⁸⁸⁷.

In § 1566 CC, the Code provides for two conclusive presumptions for the failure of a marriage: According to § 1566 para. 1 CC there is a conclusive presumption of the failure of a marriage if the spouses have been separated for a year and both spouses petition for a divorce or the opposing party consents to the divorce. The same presumption will apply when the spouses have been separated for three years, § 1565 para. 2 CC.

23. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on the different grounds for breakdown.

Geschiedene Ehen 2010 nach Entscheidungen in der Ehesache ⁸⁸⁸				
Insgesamt	§1565 Abs. 1 i.V.m. §1565 Abs.2 BGB (Scheidung vor einjähriger Trennung)	§ 1565 Abs.1 BGB (Scheidung nach einjähriger Trennung)	§1565 Abs. 1 i.V.m. §1566 Abs.2 BGB (Scheidung nach dreijähriger Trennung)	aufgrund anderer Vorschriften
187 027	3 093 (1,65 %)	151 108 (80,70 %)	31 589 (16,87 %)	1 237 (0,66 %)

24. How is consent between spouses taken into account regarding the grounds of irretrievable breakdown?

There must be irretrievable breakdown in the sense of the law. The consent of the spouses that their marriage should come to an end indicates that there is such a breakdown⁸⁸⁹, but is as such not sufficient⁸⁹⁰.

25. In case of mutual consent of the spouses, shall the divorce application be made by both spouses acting together or is it possible for one spouse to accept the divorce during the course of proceedings?

A consensual divorce may be sought in a twofold way: either both spouses apply jointly for the divorce order or the other spouse joins the application which has already been made by the other party. This may be done at any point during the proceedings and is freely revocable until the end of the final hearing (§ 134 para. 2 sent. 1 FPA). The advantage of this

⁸⁸⁷ Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1565 no. 4 with references.

⁸⁸⁸ Statistisches Bundesamt, Fachserie I, Reihe I.4, 2010, p. 15.

⁸⁸⁹ Schwab, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, No. II 35.

⁸⁹⁰ Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1565 no. 2, 4.

is that only one lawyer is required, as only the application of the divorce order has to be made by a lawyer, but not the declaration of consent. Other than this aspect, both forms of consensual divorce follow the same set of rules.

26. In case of mutual consent of the spouses, are the spouses required to agree on the consequences of divorce or is the judge entitled to decide on these consequences?

It must be declared already in the initial application for divorce if the spouses made an arrangement ("Regelung") for child and/or spousal maintenance, the allotment of the family home and of household goods (§ 133 para. 1 No. 2 FPA). It is, however, not necessary for the success of the divorce claim or the admissibility of the application that an agreement has been reached⁸⁹¹. It can also be made in the course of divorce proceeding. Failing that the court will decide on a respective application. A decision on the equalisation of pension rights is mandatory. Cf. Q 63.

27. Is fault between spouses taken into account regarding the grounds for irretrievable breakdown of marriage? If yes to what extend?

a) Fault or possible marital offences are not conditions for granting the divorce order. These questions may play a certain role, though.

b) They may prevent a speedy divorce (in cases of separation for less than one year). According to § 1565 para. 2 CC the spouses are required to have lived apart for a period of at least one year. This separation period is intended to prevent any hasty decisions and to facilitate attempts at reconciliation. Where the spouses have lived apart for less than a year, a divorce may only be granted under special circumstances. Such a 'quick divorce' is possible if the continuation of the marriage would result in unreasonable hardship to the petitioner owing to factors attributable to the other spouse.

Among such factors which have been recognized by the courts to be 'attributable to the other spouse' major marital offences play a significant role, thus introducing an element of fault. Not every marital injustice will render the continuation of the marriage unbearable, but major offences against the basis of the marriage will. The courts are also in agreement in including such offences within the range of § 1565 para. 2 CC, which are directed against basic values of human interaction and respect, such as e.g. physical maltreatment, but also other insupportable forms of misdemeanour such as threats, severe verbal abuse, excessive use of alcohol⁸⁹². Those offences may render the continuation of the marriage unreasonably difficult for the other spouse, as well as wilful desertion of the spouse or the children or major offences within the duty to maintain⁸⁹³.

There is no clear line as regards the approach towards marital fidelity. Most court rulings agree, though, that not every marital infidelity will render the continuation of the marriage unreasonably difficult for the other party, but only such offences which clearly symbolise that the offending spouse has no further intention to continue the marriage (e.g. taking up work as a prostitute, desertion of the wife in order to live with a new male partner or inviting the new partner to live in the family home)⁸⁹⁴.

⁸⁹¹ Streicher, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, No. I 234.

⁸⁹² Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1565 no. 10 with references.

⁸⁹³ Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1565 no. 10 with references.

⁸⁹⁴ Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1565 no. 11 with references.

Even though the reasons referred to above do not necessarily have to be fault-based, they will usually include an element of fault. The important difference is, though, that these faults are not the basis for the divorce as such, but only for the special 'quick divorce'. The ground for the divorce remains the irretrievable breakdown of the marriage, while the special causes attributable to the other spouse only facilitate the enquiry into the state of the marriage, as the Federal Supreme Court has pointed out⁸⁹⁵.

They may prevent a divorce from being awarded at all. According to § 1568 Alt. 2 CC, a marriage shall not be severed, even though it has failed, if the other partner opposes the divorce and if a divorce because of the special circumstances of the case would result in such exceptional hardship that the continuation of the marriage is more advisable.

The wording does not allude to fault on the side of one of the spouses, and objective reasons such as the serious illness of the other partner will suffice. The courts have refused to accept a direct relationship between fault on the one side and unreasonable hardship on the other. Moral offences alone, such as desertion will not justify the continuation of the marriage. On the other side, the psychological situation of the deserted spouse will in most cases reflect how the other spouse has acted. But even in this narrow sense, fault does not play a significant role. The courts have been very cautious in applying § 1568 Alt. 2 CC, regarding it as a means of protection from exceptional hardship resulting specifically from the act of divorce. As described above, these have mostly been cases of severe illnesses relating to a spouse who opposes the divorce. This does not prevent a divorce for all time, however, as a new application can be made whenever circumstances will have changed⁸⁹⁶.

28. How is separation between spouses taken into account regarding grounds for irretrievable breakdown?

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

a) Separation as such is not sufficient to establish irretrievable breakdown. Even after one year of separation, the court has to be convinced that the marriage has failed. The separation is a presumption, but not complete proof. An irrefutable presumption of the failure of a marriage only applies where the spouses have lived apart for three years, or after one year in the case of a consensual application for divorce by both spouses.

b) Generally, the spouses have to have lived apart for one year before an application for divorce may be made (§ 1565 para. 2 CC). According to the case law, this also applies where both spouses consent to the divorce⁸⁹⁷. The separation needs to be a continuous period of time. However, living together for a short period which is intended to reconcile the spouses does not interrupt or suspend the periods laid down in § 1566 (§ 1565 para. 2 CC). This may also occur several times⁸⁹⁸. A 'short period' may last approximately three month⁸⁹⁹.

29.- 42....

⁸⁹⁵ BGH 05.II.1980, FamRZ 1981, 127, 129.

⁸⁹⁶ Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1568 no. 1.

⁸⁹⁷ Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1565 no. 4 with references.

⁸⁹⁸ Schwab, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, No. II 163.

⁸⁹⁹ Schwab, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, No. II 163.

B. Consequences of divorce

43. Do spouses have the possibility to settle the consequences of divorce (as well as the date at which the divorce will be effective) by an agreement

- Before marriage;
- During marriage;
- During the divorce proceedings?

a) The spouses do not have the possibility to fix the date at which the divorce will be effective by an agreement. The marriage is dissolved when the judicial decision becomes final and absolute (§ 1564 sent. 2 CC).

b) The Code allows the spouses to settle the consequences of divorce by an agreement. § 1408 CC allows the spouses to contractually determine the applicable matrimonial property regime. They are entitled not only to choose one of the statutory property regimes, but also to modify it. A pre-nuptial agreement is possible, but becomes effective, however, only with the entering of marriage. Spouses have also the possibility to settle the consequences of divorce by an agreement already before marriage⁹⁰⁰; see Q 72. This is also permitted for maintenance and the equalisation of pensions rights (§ 1408 para. 2 CC; §§ 6 ff. LPRE). For an agreement on equalisation of pension rights the form of a marital agreement must be observed (§ 7 para. 3 LPRE). The marriage agreement must be recorded by a notary, and both parties must be present (§ 1410 CC).

c) Spouses have also the possibility to settle the consequences of divorce by an agreement during marriage; see Q 72.

d) It is permitted to settle the consequences of divorce by an agreement during the divorce proceedings, see Q 72. This is also possible for maintenance and the equalisation of pensions rights. An agreement concluded before the finality of the decision of divorce must be made in notarial form (§ 7 para. 1 LPRE), but can also be made during the trial (§ 7 para. 2 LPRE).

44. If yes, may the judge scrutinize the spousal agreement?

a) There is no general requirement of a formal judicial control of spousal agreements. However, the judge may scrutinize the spousal agreement by applying the general standards of civil and matrimonial law and according to special provisions.

b) According to case law and court practice there is now a control regarding the substance and the performance ("Inhalts- und Ausübungskontrolle") for marital agreements on matrimonial property and spousal maintenance⁹⁰¹. The standard to be applied for this control is the same for agreements before entering a marriage and during the marriage⁹⁰². The result may be that a maintenance agreement is null and void⁹⁰³.

c) The spouses may enter into an agreement relating to the equalisation of pensions rights in the course of the divorce proceedings. The Family Court is bound by the agreement of the parties if there are no obstacles to validity and enforcement ("Wirksamkeits- und

⁹⁰⁰ Borth, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, No. IV 1426.

⁹⁰¹ See Borth, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, No. IV 1426, 1476 ff.

⁹⁰² Jült, in: Klein (ed.), Handbuch Familienvermögensrecht, 2011, Chapter 2 no. 2843, 2914 with references.

⁹⁰³ BGH 5.7.2006, FamRZ 2006, 1359.

Durchsetzungshindernisse") (§ 6 para. 2 LPRE). The agreement has to be in conformity to a review of subject-matter ("Inhaltskontrolle") and a control of performance ("Ausübungskontrolle") (§ 8 para. 1 LPRE)⁹⁰⁴. A waiver of the right for equalisation of pensions rights may be null and void⁹⁰⁵.

45. If the judge has a power of scrutiny, which elements allow the judge either to require the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The judge has a power of scrutiny in applying the control regarding the substance and the performance ("Inhalts- und Ausübungskontrolle"). The decisive elements are the nature of the agreement and the obligations in the individual case⁹⁰⁶. Particularly the situation of a pregnant woman who has no individual economic basis but makes a full waiver of her rights ("Globalverzicht") regarding spousal maintenance, equalisation of gains and equalisation of pension rights may lead to the nullity of the agreement⁹⁰⁷. However, generally there is a careful evaluation not only of the facts of the individual case, but also of the different claims and obligations of both spouses at the moment of making the agreement⁹⁰⁸ (cf. Q 73). Factors taken into account are particularly exploitation of the predicament, inexperience and lack of sound judgment of the other spouse, unequal bargaining power and the interests of the children.

Whereas the control regarding the substance may lead to total nullity of the agreement the control of performance on the basis of performance in good faith (§ 242 CC) only leads to a modification of the agreement by the judge⁹⁰⁹. Therefore, particularly in the cases of control of performance, an equalisation is possible. The result has to conform to the requirements of equity. Factors that are considered are mainly the future development of the marital life, the division of labour and household tasks⁹¹⁰.

46. If a proceeding of legal separation (without dissolution of marriage) exists in your system, what are its consequences regarding spouses and their common children?

A specific proceeding of legal separation without dissolution of marriage does not exist under German law.

a. The personal consequences of divorce

i. The consequences of divorce between spouses

47. When does divorce officially break off the marriage?

The marriage is dissolved when the decision becomes final and absolute (§ 1564 sent. 2 CC). Finality ("formelle Rechtskraft") occurs where there is no longer an appeal possible.

⁹⁰⁴ Hahne/Holzwarth, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, No. VI 542 ff.; Jült, in: Klein (ed.), Handbuch Familienvermögensrecht, 2011, Chapter 2 no. 2996 ff. with references.

⁹⁰⁵ BGH 18.3.2009, FamRZ 2009, 1041.

⁹⁰⁶ Jült, in: Klein (ed.), Handbuch Familienvermögensrecht, 2011, Chapter 2 no. 2911 ff. with references.

⁹⁰⁷ Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1408 no. 8 ff.

⁹⁰⁸ Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1408 no. 8.

⁹⁰⁹ Jült, in: Klein (ed.), Handbuch Familienvermögensrecht, 2011, Chapter 2 no. 2864 with references.

⁹¹⁰ Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1408 no. 11.

48. Is matrimonial freedom of the ex-spouses subjected to limitations? (when are they authorized to remarry, can the remarry each other ...)

Matrimonial freedom of the ex-spouses is no longer subjected to limitations. The ex-spouses are free to remarry. There is no waiting period. The ex-spouses can remarry each other.

49. If marriage has consequences on the family name of spouses, what are the correlative effects of divorce?

Under German law spouses are to have a common 'matrimonial name' ("Ehename") which they are free to determine by agreement (§ 1355 para. 1 CC). They may choose either the original name of the husband or that of the wife as their matrimonial name. Names not so chosen may be added to or placed in front of the chosen name, unless the name is already a double name. If the name of a spouse is a double name, only one element of the name may be added. However, in the absence of such an agreement, the spouses will continue to use the names they had before their marriage (§ 1355 I CC). Declarations as to the use of a matrimonial name may be made at the marriage ceremony or later.

A divorced spouse retains his or her matrimonial name, unless he or she declares the intention to revert to his or her pre-marital name. An ex-spouse may also decide to put his or her name by birth ("Geburtsname") in front of the matrimonial name (§ 1355 para. 5 CC).

50. Does divorce have effects regarding

- Citizenship eventually granted to the foreign spouse by marriage;
- Residence permit granted to the foreign spouse by marriage?

a) There is no loss of German nationality as a consequence of divorce (cf. § 17 et seq. Nationality Act).

b) There is an independent right of residence of the spouse according to § 31 para. 1 no. 1 sent. 1 Residence Act ("Aufenthaltsgesetz"). In the event of termination of marital cohabitation, the spouse's residence permit shall be extended by one year as an independent right of residence unrelated to the purpose of the subsequent immigration of dependents if marital cohabitation has lawfully existed in the Federal territory for at least three years and the foreigner was in possession of a residence permit, settlement permit or EC long-term residence permit up to this point in time, unless he or she was unable to apply for an extension in due time for reasons beyond his or her control. Sentence 1 shall not be applicable if no extension of the foreigner's residence permit is permissible or if it is not permissible to issue the foreigner with a residence permit or EC long-term residence permit because this is precluded by a rule of law on account of the purpose of residence or by a subsidiary provision attaching to the residence permit pursuant to § 8 para. 2.

ii. The consequences of divorce regarding children

51. Does your system distinguish the exercise of parental responsibility from the issue of residence of children? If yes, how and what are the consequences on the exercise of parental responsibility?

a) The determination of the residence of the child is generally not a separate issue under German law. The obligation and the right to determine the child's place of abode ("Aufenthaltsbestimmungsrecht") form part of the responsibility for the person of the child

in accordance with § 1626 para. 1 sent. 2 CC. Therefore the determination of residence is generally a part of personal care of the custodian (§ 1631 para. 1 CC.). This applies also for the domicile in the sense of § 11 CC. There can be, however, restrictions by the family court and a custodian may lose the right to determine the place of residence of the child.

b) If the father and mother hold joint parental responsibility, it is generally not possible for a court to make a decision regarding a change in the child's place of residence against the will of one of the persons holding parental responsibility. A unilateral decision by one parent regarding the child's place of residence is generally only possible if this parent has been attributed, by the court, sole responsibility for the child or the sole right to determine the child's place of residence.⁹¹¹

If a parent changes the child's place of residence against the will of the other parent, who is entitled to determine the same, the latter is, in the case of wrongful retention of the child, entitled to claim return as a result of § 1632 para. 1 CC. The decision as to whether or not such an illegal act has been committed is guided, in relations where parents hold joint parental responsibility, exclusively by the best interest of the child.⁹¹² If the best interest of the child demands it, the family court may, in exceptional cases, even where the parents hold joint parental responsibility, refuse the parent filing the application his or her claim for return of the child. Although the right to return of the child serves the enforcement of responsibility for the child, it cannot automatically be derived – of its own and without the need for a factual examination – from the attribution of parental responsibility.⁹¹³

52. Does divorce produce automatic effects regarding parental responsibility?

Joint parental custody is generally maintained despite divorce. No court ruling is required. A parental divorce no longer means that family courts are obliged to deal with the future arrangements regarding parental responsibilities. A court decision on parental responsibility is now only made following an application by one parent. Such an application can always be made if the parents live apart, § 1671 CC.

At the same time, the state of living apart which results from divorce does change the joint parental responsibility as such, as the child will usually either live with the mother or the father on account of their spatial separation. The law takes account of this circumstance by means of the special provision in § 1687 CC. Under the umbrella of the continuance of joint parental responsibility after divorce issues regarding contact with the child, § 1684 para. 3 CC, maintenance and upbringing, § 1628 CC, must be clarified between the parents, pursuant to § 1687 para. 1 CC. If the child's permanent residence is with one of the parents, as opposed to any other possible arrangement for the sharing of responsibility, § 1687 para. 1 sent. 1 CC stipulates that the parents' mutual consent is in general no longer required, as otherwise is the case when the parents hold joint responsibility, but only in matters the regulation of which is of considerable importance for the child. In matters relating to everyday life, the decisions are made solely by the parent with whom the child habitually resides, the habitual residence resulting either from the consent of the other parent or from a court decision. The term "matters relating to everyday life" refers to frequently occurring situations requiring a decision by the parents, but whose effects on the child's development

⁹¹¹ BGH, 27.05.1992, NJW-RR 1992, 1154.

⁹¹² OLG Düsseldorf, 06.09.1973, FamRZ 1974, 99; Diederichsen, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1632 no. 6.

⁹¹³ BayObLG, 01.07.1976, FamRZ 1977, 137, 139; Diederichsen, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1632 no. 6.

can be modified without a great deal of difficulty (e.g. § 1687 para. 1 sent. 3 CC).⁹¹⁴ By contrast, any decisions regarding matters which have an effect on the child's development that can either not be modified or be modified only with difficulty, are of "considerable importance" for the child.⁹¹⁵

53. Can the exercise of parental responsibility be subject to a parental agreement?

Despite the fact that there is no comprehensive statutory regulation it is recognised that the exercise of parental responsibility can be subject to a parental agreement⁹¹⁶. It is argued, however, that the determination of the residence of the child and parental custody as such are provided for by mandatory law and are not open for a disposition of the parents⁹¹⁷.

The statute only mentions a court-approved settlement for contact (§ 156 para. 2 FPA). It is argued by some authors that this could applied in analogy also to custody⁹¹⁸. The same standard as under § 1696 CC – the best interests of the child – could be applied⁹¹⁹. The agreement has then the same binding force as a court-approved settlement. If the court will not approve the content of a parental agreement it may render a court decision on the issues of custody and contact.

Usually, joint parental care continues even after divorce. Each of the parents may apply for sole parental care, however. Where the other spouse consents to this application, it should be granted in most cases. (§ 1671 para. 2 No. 1 CC). The parental agreement is not binding on the Court, if other legal provisions demand an order which differs from this agreement, e.g. if the welfare of the child would be endangered (§ 1671 para. 3, § 1666 para. 1 CC). The same is true where the child has reached the age of 14 and contests the parental agreement.

54. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The court will try to persuade the parents to make an agreement according to the welfare of the child and the circumstances of the case. If no such agreement can be reached the court will decide directly based on the legal standards.

55. Is the judge vested with the power to organise the exercise of parental responsibility? If yes, does he compulsorily need to be requested to hold on this issue by one or the other parents?

a) Regulations of custody and of contact belong to the ancillary matters which have to be clarified in the framework of divorce proceedings (cf. §§ 133 para. 1 no. 2, 137 para. 3 FPA). The family court will help the parents to come to an arrangement which may be included in a court-approved settlement. According to § 1696 para. 1 CC a later amendment of judicial decisions and of court-approved settlements is possible. The decision on the right of custody or of contact or a court-approved settlement must be amended if this is appropriate for sound reasons which affect the interests of the child in the long term (§ 1696 para. 1 CC).

⁹¹⁴ BT-Drucks. 13/8511 p. 74 f.; Diederichsen, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1687 no. 11.

⁹¹⁵ Diederichsen, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1687 no. 7.

⁹¹⁶ Coester, in: Staudinger, BGB - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2009) § 1671 BGB no. 59 ff.

⁹¹⁷ Olzen, in: Münchener Kommentar BGB, vol. 8, 6th ed 2012, § 1626 BGB no. 13, § 1696 BGB no. 17.

⁹¹⁸ Coester, in: Staudinger, BGB - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2009) § 1671 BGB no. 61.

⁹¹⁹ Coester, in: Staudinger, BGB - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2009) § 1671 BGB no. 62.

b) Generally there will be an application of one or both of the parents if they do not agree. However, the court may also act on its own motion if the welfare of the child is endangered.

56. What are the elements enabling the judge to hold a modification of the exercise/right of parental responsibility? May one parent be deprived of his/her exercise of parental responsibility considering his/her misbehaviour toward the other parent?

a) The family court may intervene whether there is no arrangement by the parents but also in cases where there is an agreement. The family court has also to modify its own orders any time it holds that doing so serves the interests of the child. However, serious reasons must exist which affect the interests of the child (§ 1696 para. 1 CC). Paramount consideration is always the interests of the child. The specific facts and circumstances of each individual case are decisive. Serious reasons for a modification can be an alteration of the underlying facts, for example a serious deterioration of the situation of the caring parent⁹²⁰.

b) A parent may be deprived of his/her exercise of parental custody in a proceeding under § 1666 CC (jeopardy to the welfare of the child). Misbehaviour toward the other parent is relevant as far as it endangers the child⁹²¹.

The family court can also restrict the right of contact or the execution of a former contact decision, insofar as this is in accordance with the welfare of the child, § 1684 para. 2 sent. 1 CC. The circumstances of the individual case are decisive. The appropriate place for contact is generally the home of the parent (or person) with the contact right. Often even the details of taking and returning the child have to be regulated. The court can also try to prevent a jeopardy to the welfare of the child (§ 1666 CC) by appointing a special curator ("Ergänzungspfleger") for the regulation of the details of contact.

Among other things, the family court may determine that contact shall only occur when a third person prepared to collaborate is present, § 1684 para. 4 sent. 3 CC ("betreuter" or "begleiteter Umgang"). This third party can be a natural person, but may also be a youth welfare institution or an association. The association then determines which single person fulfils the task, § 1684 para. 4 sent. 4 CC. Supervised contact generally means that the non-custodial parent may visit the child at a particular time and in a particular place. This is particularly used in cases where there was previous domestic violence.

57. May parent(s), once deprived of the exercise/right of parental responsibility, still be vested with contact, visit and/or residence of his/her/their children?

Since contact and parental care concern different rights, as a rule rights of contact may be exercised between the child and the previous holder of parental responsibilities after the latter has been discharged of his/her parental care⁹²². However, the holder of the right of contact can also be discharged of this right in the interest of the child (§ 1684 para. 4 sent. 1 CC). A decision restricting or excluding the right to contact for a longer period of time or which excludes it totally can only be ordered if otherwise the welfare of the child would be endangered (§ 1684 para. 4 sent. 2 CC). Therefore it is important whether the ground for the discharge of parental custody still persists and would influence also contact to the child and its welfare. Existence of a contagious disease or violent behaviour, e.g., may well lead

⁹²⁰ Olzen, in: Münchener Kommentar BGB, vol. 8, 6th ed 2012, § 1696 BGB no. 24 ff.

⁹²¹ Olzen, in: Münchener Kommentar BGB, vol. 8, 6th ed 2012, § 1666 BGB no. 102, 114.

⁹²² Cf. Diederichsen, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, München, 2012, § 1684 Civil Code no. 4.

also to an exclusion of contact.⁹²³ In other cases different kinds of restrictions and measures of control are possible.⁹²⁴ E.g., the family court can order that a third person is present when there is contact ("begleiteter Umgang"; § 1684 para. 4 sent. 3 CC). Such a third person can be a youth welfare institution or an association. The association then determines which single person fulfils the task of being present (§ 1684 para. 4 sent. 4 CC).

58. Which arrangements are legally available to parents in order to organise residence of children after divorce? (Usual residence with visit and contact, shared residence, residence granted to a third party...)

Parents may organise the residence of children after divorce in a different manner. If one of the parents has sole parental custody this includes the care of the child ("Personensorge") which includes the determination of residence ("Aufenthaltsbestimmungsrecht"; § 1631 para. 1 CC). The parent with sole parental custody then determines the residence of the child. The other parent generally has a contact right. It is also possible to split custody as such and the determination of residence.

The law assumes the so-called residence model, but it may, subject to the parents' consent, allow a dual-residence or alternating model. In the framework of such an arrangement the parents may determine how long, in which intervals and where the child lives with one of the parents. However, a lack of cooperation of the parents may lead to an end of the joint parental custody⁹²⁵.

59. May arrangements regarding the residence of the child be decided by a parental agreement? If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

a) Arrangements regarding the residence of the child are often determined by a parental agreement particularly in the framework of a divorce. It is argued, however, that the determination of the residence of the child is provided for by mandatory law and is not open for a disposition of the parents⁹²⁶. Within a divorce proceeding there will regularly be a court decision.

b) The judge is vested with the power to scrutinize the parental agreement in the framework of divorce proceedings. The judge has a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement or can directly modify it. It is also possible to leave parental custody to both parents and fix the residence (the right to determine the residence) by judicial decision⁹²⁷.

60. Are legal provisions available to the judge to guaranty the relationships between parents and child after divorce? If yes, what are they? Are sanctions provided if one parent does not fulfil his/her duty to maintain relationship with his/her child?

⁹²³ See in more detail Peschel-Gutzeit, Die Regelung des Umgangs nach der Herausnahme des Kindes aus dem Elternhaus, §§ 1666, 1666a BGB, FPR 2003, 290 ff.

⁹²⁴ See Diederichsen, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, München, 2012, § 1684 Civil Code no. 26 ff.

⁹²⁵ Coester, in: Staudinger, BGB - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2009) § 1671 BGB no. 259.

⁹²⁶ Olzen, in: Münchener Kommentar BGB, vol. 8, 6th ed 2012, § 1696 BGB no. 17.

⁹²⁷ Coester, in: Staudinger, BGB - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2009) § 1671 BGB no. 259 with references; Hennemann, in: Münchener Kommentar BGB, vol. 8, 6th ed 2012, § 1671 BGB no. 18.

a) Today it is accepted that there exists not only a right of the parent, but also a duty of the parent to contact, § 1684 para. 1 CC. Contact is also a right of the child. The statute, however, does not mention a duty to contact of the child, cf. § 1684 para. 1 CC. As a rule the rights and duties to contact exist irrespective of who actually holds parental care. A parent who is not entitled to personal custody nevertheless retains the right to personal contact ("persönlicher Umgang") with his or her child (§ 1684 para. 1 CC).

b) There can be proceedings in the case of obstruction of contact by the parent holding custody. There is a provision for mediation in court by § 165 FPA. As a sanction there an enforcement of the order which follows §§ 86 ff FPA is possible. The court can determine a payment by way of a penalty ("Ordnungsgeld"; § 89 para. 1 sent. 1 FPA). There can also be an arrest order ("Ordnungshaft"; § para. 1 sent. 2 FPA), and as an ultima ratio the use of force is admissible ("unmittelbarer Zwang"; § 90 para. 1 FPA). In a contact proceeding, an order to surrender the child to the other parent for the purpose of enforceable contact is also possible. However, for the enforcement of a contact order no direct use of force against the child is allowed, § 90 para 2 FPA. In a proceeding for the surrender ("Herausgabe") of a child, the use of force is, in principle, admitted. The family court, however, has to take the will of the child into account.

If the parent having parental custody consistently and without reason denies the other parent contact with the child, a partial or even a total termination of parental custody can be ordered. In such a situation, it is argued, the behaviour of the parent is against the best interests of the child. However, if the holder of parental custody has used all reasonable efforts to persuade the child to grant contact, it is no longer reasonable for the parent to follow the contact order. It cannot be expected for the parent to use force against the child⁹²⁸.

c) There is no express statutory provision dealing with cases where a contact order against the parent with the obligation to contact his or her child is not followed. In cases where the person having the right and the obligation to contact, usually the father, does not perform this duty it was contested whether a penalty can be determined. However, according to the Federal Constitutional Court there is no enforceability of the obligation against the father⁹²⁹. The main argument for this position is that an amelioration of the relationship between the child and an unwilling parent cannot be expected by such an enforcement.

b. Post-marital financial consequences

61. Does the settlement of financial consequences of marriage breakdown is made in a single divorce proceeding or can it be dealt through a distinct one, either concomitant or subsequent?

In principle there is a mandatory combination of divorce and certain ancillary proceedings. Certain matters concerning the consequences ("Folgesachen") have to be dealt with together with the divorce ("Verbund"; § 137 FPA). These matters are enumerated in the statute: equalisation of pension rights (§ 137 para. 2 No. 1 FPA), post-marital maintenance § 137 para. 2 No. 2 FPA), allotment of the matrimonial home and of household goods (§ 137 para. 2 No. 3 FPA) and matrimonial property matters (§ 137 para. 2 No. 4 FPA). With the

⁹²⁸ Cf. Diederichsen, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1666 no. 21, § 1684 no. 8.

⁹²⁹ Federal Constitutional Court 01.04.2008, BVerfGE 121, 69 = FamRZ 2008, 845.

exception of the equalisation of pension rights an application of one of the spouses is necessary. However, the ancillary proceedings may, under certain circumstances, be separated from the divorce proceedings.

i. Consequences between spouses

62. At the time of marriage breakdown are ex-spouses entitled the one regarding the other to :

- Compensation,
- Maintenance,
- Compensation of rights to pension benefits,
- Damages
- Any other payment or property rights?

a) At the time of marital breakdown ex-spouses may claim maintenance after divorce according to §§ 1569 ff. CC.

b) There can be claims for an equalisation of gains under the statutory matrimonial property regime (§§ 1372 ff. CC). Compensation claims also may exist if another matrimonial property regime has been agreed (for community property see §§ 1471 ff. CC).

c) An equalisation of pension rights is in principle necessary (§ 1587 CC). In accordance with the Pension Equalisation Act, an equalisation takes place between the divorced spouses of rights existing in Germany or elsewhere, in particular of the statutory pensions insurance, from other standard security systems such as civil servants pensions or pensions of a professional group, from company pensions or from private old-age and invalidity pensions.

d) Other payments or an allocation of property rights may be based in application of the general rules of the law of obligations and property law. This may happen if there are common debts or common property⁹³⁰.

If yes, please answer the following questions:

63. Does the maintenance/compensation/damage issue must be claimed at the time of the initial request or can it be made in the course of divorce proceeding?

a) It must be declared already in the initial application for divorce if the spouses made an arrangement ("Regelung") for child and/or spousal maintenance (§ 133 para. 1 No. 2 FPA). It is, however, not necessary that an agreement has been reached. It can also be made in the course of the divorce proceeding.

b) The equalisation of gains can be claimed after divorce.

c) The equalisation of future pension rights according to §§ 9 ff. LPRE is a matter of combination divorce and ancillary proceedings ("Verbund"; § 137 para. 2 No. 1 FPA). But it can also be claimed later.

⁹³⁰ HeiB, in: Nomos BGB Kommentar - Familienrecht, 2nd. ed. 2010, § 1372 BGB no. 27 ff.

64. Can the maintenance/compensation/damages claim be introduced by one or the other spouse after the divorce being granted? If yes, is this action enclosed in a specific period of time?

a) The maintenance claim can be introduced by one or the other spouse after the divorce being granted. This action is not enclosed in a specific period of time. However, some of the grounds for maintenance depend on the situation at the moment of divorce (cf. Q 76). The general rules on limitation apply. The limitation period for maintenance claims is three years beginning with the end of the year (§§ 195, 197 para. 2, 199 CC)⁹³¹.

b) An equalisation of gains may be asked after the divorce. The general rules on limitation apply⁹³².

c) A claim for an equalisation of future pension rights may be introduced after the divorce being granted. This is particularly the case if the equalisation takes the form of an obligation ("schuldrechtlicher Ausgleich", §§ 20 ff. LPRE).

65. May one of the spouse be discharged from providing for maintenance/compensation/damages, to the other? If yes, on which grounds?

a) As a consequence of the principle of irretrievable breakdown the existence of a maintenance obligation is, in principle, independent of any form of behaviour. However, according to the 'negative hardship clause' ("negative Härteklause") of § 1579 CC maintenance can be denied, reduced or granted only for a limited period if it would be grossly unfair to claim maintenance, see Q 69. One of the spouse may be discharged from providing for maintenance to the other if the general conditions of maintenance law, need an ability to pay, are not fulfilled.

b) A claim for an equalisation of gains in matrimonial property law may be excluded in cases of gross inequity, see Q 69.

c) An equalisation of future pension rights may also be excluded in cases of gross inequity, see Q 69.

66. May one of the spouses be deprived from obtaining maintenance/compensation/damages, from the other? If yes, on which grounds?

See Q 65, 69.

67. According to legal provisions or case law, is balance between the two ex-spouses personal assets sought?

According to legal provisions or case law a certain balance between the two ex-spouses personal assets can be sought via the equalisation of accrued gains in matrimonial property law and a claim for equalisation of pension rights.

⁹³¹ Fränken, in: Nomos BGB Kommentar - Familienrecht, 2nd. ed. 2010, §§ 1569 ff. BGB no. 57, 58.

⁹³² Heiß, in: Nomos BGB Kommentar - Familienrecht, 2nd. ed. 2010, § 1378 BGB no. 22.

68. Are the rules organising compensation/maintenance/damages, connected to the rules organising the liquidation of matrimonial assets, or to equivalent ones relating to property law?

The provisions relating to maintenance upon divorce are not directly connected with the rules relating to other post-marital financial consequences such as the equalization of accrued gains and the equalisation of pension rights⁹³³. Matrimonial property law does not fulfil a function of maintenance. Its purpose is to equalize accrued gains and to compensate for losses due to marital arrangements but not to satisfy the needs of a spouse after divorce. Therefore the dissolution of the matrimonial property regime as such does not affect the attribution of maintenance. However, the maintenance debtor's ability to pay and the needs of the maintenance claimant may be influenced by actually existing claims and money received under matrimonial property law⁹³⁴.

According to recent case law it must also be avoided that the value of the same asset is taken into account twice as a part of the maintenance debtor's ability to pay and also as an asset of the debtor spouse in the context of the equalization of accrued gains⁹³⁵. The courts therefore try to draw a line between maintenance and the equalization of accrued gains. For example, the existing goodwill of a veterinary practice may be taken into account as a final asset whereas future income is taken into account for maintenance after divorce⁹³⁶. It is controversial how a double utilization of debts for maintenance and the equalization of accrued gains can be avoided⁹³⁷. The mere fact that such an obligation also plays a role in the ability to pay in maintenance law is not a convincing argument in respect of the calculation of the final assets⁹³⁸.

69. Do the grounds for divorce have an incidence on an award of compensation/maintenance after marital breakdown? If yes, to what extent?

a) The grounds for divorce do not have a direct incidence on an award of maintenance after marital breakdown. However, according to § 1579 CC there can be a restriction or refusal of maintenance for gross inequity. A maintenance claim is to be refused, reduced or restricted in time to the extent that it would be grossly inequitable for the person obliged to be claimed on, even if the concerns of a child of the spouses entrusted to the person entitled in order to be cared for or brought up were observed, because one of the eight grounds set forth in § 1579 CC is given.

Maintenance claim may be refused, reduced or restricted if because the person entitled lives in a stable long-term relationship (§ 1579 No. 2 CC). There will be no maintenance if the person entitled has committed a major criminal offence or a serious intentional minor offence against the person obliged or against a close relative of the person obliged (§ 1579 No. 3 CC). There is also no maintenance claim if the person entitled frivolously induced his own indigence (§ 1579 No. 4). Maintenance can also be excluded if the person entitled frivolously disregarded serious property interests of the person obliged, (§ 1579 No. 5 CC). An objection against a maintenance claim can also be made if the person entitled, before the parties lived apart, for a long period grossly violated his duty to contribute to the family

⁹³³ Schwab, Familienrecht, 20th Edition, Munich, 2012, No. 254.

⁹³⁴ See Kroll, The Reform of German Maintenance Law, in: Atkin (ed.), The International Survey of Family Law, 2007 Edition, Bristol, 2007, p. 85 et seq.

⁹³⁵ Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1577 No. 10.

⁹³⁶ See Dethloff, Familienrecht, 30th ed. 2012, Munich, § 5 No. 107

⁹³⁷ See BGH, 06.02.2008, BGHZ, 175, 207 and FamRZ, 2008, 761, 763 f.

⁹³⁸ See Dethloff, Familienrecht, 30th ed. 2012, Munich, § 5 No. 107.

maintenance (§ 1579 No. 6 CC). Another reason is if the person entitled is clearly responsible for manifestly serious misconduct towards the person obliged (§ 1579 No. 7 CC). No maintenance claim exists also if there is another reason that is just as serious as the reasons set out in nos. 1 to 7 (§ 1579 No. 8 CC).

b) There is also a restriction for the equalisation of gains. According to § 138I there may be a refusal of satisfaction for gross inequity (§ 138I para. 1 CC). The debtor may refuse to satisfy the equalisation claim to the extent that the equalisation of accrued gains in the circumstances of the case would be grossly inequitable.

Gross inequity may in particular be given if the spouse who made the smaller amount of accrued gains for a long period culpably failed to discharge his financial duties which arise from the marital relationship (§ 138I para. 2 CC). According to case law the violation of marital duties in the personal sphere is not sufficient for such a gross inequity. Therefore, for example, adultery is not enough⁹³⁹.

c) There is also a similar provision on gross inequity for the equalisation of pension rights § 27 LPRE.

70. What shape compensation/maintenance or other financial obligations between the spouses may take? If multiple shapes are available, are they determined according to the grounds for divorce?

a) Since German law follows the doctrine of irretrievable breakdown, there is only one ground for divorce based on the 'failure' of a marriage (§ 1565 CC). The consequences of divorce are, in principle, always the same. Therefore there is no distinction between claims based on fault and claims based on other grounds. One of the principles of German maintenance law is that marital fault on the part of the housekeeping spouse - usually the maintenance claimant - as such shall not entail the loss of a maintenance claim.

b) However, there exist seven cases of grossly inequitable maintenance claims (§ 1579 CC). Some of these cases concern the behaviour of the claiming party and can lead to a total or partial loss of maintenance. Their effect is that in some cases the innocent party can refuse to pay maintenance, see Q 69.

71. Does your national law allow the competent authority to allocate the family home to one spouse for property, use or renting?

a) There are special provisions on the matrimonial home ("Ehewohnung") in §§ 136Ib and 1568a CC. The term matrimonial home refers to all rooms that are or have been used by the spouses as living accommodation or which were according to the circumstances meant to be used in that way. The term is to be broadly construed⁹⁴⁰.

b) The allotment of the matrimonial home in the case of separation is dealt with in § 136Ib CC. According to this rule the matrimonial home can be allotted to a spouse to avoid undue hardship. Pursuant to § 136Ib para. 1 sentence 2 CC undue hardship is defined as the state when the welfare of the children living in the family household is endangered. Furthermore,

⁹³⁹ Schwab, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, No. VII 245.

⁹⁴⁰ Boden/Cremer, in: Nomos Kommentar BGB, vol. 4 Familienrecht, 2nd ed. 2010, § 136Ib No. 3.

undue hardship includes cases in which a spouse has intentionally and unlawfully injured the other spouse, so that a shared home is not an option (§ 136Ib para. 2 sent. 1 CC).

c) In the event of a divorce the allotment of the matrimonial home is dealt with under § 1568a CC. This jurisdiction lies with the family court and the procedure follows the rules for non-contentious matters in §§ 200 ff. FPA. The rules apply irrespective of the property regime, as it is not meant to protect financial interests, but rather to preserve the interest in the continuity of the existing property.

In the case of single ownership by one spouse (§ 1568a para. 2 CC) the allotment to the other spouse can only be made in order to avoid undue hardship. Due to the single ownership the owning spouse ranks above the other spouse.

If the spouses are joint owners or tenants the allotment can be made with the discretion of the court. According to § 1568a para. 1 CC the court has to take into account all the special circumstances of the case, especially the welfare and interests of the children.

d) An allotment does not transfer ownership to the other spouse, but merely allots the right to use the matrimonial home. It is possible for the court to arrange a lease or appropriate compensation for the use in favour of the house-owning spouse⁹⁴¹. In the case of a tenancy the court can decide that one spouse continues the former joint tenancy on his or her own or that one spouse substitutes for the other spouse in the tenancy contract (§ 1568a para. 1 CC).

72. May amount and modes of fulfilling the financial obligations between spouses be determined by spousal agreement?

a) The spouses are free to arrange the financial consequences of their divorce themselves. They may (before or after the divorce or during the divorce proceedings) enter into a binding agreement as to maintenance (§ 1585c CC). Such an agreement dealing with an eventual divorce is already possible as a prenuptial agreement or in connection with the celebration of marriage. The spouses may also make agreements on the obligation to maintain for the time after the divorce. An agreement that is entered into before the divorce becomes final and absolute must be notarially recorded (§ 1585c Sentence 2 CC). The agreement may exclude maintenance totally.

b) After initiating the divorce proceedings agreements regarding the consequences for matrimonial property may be made (§ 1378 para. 3 sent. 2 CC). Such an agreement is also possible before the start of the proceedings.⁹⁴² The amount and the modes of performance of obligations between spouses may for matrimonial property matters be determined by spousal agreement (§ 1408 para. 1 CC).

c) The amount and the modes of performance of obligations between spouses may for the equalisation of future pension rights be determined by spousal agreement (§ 1408 para. 2 CC; §§ 6 ff LPRE). The details of equalisation of future pension rights follow social security law. However, within these limits agreements are possible (§ 1408 para. 2 CC, § 8 para. 2

⁹⁴¹ Rauscher, Familienrecht, 2nd Edition, Heidelberg: C.F. Müller, 2008, No. 719a.

⁹⁴² Zimmermann, in: Krenzler/Borth (ed.), Anwalts-Handbuch Familienrecht, 2nd ed. 2012, Ch. 9 No. 9, 14 ff.

LPRE)⁹⁴³. However, there are some cases where only an equalisation in form of claims ("schuldrechtlicher Ausgleich") takes part.

73. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

a) No approval of the maintenance agreement by the court is necessary (§ 1585c CC). There are no explicit legal provisions which state that authorities and courts can modify or set aside marital agreements. Moreover, according to § 1408 CC the freedom of contract applies as a general rule. However, a certain control has been developed by case law. In a landmark decision dating from 2001⁹⁴⁴, the German Federal Constitutional Court called for a judicial review of marital agreements, despite the existing freedom of contract. The Federal Supreme Court has since further specified the requirements to be placed on such a review of marital contracts⁹⁴⁵. Accordingly, the statutory provisions on post-marital maintenance, accrued gains and pension rights equalisations are, in principle, open to contractual regulation; there is no indispensable minimum content of consequences of divorce in favour of the entitled spouse. However, this general openness of the consequences of divorce to contractual regulation must not result in the protective purpose of the statutory provisions being undermined at will by contractual provisions, which would be the case if one spouse were to incur an unacceptable and clearly one-sided distribution of burdens. The burden on one spouse weighs all the more heavily the more immediately the contracting-out of statutory provisions encroaches on the so-called 'core area' ("Kernbereich") of the law on the consequences of divorce.

b) To determine this core area, the importance of the individual provisions on the consequences of divorce are decisive, and the Federal Supreme Court has established a ranking in this respect. On the first level are maintenance payments for looking after a dependent child⁹⁴⁶. On the second level is maintenance for old age and illness and the equalisation of pension rights. On the third level is maintenance for unemployment, and on the fourth level maintenance payments for healthcare and old-age provision. This is followed by maintenance for training as well as maintenance paid to supplement a creditor's insufficient level of income and subsequently by the equalisation of accrued gains on the last level. This means that whereas the spouses are the most restricted in their freedom to make contractual arrangements concerning maintenance for looking after children, the equalisation of accrued gains is the most accessible to contractual agreements.

The judge must examine whether an evidently one-sided distribution of burdens occurs as a result of a post-nuptial agreement which is unacceptable for the spouse suffering the burden⁹⁴⁷. In so doing, the judge must first of all carry out an 'effectiveness check' ("Wirksamkeitskontrolle") using § 138 para. 1 CC, which declares a legal transaction that is contrary to morality to be void. It is to be examined whether the agreement resulted in a one-sided distribution of burdens at the time it was concluded, so that a breach of morality is to be assumed. This type of breach is only assumed, however, if the agreement encroaches on the core area of the law on the consequences of divorce without this drawback being

⁹⁴³ Fiederici, in: Nomos BGB Kommentar - Familienrecht, 2nd. ed. 2010, § 1408 BGB no. 14 ff.

⁹⁴⁴ BVerfG, 06.02.2001, FamRZ, 2001, 343.

⁹⁴⁵ See in more detail Jült, in: Klein (ed.), Handbuch Familienvermögensrecht, 2011, Chapter 2 no. 2843 ff.

⁹⁴⁶ Borth, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, No. IV 1496.

⁹⁴⁷ Bruder Müller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1408 no. 9.

attenuated by other benefits to the spouse suffering as a result or by the particular circumstances of the spouses.

c) If the agreement remains valid thereafter, a 'performance check' ("Ausübungskontrolle") guided by § 242 CC takes place, according to which the debtor is obliged to bring about performance according to the requirements of good faith, taking into consideration customary practice⁹⁴⁸. The judge must use this general clause to examine whether and to what extent a spouse abuses the legal power he or she has been granted by agreement if in the event of a divorce he or she claims, in the face of a statutory consequence of divorce demanded by the other spouse, that this consequence has been effectively excluded by the agreement. Here it must be noted that the higher-ranking the contractually excluded, but now demanded, consequence of divorce, the more grave must be the reasons suggesting its exclusion. If the contractually agreed exclusion is pleaded and this violates § 242 CC, the judge must order the legal consequence which takes into account, in a balanced manner, the justified concerns of both parties in the situation that has now occurred.

What this means for the matrimonial property regime and, in particular, for the equalisation of accrued gains, is that the spouses are able to conclude very far-reaching agreements. With a view to the subordinate importance which the Federal Supreme Court attributes to the equalisation of accrued gains in the system of the law on the consequences of divorce, excluding the matrimonial property regime of the community of accrued gains and thus contracting the matrimonial property regime of separation of property will regularly pass judicial scrutiny and be both valid and enforceable⁹⁴⁹.

74. In order to evaluate the amount of compensation/maintenance/damages, are the spouses under duty to fully disclose the elements making up their assets (incomes, capital, assets, pension, benefit...) or can they be discharged from full and frank disclosure?

There are similar rules in substantive and in procedural law.

a) Under maintenance law divorced spouses are obliged to provide information to each other on their income and assets (§ 1580 CC). The parties are mutually obliged to furnish information in respect of their income and wealth, to the extent that this is necessary for the determination of a maintenance claim or a maintenance obligation (§ 1605 para. 1 sent. 1 CC). This right to information is enforceable by an action by stages ("Stufenklage"), i.e., the amount of the claim will be based on the information received during the proceedings (§ 254 German Code of Civil Procedure). The making of a declaration in lieu of an oath can be required (§ 261 CC). It is also possible that the court follows unilateral statements by the maintenance claimant.

One consequence of a spouse's refusal to provide such information can be a claim in the form of damages by the other spouse based on delay (§ 280 CC) and/or tort law (§ 826 CC). If the maintenance claimant does not provide information this can also be a serious intentional offence against the debtor and therefore the payment of maintenance can be grossly inequitable so that he or she loses his or her maintenance claim (cf. § 1579 no. 2 CC).

There are specific provisions on the duty to give information in maintenance matters (§ 235 FPA). The court may also ask third parties, inter alia the employer, social security and fiscal authorities (§ 236 FPA). The reluctant spouse may also face higher costs in the proceedings (§ 243 Sent. 2 FPA)...

⁹⁴⁸ Borth, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, No. IV 1498.

⁹⁴⁹ Cf. Fiederici, in: Nomos BGB Kommentar - Familienrecht, 2nd. ed. 2010, § 1408 BGB no. 11.

b) The rights of the spouses to information concerning the other spouse's property at the beginning and the end of the property regime of the community of accrued gains have been strengthened through a right to a presentation of documents (§ 1379 CC). Each spouse may (1) demand information from the other spouse regarding the assets at the time of suspension and (2) demand information on the assets insofar as they are material to the initial and final assets.

c) For the equalisation of pension rights there is a claim for information of the spouse (§ 4 para. 1 LPRE). The spouse has also the right to get information from the pension fund or payer ("Versorgungsträger"; § 4 para. 2 LPRE). The courts have wide powers to get information from these institutions and the parties (§ 220 FPA).

75. If no discharge does exist, what are the consequences of the refusal by one of the spouses to disclose financial elements of his/her assets?

See Q 74.

76. What are the criteria taken into account in order to evaluate the amount of the due compensation/maintenance/damages? (former household way of life, needs of the ex-spouses either actual and/or future, age, health or ability to find a job, self-sufficiency ...)

a) Spousal maintenance

aa) § 1569 CC stresses the principle of self sufficiency. After divorce, each spouse is responsible for providing for his own maintenance. If he or she is not in a position to do this, he or she has a claim for maintenance against the other spouse only under the following provisions. The criteria taken into account in order to evaluate the amount of the due maintenance are dealt with extensively in §§ 1570 ff CC. The general conditions such as lack of means on the part of the claimant (§ 1577 CC) and ability to pay on the part of the debtor (§ 1581 CC) always form the basis for a successful maintenance claim. The first stage of the existence of a maintenance obligation is always that the claimant is not able to maintain himself or herself. It is also necessary that the debtor is able to provide maintenance.

However, another important precondition is that the conditions of one of the legal provisions in §§ 1570 to 1576 CC are fulfilled. In these provisions the Civil Code lists a number of situations, which justify the granting of maintenance (the principle of enumeration). Each of them provides an independent basis for maintenance.

If gainful employment is expected the income from part-time employment will be taken into account according to the rule under § 1577 para. 1 CC and will reduce the maintenance claim. However, when no gainful employment is expected but the claimant nevertheless works, his or her income will only be taken into account according to the more favourable rule of § 1577 para. 2 CC.

bb) The most important claim in practice and also privileged by law is maintenance based on the care of a child (§ 1570 CC). A divorced spouse may demand maintenance from the other, for the care for or upbringing of a child of the spouses, for at least three years after the birth. The duration of the claim to maintenance is extended as long as and to the extent that this is equitable. Here, the concerns of the child and the existing possibilities of childcare are to be taken into account. The duration of the maintenance claim is further extended if, taking into account the arrangement of childcare and gainful employment in the marriage and the duration of the marriage, this is equitable (§ 1570 para. 2 CC).

cc) There is also a maintenance claim for aged spouses. A divorced spouse can demand maintenance from the other insofar as he or she cannot be gainfully employed on account of his or her age (§ 1571 CC). This situation must be present at the date of the divorce (No. 1), the completion of the care or education of a common child (No. 2) or the cessation of the conditions for a maintenance claim pursuant to §§ 1572 to 1573 CC (No. 3). 'Age' means in principle the normal age limit when old-age social security pensions start, although there is no fixed age limit⁹⁵⁰.

dd) Maintenance can also be claimed in the case of the sickness or infirmity of the divorced spouse (§ 1572 CC). This will be taken into consideration if such a state of health prevents gainful employment on the date of the divorce (No. 1), the completion of the care or education of a common child (No. 2), the completion of the education, continuing education or retraining of the claimant (No. 3) or the cessation of the conditions of a maintenance claim pursuant to § 1573 CC (unemployment, No. 4). It is not important whether the illness is a consequence of the marriage. A maintenance claim is not excluded where the illness already existed at the time of the celebration of the marriage and this was known or unknown to the parties⁹⁵¹.

ee) Maintenance can also be claimed until appropriate employment is found (§ 1573 CC). If the income from a suitable gainful employment is not sufficient for full support in the sense of § 1578 CC, the claimant can, insofar as he or she is not already entitled to a maintenance claim under §§ 1570 - 1572 Civil Code, demand the difference between his or her own income and the full maintenance ("Aufstockungsunterhalt", § 1573 para. 2 CC). This maintenance claim is generally of a subsidiary nature and may be limited in time (cf. § 1573 para. 5 CC).

ff) There is another maintenance claim for the education, further education or retraining of the divorced spouse (§ 1575 CC). This applies to cases where the claimant in the expectation of marriage or during the marriage omitted to acquire or interrupted formal education or occupational training. This right continues only during the period which is customary for the completion of such education (§ 1573 para. 1 CC). There is also a maintenance claim if the divorced spouse undertakes further education or retraining for the elimination of disadvantages which have arisen by reason of the marriage (§ 1573 para. 2 CC).

gg) Maintenance can also be claimed on the ground of equity (§ 1576 CC). Serious reasons may not be taken into account merely because they result in the failure of the marriage. A situation where a denial of maintenance would be grossly inequitable, is e.g., where the claimant cared for a disabled stepchild, i.e., a child of the maintenance debtor during the marriage.

b) In matrimonial property law there is an extensive equalisation of accrued gains (§§ 1373 ff. CC). The accrued gains are equalised under the provisions of sections 1373 to 1390 CC. Accrued gains means the amount by which the final assets of a spouse exceed the initial assets (§ 1373 CC).

⁹⁵⁰ Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1571 BGB no. 3.

⁹⁵¹ Brudermüller, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71th Edition, Munich, 2012, § 1572 BGB no. 3.

c) The main purpose of the equalisation of pension rights is an equalisation of different pensions rights of the spouses which often is caused by a unequal division of labour and different professional careers within the marriage.

77. May the amount of compensation/maintenance/damages be revised? If yes, on which grounds and to which term (regularly, considering the needs of the petitioner ...)?

a) There is no automatic indexation of maintenance after divorce. However, in the field of child support a simplified procedure for the adaptation of court orders and court settlements exists (cf. § 1612a CC, §§ 249 ff. FPA). The parties may also introduce into their maintenance agreement a stable value clause. Where there is no such clause the principle of *rebus sic stantibus* applies. The depreciation of the value of currency must be taken into account.

Insofar as there is no specific date as a precondition for maintenance a maintenance claim always reflects the actual situation of the parties. If there is a maintenance judgment either party is entitled to apply for a variation of the judgment if a substantial change has occurred in the facts on which the decision is based (§ 238 FPA). The change of circumstances may result from a change with respect to the preconditions for a specific claim or an increased ability to pay or from a decreased need.

The change must have taken place after the judgment sought to be modified was rendered. In principle the court is bound with respect to former findings of fact and also to conclusions of law. There is, however, some controversy as to the extent of any modification of maintenance in the new proceedings. Also a maintenance agreement in the form of a court settlement or an enforceable authentic instrument (cf. § 794 I no. 1, 5 Code of Civil Procedure) can be altered by a lawsuit for modification.

b) There is an equalisation claim under matrimonial property law. If the accrued gains of one spouse exceed the accrued gains of the other spouse, the half of the surplus is due to the other spouse as an equalisation claim (§ 1378 para. 1 CC). Such an equalisation of gains means that there is a final result. There will be no changes later⁹⁵².

c) For the equalisation of future pension rights under certain conditions a modification of court decisions is possible (§ 227 para. 1 FPA)⁹⁵³. This may occur if there are essential changes in facts or law. Also agreements may be modified under certain circumstances (§ 227 para. 2 FPA)⁹⁵⁴.

ii. Consequences regarding children

78. Is the obligation to maintain the child linked either to parental responsibility, or to the residence of the child, or to any other element?

a) There is no direct link between parental responsibility and child maintenance. However, where the child does not live with his or her parents, maintenance must be paid monthly in advance (§ 1612 para. 3 BGB). As a rule, a custodial parent fulfils his or her obligation to contribute to the support of an underage, unmarried child by caring for and bringing up the

⁹⁵² Cf. Heiß, in: Nomos BGB Kommentar - Familienrecht, 2nd. ed. 2010, § 1378 BGB no. 14.

⁹⁵³ Götsche, in: Klein (ed.), Handbuch Familienvermögensrecht, 2011, Chapter 3 no. 622 ff. – For the modification according to §§ 225, 226 FPA see Norpoth, in: Krenzler/Borth (ed.), Anwalts-Handbuch Familienrecht, 2nd ed. 2012, Ch. 11 No. 398 ff.

⁹⁵⁴ Götsche, in: Klein (ed.), Handbuch Familienvermögensrecht, 2011, Chapter 3 no. 633.

child (§ 1606 para. 3 BGB). This 'equal value rule' ("Gleichwertigkeitsgrundsatz") means that if, after a separation or divorce, the children live with their mother, her contribution is generally restricted to care ("Betreuungsunterhalt"); only the father has to pay child support ("Barunterhalt").

b) The division between personal care and maintenance payments may be altered if there is a dual-residence or alternating residence of the child. If there is an alternating residence of the child in the form of equal amounts of time spent with each parent then the income of both parents has to be taken into account for the calculation of maintenance⁹⁵⁵. However, if the child spends most of the time with one parent and the other has to pay child support then a reduction cannot take place in principle until the child spends approximately half of the time with the other parent⁹⁵⁶.

79. By which means does your system organise maintenance of the child by the parent who is not usually living with him/her (maintenance order, supply of assets for the benefit of the child, supply of capital, trust...)?

Maintenance is to be rendered by making periodical payments (§ 1612 para. 1 CC). Periodical maintenance payments must be paid monthly in advance (§ 1612 para. 3 sent. 1 CC). Generally a bank account for the creditor is used⁹⁵⁷. Very often there will be a court order or an agreement of the parents. It is also possible to create further enforceable legal documents on which compulsory enforcement may be based on. These may be judicial settlements ("gerichtlicher Vergleich") concluded by the parties (§794 para. 1 No. 1 Code of Civil Procedure) and enforceable notarial deeds (§ 794 para. 1 No. 5 Code of Civil Procedure). The child has a right that such an enforceable title is established⁹⁵⁸.

The maintenance obligation is a money obligation which has to be paid monthly. This means that a supply of assets for the benefit of the child or the supply of capital (lump sum payment) is not a performance of the legal obligation⁹⁵⁹.

If the maintenance debtor fails to pay, a child under the age of twelve is entitled to State benefits under the scheme of the Maintenance Advancement Act (UVG; "Unterhaltsvorschussgesetz") of January 2, 2002 (as amended). However, these benefits are restricted to 72 months and are only subsidiary, i.e., there is a reimbursement claim against the debtor based on subrogation (cessio legis). Such a reimbursement claim can also arise under the general welfare scheme of 'social assistance' ("Sozialhilfe").

80. May methods provided to carry out maintenance obligation regarding children be determined by parental agreement?

The amount and the performance of maintenance obligations regarding children may be determined by parental agreement. There is no form requirement. However, there is a mandatory minimum maintenance of minor children (§ 1612a CC) and child maintenance may not be waived for the future (§ 1614 para. 1 CC). The parents may make an agreement

⁹⁵⁵ Born, in: Münchener Kommentar BGB, vol. 8, 6th ed 2012, § 1606 BGB no. 35.

⁹⁵⁶ Federal Supreme Court 28 February 2007, NJW 2007, 1882 = FamRZ 2007, 707 = FF 2007, 197 note by I. Rakete-Dombek.

⁹⁵⁷ Saathoff, in: Nomos BGB Kommentar - Familienrecht, 2nd. ed. 2010, § 1612 BGB no. 2.

⁹⁵⁸ Viefhues, in: juris PraxisKommentar BGB – Familienrecht vol. 4, 5th. 2012. § 1612 BGB no. 5.1. with references.

⁹⁵⁹ Born, in: Münchener Kommentar BGB, vol. 8, 6th ed 2012, § 1612 BGB no. 98.

with an effect only between themselves that only one of them performs the obligation of child maintenance ("Freistellungsvereinbarung")⁹⁶⁰.

81. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the parents to reconsider the agreement, or to directly modify it?

There is no provision which vests the judge expressly with the power to scrutinize such an agreement. If the agreement does not comply with the legal standards the court can and will decide on this basis.

III. PROCEDURE

82. May divorce be granted and its personal and financial consequences settled outside legal proceedings?

a) According to Art. 17 para. 2 Introductory Law, within Germany a divorce may only be decreed by a court. This means a divorce by judicial decision is required. Under German family law a marriage may be dissolved by divorce only by judicial decision on the petition of one or both spouses (§ 1564 sent. 1 CC).

b) The financial consequences may be settled by agreement, see Q 72.

83. If yes, which is the competent authority to know about these issues? Is that administrative proceeding the sole one or it is an alternative to legal proceedings?

a) Not relevant for divorce itself.

b) The consequences may be settled by agreement, see Q 73.

84. In your system, which is the court legally competent to grant divorce? Is that Court equally competent to hold about its consequences? Do transnational divorce proceedings fall within the competence of a particular Court?

a) The competent court for divorce proceedings ("Verfahren in Scheidungssachen") is the local court ("Amtsgericht"). Divorce proceedings are one category of matrimonial affairs ("Ehesachen"), § 121 no. 1 FPA. In the first line the court of the habitual residence of one the spouses with all of the common minor children of the couple is competent (§ 122 no. 1 FPA).

At the local court there is a division for family matters ("Familiensachen") in the form of a family court ("Familiengericht"), § 23a para. 1 no. 1, § 23b para. 1 Act on the Structure and Organisation of Courts ("Gerichtsverfassungsgesetz").

b) Affairs concerning the children belong to the exclusive competence of the divorce court (§ 152 para. 1 FPA). This court is also competent for the consequences of divorce ("Folgesachen"), § 137 FPA.

⁹⁶⁰ Borth, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, No. IV 187.

c) There is no special competence of a court only for transnational divorce proceedings. The local court must have jurisdiction according to Art. 3 ff. Brussels IIbis.

85. After the petition for divorce is presented, must the spouse respect a cooling-off period? If yes, how long is that period of time?

After the petition for divorce is presented, there is no cooling-off period.

86. Are the spouses under duty or invited, when divorce proceeding is initiated or afterward in the course of process, to turn to alternative dispute resolution?

There is no compulsory use of mediation. However, the family court may order that each of the spouses or both spouses together may take part in an information on mediation regarding the consequences of divorce (§ 135 FPA). The court may also propose in appropriate cases the use of mediation at an independent institution. Mediation may also be used in residence and contact matters concerning children (§ 156 para. 3 FPA).

87. May the competent authority during the course of divorce proceeding make interim orders on

- the family home,
- the children,
- maintenance between the spouses,
- the consequences of marital abuse ?

a) The competent family court may make different interim orders according to the general rules (§§ 49 ff. FPA) in family matters (§ 111 FPA)⁹⁶¹. These include inter alia divorce, matters concerning children, family home and domestic violence. During the course of divorce proceedings the divorce court decides (§ 202 FPA). In matters concerning the family home there can be an interim order (§§ 111 no. 5, 200 FPA),

b) There can be an interim order concerning the children. Particularly for child maintenance an interim decision is possible (§§ 111 no. 8, 246 para. 1 FPA). The same is true for custody and contract (§§ 111 no. 2, 151 no. 1, 2 FPA).

c) If the spouses are living apart, one spouse may demand from the other spousal maintenance according to § 1361 CC. There can be an interim order concerning maintenance between the spouses (§§ 111 no. 8, 246 para. 1 FPA),

d) In matters of domestic violence ("Gewaltschutzsachen"; § 210 FPA) an interim order can be made (§§ 111 no. 6, 214 para. 1 FPA), for example an order prohibiting the respondent from entering the matrimonial home.

88. Is appeal available against the divorce order or against an out of court divorce decision?

An appeal ("Beschwerde") may be lodged against the decision ("Beschluss"; § 116 FPA) of the local court ("Amtsgericht") in first instance (§§ 58 para. 1, 117 FPA). The Court of Appeal ("Oberlandesgericht") has to decide.

⁹⁶¹ Rehme, in: Schulte-Bunert/Weinreich (ed.), FamFG Kommentar, 3rd. Ed. 2011 § 113 FamFG no. 9.

89. Does a third-party (public prosecutor, child's solicitor, social services, institution aiming at protecting children...) have the right to intervene

- in divorce proceeding,
- in proceedings on parental responsibility if separated from the divorce proceeding?

If yes, on which grounds?

a) A special representative for the interests of the child ("Verfahrensbeistand") may be appointed by the court for minors if the family court thinks this is necessary (§ 158 para. 1 FPA). The youth office ("Jugendamt") with its social workers must be heard in the divorce proceedings (§ 158 para. 2 FPA). Very often there is only a written report.

b) In separate proceedings concerning parental responsibility the youth office must also be heard (§ 162 para. 1 FPA). The youth office may also make an application to become a party ("Beteiligter") in the proceedings (§ 162 para. 2 FPA). The only condition is that the person of the child is concerned.

90. Are the child's views assessed in legal proceeding for divorce (and/or parental responsibility) or in out of court divorce processes? If yes, what are the methods used for assessing the child's views? May he/she be assisted in this assessment and by whom?

a) The child has a constitutional right to be heard personally, generally orally.⁹⁶² As regards the hearing of children in custody proceedings the court shall hear a child personally in proceedings concerning the care of the person or the administration of the child's assets (§ 159 FPA). Where the child is over fourteen the court has in a proceeding on the care of the person always to hear the child personally (§ 159 para. 1 FPA). The residence of the child is an issue of care of the person. In proceedings concerning the child's assets the child has to be heard personally as far as this is indicated according to the nature of the affair (§ 159 para. 1 sent. 2 FPA).

For children under 14 years a personal hearing is obligatory where the inclination, the ties or the will of the child for the decision are of importance or where for the determination of the facts it is indicated that the court gets a direct impression of the child (§ 159 para. 2 FPA)

As far as no detriments for his development or education have to be feared the child has to be informed on the subject of the proceedings and the possible outcome of the proceedings; it has to be given an opportunity for expression, § 159 para. 4 FPA. Only for serious reasons the court may refrain from a hearing. This is indicated where already the hearing itself could harm the psychic balance of the child.⁹⁶³ Where there was no hearing due to an imminent danger there has to be a later hearing, § 159 para. 3 FPA. Since there is no precise enumeration of cases where children are heard this should occur in almost all cases relevant for their personal welfare.

b) Where the child has to be heard personally this means that the court itself shall, as a rule, hear the child personally. Generally, the family judge will talk with the child.⁹⁶⁴ As far as it is possible the child has to be informed about the subject and the possible results of the proceedings in an appropriate manner (§ 159 para. 4 FPA). If there is a curator

⁹⁶² BVerfG, 14.08.2001, FamRZ 2002, 229.

⁹⁶³ Maurer, Das Verfahren der Familiengerichte, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, Part. I no. 477 ff.

⁹⁶⁴ See Maurer, Das Verfahren der Familiengerichte, in: Schwab (ed.), Handbuch des Scheidungsrechts, 6th ed. 2010, Part. I no. 452 ff.

("Verfahrensbeistand") for the child appointed according to § 158 FPA, the curator has to be personally present in the hearing of the child (§ 159 para. 4 FPA).

c) The child himself is not a party in custody proceedings.⁹⁶⁵ In order to prevent that the child is a simple object of the proceedings of other persons the legislator introduced the institution of a curator ("Verfahrensbeistand") who shall act as an "attorney of the child" ("Anwalt des Kindes"). The child can be legally represented in proceedings concerning parental responsibilities by appointment of such a curator, § 158 FPA. The court has to appoint a curator in proceedings concerning the "person" of the child where this is necessary to safeguard the interests of the child. Proceedings concerning the "person" is interpreted very broadly so that basically only proceedings concerning the assets of the child are not covered.⁹⁶⁶

The statute lists several different situations in a nonexclusive manner in § 158 para. 2 FPA. The first situation, formulated as a general clause is where there is a conflict of interests between the legal representative and the child (no. 1). In the cases of § 158 para. 2 no. 2 FPA the welfare of the child is in jeopardy (§§ 1666, 1666a CC)⁹⁶⁷. The third situation is where there are measures necessary which can lead to a separation of the child of his or her family or to a total deprivation of parental care (no. 3). In the case of removal of the child from a foster person, the spouse, the registered partner or a person with a contact right there is also the question of the residence of the child to decide (no. 4). The appointment of curator is also possible in situations of a parental dispute where simply the residence of a child has to be determined.⁹⁶⁸ A proceeding on contact concerns also the "person" of the child. Therefore the statutory provision on the appointment of a curator also here applies if there is an exclusion or substantial restriction of contact (§ 158 para. 2 No. 5 FPA).

Where the court does not appoint a curator it has to give reasons in its decision concerning the person of the child (§ 158 para. 3 sent. 3 FPA). An appointment of a curator is not necessary or no longer necessary where the interests of the child can be represented reasonably by an attorney or another person in the proceedings (§ 153 para. 5 FPA).

IV. RECOGNITION OF FOREIGN DIVORCE DECISIONS

91. What are the conditions for legal recognition of foreign decisions about :

- a) the termination of marriage,
- b) financial consequences of divorce,
- c) the settlement of matrimonial assets,
- d) parental responsibility,
- e) children's maintenance?

What are the conditions for legal recognition in your country of divorce decisions from a Third State (= outside the European Union) ?

Please only mention the national general rules and not bilateral conventions signed by your country.

⁹⁶⁵ BVerfG, 20.08.2004, FamRZ 2004, 86 = NJW 2003, 3544.

⁹⁶⁶ See Hannemann/Kunkel, 'Der Verfahrenspfleger - das 'unbekannte Wesen'', FamRZ 2004, 1833, 1834 note 15; Proksch, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindesrechts, Köln, 2002, p. 248.

⁹⁶⁷ Coester, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13th Edition, Berlin, 2000, § 1666 Civil Code no. 210.

⁹⁶⁸ Cf. Proksch, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindesrechts, Köln: Bundesanzeiger Verlag, 2002, p. 247.

a) A foreign decision about the termination of marriage will be recognized according to the general rules (§§ 108, 109 FPA). According to § 109 para 1 FPA (Impediments to Recognition) the recognition of a foreign decision is excluded:

1. where the courts of the other state have no jurisdiction under German law;
2. where the party, who has not appeared in the proceedings and relies on that fact, was not duly served with the document instituting the proceedings or was not served within sufficient time to enable him to arrange for his defence;
3. where the decision is irreconcilable with a decision rendered here, or with an earlier foreign decision which is entitled to recognition, or where the proceeding which gave rise to the foreign decision is irreconcilable with a proceeding instituted earlier here;
4. where the recognition of the decision would produce a result which would be manifestly irreconcilable with fundamental principles of German law, especially where the recognition is irreconcilable with basic constitutional rights.

There is a special procedure for a formal recognition of divorce judgements in § 107 FPA. However, if the divorce was decreed by a court or authority of the state whose sole nationality the parties had at that date, and neither of them was subject to an alternative civil status regime (e.g. as a stateless alien, asylum seeker or foreign refugee), then formal recognition is unnecessary. Insofar as there is a particular legal interest in having a divorce recognized, formal recognition may be applied for. A legal interest is given if for example they need to submit a binding declaration of their civil status for a case arising from the divorce or for registration or taxation purposes.

In all other cases formal recognition of foreign judgements in matrimonial matters must still be obtained pursuant § 107 FPA. The Land departments of justice are as a rule responsible for the recognition of such foreign judgements. Their duties may also be delegated to the Presidents of the Courts of Appeal. It is the department of justice of the Land where one of the spouses has his/her habitual abode that has jurisdiction. If neither of the parties is resident in Germany, but a new marriage is to be entered into here, the authorities of the Land where the marriage will take place have jurisdiction. If neither of the parties is resident in Germany and the new marriage is to be entered into abroad, the Senate Department for Justice in Berlin has jurisdiction.

b) A foreign decision about the financial consequences of divorce will be recognized according to §§ 108, 109 FPA. However, according to § 109 para 4 no. 1 FPA a decision concerning a contentious family matter will not be recognised where reciprocity is not guaranteed. Maintenance is such a contentious family matter (§ 112 para. 1 no. 1 FPA).

c) The foreign decision about the settlement of matrimonial assets will be recognized according to §§ 108, 109 FPA. However, according to § 109 para 4 no. 1 FPA a decision concerning a contentious family matter ("Familienstreitsache") will not be recognised where reciprocity is not guaranteed. Matrimonial property matters are such contentious family matters (§ 112 para. 1 no. 2 FPA).

d) A foreign decision about the parental responsibility will be recognized according to the general rules of §§ 108, 109 FPA.

e) A foreign decision about the children's maintenance will be recognized according to §§ 108, 109 FPA. However, according to § 109 para 4 no. 1 FPA a decision concerning a contentious family matter will not be recognised where reciprocity with the State of origin is not guaranteed. Maintenance is such a contentious family matter (§ 112 para. 1 no. 1 FPA).

92. Can a foreign divorce decision be denied recognition in your country because of violation of public order? Please provide some examples.

A foreign divorce decision may be denied recognition because of violation of public policy (§ 109 para. 1 no. 4 FPA). The public policy question may involve matters of substantive law or procedural deficiencies. That the foreign procedure is different from German law is as such not a ground for non-recognition⁹⁶⁹. The foreign decision may be disregarded if the underlying claim is contrary to German public policy, e.g., manifestly immoral or usurious. However, recognition cannot be denied merely because the foreign court applied a law which is different from the domestic law unless it is fundamentally inconsistent with the German legal and social system. The result must be intolerable in the individual case. Non-recognition of a foreign decision will only occur in very rare cases⁹⁷⁰. There are no recent examples for the divorce decision itself.

93. Are the foreign divorce decisions related to the citizens of your country subject to publicity measures (registration in official register, registration in official documents : birth certificate, marriage certificate or any others ...)? If yes, what are the publicity requirements?

A marriage is registered in Germany in the civil register ("Personenstandsregister"), in the category 'marriage register' ("Eheregister"), § 15 Act on Personal Status ("Personenstandsgesetz"). Divorce is registered in this register as a consecutive entry (§ 16 para. 1 no. 2 Act on Personal Status). A foreign divorce decision related to Germans with such a registration is subject to these publicity measures⁹⁷¹. There is, however, no special register for foreign divorce, only the formal recognition procedure for foreign (Non-EU) judgments according to § 107 FPA⁹⁷².

94. If yes, is registration a facultative or mandatory requirement? Who is in charge of this necessary procedure?

Registration is a facultative requirement. In charge of this necessary procedure is the Registrar of Births and Deeds ("Standesamt"). As long as there is no formal entry in a German register the former entry of a marriage will be considered as correct.

95. What are the consequences of registration or lack of registration?

The consequences of registration are that the persons involved are for example treated as divorced persons who may marry again. The consequences of a lack of registration depend on the former entry into the register. For a marriage in Germany the foreigner must present a Certificate of no-impediment to marriage ("Ehefähigkeitszeugnis"; § 1309 CC).

⁹⁶⁹ BGH 30.03.2011 I, FamRZ 2011, 788.

⁹⁷⁰ Henrich, Internationales Scheidungsrecht, 3rd. ed. 2012, no. 57.

⁹⁷¹ See No. 16.3.2 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz of 29 March 2010.

⁹⁷² Gaaz, in: Gaaz/Bornhofen, Personenstandsgesetz, 2nd. ed., 2010, § 16 PStG no. 17.

RAPPORT ANGLAIS

Laurence Francoz Terminal

Maître de conférences en droit privé à l'université Jean Moulin Lyon
3, Directrice adjointe de l'Institut de droit comparé Edouard
Lambert.

Jennifer Gracie

Solicitor spécialisée en droit de la famille, avocat communautaire au
Barreau de Lyon, ancien membre du Council of the Law Society of
England and Wales, traductrice et rédactrice, représentante de la
France au Conseil national de l'association internationale Clarity.

Les auteurs tiennent à remercier David Hodson pour avoir accepté de traiter les questions 8 à 18 et 91 à 95 du rapport. David Hodson est solicitor spécialisé dans les contentieux familiaux internationaux, arbitre et médiateur associé au International Family Law Group LLP et Deputy District judge au Principal Registry of the High Court, Londres.

I. PARTIE GÉNÉRALE

A. Droit national

1. Quelles sont les principales sources du droit (législatives et/ou jurisprudentielles) actuellement applicable au divorce ?

Les principaux textes de nature législative (*statutes et statutory instruments*) applicable en matière de mariage et divorce sont :

Statutes :

- ✓ Marriage Act 1836
- ✓ Births and Deaths Registration Act of 1836
- ✓ Maintenance Agreement Act 1957
- ✓ Divorce Reform Act 1969
- ✓ Family Law reform Act 1969
- ✓ Matrimonial Proceedings and Property Act 1970
- ✓ Matrimonial Causes Act 1973
- ✓ Matrimonial Causes Rules 1977.
- ✓ Domestic proceedings and Magistrates' Courts Act 1978
- ✓ Family Proceeding Act 1984.
- ✓ Child abduction and custody Act 1985
- ✓ Family Law Act 1986
- ✓ Family Law Reform Act 1987
- ✓ Children Act 1989
- ✓ Child Support Act 1991
- ✓ Maintenance Enforcement Act 1991
- ✓ Family Law Act 1996

- ✓ Trust of Land and Appointment of Trustees Act 1996
- ✓ Criminal Justice and Court Service Act 2000.
- ✓ Adoption and Children Act 2002
- ✓ Nationality, Immigration and Asylum Act 2002.
- ✓ Divorce (religious) Marriage act 2002
- ✓ Civil partnership Act 2004
- ✓ Children Act 2004
- ✓ Mental Capacity Act 2005.
- ✓ Human Fertilization and Embryology Act 2008
- ✓ Child Maintenance and Other Payments Act 2008.

- ✓ Family Proceedings Courts (Children Act) Rules 1991, SI 1991/ 1395
- ✓ Parental Responsibility Agreements Regulations 1994, SI 1994/3157
- ✓ Practice Direction (Family Proceedings: Case Management) [1995] 1 WLR 332
- ✓ Family Proceedings Rules 1999 SI 1999/3491
- ✓ Family Proceedings (Amendment) Rules 2003, SI 2003/184
- ✓ Marriage Act 1949 (Remedial) Order 2007, SI 2007/438
- ✓ Family Proceedings (Amendment) (No 2) Rules 2009, SI 2009/857
- ✓ Family Procedure Rules 2010, SI 2010/2955

Statutory Instruments :

- ✓ Family Procedure Rules 1991, SI 1991/1247

Liste des arrêts cités dans le rapport :

- *A v A (Minors) (Shared Residence Order)* [2004] EWHC 142.
- *A v B (Damages : Paternity)* [2007] 3 FCR 861.
- *Bellinger v Bellinger* [2001] 2 FLR 1048.
- *Birch v Birch* [1992] 1 FLR 564.
- *Buffery v Buffery* [1988] 2 FLR 365.
- *C (A Child)* [2006] EWCA Civ 235.
- *Cleary v Cleary* [1974] 1 All ER 498.
- *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.
- *Hoffman v Kreig* [1998] ECR 645.
- *Hollens v Hollens* (1971) SJ 327.
- *Hyde v Hyde & Woodmansee* LR 1 P & D 130.
- *J v V (Disclosure : Offshore Corporations)* [2001] 1 FLR 1042.
- *Katz v Katz* [1972] 3 All ER 219.
- *Kelley v Corston* [1998] QB 686.
- *Lasala v de Lasala* [1980] AC 546.
- *Livingstone-Stallard v Livingstone-Stallard* [1974] Fam 47 CA.
- *L-K v K* [2006] EWHC 153 (Fam); [2006] 2 FLR 1113.
- *MacLeod v MacLeod* [2008] UKPC 64.
- *Martin v Martin* [1977] 3 All ER 762.
- *McFarlane v Mc Farlane and Parlour v Parlour* [2004] EWCA Civ 872.
- *Mesher v Mesher and Hall* [1980] 1 All ER 126.
- *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24; [2006] 2 AC 618.
- *Nottingham CC v P* [1993] 2 FLR 134, [1994] 1 FCR 624.
- *Offord v Offord* (1982) 3 FLR 309.
- *Quoraishi v Quoraishi* [1985] FLR 780.

- *R v Secretary of State for Transport Ex p Factortame (No.4)* [1996] ECJ.
- *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 427.
- *Re A (Child of the family)* [1998] 1 FLR 347.
- *Re F* [2003] EWCA Civ 592.
- *Re G (Children) (Residence : Same-Sex partners)* 2006 FCR 681.
- *Re H (Shared Residence : Parental Responsibility)* [1995] 2 FLR 883.
- *Re L (A Child) (Contact : Domestic Violence)* [2000] 2 FCR 404.
- *Re M (A minor) (Care Order : Threshold Conditions)* [1994] 2 FLR 577, [1994] 2 FCR 871.
- *Re M (Freezing Order)* [2006] 1 FLR 103.
- *Re P (Section 91(14) Guidelines (Residence and Religious Heritage)* [1999] 2 FLR 573.
- *Re P (Terminating Parental responsibility)* [1995] 1 FLR 1048, [1995] 3 FCR 753.
- *SC (A Minor) (Leave to Seek Section 8 Orders)* [1994] 1 FLR 96.
- *Tee v Tee Hillman* [1999] 2 FLR 613.
- *Thyssen-Bornemisza v Thyssen-Bornemisza (No2)* [1985] FLR 1069.
- *Twinn v Twinn* [1992] 1 FLR 29.
- *White v White* [2001] 1 AC 596.
- *Xydhias v Xydhias* [1999] 2 All ER 386.

2. Faites un historique rapide des principales évolutions du droit du divorce dans votre pays.

Les principes applicables en la matière avant le *Matrimonial Causes Act 1857* étaient ceux du droit canon. Il est à noter que l'Eglise anglicane restait fermement opposée à l'idée d'une dissolution du mariage par opposition avec la position adoptée par l'Eglise réformée continentale, laquelle avait autorisé le divorce en cas d'adultère, d'abandon d'un des époux ou de violences à l'égard de l'épouse. Seul le divorce *a mensa et thoro* était possible, lequel ne rompait pas le lien et s'apparentait à une séparation de corps.

Le *Matrimonial Causes Act 1857* introduit donc le divorce en droit anglais et abolit le divorce *a mensa et thoro* ainsi que la compétence des juridictions ecclésiastiques en ce domaine. Une juridiction spécifique est créée : la Cour du divorce et des affaires matrimoniales (*Court for Divorce and Matrimonial Causes*), cette compétence sera par la suite transférée à la Chambre de la famille de la *High Court (High Court Family Division)*. Les causes de divorce qui sont créées par cette loi distinguent la situation de l'époux et de l'épouse. Le mari pouvait obtenir le divorce sur le fondement de l'adultère de sa femme. L'épouse pouvait obtenir le divorce sur le fondement d'un adultère aggravé (par l'inceste ou la bigamie, ou par le fait qu'il soit accompagné soit de violences physiques ou sexuelles commises sur l'épouse soit de l'abandon de cette dernière depuis plus de deux années).

Le *Matrimonial Causes Act 1923* a aligné la situation de l'épouse sur celle du mari, en lui ouvrant la possibilité d'invoquer un adultère simple pour fonder sa demande en divorce.

Le *Matrimonial Causes Act 1937* crée de nouvelles causes de divorce toutes fondées sur l'existence d'une faute conjugale, et la désignation d'un époux fautif (*guilty spouse*). Les nouvelles causes de divorces sont notamment l'abandon d'un époux depuis plus de trois ans, la cruauté ou encore le caractère incurable de l'insanité d'esprit affectant l'un des époux depuis plus de cinq ans.

Après l'échec en 1951 d'une tentative visant à instaurer le divorce sans faute, la réforme majeure en droit du divorce a eu lieu avec le *Divorce Reform Act 1969* et le *Matrimonial*

Causes Act 1973 qui ont remis à plat tout le droit du divorce. La Loi de 1969 a en apparence supprimé la faute dans le mariage en instaurant une cause unique de divorce : la rupture irrémédiable du lien matrimonial (*irretrievable breakdown of marriage*)⁹⁷³. La loi de 1973 est venue consolider le dispositif mis en place. Il est à noter cependant qu'entre 1937 et 1973 la jurisprudence avait eu l'occasion d'apprécier la notion de faute dans le mariage de manière « souple » contribuant à rendre plus floue la distinction entre époux fautif et époux sans reproche (*innocent spouse*) élaborée par la doctrine fondée sur la faute conjugale (*matrimonial offences doctrine*). La réforme n'a cependant pas permis, en pratique, d'évincer totalement la faute, dans la mesure où, nous le verrons plus loin, celle-ci est débattue au regard des causes invoquées pour prouver la rupture irrémédiable du mariage⁹⁷⁴. Aussi, vingt ans après la réforme la question de la faute dans le divorce s'est à nouveau posée en droit anglais. L'objectif du *Family Law reform Act de 1996*, en supprimant le renvoi systématique à des causes de rupture, était de pacifier la procédure de divorce. Les époux étaient invités à faire une déclaration de rupture irrémédiable après avoir pris un temps de réflexion au cours duquel la médiation familiale était promue. Cependant les conditions de ce recours à la médiation n'ont pas été définies par le législateur et le coût de cette réforme a eu un effet dissuasif quant à sa mise en œuvre. En 2001 les textes de nature réglementaires qui auraient permis l'entière mise application de cette loi n'avaient toujours pas été adoptés et le Gouvernement a émis le souhait que certaines parties de cette loi soient abrogées par le Parlement afin de faciliter sa mise en application. Aujourd'hui cette loi n'a toujours pas été retravaillée, et la partie II de la loi relative au divorce n'est jamais entrée en vigueur. Certains auteurs considèrent cette loi comme ayant été « abandonnée »⁹⁷⁵. Le droit anglais du divorce est donc toujours régit à l'heure actuelle par les lois de 1969 et 1973.

3. Existe-t-il à l'heure actuelle un projet de réforme en la matière ?

Deux projets de réforme des dispositions applicables aux conventions matrimoniales sont actuellement à l'étude. Les deux ont donné lieu à la réalisation d'un rapport par la *Law Commission* qui est en charge de proposer des réformes au Gouvernement.

Le premier : *Marital Property Agreements* remis le 11 avril 2011 fait un certain nombre de propositions en vue d'une réforme des conventions matrimoniales qu'elles soient anté nuptiales, passées durant le mariage ou au moment de la séparation. Le rapport est disponible en ligne : <http://lawcommission.justice.gov.uk/consultations/marital-property-agreements.htm>

Le second : *Matrimonial Property, Needs and Agreements* remis le 11 décembre 2012 vient compléter le premier rapport en ajoutant des propositions relatives aux biens propres des époux. Le rapport est disponible en ligne :

http://lawcommission.justice.gov.uk/consultations/matrimonial_property.htm

Par ailleurs, le 24 juillet 2012, David Cameron a annoncé aux médias son intention d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels d'ici 2015.

⁹⁷³ *Family Law reform Act 1969* section 1.

⁹⁷⁴ *Family Law reform Act 1969* section 2(1).

⁹⁷⁵ J. Herring, *Family law*, Longman Law series, Pearson, 5^e éd. 2011, p. 147. Nous retrouvons l'usage du même terme chez A. Bainham, *Children. The Modern Law*, 3^e éd. 2005, p. 143.

4. Le divorce est-il le seul moyen de rompre le mariage ou existe-t-il une/des possibilité(s) de rupture *a minima* (séparation de corps...) ?

En Angleterre, le mariage prend fin par le divorce et le *civil partnership* homosexuel par une ordonnance de rupture (*order for dissolution* dit *Final Order*). Pour ces deux formes d'union un assouplissement du lien sans le rompre est organisé.

Il est possible pour des époux qui seraient opposé divorce pour des raisons religieuses ou personnelles d'obtenir une ordonnance de séparation (*Judicial Separation Order*)⁹⁷⁶.

Cette ordonnance peut également être obtenue par un couple homosexuel uni par un partenariat civil.

Cette ordonnance est demandée sur le même fondement que le divorce ou le *Final order* : la rupture irrémédiable du lien matrimonial. Elle a pour effet de mettre un terme à l'obligation de cohabitation entre époux/partenaires et permet au juge de rendre des ordonnances visant à organiser la situation patrimoniale du couple séparé.

Cette ordonnance de séparation n'affecte pas les droits successoraux entre conjoints/partenaires, ni les droits à pension de retraite après décès de l'un ou de l'autre.

5. Donnez les statistiques générales en matière de divorce et de séparation de corps.

Selon les statistiques 2009 du ministère de la justice, 214 ordonnances de séparation (*Judicial Separation orders*) ont été rendues en 2008, ce qui en fait un mode d'organisation de la séparation conjugale très peu utilisé en Angleterre et Pays de Galles.

Selon les statistiques du Bureau des statistiques nationales (*Office for National Statistics*)⁹⁷⁷, 119589 divorces ont été prononcés en 2010, ce qui établit le taux de divorce parmi la population des couples mariés à 11,1 pour 1000.

6. Votre droit admet-il le mariage entre personnes de même sexe (ou le partenariat enregistré entre personnes de même sexe) ? Si oui, les causes et procédures de rupture de l'union sont-elles les mêmes que pour les couples hétérosexuels ?

Le mariage n'est pas ouvert aux couples homosexuels, cependant le *Civil Partnership Act 2004*, qui est entré en vigueur le 5 décembre 2005, a offert à ces couples la possibilité d'enregistrer un partenariat (*civil partnership*). Le partenariat civil produit quasiment tous les effets du mariage⁹⁷⁸. À la différence du Pacs en droit français, cette union est exclusivement réservée aux couples homosexuels.

Tout comme le mariage le partenariat civil peut être annulé⁹⁷⁹. La procédure d'annulation est identique à celle applicable au mariage, cependant la non consommation du partenariat ainsi que l'affection par une maladie sexuelle transmissible ne sont pas des causes de nullité du partenariat, alors qu'elles le sont pour le mariage.

⁹⁷⁶ Sections 17 et 18 du *Matrimonial Causes Act 1973*.

⁹⁷⁷ <http://www.ons.gov.uk>.

⁹⁷⁸ La Cour d'Appel (*Court of Appeal*) dans un arrêt *Re G (Children) (Residence : Same-Sex partners) 2006 FCR 681*, a jugé que le partenariat civil ne permettait pas à la partenaire d'une femme ayant bénéficié d'une assistance médicale à la procréation d'être déclarée parent légal de l'enfant, à la différence de l'époux dans les mêmes circonstances.

⁹⁷⁹ Sections 49 et 50 du *Civil Partnership Act 2004*.

Le partenariat civil prend également fin au décès de l'un ou l'autre des partenaires ou par une ordonnance de présomption de décès⁹⁸⁰.

Le partenariat civil peut également être dissout par une ordonnance de dissolution (*order for dissolution* dit *Final order*)⁹⁸¹ qui produit des effets identiques au divorce. Une cause unique de dissolution existe, la rupture irrémédiable du lien. Cependant, à la différence du divorce, l'adultère ne peut être invoqué comme cause de rupture irrémédiable. Cette cause ne figure pas au titre des motifs de rupture⁹⁸².

B. Droit international privé

7. Comment est défini le mariage dans votre droit national ?

Selon l'arrêt de principe en la matière *Hyde v Hyde & Woodmansee* (1866)⁹⁸³ : « le mariage est l'union pour la vie volontairement consentie par un homme et une femme, à l'exclusion de tout autre »⁹⁸⁴. Cette définition légale du mariage, renvoie au caractère hétérosexuel de l'institution et fonde l'interdiction du mariage homosexuel en Angleterre.

Plus récemment, dans l'arrêt *Bellinger v Bellinger* [2001]⁹⁸⁵ le mariage a été défini par Lord Justice Thorpe comme « un contrat choisi par les parties mais réglementé par l'État tant dans sa formation que dans sa dissolution par le divorce, parce qu'il produit des effets sur l'état de la personne duquel dépendent différentes prétentions, avantages et obligations »⁹⁸⁶. Si la référence à la différence de sexes entre époux n'a pas été reprise dans cette affaire, elle a néanmoins été récemment encore réaffirmée dans l'arrêt *Ghaidan v Godin-Mendoza*⁹⁸⁷ où il a été jugé que « le mariage est l'union au regard du droit d'un homme et d'une femme. (...) Il est une relation légale entre personnes de sexe opposé »⁹⁸⁸. Le débat entre mariage-contrat et mariage-institution existe également Outre-Manche et dans une très importante affaire *Radmacher v Granatino*⁹⁸⁹, Lady Hale a synthétisé la position du droit anglais de la manière suivante : « *le mariage est évidemment un contrat, dans le sens où chacune des parties doit être d'accord pour le conclure et une fois conclu les deux sont liées par des obligations légales. Mais il est aussi un état ce qui signifie deux choses. Premièrement, les parties ne sont pas entièrement libres de déterminer quelles seront ses conséquences légales à leur égard. Elles contractent dans le cadre légal déterminé par l'État. Deuxièmement, leur mariage produit aussi des conséquences légales à l'égard des tiers et de l'État* »⁹⁹⁰.

⁹⁸⁰ Section 55 du *Civil Partnership Act 2004*.

⁹⁸¹ Section 44 du *Civil Partnership Act 2004*.

⁹⁸² Section 44(5) du *Civil Partnership Act 2004*.

⁹⁸³ *Hyde v Hyde & Woodmansee* LR 1 P & D 130.

⁹⁸⁴ « Marriage is the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others », *Hyde v Hyde & Woodmansee* (1866) LR 1 P & D 130 Lord Penzance p. 133.

⁹⁸⁵ *Bellinger v Bellinger* [2001] 2 FLR 1048.

⁹⁸⁶ « A contract for which the parties elect but which is regulated by the state, both in its formation and in its termination by divorce, because it affects status upon which depend a variety of entitlements, benefits and obligations » *Bellinger v Bellinger* [2001] 2 FLR 1048 para. 128.

⁹⁸⁷ *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

⁹⁸⁸ « Marriage is the lawful union of a man and a woman. (...) It is legal relationship between persons of opposite sex » *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

⁹⁸⁹ *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 427.

⁹⁹⁰ « Marriage is of course a contract, in a sense that each party must agree to enter it and once entered both are bound by its legal consequences. But it is also a status, this means two things. First the parties are not entirely free to determine all its legal consequences for themselves. They contract into the package which the law of the land lays down.

B1. Causes de divorce

a) Rome 3 est applicable

Rome 3 n'est pas applicable à l'Angleterre.

8. Au regard des articles 5 (choix de la loi applicable par les époux) et 7 (validité formelle d'un tel accord sur la loi applicable) du règlement Rome III, quelles sont les conditions de forme imposées par votre droit national pour le choix de la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps ?
9. Au regard de l'article 13 du règlement Rome III, les mariages suivants sont-ils reconnus dans votre droit national comme mariage ? 1° mariage de personnes de même sexe célébré valablement à l'étranger ; 2° mariage privé ; 3° mariage polygame...

b) Rome 3 n'est pas applicable

10. Quelle est la loi applicable au divorce (*lex fori*, loi nationale commune, loi du domicile commun ou de dernier domicile commun...) ? La règle de conflit nationale désigne-t-elle parfois le droit étranger ?

L'Angleterre applique toujours la loi du For. Cependant, lorsqu'un conflit apparaît entre le droit anglais et le droit de l'Union européenne, le droit européen l'emportera sur l'application du droit anglais et ce y compris si la norme de droit anglais a été adoptée après la norme européenne⁹⁹¹.

11. Quelle place est faite à la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable ?

Les parties ne peuvent déterminer la loi applicable au divorce.

12. Si les parties peuvent choisir la loi applicable, comment s'exprime ce choix et à quel moment peut-il être formulé ?

Les parties ne peuvent déterminer la loi applicable au divorce.

B2. Effets du divorce

13. Quelle est la loi applicable aux conséquences pécuniaires du divorce (pensions, prestations, dommages intérêts etc) ? Règles de droit interne, règlement européen, convention internationale ?

Les principes de droit européen sont applicables en droit anglais. Sont notamment applicables le Règlement (CE) n° 2201/2003 Bruxelles II bis relatif à la compétence, la

Secondly, their marriage also has legal consequences for other people and for the State» *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 427 paragraphe 132.

⁹⁹¹ *R v Secretary of State for Transport Ex p Factortame (No.4)* [1996] ECJ.

reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale ainsi que le Règlement (CE) n° 4/2009 relatif aux obligations alimentaires. Le droit interne applicable est contenu principalement dans le *Matrimonial Causes Act 1973* le *Children Act 1989*, et la jurisprudence nationale (*case law*).

14. Quelle est la loi applicable à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux (régimes matrimoniaux etc.) ?

La partie II du *Matrimonial Causes Act 1973*.

15. Quelle est la loi applicable à la responsabilité parentale ?

Le *Children Act 1989*.

**16. Quelle est la loi applicable aux obligations alimentaires entre parents et enfants ?
Règles de droit interne, règlement européen, convention internationale ?**

Les principales dispositions applicables aux pensions alimentaires en faveur de l'enfant sont organisées par le *Child Support Act 1991*. Celles applicables aux pensions alimentaires et réallocation des biens dans les procédures familiales sont organisées par le *Matrimonial Causes Act 1973*. Celles applicables aux pensions et versements en capital (*lump sum*) ordonnés en cours de mariage sont organisées par le *Domestic Proceedings and Magistrates Courts Act 1978* et celles relatives aux aides financières (*financial relief*) sont organisées par la section 15 et du Schedule 1 du *Children Act 1989*.

B3. Office du juge (ou de toute autre autorité compétente)

17. Le juge doit-il rechercher et appliquer d'office la règle de conflit de lois relative au divorce ?

Non le juge n'est pas tenu de le faire

18. Si la règle de conflit nationale renvoie parfois au droit étranger, quel est l'office du juge en matière de droit étranger ? Est-il tenu de le rechercher d'office ? Comment peut-être établi le contenu de la loi étrangère ?

Les instances familiales en droit anglais, comme l'ensemble des procédures, reposent sur un mode de fonctionnement accusatoire. Le juge ne procédera que très rarement à des investigations. Il s'en remet aux avocats des parties pour soulever, constater ou faire valoir l'application ou le contenu d'une disposition de droit étranger.

II. LE DROIT MATERIEL

A. Les causes de divorce

19. Le mariage doit-il avoir duré pendant un temps minimum avant que le divorce puisse être demandé ?

En vertu de la section 3 du *Matrimonial Causes Act 1973*⁹⁹², une demande en divorce ne peut être introduite durant la première année du mariage, cependant les événements qui se sont déroulés pendant cette période de temps pourront être invoqués pour soutenir une demande ultérieure.

20. La perte de capacité juridique d'un époux (régime de protection juridique, aliénation mentale...) a-t-elle une incidence sur sa capacité à introduire une demande en divorce ou à être défendeur à une telle demande ?

Le *Mental Capacity Act 2005* organise les modalités de la représentation d'une personne qui se trouverait de manière temporaire ou permanente dans l'incapacité de prendre certaines décisions pour elle-même⁹⁹³. Cette loi prévoit dans ce cas la possibilité pour un tiers, membre de la famille ou professionnel désigné, de se voir nommer représentant de la personne (*deputy*) pour la réalisation ponctuelle d'actes que cette personne ne serait plus en capacité de faire. Cette personne ne perd pas corrélativement sa capacité juridique dans la mesure où elle reste capable de réaliser tous les autres actes. L'ordonnance rendue par la *Court of Protection*, exclusivement compétente en la matière, désignera les actes ou le type d'actes pour lesquels le *deputy* est investi d'un pouvoir de représentation.

Si aucun proche de la personne ne peut assurer cette représentation les services de l'*Official solicitor*⁹⁹⁴ prendront le relais et organiseront la désignation d'un *litigation friend* chargé de représenter la personne protégée.

En effet, dans le cadre d'une instance la personne qui souffre d'une altération de ses facultés mentales devient une partie protégée (*protected party*) dont la représentation en justice est assurée en vertu de la Partie 21 du *Civil Procedure Rules*. En vertu de la règle de procédure 21.2 (1) une partie protégée doit être représentée en justice en demande et en défense par un *litigation friend*. A la différence de l'*Official solicitor* qui par nature est compétent pour représenter l'incapable à l'instance, le représentant du majeur protégé (*deputy*) peut exercer les fonctions de *litigation friend* si l'ordonnance qui le désigne le prévoit⁹⁹⁵. A défaut, il devra demander spécifiquement au juge à être désigné par ordonnance judiciaire. Si le *deputy* est le conjoint actuel de la partie protégée, en raison de l'opposition d'intérêts qui existe entre eux, il ne peut être désigné en qualité de *litigation friend*⁹⁹⁶, un tiers devra donc être désigné par ordonnance judiciaire selon les modalités prévues par la règle 21.6 des règles de procédure civile (*Civil procedure rules*).

⁹⁹² Tel qu'amendé par le *Family Proceeding Act 1984*.

⁹⁹³ Les conditions dans lesquelles une personne est considérée comme relevant de cette loi sont visées aux sections 2(1) et 3 du *Mental Capacity Act 2005*.

⁹⁹⁴ L'*Official Solicitor* est rattaché au Ministère de la justice. Il a pour mission d'assurer la représentation en justice des personnes les plus vulnérables du royaume laissées sans représentation et donc sans accès au juge. Il intervient principalement pour le compte de majeurs protégés isolés et de mineurs isolés.

⁹⁹⁵ Règle 21.5(2) *Civil Procedure Rule*.

⁹⁹⁶ Règle 21.4(3)(b) *Civil Procedure Rule*.

En vertu de la règle de procédure 21.3(2), la partie demanderesse ne peut, sauf autorisation judiciaire, introduire une action en justice à l'encontre d'une partie protégée, et pour ce qui nous intéresse une demande de divorce, avant qu'un *litigation friend* ait pu être désigné⁹⁹⁷. Le *Mental Capacity Act 2005* exclut expressément le divorce pour cause de séparation depuis plus de deux ans⁹⁹⁸, des décisions qu'un *deputy* peut être autorisé à prendre à l'égard d'une personne qui se trouve, au regard de cette loi, dans l'incapacité de prendre des décisions pour elle-même.

21. Existe-t-il une cause unique ou des causes multiples de divorce dans l'État ?

Il n'existe qu'une seule cause de divorce (*ground for divorce*) en Angleterre. En vertu de la section 1(1) du *Matrimonial Causes Act 1973* une demande en divorce peut être présentée par l'une ou l'autre des parties au motif de la rupture irrémédiable du lien matrimonial.

Si le droit de l'État ne connaît qu'une seule cause de divorce (rupture irrémédiable du lien matrimonial) répondre aux questions en A1, si le droit de l'État connaît des causes multiples de divorce répondre aux questions en A2

A1. Le divorce pour altération définitive du lien matrimonial (irretrievable breakdown of marriage)

22. Sur quels fondements l'altération définitive du lien matrimonial est-elle établie ?

Les raisons pour lesquelles un mariage est considéré comme irrémédiablement rompu ont été posées par la section 1(2) du *Matrimonial Causes Act 1973*.

En vertu de cette disposition le juge saisi d'une demande en divorce ne doit pas considérer que le lien matrimonial est irrémédiablement rompu à moins que ne soit établi de manière alternative :

(a) que le défendeur a commis un adultère et qu'il est intolérable pour le demandeur de continuer à vivre avec le défendeur. Les conditions posées ici sont cumulatives et l'appréciation du caractère intolérable de la vie commune est d'appréciation subjective. Depuis l'affaire *Cleary v Cleary [1974]*⁹⁹⁹, il est cependant établi que les raisons pour lesquelles la vie commune est devenue intolérable pour le demandeur peuvent être distinctes de l'adultère. En tout état de cause si les parties ont continué à vivre ensemble pendant six mois après les faits, la preuve de la rupture ne peut plus être rapportée sur le fondement de l'adultère¹⁰⁰⁰

(b) que le défendeur a eu un comportement tel qu'il ne peut raisonnablement pas être attendu du demandeur qu'il continue à vivre avec le défendeur. C'est la cause de rupture qui est la plus souvent soulevée en pratique (voir statistiques *infra*). Il appartient au demandeur d'établir que le défendeur a eu un comportement qui peut être objectivement considéré

⁹⁹⁷ La désignation par ordonnance judiciaire doit être effectuée selon les modalités prévues par la règle de procédure 21.6 *Civil Procedure Rule*.

⁹⁹⁸ Section 27(1)(c) du *Mental Capacity Act 2005*. Les conditions dans lesquelles une personne est considérée comme relevant de cette loi sont visées à la section 2(1).

⁹⁹⁹ *Cleary v Cleary [1974] 1 All ER 498*.

¹⁰⁰⁰ Section 2(1) du *Matrimonial Causes Act 1973*.

comme déraisonnable¹⁰⁰¹. Le comportement de chacun est analysé et une réponse déraisonnable à un acte déraisonnable peut faire échec à la demande en divorce¹⁰⁰². La jurisprudence est abondante et couvre les faits les plus futiles de la vie ordinaire¹⁰⁰³ comme les actes les plus graves commis à l'encontre de l'autre époux¹⁰⁰⁴. Il n'est pas ici question de rechercher la faute de l'autre époux, et le fait que ce dernier n'ait pas conscience de son comportement en raison d'une maladie par exemple n'a aucune incidence¹⁰⁰⁵. Comme pour l'adultère, le fait que les parties aient continué de vivre ensemble sur une période de temps continu ou cumulé de plus de six mois après le fait reproché, fait obstacle à ce fait puisse être pris en considérations dans l'appréciation de cette cause de rupture¹⁰⁰⁶.

(c) que le défendeur a abandonné le domicile conjugal depuis une période continue d'au moins deux ans immédiatement précédant la demande. L'abandon d'un époux par l'autre consiste en une « rupture injustifiable de la vie commune » (*unjustifiable withdrawal from cohabitation*)¹⁰⁰⁷, permanente et imposée à l'autre époux. Cette cause est l'une des plus rarement invoquée en pratique (voir statistiques *infra*).

(d) que les parties vivent séparées depuis une période supérieure à deux ans immédiatement précédant la demande, et que le défendeur ne s'oppose pas au divorce. Cette cause de rupture irrémédiable du lien, sur le fondement de la séparation, est celle qui permet en droit anglais le divorce par consentement mutuel. Le comportement des époux n'est pas discuté devant le juge. Si la section 2(6) du *Matrimonial Causes Act 1973* prévoit l'exigence d'une séparation des foyers des époux, la jurisprudence a eu l'occasion de juger que la séparation était prouvée dès lors qu'il était établi que bien que vivant sous le même toit, les époux ne dormaient plus ensemble, ne mangeaient plus ensemble ni ne se parlaient¹⁰⁰⁸. Les périodes de reprise de la vie commune n'impactent pas la computation du délai de deux ans dans la mesure où elles couvrent, en temps continu ou cumulé, une période inférieure à six mois¹⁰⁰⁹.

(e) que les parties vivent séparés depuis une période supérieure à cinq ans immédiatement précédant la demande. La seule preuve de la durée de séparation est suffisante pour constater la rupture, le comportement des époux ne sera pas examiné par le juge. La rupture irrémédiable du lien matrimonial sera constatée et permettra le prononcé du divorce, même si l'un des époux s'oppose au principe du divorce. Cette disposition fut l'une des plus

¹⁰⁰¹ Dans l'affaire *Livingstone-Stallard v Livingstone-Stallard* [1974] Fam 47 CA Justice Dunn a posé le test suivant « Au vu des circonstances de l'affaire, du caractère et de la personnalité des parties, une personne raisonnable viendrait-elle à conclure que [en l'espèce] l'époux s'est comporté d'une manière telle qu'il ne peut raisonnablement pas être attendu de l'épouse qu'elle continue de vivre avec lui ». « *Would any right thinking person come to the conclusion that this husband has behaved in such a way that this wife cannot reasonably be expected to live with him, taking into account the whole of the circumstances and the character and personalities of the parties?* ». La position a été reprise par la suite voir notamment *Birch v Birch* [1992] 1 FLR 564.

¹⁰⁰² J. Herring, *op. cit.*, p. 112.

¹⁰⁰³ *Livingstone-Stallard v Livingstone-Stallard* [1974] Fam 47 CA.

¹⁰⁰⁴ Il est communément admis que la violence conjugale permettra à l'époux victime de prouver la rupture du lien sur le fondement du comportement rendant impossible la continuation de la vie commune.

¹⁰⁰⁵ *Katz v Katz* [1972] 3 All ER 219.

¹⁰⁰⁶ Section 2(3) du *Matrimonial Causes Act 1973*.

¹⁰⁰⁷ J. Herring, *op. cit.*, p. 113. Si l'abandon est justifié il ne peut être invoqué comme cause de divorce voir notamment *Quoraishi v Quoraishi* [1985] FLR 780, où l'abandon du domicile conjugal par l'épouse a été justifié par l'arrivée au foyer d'une seconde épouse.

¹⁰⁰⁸ *Hollens v Hollens* (1971) SJ 327.

¹⁰⁰⁹ Section 2(5) du *Matrimonial Causes Act 1973*.

controversées lors de la réforme. Cependant la section 5 de loi de 1973 prévoit que cette demande peut néanmoins être défendue en invoquant les importantes difficultés financières ou l'exceptionnelle dureté (*hardship*) que la rupture du mariage occasionnerait chez le défendeur.

Il appartient au juge d'apprécier la réalité des éléments avancés pour soutenir la preuve de rupture¹⁰¹⁰. Si aucun de ces cinq motifs de rupture n'est établi, le juge ne pourra pas prononcer le divorce¹⁰¹¹. Cependant certains praticiens constatent que cette vérification par le juge n'est faite en pratique que si la demande en divorce est défendue. La demande en divorce peut être alors analysée comme une présomption simple de preuve de rupture. Si la demande est acquiescée par le défendeur la vérification de la réalité des faits allégués n'aura pas lieu¹⁰¹². Cette situation équivaut pour certains auteurs à ouvrir la voie à une forme de divorce à la demande, dans la mesure où en pratique une majorité de demande sont acquiescées par la partie adverse¹⁰¹³.

23. Donnez les statistiques les plus récentes (si elles existent) relatives nombre de demandes présentées sur chaque fondement.

Selon les chiffres 2010 du Bureau des Statistiques Nationales¹⁰¹⁴ le nombre de demandes en fonction des différentes causes permettant d'établir une rupture irrémédiable du lien matrimonial sont répartis comme suit :

Causes	Demande présentée par l'épouse	Demande présentée par l'époux	Total	Pourcentage
Total	79124	40301	119425	100
Adultère	12150	6595	18745	15,70
Comportement	43186	14516	57702	48,32
Abandon du domicile conjugal	276	274	490	0,41
Séparation consentie depuis plus de 2 ans	16966	12897	29863	25
Séparation depuis plus de 5 ans	6430	6016	12446	10,42
Autres	116	63	179	0,15

Tableau établi au vu des données fournies par le site, le calcul du total et des pourcentages a été réalisé par le rapporteur

¹⁰¹⁰ Section 1(3) du *Matrimonial Cause Act 1973*.

¹⁰¹¹ *Buffery v Buffery* [1988] 2 FLR 365.

¹⁰¹² Voir en ce sens J. Herring, *op. cit.*, p. 110.

¹⁰¹³ *Ibidem*

¹⁰¹⁴ Source « Divorce rates data, 1858 to now: why are divorces going up? » *The guardian*. www.guardian.co.uk/news/datablog/2010/jan/28/divorces-rates-marriage-ons#data [page consultée le 21/07/2012].

24. Dans les motifs de rupture, quelle est la place faite au consentement mutuel des époux ?

Le divorce par consentement mutuel n'existe pas en tant que tel en Angleterre. Cependant, le divorce pour cause de séparation de plus de deux ans avait été imaginé comme la forme de divorce par consentement mutuel au moment de la réforme.

25. En cas de consentement mutuel des époux, la requête doit-elle être présentée par les deux époux agissant ensemble ou est-il possible pour l'autre d'accepter le principe du divorce en cours d'instance ?

En droit anglais le divorce est toujours demandé par l'un des époux contre l'autre. La possibilité d'une demande conjointe n'existe pas¹⁰¹⁵.

Cependant, la demande présentée peut être acquiescée par l'autre, et il est tout à fait possible en pratique que l'absence d'opposition à la demande soit un indicateur d'un consentement mutuel des époux au divorce.

Il est important de noter que le ministère d'avocat n'est pas obligatoire dans les procédures de divorce en Angleterre. Cependant si les parties font le choix d'être représentées par un avocat, la pratique refuse que ce par un avocat unique. En effet, les règles de déontologie applicables prévoient que si un conflit d'intérêts survient entre les clients en cours d'instance, leur avocat unique doit se dessaisir du dossier¹⁰¹⁶. La spécificité de la procédure de divorce rend inévitable l'existence d'un tel conflit d'intérêts, aussi en pratique les avocats refusent la représentation unique lorsqu'elle leur est demandée par leurs clients. Les époux font donc indépendamment l'un de l'autre le choix de prendre ou non un avocat. En pratique il arrive que dans certaines procédures l'un des époux seulement soit représenté à l'instance en divorce.

26. En cas de consentement mutuel, les époux doivent-ils également être d'accord sur les effets du divorce ou bien le juge dispose-t-il du pouvoir de statuer sur les effets ?

Quel que soient les motifs invoqués pour prouver la rupture irrémédiable du lien matrimonial, les époux sont invités à s'entendre sur toutes les conséquences de la rupture, afin notamment d'accélérer la procédure. La médiation familiale est promue par le *Family Law Act 1996*¹⁰¹⁷.

En tout état de cause le juge dispose du pouvoir de statuer sur les conséquences du divorce, au mépris parfois des conventions matrimoniales antérieurement passées. Dans la très récente affaire *Radmacher v Granatino* [2010]¹⁰¹⁸, il a été réaffirmé « *qu'il appartenait à la Cour et non à un accord antérieur passé entre les parties de déterminer les mesures appropriées visant à organiser les conséquences financières du divorce, ce pouvoir ayant été conféré au juge par la Loi* »¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁵ Voir Annexe I - Formulaire de demande en divorce (D8 form) et notamment la partie 5

¹⁰¹⁶ Chapitre 3 du *Solicitors Regulation Authority Code of Conduct 2011*.

¹⁰¹⁷ Voir notamment la section 13.

¹⁰¹⁸ *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 427.

¹⁰¹⁹ « *It is the Court and not any prior agreement between the parties, that will determine the appropriate ancillary relief when a marriage comes to an end, for that principle is embodied in the legislation* » *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 427, para. 7.

27. Dans les motifs de rupture, une place est-elle faite à la notion de faute dans la relation conjugale ? Si oui, dans quelle mesure la faute demeure-t-elle prise en compte au titre des motifs de rupture ?

Dans les motifs de la rupture une part très importante est laissée à la faute en droit anglais. En effet nous retrouvons la notion de faute dans les trois premières causes de ruptures : l'adultère, le comportement du conjoint rendant irraisonnable la poursuite de la vie commune et l'abandon du domicile conjugal. Malgré l'abandon de la faute au titre des motifs du divorce cette notion est présente dans l'examen des motifs de rupture irrémédiable du lien matrimonial. Toutes causes confondues, la notion de faute intervient aujourd'hui dans 64,43 % des demandes en divorce.

28. Dans les motifs de rupture, quelle place est faite à la séparation des époux ?

La séparation des époux constitue la seconde cause permettant d'établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial. Toute durée confondue elle représente 35,42 % des demandes.

a) La séparation est-elle suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ?

La séparation est suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial.

b) Combien de temps la séparation doit-elle avoir duré avant de pouvoir être invoquée ? La période doit-elle être continue ?

Si les deux époux sont d'accord pour divorcer la séparation doit avoir duré au minimum deux années. Si les deux époux s'opposent sur le principe du divorce la durée minimum de la séparation est portée à cinq années. La période de séparation doit immédiatement précéder la demande en divorce.

La computation de la durée de ces deux périodes n'est pas interrompue par un ou des temps de reprise de la vie commune dès lors que ceux-ci n'excèdent pas six mois en temps continu ou cumulés. Les périodes de réconciliation d'une durée supérieure à six mois reportent d'autant le délai avant lequel le divorce pourra être prononcé au vu de la séparation des époux.

A2. Le divorce pour causes multiples

La partie A2 du questionnaire ne s'applique pas à l'Angleterre.

29. Donnez les statistiques les plus récentes (si elles existent) sur le nombre de demandes introduites sur le fondement de chacune des différentes causes de divorce.

a. Le divorce par consentement des époux

30. Le divorce par consentement existe-t-il à titre autonome ou est-il une forme du divorce pour altération définitive du lien matrimonial ?

31. Les époux doivent-ils être séparés avant d'introduire la demande ? Si oui depuis combien de temps ?
32. Cette cause de divorce implique-t-elle que la requête soit présentée par les deux époux agissant ensemble ou comprend-elle également la possibilité pour l'autre d'accepter le principe du divorce en cours d'instance ?
33. Dans le cadre de cette procédure, les époux doivent-ils également être d'accord sur les effets du divorce ou bien le juge dispose-t-il du pouvoir de statuer sur les effets ?

b. Le divorce pour altération définitive du lien matrimonial

34. Sur quels fondements l'altération définitive du lien matrimonial est-elle établie ?
35. Dans cette procédure quelle est la place laissée au consentement mutuel des époux ?
36. Dans cette procédure, quelle place est laissée la séparation des époux ?
 - a) La séparation est-elle suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ?
 - b) Combien de temps la séparation doit-elle avoir duré avant de pouvoir être invoquée ? La période doit elle être continue ?
37. Une demande initiale de divorce pour altération définitive du lien matrimonial peut-elle être convertie en divorce par consentement ou en divorce pour faute ? Si oui, quelles sont les passerelles possibles ?

c. Le divorce pour faute

38. Quelles sont les fautes qui peuvent être invoquées au soutien d'une demande en divorce ?
39. Existe-t-il des exigences spécifiques relatives à la preuve de la faute ?
40. Le juge dispose-t-il d'une marge de manœuvre pour décider d'un partage des torts bien que la faute ne soit invoquée que par l'un des époux ?
41. La réconciliation des époux a-t-elle un impact sur la possibilité d'invoquer au titre de la faute un comportement antérieur à la réconciliation ?
42. La faute dans le mariage peut-elle engager la responsabilité civile de son auteur et permettre à la victime d'obtenir des dommages et intérêts ? Si oui s'agit-il d'une action spécifique distincte des règles de responsabilité civile de droit commun ?

B. Les effets du divorce

43. Les époux disposent-ils de la possibilité de régler les effets du divorce (et aussi la date d'effet du divorce) au moyen d'une convention ?

Il existe quatre types de conventions matrimoniales en Angleterre (*nuptial* ou *matrimonial agreements*) :

- La convention matrimoniale en vue du mariage (*ante-nuptial* ou *pre-nuptial agreement*) ;
- La convention matrimoniale passée en cours de mariage (*post-nuptial agreement*) ;
- La convention matrimoniale passée en vue de la séparation du couple ou de l'organisation de ses conséquences (*separation agreement*) ;
- La convention matrimoniale en vue d'organiser les conséquences financières du divorce (*draft consent order*).

Ces conventions n'ont pas toutes pour effets direct de régler les effets du divorce mais seront toutes prises en compte par le juge au moment de statuer sur les conséquences du divorce en vertu de la section 25(1) du *Matrimonial Causes Act 1973*. Elles ont donc un impact direct ou indirect sur ses effets :

- Avant le mariage, les futurs époux ont la possibilité de conclure une convention matrimoniale (*ante-nuptial agreement* ou *pre-nuptial agreement*, les deux termes s'emploient indistinctement). Cette convention permet notamment de limiter les droits et prétentions du futur conjoint, dont la situation patrimoniale est moins avantageuse, sur le patrimoine de l'autre au moment du divorce.

La question de savoir si ces conventions anté-nuptiales peuvent avoir pour effet de limiter les droits des créanciers éventuels de l'un des membres du couple est posée en droit anglais et n'a pas été résolue dans l'arrêt de principe *Radmacher v Granatino* [2010]¹⁰²⁰.

- Pendant le mariage, les époux peuvent passer une convention matrimoniale (*post nuptial agreement*). Cette convention peut également être passée au moment d'une séparation conjugale, hors procédure de divorce (*Deed of separation*). Aucune disposition ne vient limiter la capacité des époux unis ou séparés de passer une convention organisant leur patrimoine et leurs obligations financières respectives. Le *Deed of separation* peut être conclu en vue de la séparation ou postérieurement, il a généralement pour objectif d'organiser les moyens de subsistance de l'époux qui se trouve dans une situation financière moins avantageuse. Le *Deed of separation* est un acte réalisé devant témoin et contresigné par ce dernier, cependant il ne prend pas la forme d'un acte authentique. Le témoin sera choisi par les époux. Le *Deed of separation* permet également de constater la date de séparation du couple et permet d'ouvrir la période de deux ans, à l'issue de laquelle l'un des époux initiera une procédure de divorce pour rupture irrémédiable en raison d'une séparation de deux ans. Le *Deed of separation* permet également aux époux de convenir de celui d'entre eux qui initiera la procédure. Il est possible de joindre au *Deed of separation* le projet d'ordonnance organisant les conséquences du divorce, qui sera présenté au tribunal au commencement de la procédure pour homologation.

- Pendant la procédure de divorce, les époux peuvent mettre en application le *Deed of separation* qu'ils peuvent avoir déjà signé (voir *supra*). Si ce n'est pas le cas les époux peuvent organiser les conséquences financières du divorce au moyen d'une convention qui sera présentée au tribunal pour homologation (*Draft consent order*) au plus tôt après la délivrance du *Decree Nisi*. Le *Draft consent order* permet de régler à l'amiable les conséquences patrimoniales et financière du divorce et d'éviter la procédure contentieuse d'*ancillary relief*.

44. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur la convention passée par les époux ?

Le juge dispose d'un pouvoir de contrôle sur l'ensemble des conventions entre époux, qu'elles soient conclues avant le mariage, pendant le mariage, au moment de la séparation ou au moment du divorce. Aucun de ces accords entre époux ne permet de limiter le pouvoir discrétionnaire du juge d'en modifier les termes au moment de la séparation ou du divorce. Le juge est dans l'obligation de contrôler ces accords et de les évaluer au regard des directives légales posées par la section 25 du *Matrimonial Causes Act 1973*.

¹⁰²⁰ *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 427.

L'affaire *McLeod v McLeod*¹⁰²¹, a unifié les différentes méthodes d'appréciation et de contrôle judiciaire de ces différentes formes de conventions (à l'exception du *Draft consent order*). Désormais, le juge en appréciera le contenu au regard de critères identiques en lien direct avec les dispositions de la section 25 du *Matrimonial Causes Act 1973*.

Dans la récente affaire *Radmacher v Granatino*¹⁰²² la majorité de la Cour Suprême a confirmé que ce pouvoir de contrôle et de modification s'appliquait tant à l'égard des conventions ante-nuptiales que des conventions post-nuptiales¹⁰²³.

Le pouvoir de contrôle du juge des conventions en vue d'organiser les conséquences financières du divorce (*draft consent order*), doit être distingué.

En effet, dans le cadre de ce type de convention les parties font une proposition d'ordonnance au juge et lui soumettent pour conversion en ordonnance judiciaire. Dans le cadre des procédures familiales, à la différence des autres procédures civiles, la force obligatoire de ce projet émanera de la décision judiciaire consécutive et non du contrat entre époux qui l'a précédé¹⁰²⁴. Par conséquent, le juge dispose d'une obligation de vérifier l'équité du *Draft consent order* et de le convertir s'il est satisfait que ce dernier préserve l'intérêt des deux époux¹⁰²⁵. Dans l'affaire *Kelley v Corston*¹⁰²⁶, Lady Justice Butler-Sloss retient : « *La Cour a le pouvoir de refuser de convertir le projet d'ordonnance en dépit de l'accord des parties. Le contenu du projet sera évidemment pris en considération mais ne sera pas nécessairement déterminant. La Cour n'est pas une machine à approuver* »¹⁰²⁷.

45. Si le juge a un droit de contrôle, quels sont les critères qui lui permettent soit de solliciter une modification, soit de modifier directement l'accord ?

Dans l'affaire *Radmacher*¹⁰²⁸, la Cour suprême a identifié deux points qui doivent impérativement être examinés par le juge dans l'exercice de son pouvoir de contrôle :

1- L'existence éventuelle de contrainte, de fraude ou de tromperie. En fonction de l'ampleur de cette manœuvre l'accord peut être soit privé totalement d'effets soit limité dans les effets qu'il produira¹⁰²⁹. Ceci implique que la Cour examine les circonstances dans lesquelles les parties ont été amenées à signer la convention (sont entre autres pris en compte leur âge, leur discernement, la durée de la vie commune, l'impact de cette convention sur le projet de mariage, l'éventuelle influence induite par une partie en raison d'une position dominante de l'autre, la dissimulation éventuelle d'informations relatives aux actifs constituant le patrimoine de l'autre).

2- L'éventualité que cette convention produise des effets iniques au moment de la rupture du mariage au regard des circonstances qui entourent cette rupture¹⁰³⁰. Dans cette affaire une majorité des juges de la Cour suprême a retenu que « *la Cour devra faire produire ses effets à une convention entre époux librement contractée par eux et en toute connaissance*

¹⁰²¹ *MacLeod v MacLeod* [2008] UKPC 64.

¹⁰²² *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 427.

¹⁰²³ *Ibidem* para. 57 et 63.

¹⁰²⁴ *Lasala v de Lasala* [1980] AC 546

¹⁰²⁵ *Xydias v Xydias* [1999] 2 All ER 386, p.394.

¹⁰²⁶ *Kelley v Corston* [1998] QB 686.

¹⁰²⁷ « *The court has the power to refuse to make the order although the parties have agreed to it. The fact of the agreement will, of course, be likely to be an important consideration but would not necessarily be determinative. The court is not a rubber stamp* », Lady Justice Butler-Sloss dans l'affaire *Kelley v Corston* [1998] QB 686, p. 714

¹⁰²⁸ *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 427

¹⁰²⁹ *Ibidem*, para. 71.

¹⁰³⁰ *Ibidem* . para. 73.

de cause à moins qu'au vu des circonstances de l'espèce il apparaisse injuste de les lier par cet accord »¹⁰³¹.

46. Si une procédure de rupture *a minima* (séparation de corps) existe dans l'État, quels en sont les effets tant entre les époux qu'à l'égard des enfants ?

Cette procédure (*judicial separation*) existe¹⁰³².

Entre époux seule l'obligation de communauté de vie est limitée¹⁰³³ et les conséquences financières de la séparation seront organisées. A l'égard des enfants leur temps de présence sera organisé entre les parents comme après un divorce¹⁰³⁴.

a. Les effets du divorce en matière extrapatrimoniale

i. Les effets du divorce entre les époux

47. À quelle date le divorce rompt-il définitivement le mariage ?

Le divorce est une procédure judiciaire en trois temps.

Premier temps, celui de la demande en divorce et la présentation des causes de rupture irrémédiable du lien matrimonial. Si la demande en divorce n'est pas défendue le passage à la seconde phase

Deuxième temps, celui de l'obtention d'un *Decree nisi*, en vertu duquel le principe de la séparation des époux est acté par la Cour¹⁰³⁵. Le *Decree nisi* met un terme à l'obligation de cohabitation mais ne rompt pas le mariage¹⁰³⁶. La Cour par ce document fait savoir qu'elle ne s'oppose pas au principe du divorce, la question des causes de rupture sort du débat. Il est à noter que le formulaire à présenter est le même que celui qui permettra d'obtenir une ordonnance de séparation (*separation order*)¹⁰³⁷.

Enfin, troisième temps, celui de l'obtention d'un *Decree absolute* qui est l'acte juridique par lequel le mariage est légalement dissout.

La conversion du *Decree nisi* en *Decree absolute* n'est pas automatique, les époux doivent en faire la demande¹⁰³⁸. Des délais doivent être respectés entre les deux phases. L'époux demandeur au divorce doit respecter un délai de six semaines après l'obtention du *Decree nisi* avant de pouvoir solliciter un *Decree absolute*. S'il ne présente pas la demande à l'issue de ce délai, le défendeur ne pourra pas présenter la demande de *Decree absolute* avant l'expiration d'un délai supplémentaire de trois mois (soit quatre mois et deux semaines au

¹⁰³¹ "The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement." *Ibidem* para. 75.

¹⁰³² Voir *supra*.

¹⁰³³ Voir *supra*.

¹⁰³⁴ Voir *infra*.

¹⁰³⁵ Voir ANNEXE 2. Le *Decree nisi* est obtenu après présentation du formulaire D84.

¹⁰³⁶ La personne est informée de l'obtention du *Decree nisi* par réception du formulaire D29, des modèles n'ont pas été trouvés par le rapporteur. Pour d'autres formulaires échangés au cours de la procédure de divorce voir le site internet <http://www.divorce-forms.co.uk/> [page consultée le 22/07/2012].

¹⁰³⁷ Voir *supra*.

¹⁰³⁸ Voir ANNEXE 3. Le *Decree absolute* est obtenu après présentation du formulaire D36.

total)¹⁰³⁹. En tout état de cause si la demande de *Decree absolute* est faite plus d'un an après l'obtention du *Decree nisi*, les parties devront justifier ce délai auprès de la Cour¹⁰⁴⁰.

En vertu de la section 41 du *Matrimonial Causes Act 1973*, la délivrance par la juge du *Decree absolute* peut être retardée autant qu'il est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence¹⁰⁴¹ au regard de la protection du bien-être de l'enfant (*welfare*)¹⁰⁴².

48. La liberté matrimoniale des ex-époux est-elle soumise à conditions ? (quand sont-ils autorisés à se remarier, peuvent-il se remarier ensemble...)

La liberté matrimoniale des époux est totale après l'obtention du *Decree absolute* qui rompt définitivement le mariage. Ils sont chacun libres de se remarier voire de se remarier entre eux

49. Dans les États où le mariage produit des effets sur le nom des époux, quels sont les effets corrélatifs du divorce ?

Le mariage en Angleterre comme en France ne produit pas d'effet impératif au regard du nom de famille des époux. Le fait que l'épouse prenne le nom de son mari après le mariage relève de la tradition et non de la loi qui ne prévoit aucune disposition à ce titre. Le changement de nom est fait sans forme et ne nécessite par de procédure légale (*deed of change of name*)¹⁰⁴³. La présentation d'un certificat de mariage est suffisante pour prouver le changement de nom de l'épouse ou l'adjonction du nom du mari au sien.

Si l'époux souhaite adjoindre le nom de son épouse au sien, il devra en revanche passer par la procédure légale de changement de nom, de même si les époux souhaitent mixer leur deux nom ensemble¹⁰⁴⁴.

Au moment du divorce le parallélisme des formes est de mise. L'épouse peut réutiliser son nom de famille sans forme et au besoin peut faire la preuve de ce changement par présentation du *Decree absolute*. Si en revanche un changement légal de nom a été réalisé au moment du mariage, il ne pourra être remis en cause, à la demande de l'un ou l'autre des époux, que par une nouvelle procédure légale de changement de nom.

¹⁰³⁹ Voir sur ce point :

http://www.direct.gov.uk/en/Governmentcitizensandrights/Divorceseparationandrelationshipbreakdown/Endingamarriageorcivilpartnership/Gettingadivorce/DG_191978 [page consultée le 22/07/2012].

¹⁰⁴⁰ Voir la règle de procédure 7.32(4) du *Family Procedure Rule 2010*, SI 2010/2955. Il est à ce titre demandé aux parties de justifier auprès de la Cour d'une éventuelle reprise de la vie commune, ou de la naissance éventuelle d'un enfant dans l'intervalle.

¹⁰⁴¹ Compétence dont il est investi par le *Children Act 1989*.

¹⁰⁴² La notion de bien-être de l'enfant en tant que critère de décision pour le juge doit être comparée à celle d'intérêt de l'enfant en droit français. Cependant la notion de *welfare* est en droit anglais d'appréciation plus immédiate que celle du *best interest of the child* qui est utilisés dans les textes internationaux. Sur la distinction qu'il convient de faire entre les deux voir L. Francoz-Terminal, *La capacité juridique du mineur dans les droits français, anglais et écossais*, European Family Law series vol. 21, Stampfli-Intersentia 2008 n° 443 et s.

¹⁰⁴³ Également appelée *Deed poll*, c'est la procédure légale de changement de nom en Angleterre, attention cependant, à la différence du droit français, il ne s'agit pas dans ce système d'une procédure judiciaire.

¹⁰⁴⁴ Sur l'ensemble de possibilité offertes en droit anglais voir le site <http://www.deedpoll.org.uk/>

50. Le divorce produit-il des effets

- au regard de la nationalité éventuellement acquise par l'un des époux en raison du mariage ?

Le droit de la nationalité est principalement régit en Angleterre aujourd'hui par l'*Immigration Act 1971*, le *British Nationality Act 1981* et le *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*.

Le mariage d'un étranger n'a pas d'effet automatique sur la nationalité de ce dernier. L'acquisition de la nationalité britannique n'est possible à l'époux étranger d'un citoyen britannique que par la voie de la naturalisation¹⁰⁴⁵. Les conditions posées à la demande de naturalisation présentée par l'époux étranger sont détaillées dans la section 3 du Schedule 1 du *British Nationality Act 1981*¹⁰⁴⁶. Le divorce ne produit aucun effet sur la nationalité acquise par naturalisation, mais il a un impact sur le délai dans lequel la naturalisation peut être demandée. En effet, pour demander la naturalisation, tout étranger doit justifier d'une résidence sur le territoire d'au moins cinq années, cette durée est ramenée à trois années dans l'hypothèse où l'étranger est marié à un citoyen britannique ou lié à lui par un partenariat civil. Si le *Decree absolute*, ou l'ordonnance de dissolution (*order for dissolution*) dans le cas d'un partenariat civil, est obtenu avant la fin du délai de trois ans, l'ex-époux redevient un demandeur lambda à la naturalisation, devant justifier, en plus d'autres conditions, de cinq années de résidence sur le territoire.

- au regard du titre de séjour acquis par l'époux étranger en vertu du mariage ?

Le mariage avec un citoyen britannique permet à l'époux étranger d'obtenir un visa d'établissement dans le pays (*settlement visa*). A l'issue d'une période de cinq années après l'obtention de ce visa spécifique, l'époux étranger peut solliciter l'obtention d'une autorisation permanente de rester sur le territoire (*Indefinite Leave to Remain - ILR*)¹⁰⁴⁷, qui confère à sa situation un caractère définitif dans la mesure où il ne sera plus soumis aux différents contrôles des services de l'immigration. Une fois obtenue l'autorisation permanente de rester sur le territoire est déconnectée du statut de son bénéficiaire. Un éventuel divorce n'aura pas d'impact sur ce titre de séjour permanent.

ii. Les effets du divorce à l'égard des enfants

51. L'État distingue-t-il la question de l'exercice de l'autorité parentale/*parental responsibility* de celle de la résidence de l'enfant ? Si oui, de quelle façon et quelles en sont les conséquences pour l'exercice de l'autorité parentale ?

En l'absence de décision judiciaire sur la question l'autorité parentale et la résidence de l'enfant peuvent être distinctes. En effet, les parents sont libre de confier leur enfant à un

¹⁰⁴⁵ La possibilité pour un étranger marié à un britannique d'acquérir la nationalité par la procédure simplifiée de l'enregistrement (*registration*) a été abrogée par le *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*.

¹⁰⁴⁶ Il s'agit notamment de conditions de résidence légale sur le territoire, de connaissance tant d'une des langues du territoire (anglaise ou gaélique) que de la culture du pays, de bonne moralité (*good character*).

¹⁰⁴⁷ D'autres conditions que la résidence sont également posées, notamment comme pour la naturalisation une condition de connaissance de la langue et de la culture du pays.

tiers sans que ce tiers ne soit pour autant investi de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant.

En revanche, lorsque la résidence de l'enfant est fixée par décision de justice, elle emporte automatiquement l'exercice de l'autorité parentale. En effet, en vertu de la section 8 du *Children Act 1989*, la résidence habituelle d'un enfant peut être fixée au moyen d'une ordonnance judiciaire de résidence (*residence order*), laquelle est prise dans l'intérêt de l'enfant quel que soit le contexte familial. Elle peut tout à fait être ordonnée en dehors d'un contexte de séparation parentale.

En vertu de la section 12(2) du *Children Act 1989*, toute personne (membre de la famille ou tiers) se voyant octroyer la résidence d'un enfant au moyen de cette ordonnance, se trouve automatiquement investi de l'autorité parentale à son égard, pendant toute la durée de l'ordonnance.

52. Le divorce produit-il des effets automatiques quant à l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants ?

Avant d'envisager les effets du divorce sur l'exercice de l'autorité parentale en droit anglais, il nous faut d'abord considérer quel sont les effets produits par le mariage sur l'exercice de cette autorité. Il est à noter que le droit anglais ne distingue pas le fait d'être titulaire de l'autorité parentale et celui d'en avoir l'exercice. A la différence du droit français, le mariage des parents postérieur à la naissance de l'enfant produit des effets sur l'autorité parentale. En droit anglais la mère est automatiquement investie de l'autorité parentale sur son enfant au moment de sa naissance quelle que soit sa situation matrimoniale¹⁰⁴⁸. La mère divorcée continue donc d'exercer l'autorité parentale.

En vertu de la section 2(1) du *Children Act 1989* si le père est marié à la mère de l'enfant au moment de sa naissance, il exercera automatiquement et conjointement avec elle l'autorité parentale¹⁰⁴⁹. S'il se marie à la mère postérieurement à la naissance il se verra investi de l'autorité parentale en raison du mariage. En effet, en vertu de la section 1 du *Family Law reform Act 1987*, et par renvoi aux dispositions des sections 1 à 10 du *Legitimacy Act 1976*, un enfant est légitimé par le mariage consécutif de ses parents, celui-ci ayant pour effet d'investir le père de l'autorité parentale sur l'enfant.

Le divorce n'a pas d'effet automatique sur l'exercice de l'autorité sur l'enfant. Si l'exercice était conjoint en raison du mariage des parents, qu'il soit antérieur ou postérieur à la naissance de l'enfant il reste conjoint après divorce.

53. L'exercice de l'autorité parentale peut-il être déterminé par une convention parentale ?

L'exercice de l'autorité parentale peut être déterminé par une convention d'autorité parentale (*parental responsibility agreement*) uniquement dans l'hypothèse où les parents ne sont pas mariés ensemble. Cette convention a pour effet de permettre au père d'être investi conjointement avec la mère de l'autorité parentale. Celle-ci doit être enregistrée auprès du tribunal territorialement compétent, selon des modalités spécifiques et

¹⁰⁴⁸ Inféré de la section 2 du *Children Act 1989*.

¹⁰⁴⁹ La section 2(1)A du *Children Act 1989* tel qu'amendé par le *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, donne automatiquement l'exercice de l'autorité parentale à l'homme marié à la femme ayant bénéficié de techniques d'assistance médicale à la procréation.

notamment en présence d'un témoin, officier de justice (*court official*)¹⁰⁵⁰. Elle continuera de produire tous ses effets après le divorce des parents.

Si les parents étaient mariés ensemble au moment de la naissance de l'enfant, il n'est pas possible de remettre en cause l'exercice conjoint de l'autorité parentale qui en découle, par une convention d'autorité parentale au moment du divorce.

Depuis la réforme de 2002, de la même manière un tiers marié au parent peut être investi de l'autorité parentale sur l'enfant¹⁰⁵¹. Si l'autorité parentale est conjointe, les deux parents devront être d'accord pour en investir le beau parent. Le titre qui lui est conféré à la même force que celui conféré au père non marié en vertu d'une convention d'autorité parentale, il ne peut être remis en cause que par une ordonnance judiciaire¹⁰⁵².

54. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

L'arrêt *Re X (Parental responsibility Agreement) [2000]*¹⁰⁵³ a établi que le bien fondé de cette convention d'autorité parentale, qui investit le père non marié au moment de la naissance de l'autorité parentale conjointement avec la mère, n'était soumise à aucun contrôle judiciaire, seules les modalités de son enregistrement ont été fixées par la loi.

55. Le juge peut-il aménager l'exercice de l'autorité parentale ? Si oui, doit-il être obligatoirement saisi d'une telle demande par l'un ou l'autre des parents ?

Le droit anglais ne fait pas de distinction entre le droit d'autorité parentale et son exercice. L'autorité parentale peut être aménagée lorsque l'enfant est pris en charge par les services sociaux dans le cadre des mesures de protection de l'enfance, mais cet aménagement n'est pas possible dans le cadre d'une séparation parentale ou d'un divorce. Ainsi, hormis les hypothèses relatives à la protection de l'enfant un parent, en droit anglais, a ou n'a pas l'autorité parentale.

La mère de l'enfant et le père marié au moment de la naissance ne peuvent se voir privés de leur autorité parentale que par l'effet d'une adoption de l'enfant (*Adoption order*).

Le père non marié au moment de la naissance peut perdre l'autorité parentale sur l'enfant par l'effet d'une décision de justice¹⁰⁵⁴. Cette demande de retrait peut être introduite par tout titulaire de l'autorité parentale (mère ou tiers, le père lui-même peut également être à l'initiative de la demande¹⁰⁵⁵) ou par l'enfant lui-même, après autorisation judiciaire d'agir en justice (*leave of the court*)¹⁰⁵⁶. Il est à noter que l'autorisation judiciaire d'agir en justice n'est donnée à l'enfant par le juge qu'après appréciation de sa capacité de discernement au regard de la procédure envisagée¹⁰⁵⁷. La demande de retrait de l'autorité parentale du père sera appréciée au regard de l'intérêt de l'enfant (*welfare*).

¹⁰⁵⁰ Voir *Parental Responsibility Agreement Regulation 1994, SI 1994/3157*.

¹⁰⁵¹ Section 4A(1)(a) du *Children Act 1989* tel qu'amendé par l'*Adoption and Children Act 2002*.

¹⁰⁵² Section 4A(3) du *Children Act 1989* tel qu'amendé par l'*Adoption and Children Act 2002*.

¹⁰⁵³ *Re X (Parental responsibility Agreement) [2000] 1 FLR 517*.

¹⁰⁵⁴ Voir section 4(2A) du *Children Act 1989* tel qu'amendé par l'*Adoption and Children Act 2002*.

¹⁰⁵⁵ Voir en ce sens J. Herring, *op. cit.*, p. 367.

¹⁰⁵⁶ Section 4(3) du *Children Act 1989*.

¹⁰⁵⁷ Section 4(4) du *Children Act 1989*.

56. Quels sont les critères qui permettent au juge de fonder une décision d'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale ? Un parent peut-il se voir privé de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit d'autorité parentale en raison d'un comportement conjugal ?

Si le père et la mère exercent conjointement l'autorité parentale en raison de leur mariage ce retrait n'est pas possible, seule l'adoption de l'enfant permet de leur retirer l'autorité parentale.

Seul le père non marié à la mère à la naissance peut se voir retirer l'autorité parentale par une ordonnance judiciaire de retrait (*discharge of parental responsibility order*). La décision est prise dans l'intérêt de l'enfant (*welfare*).

Les conditions qui justifieraient une telle décision sont toujours appréciées au regard du comportement de ce parent à l'égard de l'enfant et non à l'égard de l'autre parent. Dans une affaire *Re M (A minor)(Care Order : Threshold Conditions)*[1994]¹⁰⁵⁸, le retrait de l'autorité parentale n'a pas été prononcé à l'encontre du père qui avait assassiné la mère sous les yeux de ses enfants. Dans une autre affaire *Re P (Terminating Parental responsibility)* [1995]¹⁰⁵⁹, en revanche un père (non marié) s'est vu retirer l'autorité parentale en raison des violences qu'il avait infligées à sa petite fille et qui avaient laissé celle-ci avec un handicap physique et mental.

57. Un parent privé de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit d'autorité parentale peut-il néanmoins obtenir un droit de contact, de visite et/ou d'hébergement avec l'enfant ?

Cette question ne concerne que les pères qui n'ont pas été mariés avec la mère dans la mesure où la mère et le père mariés ou divorcés ne peuvent se voir privés de l'autorité parentale.

Un père qui n'aurait pas acquis l'autorité parentale peut, tout comme un tiers autorisé par le juge¹⁰⁶⁰, solliciter une ordonnance de contact (*contact order*) ou une ordonnance de résidence (*residence order*) à l'égard de l'enfant¹⁰⁶¹. Il est à noter que sauf circonstance exceptionnelle une ordonnance de contact prendra fin au seizième anniversaire de l'enfant, l'ordonnance de résidence peut quant à elle continuer de s'appliquer jusqu'à la majorité de l'enfant¹⁰⁶².

Un père qui aurait été privé de l'autorité parentale par une ordonnance judiciaire peut obtenir une ordonnance judiciaire de contact avec l'enfant si cette décision apparaît conforme à l'intérêt de l'enfant (*welfare*). Les modalités de l'exercice de ce contact seront déterminées par l'ordonnance en fonction de ce que requiert la protection de l'intérêt de l'enfant. En revanche l'octroi d'une ordonnance de résidence semble contradictoire avec le retrait dans la mesure où celle-ci aura pour effet automatique d'investir le père de l'autorité parentale. Cependant la possibilité légale n'est pas fermée. A ce titre, dans l'affaire *Re P (Terminating Parental responsibility)* [1995]¹⁰⁶³, afin de limiter la possibilité pour le père

¹⁰⁵⁸ *Re M (A minor)(Care Order : Threshold Conditions)* [1994] 2 FLR 577, [1994] 2 FCR 871.

¹⁰⁵⁹ *Re P (Terminating Parental responsibility)* [1995] 1 FLR 1048, [1995] 3 FCR 753

¹⁰⁶⁰ Le tiers doit pour pouvoir introduire la demande être autorisé à agir en justice par le juge (*leave of the court*) voir section 10(1)(a)(ii) du *Children Act 1989*.

¹⁰⁶¹ Section 10(1)(a)(i) et 10(4)(a) du *Children Act 1989*.

¹⁰⁶² Section 9(6) et 9(7) du *Children Act 1989*.

¹⁰⁶³ *Re P (Terminating Parental responsibility)* [1995] 1 FLR 1048, [1995] 3 FCR 753.

privé de l'autorité parentale de demander à l'avenir sur sa fille un droit de visite ou un droit de résidence, le juge a ordonné, sur le fondement de la section 91(4) du *Children Act 1989*, que toute future demande en ce sens qui serait formulée par le père soit soumise à l'autorisation judiciaire à agir (*leave of the court*)¹⁰⁶⁴.

58. Quelles sont les modalités de résidence de l'enfant qui peuvent être légalement envisagées ? (Résidence habituelle, résidence alternée, enfant confié à un tiers...)

Si les parents s'entendent sur les modalités de répartition du temps de présence de l'enfant auprès d'eux ils sont libres d'organiser cette répartition comme bon leur semble en conformité avec l'intérêt de l'enfant. En vertu de la section 41 du *Matrimonial Causes Act 1973* cette décision est soumise au contrôle du juge¹⁰⁶⁵. Si les parents s'entendent sur le principe d'une résidence alternée, le principe de non intervention judiciaire (*no order principle*) n'autorise pas le juge à statuer sur la question¹⁰⁶⁶.

La section 8(1) du *Children Act 1989* dispose que le juge peut organiser les modalités de la résidence d'un enfant au moyen d'une ordonnance de résidence (*residence order*). Cette ordonnance investit la personne désignée dans l'acte de l'autorité parentale sur l'enfant et lui confie la résidence habituelle de l'enfant (*resident parent*).

Il n'existe pas de restriction légale quant la qualité de la personne qui peut solliciter cette ordonnance, elle peut investir soit l'un ou l'autre des parents de la résidence habituelle, soit des membres de la famille¹⁰⁶⁷ ou encore des tiers.

En vertu de la section 11(4) du *Children Act 1989*, la résidence d'un enfant peut être confiée à deux personnes qui n'habitent pas ensemble ou à plus de deux personnes (*shared residence order*). Dans ces circonstances l'ordonnance doit spécifier comment le temps de présence de l'enfant se répartit auprès de chacun. Cette ordonnance de résidence partagée doit être distinguée de la possibilité qu'utilisent parfois les juges d'ordonner un droit de contact élargi avec l'enfant. L'objectif des ces deux ordonnances est distinct. En tout état de cause une ordonnance de contact ne permettra pas d'investir son titulaire de l'autorité parentale s'il ne l'a pas déjà, à la différence de l'ordonnance de résidence partagée.

Les conditions dans lesquelles une ordonnance de résidence partagée est susceptible d'être adoptée ont été mises en évidence dans l'arrêt *C (A Child) [2006]*¹⁰⁶⁸. La distance entre les deux maisons n'est pas en tant que tel un obstacle dès lors que la répartition du temps de présence de l'enfant auprès de ses deux parents n'est pas contraire à son intérêt (*welfare*) et que des arrangements étaient possibles. En effet, dans l'affaires *Re F [2003]*¹⁰⁶⁹, le partage

¹⁰⁶⁴ La conformité de l'article 91(4) du *Children Act 1989* qui permet de soumettre la possibilité d'agir en justice à une autorisation judiciaire a été jugé conforme à l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Re P (Section 91(14) Guidelines (Residence and Religious Heritage)) [1999] 2 FLR 573*. Le demandeur ne se trouve pas privé d'un droit d'agir, il doit simplement faire la preuve d'un intérêt à agir au regard d'une situation de fait donné. Cette limitation a principalement été utilisée par les juges dans un contexte de demandes intempestives de modifications des conditions de résidence ou de contact avec l'enfant.

¹⁰⁶⁵ Voir *infra* question 59.

¹⁰⁶⁶ Dans l'affaire *A v A (Minors) (Shared Residence Order) [2004] EWHC 142*, Justice Wall dit très clairement que si les parents avaient réussi à trouver un accord sur la question il n'aurait pas rendu une ordonnance de résidence partagée (*shared residence order*), voir para. 124.

¹⁰⁶⁷ Le juge Booth dans l'affaire *Re SC (A Minor) (Leave to Seek Section 8 Orders) [1994]* a cependant estimé en *obiter dictum* qu'il n'était pas possible qu'une telle ordonnance puisse investir un mineur de la résidence habituelle d'un frère ou d'une sœur plus jeune. *SC (A Minor) (Leave to Seek Section 8 Orders) [1994] 1 FLR 96*, p. 100.

¹⁰⁶⁸ *C (A Child) [2006] EWCA Civ 235*.

¹⁰⁶⁹ *Re F [2003] EWCA Civ 592*.

du temps des enfants auprès de leurs deux parents, résidant respectivement en Angleterre et en Ecosse a été organisé sur une base annuelle de 140 jours pour l'un et 225 pour l'autre. L'ordonnance résidence partagé est parfois ordonnée avec le principal objectif d'investir un tiers de l'autorité parentale. Dans l'affaire *Re H (Shared Residence : Parental Responsibility)*[1995]¹⁰⁷⁰, une femme avait deux enfants, un hors mariage et un autre qu'elle avait eu avec son époux. Au moment du divorce une ordonnance de résidence partagée a été ordonnée à l'égard des deux enfants. La mère a par la suite tenté d'obtenir la remise en cause de cette ordonnance et sa demande fut rejetée au motif qu'elle contribuerait à priver l'ex-époux de l'autorité parentale sur le premier enfant (acquise par l'effet de la première ordonnance) alors qu'il élevait cet enfant comme le sien.

59. Les modalités de résidence de l'enfant, le droit de contact, de visite et/ou d'hébergement avec l'enfant, peuvent-ils être déterminés par une convention parentale ? Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

La recherche d'un accord parental sur le sort, tant personnel que financier, des enfants après divorce est encouragé en droit anglais.

Il existe deux types d'accord parental envisageable :

- Le *statement of arrangement* qui est présentée au moment de l'ouverture de la procédure¹⁰⁷¹. Ce document peut être le constat d'un accord mais pas seulement, il peut être une proposition faite par le demandeur au divorce.
- Le *consent order* (projet d'ordonnance judiciaire *cf supra*).

La médiation est promue et depuis 2006 un numéro téléphonique d'information des familles sur la médiation a été mise en place¹⁰⁷². Bien souvent, le temps gagné dans la procédure est mis en avant pour inciter les parents à trouver un point d'entente. Cette préférence a été inscrite dans la loi au titre des quatre principes qui gouvernent les instances concernant des enfants¹⁰⁷³. En effet il est posé au titre de ces principes qu'une ordonnance judiciaire ne doit pas être rendue à moins qu'il ne soit préférable pour l'enfant qu'elle le soit (*no order principle*). Le principe de non intervention judiciaire contribue à renforcer la force de l'accord parental, lequel liera les parents sans qu'il ait à être homologué par le juge. La section 1.12 du *Children Act Guidance and Regulation* fait de ce principe un moyen d'apaisement du conflit et de promotion de l'accord parental¹⁰⁷⁴. Ainsi, si les parents trouvent un point d'entente sur toute question relative à l'enfant tant au cours du mariage qu'au moment du divorce le juge ne rendra pas d'ordonnance à moins que cela ne soit

¹⁰⁷⁰ *Re H (Shared Residence : Parental Responsibility)*[1995] 2 FLR 883.

¹⁰⁷¹ Section 2.2 FPR 1991.

¹⁰⁷² Her Majesty Court Service, « Children and family proceedings how to make an application », document CBI, p. 1. Document disponible en ligne http://www.familylaw.co.uk/system/uploads/attachments/0000/2078/CBI_1108.pdf[page consulté le 23 juillet 2012].

¹⁰⁷³ En vertu de ces principes contenus dans la section 1 du *Children Act 1989* : l'intérêt de l'enfant est la considération supérieure dans toutes les instances le concernant (*paramountcy principle*) section 1(1). Tout délai de procédure est préjudiciable à l'enfant (*no delay principle*) section 1(2). En statuant les juges doivent apprécier l'intérêt de l'enfant au vu de la liste de critères déterminés par la loi (*welfare checklist*), section 1(4). Enfin, le principe de non intervention judiciaire (*no order principle*), section 1(5).

¹⁰⁷⁴ « This should reduce conflict and promote parental agreement and cooperation », Department of Health publication, *The Children Act 1989 Guidance and Regulation volume 1 Court Orders*, Londres HMSO 1991.

nécessaire et positif pour l'enfant lui-même et notamment s'il n'est pas possible d'obtenir le bénéfice recherché autrement qu'au moyen d'une ordonnance judiciaire. Ce principe s'applique à toutes les procédures familiales.

Cependant, un certain nombre de critiques ont pu être formulées en doctrine au regard de l'application sans partage du *no order principle* par les juges anglais¹⁰⁷⁵, lequel conduit notamment à un allongement significatif des procédures en contravention avec le *no delay principle*. Certains commentateurs ont également pointé le risque, au regard de l'impératif de protection de l'intérêt de l'enfant qu'il y avait à considérer qu'un accord parental était forcément meilleur qu'une décision de justice, notamment dans la mesure où nombre de ces accords étaient obtenus à l'usure ou à la suite de négociation musclées entre les avocats des parties¹⁰⁷⁶. Aujourd'hui, après un déclin très net du nombre d'ordonnances judiciaires rendues au début des années 90, il semble que ce nombre soit en augmentation si l'on compare avec des chiffres de 2001¹⁰⁷⁷.

Par ailleurs, en vertu de la section 41 du *Matrimonial Causes Act 1973*, lorsqu'il y a des enfants au foyer du couple (*Children of the family*)¹⁰⁷⁸, le juge qui statue sur le divorce est tenu d'exercer la compétence de protection de l'intérêt de l'enfant (*welfare*) dont l'investit le *Children Act 1989* « au regard des arrangements convenus, ou proposés, pour organiser son éducation et son bien-être (*welfare*) »¹⁰⁷⁹. La loi impose donc le principe d'un contrôle judiciaire sur l'accord parental. Il semble cependant qu'en pratique ce contrôle judiciaire soit réalisé *a minima*¹⁰⁸⁰.

Les pouvoirs du juge de « contrôler » le contenu de l'accord parental lui permettent de retarder la conversion d'un *Decree nisi* en *Decree absolute*¹⁰⁸¹.

60. Des mesures sont-elles à la disposition du juge afin de garantir les liens entre l'enfant et chacun de ses parents après divorce ? Si oui, lesquelles ? Des sanctions sont-elles prévues si un parent ne respecte pas son obligation de maintenir les relations avec l'enfant ?

Après divorce si les époux ne se sont pas entendus sur la résidence de l'enfant le juge dispose de la possibilité de statuer sur les relations de l'enfant avec ses parents ou des tiers au moyen des ordonnances de résidence ou de contact.

Si l'ordonnance de résidence est une ordonnance de résidence partagée entre les deux parents (*shared residence order*) la question du maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents ne se pose pas.

¹⁰⁷⁵ Sur ce regard critique voir notamment L. Francoz-Terminal, *op. cit.* n° 516-523.

¹⁰⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁷ Voir notamment sur ces chiffres A. Bainham, *op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁷⁸ Le droit anglais couvre par cette notion tous les enfants élevés au foyer par le couple : enfant commun, enfant d'un seul des deux membres du couple ou enfant confié au couple, en dehors du cas spécifique de l'exercice d'une mesure de protection de l'enfance. En effet, il est expressément prévu par le texte que les enfants confiés à une famille d'accueil (*foster family*) n'entrent pas dans le cadre de cette définition, voir la section 105 du *Matrimonial Causes Act 1973*. Dans l'affaire *Re A (Child of the family)* [1998] 1 FLR 347, il a été jugé que cette notion s'appliquait aux petits-enfants des parties, qui vivaient à leur foyer et étaient élevés par eux.

¹⁰⁷⁹ « *In the light of the arrangements which have been, or are proposed to be, made for their upbringing and welfare* », section 41(b) du *Matrimonial Causes Act 1973*.

¹⁰⁸⁰ Sur ce point voir notamment L. Francoz-Terminal, *op. cit.* n° 516-523.

¹⁰⁸¹ Section 41(2) du *Matrimonial Causes Act 1973*.

En revanche si l'ordonnance de résidence est une ordonnance de résidence habituelle (*residence order*) le maintien des liens de l'enfant avec l'autre parent sera assuré au moyen d'une ordonnance de contact (*contact order*), organisant un droit de visite et d'hébergement au bénéfice de l'autre. Le divorce, et la séparation parentale de manière générale, ne doit pas affecter les relations de l'enfant avec ses parents.

Une ordonnance de contact ne peut être prise indépendamment d'une ordonnance de résidence, les deux sont liées¹⁰⁸².

Par cette ordonnance le juge enjoint au bénéficiaire de la résidence de mettre en œuvre un droit de visite et d'hébergement conforme à la lettre de l'ordonnance. Ce droit peut être plus ou moins large, l'ordonnance de contact est rédigée à la carte selon les spécificités de la famille et l'intérêt de l'enfant¹⁰⁸³. L'ordonnance de contact est celle qui est la plus demandée en pratique. En 2001 il y a eu 55030 ordonnances de contact rendu contre 29546 ordonnances de résidence¹⁰⁸⁴. Ne pas respecter les termes d'une ordonnance judiciaire fait encourir à celui qui l'enfreint une sanction pénale (*contempt of Court*).

Il a été jugé que l'ordonnance de contact pouvait avoir pour effet de poser une interdiction de contact (*no contact order*) visant à interdire à la personne investie de la résidence de mettre l'enfant en lien avec la personne désignée dans l'ordonnance¹⁰⁸⁵. L'interdiction faite à l'autre parent d'entrer en relation avec l'enfant sera traitée au moyen de l'injonction de ne pas faire (*Prohibited Step Order*) prévue à la section 8(1) du *Children Act 1989*.

Comme en droit français l'ordonnance de contact n'a pas été interprétée comme faisant obligation à la personne désignée dans l'ordonnance d'avoir des relations avec l'enfant, bien que le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents soit promu. Dans l'affaire *Re L (A Child) (Contact : Domestic Violence) [2000]*¹⁰⁸⁶ il a été expressément jugé que l'ordonnance de contact ne permettait pas d'obliger un parent, non désireux de maintenir du lien avec l'enfant, à le recevoir.

Toutefois, certains auteurs s'interrogent sur la possible utilisation dans un contexte familial où cela serait opportun, d'une ordonnance visant à régler une question spécifique (*Specific issue order*)¹⁰⁸⁷ afin de faire pression sur un parent pour qu'il maintienne du lien avec l'enfant¹⁰⁸⁸. Cette ordonnance a un champ d'application extrêmement vaste qui lui permet de couvrir l'ensemble des questions relatives à l'enfant durant sa minorité, entre par conséquent dans son champs la question du maintien du lien avec le parent qui n'a pas la résidence habituelle.

b. Les effets patrimoniaux du divorce

61. Le règlement des effets patrimoniaux du divorce doit-il s'effectuer dans le cadre d'une instance unique en divorce ou bien peut-il faire l'objet d'une procédure distincte qui serait concomitante ou consécutive ?

¹⁰⁸² Voir J. Herring *op.cit.*, p. 481.

¹⁰⁸³ Cette ordonnance peut organiser un droit de visite et d'hébergement plus ou moins étendu, tout comme des contacts indirects entre l'enfant et le bénéficiaire de l'ordonnance : par téléphone, courrier postal ou électronique, chat ou encore des appels vidéo (via Skype ou autre mode de communication).

¹⁰⁸⁴ Voir A. Bainham *op.cit.*, p. 156. L'auteur s'appuie sur les statistiques 2001 du Ministère de la justice (*judicial statistics 2001*).

¹⁰⁸⁵ *Nottingham CC v P [1993] 2 FLR 134, [1994] 1 FCR 624.*

¹⁰⁸⁶ *Re L (A Child) (Contact : Domestic Violence) [2000] 2 FCR 404.*

¹⁰⁸⁷ Section 8(1) du *Children Act 1989*.

¹⁰⁸⁸ Voir en ce sens J. Herring, *op.cit.*, p. 482.

En droit anglais les conséquences patrimoniales du divorce se règlent au moyen d'une procédure spécifique et distincte de la procédure de divorce la procédure pour *ancillary relief*. Cette procédure peut être déclenchée après l'obtention du *Decree Nisi*, sans limite de temps dès lors que les conséquences financières du divorce n'ont pas déjà fait l'objet d'un règlement. Dans l'affaire *Twiname v Twiname* [1992]¹⁰⁸⁹ le versement d'un capital compensatoire (*lump sum*) a été ordonné quinze ans après le *Decree Absolute* prononçant le divorce entre les époux.

La procédure pour *ancillary relief* peut également être introduite après une ordonnance de séparation judiciaire (*Decree of judicial separation*) ainsi qu'après la dissolution d'un partenariat civil.

i. Les effets entre les époux

62. Au moment de la rupture du mariage, les ex-époux bénéficient-ils d'un droit à obtenir l'un de l'autre :

- une compensation financière :

Oui, en vertu des dispositions suivantes un droit à compensation est ouvert au moment de la rupture du mariage sur le fondement de plusieurs ordonnances judiciaires.

Premièrement, le *Matrimonial Causes Act 1973* organise dans sa section 24 la possibilité d'obtenir une ordonnance visant à la réallocation des biens entre ex-époux ou au bénéfice des enfants mineurs (*Property adjustment orders*). Tous les biens, quelle que soit leur nature, sont couverts par cette ordonnance, à condition qu'ils aient pu être identifiés avec suffisamment de précision pour pouvoir faire l'objet d'une telle ordonnance.

Les *Property adjustment orders* peuvent prendre diverses formes :

- ✓ Une ordonnance visant au transfert de propriété d'un bien (*Transfer of property orders*).
- ✓ Une ordonnance visant à la vente de biens (*Sale of property order*) au bénéfice de l'un des ex-époux, ou en vertu de la section 23(1)(c) au bénéfice des enfants.
- ✓ Une ordonnance visant à la modification d'une convention matrimoniale anté ou post-nuptiale.
- ✓ Une ordonnance visant à limiter les droits et intérêts d'un conjoint tirés de l'exécution d'une convention matrimoniale anté ou post-nuptiale.

Les *Property adjustment orders* ne peuvent produire leurs effets qu'après le prononcé du divorce (*Decree Absolute*), de l'ordonnance de séparation judiciaire (*Decree of Judicial Separation*) ou de l'ordonnance de dissolution d'un partenariat civil (*Final Order*). Ces ordonnances ne peuvent être prises à titre provisoire.

Deuxièmement, les sections 23(1)(c) et 31(7A) à (7F) du *Matrimonial Causes Act 1973* organisent quant à elles la possibilité d'ordonner le versement d'un capital compensatoire (*Lump sum order*) ou de tout autre somme d'argent selon les circonstances de l'espèce.

Le paiement de ce capital compensatoire est en principe réalisé en une fois (*clean break*) mais peut également être fractionné (*Lump sum by instalments*). Le paiement différé des échéances peut être reporté à une/des date(s) ultérieure(s) spécifiquement fixée(s) ou à la

¹⁰⁸⁹ *Twiname v Twiname* [1992] 1 FLR 29

réalisation d'un événement extérieur. Ce report peut être justifié par la nécessité de laisser un peu de temps au débiteur pour liquider ses biens en vue du paiement.

Une ordonnance visant au versement en une fois du capital compensatoire (*lump sum order*) ne peut être révisée. Cependant une même ordonnance dont le paiement est fractionné (*lump sum by instalments*) peut l'être¹⁰⁹⁰. Cette modification de l'ordonnance initiale peut porter sur le calendrier des échéances ainsi que sur la manière dont les versements ultérieurs seront exécutés. La Cour dispose également du pouvoir de remettre en cause (*discharge*) le paiement de l'une des échéances programmée. Ce pouvoir du juge peut être limité au moyen d'une demande d'ordonnance visant à imposer le paiement d'un nombre spécifique d'échéances au débiteur, laquelle si elle est ordonnée ne sera pas révisable sur le fondement de la section 31 du *Matrimonial Causes Act 1973*. Le paiement des échéances futures peut également être sécurisé par une forme d'hypothèque sur l'un des biens du débiteur.

- une créance alimentaire :

Oui, en vertu des sections 23(1)(a) et 23(1)(b) du *Matrimonial Causes Act 1973* il est possible pour l'un des époux d'obtenir une rente payée directement par l'ex-époux (*Periodical payments*), cette rente est souvent désignée en pratique par le terme *maintenance*. Ce paiement peut être sécurisé au moyen d'une forme d'hypothèque sur les biens du débiteur (*secured periodical payments*), cependant cette dernière forme de rente est rarement ordonnée en pratique.

Les paiements s'effectuent en référence à une période de temps qui très souvent est mensuelle. L'un des époux peut être investi d'un droit à pension alimentaire pour lui-même ou pour les enfants mineurs qu'il élève. Le montant minimum de la rente n'est pas fixé par le droit et en pratique il peut être minime (par exemple 5 pence par an). Le versement peut être ordonné pour un temps donné ou tant que les deux époux vivront¹⁰⁹¹. Son montant peut également être indexé sur l'inflation.

Le droit à pension alimentaire de l'ex-époux prend fin avec son remariage ou s'il conclue un partenariat civil. Le droit à pension peut être révisé tant dans son montant que pour sa durée, si les situations respectives des parties viennent à changer de manière significative. La demande de révision de la pension peut viser à sa conversion en capital compensatoire (*lump sum*), qui si elle est ordonnée mettra un terme au droit à pension alimentaire.

- une compensation de droits à pension de retraite :

Oui, différents droits sont ouverts à ce titre au moment du divorce.

Premièrement une ordonnance visant au partage des droits à pension de retraite peut être ordonnée (*Pension sharing order*)¹⁰⁹². Cette ordonnance n'est ouverte que pour les divorces dont la demande a été introduite après le 1^{er} décembre 2000. Le pourcentage ordonné du droit à pension sera octroyé une fois pour toute au bénéfice de l'ex-époux qui ne dispose pas de pension de retraite ; à charge pour lui/elle de réinvestir les sommes obtenues en

¹⁰⁹⁰ Section 31(2)(d) du *Matrimonial Causes Act 1973*.

¹⁰⁹¹ Dans cette hypothèse les effets de l'ordonnance cesseront automatiquement au décès de l'un ou de l'autre des époux. À la différence de l'obligation viagère, le décès du créancier éteint l'obligation qui ne se transmet pas à ses descendants (*joint live order*).

¹⁰⁹² Section 24B du *Matrimonial Causes Act 1973*.

conséquence dans un nouveau plan de retraite (soit au sein du même organisme soit dans un organisme extérieur). En pratique, en raison des coûts engendrés par ce processus de réinvestissement les organismes débiteurs insistent pour les sommes soient transférées à un autre organisme de retraite qui les administrera et supportera les charges corrélatives de réinvestissement¹⁰⁹³.

Deuxièmement une ordonnance visant au partage du montant de la pension de retraite peut être ordonnées (*Pension attachment orders*)¹⁰⁹⁴. Cette ordonnance n'est ouverte que pour les divorces dont la demande a été introduite après le 1^{er} juillet 1996. En vertu de cette ordonnance l'organisme débiteur de la pension est tenu, au moment où le bénéficiaire de celle-ci peut prétendre à son versement, de verser un pourcentage du montant dû à l'ex-époux qui ne bénéficie pas de droits à pension. Ce versement peut prendre la forme d'une rente ou d'un capital dont le montant sera déterminé en fonction du pourcentage octroyé. Le capital peut être payé au moment du départ en retraite du débiteur ou encore au décès de ce dernier. Si le bénéficiaire de la pension dispose du droit de la convertir en capital, la Cour pourra lui demander de solliciter cette conversion.

Cette ordonnance peut également prendre la forme d'un paiement périodique effectué en faveur de l'ex-époux créancier.

Ce type d'ordonnance ne préservent pas toujours complètement les droits du créancier dans la mesure où ceux-ci sont liés au fait que le débiteur prenne effectivement sa retraite or ce dernier n'est pas tenu de la prendre en droit anglais. Cette ordonnance est en pratique souvent utilisée pour sécuriser la situation lorsqu'il apparaît que la pension alimentaire ne pourra pas être honorée par le débiteur avant sa retraite.

Quelle que soit la forme du paiement organisé par l'ordonnance, capital ou rente, celle-ci peut-être révisée¹⁰⁹⁵. Lorsque le paiement prend la forme d'une rente, l'ordonnance prend fin avec le décès ou le remariage du créancier.

Il est à noter que les deux types d'ordonnances, ordonnance visant au partage des droits à pension de retraite et ordonnance visant au partage du montant de la pension de retraite sont incompatibles entre elles¹⁰⁹⁶.

Enfin, un rachat compensatoire des droits à pension perdus peut également être ordonné (*buy out*). Cela implique que les droits à pension évalués soient intégrés à l'ensemble des biens devant être partagés entre eux par les ex-époux en vertu de la section 25 du *Matrimonial Causes Act 1973*. A la suite de ce rachat, l'époux bénéficiaire du plan de retraite en bénéficiera dans son intégralité sous réserve d'une compensation octroyée à l'autre au moment du divorce. Cette compensation peut prendre diverses formes et notamment l'attribution de biens.

- Des dommages et intérêts :

En tant que tel l'octroi de dommages et intérêt n'est pas prévu en droit anglais, cependant le comportement de l'un des ex-époux peut être pris en compte et produire des conséquences. En effet le juge a la possibilité de condamner l'un des ex-époux au paiement des dépens : *Cost order*. En effet, en vertu de la section 28(5) des *Family Proceeding Rules 2010*, la

¹⁰⁹³ *Nota Bene* ces organismes sont organisés sur le fondement d'un *Trust*.

¹⁰⁹⁴ Sections 25B et 25C du *Matrimonial Causes Act 1973*. Ces ordonnances étaient autrefois désignées par le terme de *earmarking orders*

¹⁰⁹⁵ Section 31(2) (dd) du *Matrimonial Causes Act 1973*.

¹⁰⁹⁶ Section 24(B)(5) du *Matrimonial Causes Act 1973*.

condamnation au paiement des dépends n'est pas possible dans les instances familiales. Toutefois, la section 28(6) ouvre néanmoins cette possibilité au juge lorsqu'il estime approprié de le faire à titre de sanction de l'une des parties pour son comportement tant au cours de l'instance qu'avant l'introduction de l'instance.

- D'autres sommes ou droits patrimoniaux :

En vertu de la section 24 du *Matrimonial Causes Act 1973*, le juge peut réviser l'ensemble des différentes conventions matrimoniales passées entre époux¹⁰⁹⁷, et à ce titre octroyer certaines sommes d'argent à l'un des ex-époux.

Si oui merci de répondre aux questions suivantes :

63. Cette demande doit-elle être faite dès l'introduction de l'instance ou peut-elle être demandée en cours d'instance ?

Cette demande peut être faite dès l'introduction de l'instance ou à n'importe quel moment en cours d'instance. Cependant, le juge ne peut ordonner ces mesures qu'après le *Decree nisi* et elles ne pourront prendre effet qu'après le *Decree absolute*. Ces mesures ne peuvent être ordonnées au titre des mesures provisoires.

64. La demande peut-elle être introduite par l'un ou l'autre des époux après le prononcé du divorce ? Si oui, cette action est-elle enfermée dans un délai ?

La demande n'est enfermée dans aucun délai. Elle peut être introduite après le prononcé du divorce, à moins que dans le document contenant ses prétentions au moment de la requête (*prayer*) le demandeur au divorce déclare renoncer à une demande de compensation financière (*ancillary relief*) et se remarie par la suite. De même, après divorce, cette demande ne peut plus être introduite par le défendeur au divorce si lui-même se remarie par la suite¹⁰⁹⁸.

65. L'un des époux peut-il être dispensé de fournir cette compensation (ou indemnisation, aliments ...)? Si oui, pour quels motifs ?

Le comportement des parties sera pris en compte pour évaluer une éventuelle dispense de compensation. En effet, l'octroi d'une compensation financière au moment du divorce ou postérieurement à celui-ci n'est pas automatique. En vertu de la section 25 du *Matrimonial Causes Act 1973*, pour qu'une telle compensation soit ordonnée le juge doit être convaincu qu'elle doit l'être au regard des besoins de celui qui la réclame et du patrimoine et des revenus de celui à qui elle est réclamée¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷ Voir *supra* questions 42, 43 et 44 du questionnaire.

¹⁰⁹⁸ Section 28(3) du *Matrimonial Causes Act 1973* et *Tee v Tee Hillman* [1999] 2 FLR 613.

¹⁰⁹⁹ Voir *infra* question 76.

66. L'un des époux peut-il être privé du droit d'obtenir cette compensation (ou indemnisation, aliments...) ? Si oui pour quels motifs ?

Le comportement des parties sera pris en compte pour évaluer une éventuelle restriction des droits à compensation, en vertu de la section 25 du *Matrimonial Causes Act 1973*¹¹⁰⁰.

67. L'établissement ou le rétablissement d'un équilibre financier entre les situations patrimoniales respectives des ex-époux est-il recherché ?

Le rétablissement d'un équilibre financier est recherché même si aucune disposition légale ne l'impose. Des arrêts de principe ont jugé qu'il ne pouvait être dérogé principe directeur de division égalitaire du patrimoine entre ex-époux que pour de bonnes raisons¹¹⁰¹.

68. Les règles en matière de compensation financière, d'aliments ou autres obligations patrimoniales après divorce sont-elles connectées à celles qui organisent la liquidation du régime matrimonial ou à celles de droit des biens (*property law*) équivalentes ?

En l'absence de règles spécifiques organisant la liquidation de régimes matrimoniaux en droit anglais, les règles applicables sont celles liées au partage équitable des biens entre époux.

69. Les causes de divorce ont-elles une incidence sur les conséquences du divorce en matière patrimoniale ? Si oui dans quelle mesure ?

Si le comportement de l'un des époux est invoqué au titre des motifs de rupture irrémédiable du lien matrimonial, celui-ci en fonction de sa gravité peut-être pris en compte pour le calcul du montant de la compensation ordonnée au moment du divorce¹¹⁰². Cependant l'importance que le juge accordera à cet élément sera appréciée au regard de l'ensemble des éléments qui sont pris en considération dans le calcul de cette compensation sur le fondement de la section 25 du *Matrimonial Causes Act 1973*.

70. Quelles formes les obligations patrimoniales entre ex-époux peuvent-elles prendre ? Si les formes sont multiples, sont-elles déterminées par la cause de divorce ?

Voir *supra* question 62 du questionnaire.

71. Votre droit permet-il à l'autorité compétente d'attribuer à un des époux la propriété, la jouissance ou le bail du logement familial ? Si oui, à quelles conditions ?

En effet, il est possible en droit anglais d'obtenir au moment du divorce des droits spécifiques relatifs à l'occupation du logement familial.

¹¹⁰⁰ Voir *infra* question 76.

¹¹⁰¹ *White v White [2001] 1 AC 596*, dans cette affaire Lord Nicholls a jugé que « l'objectif d'égalité est un guide et non une règle », « *The yardstick of equality is a guide and not a rule* » *White v White [2001] 1 AC 596 p. 605*. Cette position a été reprise par la suite voir notamment : *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane [2006] UKHL 24; [2006] 2 AC 618*.

¹¹⁰² Section 25(2)(g) du *Matrimonial Causes Act 1973*.

A la suite de l'arrêt *Mesher v Mesher and Hall*¹¹⁰³, il est possible à l'époux vivant avec les enfants d'obtenir, au moyen d'un *Mesher order*, le report de la vente du logement familial afin de pouvoir rester avec eux dans les lieux¹¹⁰⁴. L'autre époux voyant en conséquence reporter d'autant le moment où il peut prétendre à faire valoir ses intérêts dans la vente de ce bien. Pendant la période de report, le logement peut rester la propriété commune des époux en vue de sa vente future et de l'administration en vertu d'un trust des fruits de cette vente (*hold in joint names on trust for sale*). Durant cette même période, la propriété du logement familial peut également être transférée à l'autre époux contre récompense.

A la suite de l'arrêt *Martin v Martin*¹¹⁰⁵, l'un des époux peut obtenir au moyen d'un *Martin order* le report de la vente du logement conjugal pour une durée indéterminée, ce qui lui permet, en l'absence d'enfants communs, de rester dans les lieux pour le reste de sa vie où jusqu'à la survenance d'un événement spécifique comme le remariage ou son départ volontaire.

72. Le montant et les modalités des obligations patrimoniales entre ex-époux peuvent-elles être déterminés par une convention matrimoniale ?

Oui, les époux peuvent déterminer entre eux le montant et les modalités d'exécution de ces obligations patrimoniales dans le cadre d'une convention. Toutes les conventions anté ou post nuptiale, ou encore en vue d'un divorce peuvent contenir leur accord sur ce point.

73. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

Le juge dispose d'un droit de regard sur le contenu de ces conventions et dispose du pouvoir de les réviser au vu des éléments contenu dans la section 25(2) du *Matrimonial Causes Act 1973*¹¹⁰⁶.

74. Afin de calculer le montant dû, les époux sont-ils tenus de révéler l'intégralité des éléments qui constituent leur patrimoine (revenus, capital, biens, pensions, allocations...) ou bien peuvent-ils en être dispensés ?

Les époux sont tenus de révéler l'intégralité de la composition de leur patrimoine et de leurs revenus (*full and frank disclosure*) dans les procédures relatives aux conséquences financières du divorce tant entre époux qu'à l'égard des enfants¹¹⁰⁷.

Un époux peut cependant être relevé de cette obligation s'il déclare sous serment être en mesure d'honorer toute les mesures de compensation qui seraient ordonnées par la Cour. La

¹¹⁰³ *Mesher v Mesher and Hall* [1980] 1 All ER 126.

¹¹⁰⁴ Cette ordonnance s'applique au logement familial quelle que soit sa nature, bien acquis en commun par les époux ou bien propre de l'un d'eux.

¹¹⁰⁵ *Martin v Martin* [1977] 3 All ER 762.

¹¹⁰⁶ Pour plus de détail voir les questions 42, 43 et 44 du questionnaire.

¹¹⁰⁷ Dans les directives relatives à la conduite des instances familiales : *Practice Direction (Family Proceedings: Case Management)* [1995] 1 WLR 332, Sir Stephen Brown P a mis en avant le fait que cette révélation était une obligation des parties envers la Cour : « *It is a duty owed to the court both by the parties and by legal representatives to give full and frank disclosure in ancillary relief applications and also in respect of children* ».

dispense de révélation au moyen de ce serment (*Millionnaire's defence*) a été instaurée par un arrêt *Thyssen-Bornemisza v Thyssen-Bornemisza (No2)* [1985]¹¹⁰⁸.

Cependant, un débat existe en doctrine sur le fait de savoir si cette dispense peut encore être invoquée aujourd'hui. En effet dans l'affaire *J v V (Disclosure : Offshore Corporations)* [2001]¹¹⁰⁹, le juge Coleridge retient qu'il existe des situations dans lesquelles il peut être approprié de libérer l'époux de son obligation de révélation par l'effet de ce serment. Toutefois, dans une affaire plus récente *McFarlane v Mc Farlane and Parlour v Parlour* [2004]¹¹¹⁰, Lord Thorpe a retenu, mais en *obiter dictum* (partie de l'arrêt n'ayant pas force obligatoire), qu'il devait être mis fin à la pratique de cette dispense. Toutefois dans cette dernière affaire il apparaissait que la Cour n'avait pas confiance dans le fait que le débiteur, qui avait eu une attitude assez cavalière pendant l'instance, soit effectivement en mesure d'honorer toute mesure de compensation ordonnée. Pour une partie de la doctrine, la richesse du débiteur doit être particulièrement importante pour qu'il puisse être libéré de son obligation de révélation, au point qu'aujourd'hui certains font référence à la *Billionnaire's ou Milliardaire's defence*.

75. Si aucune dispense n'est prévue, quelles sont les conséquences d'un refus de délivrer ces éléments ?

En cas de refus des parties de se soumettre à cette obligation de révélation, le juge peut en tirer des conséquences.

Ainsi, au vu des éléments qui ont pu être rapportés et du contexte familial (train de vie de la famille, la taille d'une entreprise éventuelle ou la nature des activités professionnelles) le juge estimera la valeur des biens ou du patrimoine dissimulé. Cette estimation sera prise en compte dans l'évaluation du montant de la compensation ordonnée.

76. Quels sont les critères pris en compte pour évaluer le montant dû ? (le train de vie du ménage avant divorce, les besoins des ex-époux qu'ils soient présents et/ou futurs, l'âge, l'état de santé, l'employabilité, le principe selon lequel chaque époux devrait satisfaire à ses propres besoins ...)

Les éléments devant impérativement être examinés par le juge et ses pouvoirs dans le cadre d'une procédure relative aux conséquences patrimoniales du divorce ont été posés dans la section 25 du *Matrimonial Causes Act 1973*.

En vertu de ces dispositions, le juge doit prendre en considération tous éléments de l'affaire et en présence d'enfants mineurs au sein de la famille, il doit accorder la considération première à leur bien-être¹¹¹¹.

Une liste d'éléments devant être appréciés est ensuite dressée par la section 25(2) du *Matrimonial Causes Act 1973*¹¹¹² :

(a) les revenus et salaires, les biens et tout autres ressources financières dont chacune des parties au mariage dispose ou est en mesure de disposer dans un futur proche ; toute

¹¹⁰⁸ *Thyssen-Bornemisza v Thyssen-Bornemisza (No2)* [1985] FLR 1069.

¹¹⁰⁹ *J v V (Disclosure : Offshore Corporations)* [2001] 1 FLR 1042.

¹¹¹⁰ *McFarlane v Mc Farlane and Parlour v Parlour* [2004] EWCA Civ 872

¹¹¹¹ Section 25(1) du *Matrimonial Causes Act 1973*. Cette section renvoie aux pouvoirs du juge dans le cadre des demandes fondées sur les sections 23, 24 [F2, 24A ou 24B] de la même loi.

¹¹¹² Cette section renvoie aux pouvoirs du juge dans le cadre des demandes fondées sur les sections 23(1) [(a), (b) ou (c)] et 24 [F3, 24A ou 24B] de la même loi.

perspective d'accroissement futur de la capacité financière d'un époux doit également être prise en compte au regard de ce que la Cour peut raisonnablement attendre de celui-ci et de ses capacités.

(b) les besoins financiers des époux, les obligations et responsabilités alimentaires auxquelles ils sont tenus où sont susceptible d'être tenus dans un futur proche.

(c) le train de vie de la famille avant la rupture du mariage

(d) l'âge des époux et la durée du mariage

(e) tout handicap physique ou mental dont seraient affectées les parties au mariage.

(f) Les contributions au bien-être de la famille apportées par chacun des époux, ou susceptibles d'être apportées par eux dans un futur proche, incluant le fait d'élever les enfants et de prendre en charge l'organisation de la vie familiale.

(g) le comportement de chacun des époux, si selon les circonstances la Cour estime injuste que ce comportement ne soit pas pris en considération.

(h) dans l'hypothèse d'un divorce ou d'une demande en nullité, les intérêts que l'une ou l'autre des parties perdrait la chance d'acquérir en raison de la dissolution du mariage.

Au regard des décisions qui peuvent être prises en faveur d'un enfant, une autre liste d'éléments s'ajoute à la première en vertu de la section 25(3) du *Matrimonial Causes Act 1973*¹¹¹³

(a) les besoins financiers de l'enfant

(b) les revenus et salaires, les biens et tout autres ressources financières dont l'enfant dispose, s'il en dispose.

(c) tout handicap physique ou mental affectant l'enfant.

(d) l'éducation qui a été donnée à l'enfant, et la manière dont les parties au mariage envisagent qu'il soit éduqué ou formé.

(e) les éléments visés *supra* par la section 25(2)(a), (b) et (c) applicables aux parties au mariage.

Dans l'hypothèse où des mesures doivent être ordonnées à l'encontre d'une des parties au mariage au bénéfice d'un enfant qui n'est pas le sien, la section 25(4) du *Matrimonial Causes Act 1973* ajoute des éléments devant être pris en compte par la Cour¹¹¹⁴.

(a) le fait que le débiteur ait auparavant assumé financièrement la charge de cet enfant, et le cas échéant dans quelle mesure, pour quels motifs et sur quelle période de temps.

(b) le fait qu'en assumant la charge de cet enfant, le débiteur avait ou n'avait pas connaissance du fait que celui-ci n'était pas le sien.

(c) le fait qu'une autre personne soit également tenue d'une obligation d'entretien à l'égard de cet enfant.

77. Le montant de la compensation ordonnée peut-il être révisé ? Si oui pour quels motifs et à quelle échéance (régulière, en fonction des besoins...).

Le montant de cette compensation peut être modifié si la situation des parties évolue après l'ordonnance. Le fait que le débiteur perde son emploi ou que le créancier arrive

¹¹¹³ Cette section renvoie aux pouvoirs du juge dans le cadre des demandes fondées sur les sections 23(1)[(d), (e) ou (f)], 23(2) ou 23(4), 24 ou 24A de la même loi.

¹¹¹⁴ Cette section renvoie aux pouvoirs du juge dans le cadre des demandes fondées sur les sections 23(1)[(d), (e) ou (f)], 23(2) ou 23(4), 24 ou 24A de la même loi.

difficilement à boucler le mois avec les sommes allouées justifient une demande de révision de la compensation octroyée par la Cour.

Le montant de la compensation peut varier en plus ou en moins, la durée de paiement peut être modifiée, certaines échéances peuvent être supprimées, l'exécution de l'obligation peut être momentanément suspendue, les sommes restant dues peuvent être converties en capital.

La demande de révision peut être introduite tant par le débiteur que par le créancier de l'obligation¹¹¹⁵

ii. Les effets à l'égard des enfants

78. L'obligation d'entretenir financièrement l'enfant est-elle liée à l'autorité parentale, à la résidence de l'enfant, à un autre critère ?

La question de l'entretien de l'enfant est organisée par le *Children Support Act 1991*, le *Child Support, Pension and Social Security Act 2000* et le *Child Maintenance and Other Payments Act 2008*¹¹¹⁶. En droit anglais l'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant n'est pas liée à l'autorité parentale mais à la filiation¹¹¹⁷, l'obligation pèse sur les parents biologiques de l'enfant¹¹¹⁸. Les dispositions légales organisent la manière dont cette obligation est mise en œuvre lorsque l'enfant ne vit pas avec son ou ses parents. Les dispositions s'appliquent donc tant aux situations de divorce et séparation parentale, qu'à celles de prise en charge de l'enfant dans le cadre de mesures de protection de l'enfance.

Cette obligation d'entretien est également liée à l'âge de l'enfant pour le compte duquel son exécution est réclamée. En effet, elle est due à l'enfant jusqu'à son seizième anniversaire sans condition et jusqu'à son dix-neuvième, s'il justifie être scolarisé à temps complet (*full-time education*)¹¹¹⁹. A compter de l'âge de 16 ans, à défaut d'être scolarisé il faudra à l'enfant justifier de circonstances particulières pour continuer à bénéficier d'un soutien financier jusqu'à son dix-huitième anniversaire¹¹²⁰. En tout état de cause l'obligation d'entretien n'est pas due aux enfants qui poursuivent des études supérieures.

79. Par quels moyens l'État organise-t-il le maintien de cette obligation à l'égard du parent qui ne vit pas avec l'enfant (pension alimentaire, mise à disposition de biens ou de capital ...)

Tout parent qui ne vit pas avec l'enfant se trouve en conséquence soumis à l'obligation de subvenir au besoin de ses enfants, dans les conditions posées ci-dessus, au moyen de paiements périodiques dont la somme et les échéances sont déterminées par décision d'un

¹¹¹⁵ Section 31 du *Matrimonial Causes Act 1973*.

¹¹¹⁶ Cette Loi est entrée en vigueur en 2011.

¹¹¹⁷ Section 1 du *Child Support Act 1991*.

¹¹¹⁸ Dans l'affaire *A v B (Damages : Paternity)* [2007]3 FCR 861, un père a engagé la responsabilité civile de la mère pour tromperie quant à sa paternité (*tort of deceit*) et s'est vu octroyer des dommages et intérêts dont le montant visait à le dédommager des sommes d'argent qu'il avait versé pour l'entretien de l'enfant.

¹¹¹⁹ Cette notion implique que l'enfant soit scolarisé dans un établissement du second degré (en effet le dispositif ne vise que la scolarité jusqu'au A-Level, l'équivalent du baccalauréat en France). L'enfant doit également être scolarisé dans un cursus qui lui assure un minimum de douze heures de cours par semaine pour remplir cette condition légale. www.sfla.co.uk/endmaintenance.html [page consultée le 3 août 2012].

¹¹²⁰ Section 55(1) du *Child Support Act 1991*.

organisme d'Etat¹¹²¹: le *Child Support Agency* (CSA), qui dépend directement du Gouvernement, et est rattaché au Ministre du travail et des pensions : *Secretary of State for Work and Pensions*. Le parent résidant avec l'enfant peut solliciter l'intervention du CSA aux fins d'évaluer le montant de l'obligation due à l'enfant (*maintenance assessment*) et de mettre en œuvre, en son nom, le recouvrement de cette somme à l'encontre du parent qui ne vit pas avec l'enfant¹¹²². La saisine du CSA est laissée à l'appréciation du parent résidant avec l'enfant, en effet depuis la réforme de 2008 celui-ci n'est plus tenu de saisir les instances étatiques. Le CSA est également compétent lorsqu'il s'agit de demandes visant à modifier les modalités d'exécution de l'obligation d'entretien.

Lorsque le CSA intervient auprès des familles l'obligation est remplie systématiquement par l'octroi d'une pension alimentaire. Il semble que dans le cadre d'un accord parental sur la question les parents bénéficient d'une plus grande marge de manœuvre quant aux modalités d'exécution de cette obligation. En effet, il peut être convenu que le parent qui ne réside pas avec l'enfant prendra en charge directement certains frais liés au quotidien de l'enfant¹¹²³. Cependant l'utilisation systématique par les différents textes applicable du terme « *periodical payment* » associé à cette obligation nous laisse penser qu'un accord parental ne saurait envisager le versement d'un capital ou la mise à disposition d'un bien, en exécution de cette obligation. Cette dernière possibilité semble cependant pouvoir être mise en œuvre à la demande du CSA, en cas de non paiement par le parent débiteur. En effet, le CSA peut ordonner la vente d'un bien appartenant au parent pour honorer la pension alimentaire ou encore peut déclencher des poursuites pénales à son encontre

80. Les modalités de l'exercice de cette obligation d'entretien, peuvent-elles être déterminées par une convention parentale ?

Les modalités de mise en œuvre de l'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant peuvent être décidées par accord parental au moyen d'un *maintenance agreement*¹¹²⁴. Une réforme du système visant à garantir l'exécution des obligations alimentaires à l'égard de l'enfant est en cours¹¹²⁵ et le nouveau schéma incite très fortement les parents à s'entendre sur les modalités d'exécution de l'obligation d'entretien plutôt que de recourir aux services du CSA. Le Ministère dans ses propositions de réforme prévoit que le recours au CSA pourrait devenir payante, à auteur de £20 par requête¹¹²⁶, afin d'inciter les parents à réfléchir sur la

¹¹²¹ Section 1(2) du *Child Support Act 1991*.

¹¹²² Section 6(5) du *Child Support Act 1991* tel qu'amendé par le *Child Maintenance and Other Payments Act 2008*.

¹¹²³ Les documents informatifs à destination des familles donnent quelques précisions indicatives quant à ces modalités spécifiques. En effet revient fréquemment l'exemple du paiement direct d'habits ou celui des uniformes scolaires des enfants, le paiement de vacances ou encore de frais de scolarité. Rien ne semble interdire aux parents d'envisager des paiements directs d'autre nature par exemples fournitures scolaires, abonnements, adhésions www.cmoptions.org/en/pdfs/Family%20Arrangement%20Form.pdf [page consultée le 8 août 2012].

¹¹²⁴ Section 9 du *Child Support Act 1991*.

¹¹²⁵ *Public Consultation : Supporting separated families ; securing children's future* Cm 8399, Juillet 2012, Ministère du Travail et des pensions. Disponible en ligne sur le site : www.dwp.gov.uk/docs/childrens-futures-consultation.pdf

¹¹²⁶ Le dispositif proposé libère néanmoins le parent demandeur victime de violence conjugale, de cette obligation de payer 20£

nécessité de recourir au dispositif plutôt et à trouver un accord en dehors de ce cadre¹¹²⁷. Par ailleurs, si le dispositif de recouvrement est mis en œuvre par le CSA, le parent contraint au versement de l'obligation alimentaire verra le montant de la contribution majorée de 20%.

81. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

En vertu de la section 35 du *Matrimonial Causes Act 1973* le juge dispose du pouvoir de réviser toutes les conventions relatives à l'exécution d'une obligation alimentaire (maintenance agreement), tant entre époux qu'au bénéfice des enfants. La Cour peut révoquer cet accord ou le réviser en ajoutant certaines clauses à cet accord¹¹²⁸.

III. LE DROIT PROCEDURAL

82. Le divorce et le règlement de ses conséquences peut-ils être obtenu en dehors d'une instance judiciaire ?

Le divorce est obligatoirement prononcé par un juge mais le règlement de ses conséquences financières peut être déterminé par convention, en dehors de toute instance.

83. Si oui, quels sont les organes compétents pour connaître de la demande ? La procédure administrative est-elle la seule possibilité offerte au couple ou bien s'agit-il d'une alternative à une procédure judiciaire ?

Les seuls organes compétents sont les tribunaux, il n'en existe pas d'autre. Les parties peuvent cependant s'entendre directement sur cette question sans qu'un juge n'en soit saisi.

84. Dans le cadre d'une procédure judiciaire en divorce, quelle est la juridiction nationale compétente pour statuer ? Cette juridiction est-elle également compétente pour statuer sur les effets du divorce ? Une compétence juridictionnelle particulière est-elle prévue dans l'hypothèse d'un divorce transnational ?

La procédure peut être initiée dans toutes les *County courts* du Royaume, devant le juge spécialisé pour connaître des procédures familiale (*private law ticket*). Si une question de droit international privé voit le jour, les directives relatives à la conduite de ces instances (*practice direction*)¹¹²⁹ prévoient dans certaines circonstances le renvoi de l'affaire à la *High Court*. En effet le *Principle Registry of the Family Division on the High Court* (basé à Londres) est également compétent pour connaître des divorces en première instance.

¹¹²⁷ *Public Consultation : Supporting separated families ; securing children's future* Cm 8399, Juillet 2012, Ministère du Travail et des pensions. para. 17, p. 6. Disponible en ligne sur le site : www.dwp.gov.uk/docs/childrens-futures-consultation.pdf

¹¹²⁸ Section 35(2)(i) et (ii) du *Matrimonial Causes Act 1973*.

¹¹²⁹ *Practice Direction* du 3 Novembre 2008 relative à la compétence juridictionnelle et à la délocalisation des affaires (*practice direction on the Allocation and Transfer of Proceedings*), voir notamment le paragraphe 5 de ces directives. Il est à noter que le caractère transnational de la procédure n'est qu'un motif parmi d'autres qui justifient également le renvoi de l'affaire devant la *High Court*.

Cette juridiction sera compétente pour connaître tant des causes que des effets du divorce.

85. Après l'introduction de l'instance les époux sont-ils tenus de respecter une période de réflexion ? Si oui, quelle en est la durée ?

Une période de réflexion a été prévue cependant elle n'intervient pas au stade de l'introduction de l'instance. En effet, une période de réflexion de six semaines et un jour est imposée entre l'obtention du *Decree nisi* et l'introduction de la demande de conversion en *Decree absolute*.

86. Les époux sont-ils tenus ou incités avant l'instance ou en cours d'instance à s'orienter, à titre préalable, vers un mode alternatif de règlement des conflits ?

En vertu des directives relatives à la conduite des instances familiales¹¹³⁰, toute personne qui saisit la Cour d'une demande relative soit à l'organisation de la vie de l'enfant (*contact, residence, specific issue orders*) soit aux conséquences financières du divorce et tenu d'avoir assisté à une réunion d'information relative à la médiation (*Mediation information and Assessment meeting* ou *MIAM*). Les parties à la procédure assistent séparément à ces réunions qui ont pour but d'expliquer l'objectif de la médiation, la manière dont elle se déroule et d'évaluer si la médiation semble appropriée au contentieux en question. Cette information porte également sur tous les modes alternatifs de règlement des conflits et notamment les techniques de droit collaboratif. Cette information vise à donner au justiciable un tableau d'ensemble de toutes les alternatives qui s'offrent à lui pour régler le litige. Si à l'issue des réunions d'information les parties souhaitent s'engager dans une médiation, elles seront convoquées à une réunion commune.

Il existe quelques exceptions à cette obligation préalable à la saisine du juge mais elles sont limitativement énumérées par la directive (Practice direction). Sont notamment visées les situations dans lesquelles la médiation semble inappropriée aux yeux du médiateur qui anime la réunion auquel et l'autre partie a refusé d'assister à cette séance d'information. Les situations dans lesquelles des violences conjugales ont été alléguées. Lorsque l'une des parties se trouve en situation de faillite, où si l'une des parties n'a pas de domicile connu et ne peut être joint. Les situations dans lesquelles les services de protection de l'enfance interviennent auprès de la famille ou si un enfant souhaite être partie à la procédure envisagée. Enfin, les parties sont libérées de cette obligation si après avoir contactés trois médiateurs du ressort territorial, aucun d'entre eux n'a été en mesure de proposer un rendez-vous dans les quinze jours qui ont suivi cette prise de contact.

87. L'autorité compétente peut-elle, pendant la procédure de divorce, prendre des mesures provisoires relatives :

- au logement familial,

Oui, mais uniquement en cas de violences conjugales (toutes les formes de violences physiques, sexuelles, morales, ou financières sont couvertes)¹¹³¹.

¹¹³⁰ Practice direction 3A relative à la Partie 3 des *Family Procedure Rules 2010* (entré en vigueur le 6 avril 2011)

¹¹³¹ <http://www.homeoffice.gov.uk/crime/violence-against-women-girls/domestic-violence/>

En vertu des dispositions du *Family Law Act 1996*¹¹³², dans ce contexte la Cour peut rendre une ordonnance d'occupation du logement familial (*occupation order*). Cette ordonnance est rendue à l'encontre de la personne liée au demandeur soit par un mariage, soit par un partenariat civil. Cette ordonnance aura pour effet d'expulser l'auteur des violences du logement familial.

La Cour est tenue de prendre cette mesure « s'il apparaît que le demandeur ou tout enfant vivant au foyer, est susceptible de subir un préjudice significatif en raison du comportement du défendeur, à défaut d'ordonnance d'occupation »¹¹³³.

Il n'existe pas de possibilité pour le juge de statuer sur le logement familial à titre provisoire en dehors des situations de violences conjugales.

- aux enfants,

Il est possible pour le juge de statuer à titre provisoire sur la résidence de l'enfant (*interim residence order*) et le droit de visite et d'hébergement (*interim contact order*) du parent qui ne vit pas avec lui.

Les demandes relatives à l'exécution d'une obligation alimentaire au bénéfice de l'enfant (*maintenance*) seront traitées par le *Child Support Agency*¹¹³⁴. Les demandes peuvent viser des frais financiers tout à fait spécifiques tels que la prise en charge des frais de scolarité des enfants, ou encore les besoins spécifiques liés à l'accueil et à la scolarité d'un enfant en situation de handicap. Le montant des sommes alloués après évaluation par le CSA est plafonné et si les ressources du parent débiteur permettraient d'obtenir au bénéfice de l'enfant une pension d'un montant supérieur au plafond, le parent créancier peut saisir la Cour d'une demande de pension complémentaire (*top up order*). Le recours au juge est très exceptionnel sur ces questions, et il ne sera recevable que dans l'hypothèse où la compétence du CSA est écartée ou si une demande de complément est faite. Dans ces circonstances seulement la Cour dispose de la compétence de prendre des mesures (*maintenance order*) qui peuvent être prises à titre provisoire (*interim maintenance order*).

- à l'obligation alimentaire entre époux,

En vertu de la section 22 du *Matrimonial Causes Act 1973*, la Cour peut ordonner le versement d'une pension alimentaire à titre provisoire durant le temps de l'instance (*maintenance pending suit*). Celle-ci produira ses effets jusqu'au prononcé du *Decree absolute*. Il est à noter qu'après le prononcé du *Decree absolute*, cette demande reste recevable et sera désignée par le terme *Interim Maintenance order*. Le montant de la pension est déterminé en fonction de ce que la Cour estime raisonnable. En conséquence, le pouvoir d'appréciation des juges est très largement ouvert sur ce point¹¹³⁵. Cette obligation peut rétroagir à la date de l'introduction de l'instance¹¹³⁶, et le juge peut exercer ce pouvoir discrétionnaire y compris si la compétence de la juridiction anglaise est contestée¹¹³⁷.

¹¹³² Section 33, partie IV du *Family Law Act 1996*.

¹¹³³ Section 33(7) du *Family Law Act 1996*.

¹¹³⁴ Voir *supra* questions 79 et 80 du questionnaire.

¹¹³⁵ Dans l'affaire *Offord v Offord* (1982) 3 FLR 309, le juge French a retenu que le pouvoir d'appréciation du juge s'exerçait sans entrave en ce domaine (*unfettered discretion*), *Offord v Offord* (1982) 3 FLR 309, p. 312.

¹¹³⁶ Ce pouvoir s'exerce dans les procédures de divorce, de nullité du mariage, de séparation ou de rupture d'un partenariat civil. Voir notamment Schedule 5, Part 8 du *Civil Partnership Act 2004*.

¹¹³⁷ *L-K v K* [2006] EWHC 153 (Fam); [2006] 2 FLR 1113.

Cette demande peut être introduite à tout moment au cours de l'instance¹¹³⁸. Cependant cette mesure ne peut être ordonnée en urgence ou au titre des injonctions dont la Cour peut user¹¹³⁹.

- aux conséquences de violences conjugales ?

En effet, l'existence de violences conjugales permet au juge de prendre un certain nombre de mesures provisoires notamment relatives au logement¹¹⁴⁰. La Cour peut également ordonner des injonctions (*non-molestation order*) au bénéfice du conjoint victime ou des enfants victimes de ces violences, qui tendent à limiter les contacts possibles du défendeur à l'injonction avec les victimes.

88. Quelles sont les possibles voies de recours contre la décision relative au divorce, que celle-ci soit judiciaire ou administrative ?

L'appel n'est pas ouvert contre la décision définitive de divorce : *decree absolute*. Toutefois la possibilité d'une action en rescision du *Decree absolute* est une éventualité¹¹⁴¹ dans l'hypothèse d'une tromperie ou d'une fraude, mais c'est extrêmement rare en pratique. En revanche l'appel d'une décision relative aux conséquences du divorce : *ancillary relief*, est ouvert selon les conditions légales du recours.

89. Un tiers (ministère public, avocat de l'enfant, service social, service de protection de la jeunesse...) peut-il intervenir **- à l'instance en divorce ;** **- à l'instance relative à l'autorité parentale, si elle est distincte de l'instance en divorce ?** **Si oui, sur quels fondements ?**

En droit anglais, l'enfant dispose de la possibilité d'intervenir dans une procédure judiciaire de divorce ou de séparation parentale. Il sera en revanche automatiquement partie à une instance sur le fondement de la section 8 du *Children Act 1989* relative à sa résidence (*residence order*), au droit de visite et d'hébergement (*contact order*), à la résolution d'une question spécifique le concernant (*specific issue order*) ou à la demande d'injonction de ne pas faire à son égard (*prohibited step order*). Dans le cadre de ces procédures l'enfant peut bénéficier du statut de partie autonome (sans représentant) sur autorisation judiciaire (*leave of the court*)

La possibilité de donner à l'enfant le statut de partie dans les procédures familiales (*private law proceedings*), procédures dans lesquelles il n'est initialement que concerné est une disposition innovante du droit anglais. Les dispositions applicables aux modalités de cette intervention sont anciennes¹¹⁴² et ont encore été récemment réaménagées dans le cadre

¹¹³⁸ Règle 9.7 des *Family Procedure Rules 2010*.

¹¹³⁹ *Re M (Freezing Order) [2006] 1 FLR 103*, et tout particulièrement la position de Stephen Bellamy QC, para. [35] et [39].

¹¹⁴⁰ Voir *supra*.

¹¹⁴¹ Règle 7.32(2)(a) *FPR 2010*.

¹¹⁴² *Matrimonial Causes Rules 1977*.

des règles de procédures applicables aux instances familiales de 2010 (*family Proceedings Rules 2010*)¹¹⁴³.

Un enfant se verra octroyer la qualité de partie à une instance familiale s'il apparaît dans son intérêt qu'il bénéficie de cette qualité¹¹⁴⁴. Les directives relatives à la conduite des instances familiales prévoient que cette intervention n'est souhaitable que dans les affaires d'une particulière difficulté, et par conséquent dans une minorité de cas¹¹⁴⁵. L'éventualité de demander la réalisation d'un rapport sur la situation de l'enfant à un rapporteur judiciaire, de demander une enquête sociale aux services compétents ou la réalisation d'une expertise doit être envisagée avant toute décision d'octroyer à l'enfant la qualité de partie à la procédure¹¹⁴⁶. Ces directives poursuivent en établissant une liste d'éléments qui justifieraient que cette qualité soit donnée à l'enfant par la Cour¹¹⁴⁷. Au titre de ces éléments figurent notamment le fait qu'un rapporteur judiciaire ait fait cette recommandation à la Cour, que la position tenue par l'enfant au regard de sa situation n'est rapportée par aucun des adultes parties, l'existence d'un contentieux complexe relatif à la résidence de l'enfant, le fait que les souhaits et sentiments de l'enfant ne pourraient pas être rapportés à la Cour de manière satisfaisante au moyen d'un rapport, l'existence de questions psychiatrique ou médicales complexes dans la procédure, le règlements de questions liées au caractère transnational de la procédure, lorsque l'intérêt de l'un des enfants est en opposition avec celui de sa fratrie, l'existence d'un contentieux relatif à sa filiation, ou encore des allégations de mise en danger de l'enfant dans sa famille.

Les délais occasionnés par une représentation autonome de l'enfant dans la procédure devront être pris en compte au regard du principe de célérité (*no delay principle*) qui s'applique aux instances concernant des mineurs¹¹⁴⁸.

Si la qualité de partie à la procédure est octroyée à l'enfant, celui-ci bénéficiera d'une représentation autonome de son intérêt par un *Children guardian*, membre du CAFCASS (*Children And Family Court Advisory and Support Service*) en charge de conduite en son nom la procédure et de faire désigner un avocat à l'enfant. Cette représentation peut également être assurée par des organismes extérieurs habilités¹¹⁴⁹.

Toute fois la règle 16.6 des règles de procédures familiales de 2010 (*FPR 2010*) organise la possibilité pour l'enfant d'être partie autonome à l'instance, sans représentation du *Children's guardian*. Pour ce faire l'enfant doit avoir obtenu une autorisation judiciaire en ce sens (*leave of the court*), et le juge dans son examen de la demande d'autorisation judiciaire sera tenu d'apprécier le discernement de l'enfant au regard de sa capacité « à participer en tant que partie à la procédure »¹¹⁵⁰. La Cour peut revenir en cours d'instance sur l'autorisation ainsi donnée si cela est nécessaire à la protection de son intérêt¹¹⁵¹. L'enfant peut également se voir octroyer le statut de partie autonome sans

¹¹⁴³ Les modalités de cette intervention sont prévues par la règle 16.2 de la Partie 16 des *Family procedure Rules 2010*, complétées par des directives relatives à la conduite des instances familiales (*practice direction 16A Representation of children*)

¹¹⁴⁴ « The Court may make the child a party to proceedings if it considers it is in the best interests of the child to do so », règle 16.2(1) *FPR 2010*.

¹¹⁴⁵ Règle 7.1 *Practice Direction part 16A*.

¹¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹¹⁴⁷ Règle 7.2 *Practice Direction part 16A*.

¹¹⁴⁸ Règle 7.3 *Practice Direction part 16A*.

¹¹⁴⁹ Voir notamment l'intervention du *National Youth Advocacy Service* ou *NYAS*, qui est une organisation caritative spécialisée dans la représentation d'enfants dans le cadre des instances judiciaires.

¹¹⁵⁰ Règle 16.6(7) *FPR 2010*.

¹¹⁵¹ Règle 16.6(8) *FPR 2010*.

autorisation judiciaire si un avocat contacté par lui l'a jugé suffisamment discernant pour accepter de recevoir des instructions de sa part relativement à la procédure en cours¹¹⁵².

Si l'instance implique un majeur protégé qui ne bénéficie pas d'un représentant, les services de l'*Official solicitor* ont le pouvoir d'intervenir à l'instance en vue de garantir l'effectivement de la représentation de ses intérêts en justice¹¹⁵³.

90. L'enfant a-t-il la possibilité de donner son avis dans le cadre de la procédure de divorce, que celle-ci soit administrative ou judiciaire, et dans la procédure relative à l'autorité parentale si elle est distincte ? Le cas échéant quelles sont les modalités de cette audition ? Peut-il être assisté ou accompagné dans son audition et par qui ?

En droit anglais, le recueil des souhaits et sentiments de l'enfant n'est une obligation pour le juge que dans le cadre des procédures qui ont pour but d'organiser la situation personnelle de celui-ci¹¹⁵⁴. Les procédures en question sont celles qui visent à obtenir la mise en œuvre, la modification ou la caducité de l'une des quatre ordonnances prévues par la section 8 du *Children Act 1989*, à savoir l'ordonnance de résidence habituelle de l'enfant (*residence order*), l'ordonnance de contact et droit de visite (*contact order*), la demande d'injonction de ne pas faire à l'encontre de la partie adverse (*prohibited step order*), et enfin l'ordonnance visant à la résolution d'une question spécifique relative à l'enfant (*specific issue order*).

Toutefois, lorsque dans le cadre d'une procédure judiciaire le juge est amené à évaluer l'intérêt de l'enfant (*welfare of the child*) il est tenu de se conformer à une liste de contrôle qui fixe les critères qu'il doit impérativement examiner : la *welfare checklist*¹¹⁵⁵. Les souhaits et sentiments de l'enfant dont il est possible de s'assurer (*ascertainable wishes and feeling of the child concerned*) est le premier des éléments visés par cette liste de contrôle¹¹⁵⁶. Si la question de l'intérêt de l'enfant vient au cœur de la procédure de divorce, le recueil des souhaits et sentiments de l'enfant va devoir être organisé.

L'audition de l'enfant directe, si elle a pu être réalisée par certains juges, n'est pas organisée en droit anglais. Ce système a, en revanche, organisé le recueil des souhaits et sentiments de l'enfant par un rapporteur spécialement désigné. En effet, Lorsqu'une juridiction est amenée à se déterminer sur la question de l'intérêt de l'enfant deux possibilités s'offrent à elle. En vertu de la section 7 du *Children Act 1989*, le juge peut demander qu'un rapport sur ce que requiert le bien-être de l'enfant (*welfare*) lui soit présenté soit par un rapporteur membre du CAFCASS (*children and family reporter*)¹¹⁵⁷, soit par un rapporteur (*welfare officer*), qui aura été désigné pour cette mission par la collectivité territoriale. La mission de ces deux rapporteurs est identique, seuls leurs statuts diffèrent car ils ne dépendent pas de la même administration. Les *children and family reporters* sont des *officers* qui sont rattachés aux tribunaux, alors que les *welfare officers* sont des travailleurs sociaux rattachés aux services sociaux des collectivités territoriales. Comme les enquêteurs sociaux dans le système

¹¹⁵² Règle 16.6(3) *FPR 2010*. Le droit anglais s'en remet ici à l'appréciation de l'avocat au regard du discernement de l'enfant.

¹¹⁵³ Voir *supra*, question 20.

¹¹⁵⁴ Section 1(4) du *Children Act 1989*.

¹¹⁵⁵ Section 1(3) du *Children Act 1989*.

¹¹⁵⁶ Section 1(3)(a) du *Children Act 1989*.

¹¹⁵⁷ L'entrée en vigueur du *Criminal Justice and Court Service Act 2000* en droit anglais a eu pour effet de regrouper au sein d'un seul organisme : le *Child And Family Court Advisory and Support Service* (CAFCASS), les missions relatives à la représentation de l'enfant en justice et au rapport de ses souhaits et sentiments au juge.

français, ces derniers ont pour mission d'apporter au tribunal une image de la situation familiale.

Comme en droit français, la fonction des rapporteurs consiste à donner au juge des indications sur les origines de l'enfant, ses conditions matérielles de vie, ses rapports avec les membres de sa famille et ceux avec les tiers proches de lui. Dans le rapport qui sera transmis au juge, le *children and family reporter* doit faire des recommandations au tribunal sur ce que requiert le bien-être de l'enfant. Les *welfare reports* peuvent être présentés au tribunal oralement ou par écrit¹¹⁵⁸. Le rapporteur peut également être entendu par le juge le jour de l'audience. Au cours de cette dernière, il pourra éventuellement être mis à la disposition des avocats des parties dans le cadre de l'interrogatoire croisé des experts et témoins (*cross-examination*). La section 7(1) du *Children Act 1989* dispose très clairement que la mission de ces rapporteurs est « d'apporter au juge des éléments relatifs au bien-être de l'enfant en cause... ». Ils ont également tous deux pour mission de donner un avis au juge quant à la possibilité de donner à l'enfant le statut de partie à la procédure (*voir supra*).

Ils ont pour fonction d'assister le juge dans sa prise de décision mais en aucun cas leur mission première ne consiste à être la voix de l'enfant dans la procédure. Il est toutefois établi que dans l'exercice de ses fonctions, le *children and family reporter* doit respecter les principes du *Children Act 1989*, parmi lesquels figure celui « de prendre plus particulièrement en considération : les souhaits et les sentiments de l'enfant dont il est possible de s'assurer (à la lumière de son âge et de son discernement) »¹¹⁵⁹. Le recueil des souhaits et sentiments du mineur, ainsi que leur transmission au juge est une obligation légale imposée au *children and family reporter*.

Le seul moyen dont dispose l'enfant pour obtenir la possibilité d'être entendu directement par le juge est de demander à bénéficier du statut de partie à la procédure¹¹⁶⁰.

IV. RECONNAISSANCE DES DÉCISIONS DE DIVORCE PRONONCÉES A L'ÉTRANGER

91. Quelles sont les conditions de reconnaissance des décisions relatives

- f) à la rupture du lien matrimonial ?**
- g) aux effets pécuniaires du divorce ?**
- h) à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux ?**
- i) à la responsabilité parentale ?**
- j) aux obligations alimentaires entre parents et enfants ?**

Qu'en est-il s'il s'agit d'une décision émanant d'un État tiers à l'Union européenne et dont la reconnaissance est demandée dans votre pays ?

Merci de ne traiter que du droit national général, et non des conventions bilatérales conclues par votre pays.

a) la rupture du lien matrimonial :

La question de la reconnaissance en droit anglais des divorces prononcés à l'étranger est réglée par le *Family Law Act 1986* et par le Règlement (CE) n° 2201/2003 Bruxelles II bis. Il existe deux types de critères applicables à cette reconnaissance selon que les divorces ont été prononcés dans l'un des États de l'Union européenne ou en dehors.

¹¹⁵⁸ Section 7(3) du *Children Act 1989*.

¹¹⁵⁹ Voir notamment les sections 1(2) 8 et 1(3)(a) à 1(3)(f) 9 du *Children Act 1989*.

¹¹⁶⁰ Voir *supra* question 89 du questionnaire.

1- Les divorces prononcés dans l'un des États de l'Union européenne

En vertu de l'article 21(1) du Règlement (CE) n° 2201/2003, les divorces, les séparations de corps ou les décisions d'annulation du mariage, prononcés dans l'un des États de l'Union européenne sont automatiquement reconnus en Angleterre. Aucune procédure spécifique n'est requise pour cette reconnaissance¹¹⁶¹. Cette reconnaissance ne peut être refusée au seul motif que le droit anglais n'autorise pas le divorce sur la ou les causes visées dans la décision étrangère¹¹⁶². Cependant, sur le fondement de l'article 22 du règlement (CE) n° 2201/2003 certaines causes justifient le refus de reconnaître la décision étrangère, à savoir :

- (a) le fait que la reconnaissance soit manifestement contraire à l'ordre public. Cette raison ne s'applique que dans des circonstances exceptionnelles ;
- (b) le fait que le divorce ait été prononcé sans comparution du défendeur, ou si ce dernier ne s'est pas vu signifier la demande en divorce en temps utile, de sorte qu'il n'a pu préparer sa défense.
- (c) le fait que la décision étrangère soit inconciliable avec une décision du juge national ou d'un autre juge d'un État de l'Union européenne dans une instance opposant les mêmes parties.

2-Les divorces prononcés dans un État non membre de l'Union européenne.

La reconnaissance de ces décisions dépend de la manière dont elles ont été rendues. Le droit anglais distingue les décisions rendues à l'issue d'une « procédure » (judiciaires ou devant un autre organe que les juridictions), de celles qui sont obtenues hors cadre d'une procédure spécifique (comme le seraient par exemple des décisions rendues à l'issues de cérémonies purement religieuses)

i- Les décisions rendues à l'issue d'une « procédure » (section 46(1) du *Family Law Act 1986*)

Les décisions étrangères de divorce, séparation de corps ou d'annulation du mariage seront reconnues en droit anglais si elles ont été rendues conformément à la loi du pays et si à la date de l'ouverture de la procédure en question, les parties au mariage résidaient habituellement dans l'État où la décision a été rendue ou en étaient citoyens.

ii- Les décisions rendues hors cadre d'une « procédure » (section 46(2) du *Family Law Act 1986*)

Les exigences relatives à la reconnaissance de ces décisions sont plus rigoureuses. Ces décisions seront reconnues en droit anglais si le divorce, la séparation de corps ou la décision d'annulation du mariage :

- (a) si elles ont été rendues conformément au droit de l'État et
- (b) si à la date de la décision, soit les deux parties au mariage étaient domiciliées dans l'État, soit l'une d'entre elle seulement l'était et l'autre résidait dans un État qui reconnaissait comme valable la décision de divorce ainsi rendue et

¹¹⁶¹ Cf la position d'autres États de l'Union européenne qui insistent sur l'exigence du certificat prévu à l'article 34 du Règlement Bruxelles II bis.

¹¹⁶² Art. 25 du Règlement Bruxelles II bis

(c) Aucune des parties au mariage ne résidait habituellement au Royaume-Uni dans l'année immédiatement précédant la date de la décision étrangère.

Quelle que soit la manière dont la décision a été rendue, dans le cadre ou hors cadre d'une « procédure », le droit anglais peut néanmoins refuser de reconnaître et d'enregistrer la décision de divorce étrangère. Cette question est fondamentale.

b) Les effets pécuniaires du divorce :

En vertu du Règlement (CE) n° 4/2009 relatifs aux obligations alimentaires, les décisions relatives aux conséquences financières du divorce, rendues dans l'un des États membre de l'Union européenne sont automatiquement reconnues en droit anglais.

Ces décisions seront reconnues si elles sont définitives et insusceptibles d'appel. L'Angleterre a signé un nombre important de conventions multilatérales ou bilatérales avec un grand nombre de pays à travers le monde, lesquelles contiennent des exigences de formes multiples au regard des conditions de reconnaissances de ces décisions. Comme le droit anglais ne connaît pas la distinction continentale entre les obligations alimentaires et les autres formes d'obligation financières, les exigences relatives à la reconnaissance des décisions s'articulent autour de la distinction entre les celles qui ordonnent le versement d'une pension et celles qui organisent les autres conséquences financières du divorce.

c) à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux :

Les décisions relatives au patrimoine des ex-époux et tout particulièrement à leur patrimoine immobilier peuvent bien souvent être exécutées en application des dispositions légale organisant le droit de la propriété foncière.

Des difficultés sont fréquentes cependant, relativement à la mise à exécution des décisions relatives au partage entre les ex-époux des droits à pension de retraite. Habituellement, les ressortissants britanniques liés par ce type de décisions à l'étranger demandent une décision de justice en Angleterre. Les demandes sont traitées en vertu d'une procédure particulière : *Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders* (REMO) qui a été mis en place afin de garantir l'exécution de ces décisions au niveau international.

d) à la responsabilité parentale :

Ces questions sont bien souvent abordées dans le cadre de procédures liées à l'enlèvement international d'enfant. Les juridictions anglaises donnent une définition très large de la notion de responsabilité parentale.

(e) Aux obligations alimentaires entre parents et enfants :

Si l'un des parents de l'enfant est à l'étranger la procédure devant le *Child Support Agency* est inapplicable¹¹⁶³. Dans ces circonstances les juridictions anglaises restent compétentes pour statuer malgré l'existence de décisions de justice étrangères.

¹¹⁶³ Section 44(2)(a) *Child Support Act 1991*.

92. Dans quels cas une décision étrangère pourrait ne pas être reconnue dans votre pays pour violation de l'ordre public ? Donnez quelques exemples.

Une décision de divorce étrangère peut ne pas être reconnue en droit anglais en raison de sa contrariété à l'ordre public¹¹⁶⁴.

Les conditions qui justifient ce refus ont été posées dans l'article 22 du Règlement Bruxelles II bis¹¹⁶⁵ et dans les sections 46(1) et 46(2) du *Family Law Act 1986*¹¹⁶⁶. Les causes sont diverses et incluent notamment le défaut de notification à la partie adverse, la fraude ou la tromperie, ou d'autres situations extrêmes.

Il est à noter que l'Angleterre ne reconnaît pas les divorces prononcés en application du droit religieux (par exemple sur le fondement de la *sharia* islamique)

93. Les décisions de divorce prononcées à l'étranger relatives à vos ressortissants sont-elles soumises à des modalités de publicité sur vos registres internes (transcription, mention en marge des actes de l'état-civil...) et si oui, quelles sont ces modalités de publicité ?

Les décisions de *Decree absolute* rendues par les juridictions anglaises sont systématiquement enregistrées (public record) et détenues par le *Central Index*. Le Central Index archive les décisions de *Decree absolute* ainsi que les dissolutions de partenariat civil sur le territoire de l'Angleterre et du Pays de Galles depuis 1858. Ces archives sont consultables et accessibles au public. Les demandes en ce sens sont à adresser au *Principal Registry of the Family Division* de la *High Court*. Les actes relatifs à la naissance et aux décès des personnes sont archivés et accessibles au public dans les mêmes conditions.

94. Dans l'affirmative, ces modalités de publicité sont-elles obligatoires ou facultatives et qui doit demander la réalisation de cette publicité ?

L'enregistrement est obligatoire pour les naissances et les décès¹¹⁶⁷. Il appartient à la juridiction qui a rendu le *Decree absolute* de faire procéder à son enregistrement auprès du *Central Index*.

95. Quelles sont les effets de cette publicité ou de cette absence de publicité ?

Cette question ne s'applique pas au divorce dans la mesure où l'enregistrement est assuré directement par la juridiction.

96. Désirez-vous ajouter quelques remarques spécifiques concernant votre droit national ?

Nous n'avons pas de remarques additionnelles

¹¹⁶⁴ *Hoffman v Kreig* [1998] ECR 645.

¹¹⁶⁵ Voir *supra*.

¹¹⁶⁶ Voir *supra*.

¹¹⁶⁷ *Marriage Act 1836* et *Births and Deaths Registration Act of 1836* entrés en vigueur au 1^{er} juillet 1837

Liste des abréviations citées en référence

AC	Law Reports - Appeal Cases
All ER	All England Reports
ECR	European Court Reports
ECJ	European Court of Justice
EWHC	High Court (citation de référence neutre)
EWCA civ	Court of Appeal civil division (citation de référence neutre)
Fam	Law Reports - Family Division
FCR	Family Courts Reports
FLR	Family Law Reports
QB	High Court - Queen's Bench division
UKHL	UK House of Lords (citation de référence neutre)
UKPC	UK Privy Council
UKSC	UK Supreme Court (citation de référence neutre)
LR 1 P&D	Law Reports - Probate and Divorce cases (<i>ante</i> 1875)
SJ	Solicitor's Journal

RAPPORT AUTRICHIEN

Prof. Dr. Marianne ROTH, LL.M. (Harvard)
Professorin Paris-Lodron Universität Salzburg
Vorsitzende des Senats der Paris-Lodron Universität Salzburg

Mag. Claudia REITH, LLB. oec.
Universitäts-Assistentin Paris-Lodron Universität Salzburg

I. GENERAL

A. National law

1. What are the current sources of law for divorce (case law, statutes, ...)?

The current source of Austrian divorce law is section 46 et seq Austrian Marriage Act (*Ehegesetz*).¹¹⁶⁸

2. Give a brief history of the main developments of your national divorce law.

The history of civil divorce legislation in Austria goes back to 1938. Until that time there was no divorce under Austrian private law, and it was only possible to obtain a decree of judicial separation (*Scheidung von Tisch und Bett*); such a decree did not dissolve the marriage, however, and Catholics were unable to remarry.¹¹⁶⁹ The first civil divorce legislation to be enacted, the Austrian Marriage Act 1938, was based on the principle of fault, but it also provided for divorce on the ground of irretrievable breakdown.¹¹⁷⁰ Austrian divorce law was reformed in 1978, when divorce on the ground of irretrievable breakdown was widened and divorce by consent was introduced.¹¹⁷¹ The most recent amendment, in 1999, further diminished divorce based on fault by abolishing adultery and the refusal to have children as so-called 'absolute grounds' for divorce.¹¹⁷²

¹¹⁶⁸ DRGBl (Reich Law Gazette) I No. 807/1938, last amended by the BGBl (Federal Law Gazette) I No. 135/2009. All Austrian legislation is posted on the Internet (see <http://www.ris.bka.gv.at>).

¹¹⁶⁹ Kerschner, *Familienrecht*, 4th Edition, 2010, marg. No. 2/107.

¹¹⁷⁰ Berka, *Scheidung und Scheidungsreform*, 2000, p. 65.

¹¹⁷¹ Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 485.

¹¹⁷² These grounds led to a divorce irrespective of any breakdown of the marriage: Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 9.

3. Are prospective reforms currently under consideration?

In 2011, some members of the Austrian parliament recognized the need to reform the Austrian divorce law. Accordingly, two motions for resolutions were proposed dealing with the abolishment of the principle of fault and the revision of the grounds for divorce and annulment, which were considered to be outdated.¹¹⁷³ The motions for resolutions were assigned to the committee of justice, which has not yet begun the deliberations about the proposed issues. In the current legislation period – which lasts until 2013 – more concrete reform proposals of the Austrian divorce law are not planned.¹¹⁷⁴ As mentioned in Question 2, the most recent reform was in 1999.

4. Is divorce the only ground for marriage dissolution or is there any other possibility to enforce marriage breakdown?

Generally, a marriage can be dissolved through an annulment or cancellation judgment or a divorce decree.¹¹⁷⁵ The grounds for annulment are exhaustively listed in section 21 et seq Austrian Marriage Act and comprise: the infringement of the formal conditions required for a marriage; lack of legal capacity; the sole purpose of the marriage is to provide one spouse with the name or the nationality of the other spouse; remarriage in case of declaration of death of the former spouse despite the fact that the engaged couple knew that the person declared to be dead is alive; violation of marriage prohibitions such as bigamy or intermarriage.

Grounds for cancellation refer to the failure of intent of the engaged couple.¹¹⁷⁶ Similarly to the grounds for annulment the grounds for cancellation are exhaustively enumerated in the Austrian Marriage Act including lack of the legal representative's approval,¹¹⁷⁷ misapprehension,¹¹⁷⁸ willful deceit and threat,¹¹⁷⁹ and remarriage in case of a declaration of death.¹¹⁸⁰ If, however, a marriage was concluded flawlessly dissolution can only be reached through divorce.¹¹⁸¹ The annulment judgment has *ex tunc* effect, whereas the cancellation judgment and the divorce decree are applied *ex nunc*.¹¹⁸² In short, there are various possibilities to dissolve a marriage depending on the fact whether the marriage was concluded mistakenly or flawlessly: The breakdown of a marriage, which was entered into in accordance with the laws in force can only be dissolved through divorce.

5. If any, provide statistical data regarding divorce and legal separation?

In 2011, the total number of divorces amounted to 17,295 which means that the total divorce rate was 43,02%.¹¹⁸³ However, the number of divorces has been declining since

¹¹⁷³ http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2011/PK0610/ (17.07.2012).

¹¹⁷⁴ According to the information provided by the Ministry of Justice by e-mail dated 22.08.2012.

¹¹⁷⁵ Kerschner, *Familienrecht*, 4th Edition, 2010, marg. No. 2/106.

¹¹⁷⁶ Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 459.

¹¹⁷⁷ Section 35 Austrian Marriage Act.

¹¹⁷⁸ Section 36 et seq Austrian Marriage Act.

¹¹⁷⁹ Section 38 Austrian Marriage Act.

¹¹⁸⁰ Section 43 (2) Austrian Marriage Act.

¹¹⁸¹ Faffelberger, *Familienrecht*, 2010, p. 16; Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 485.

¹¹⁸² Faffelberger, *Familienrecht*, 2010, p. 16.

¹¹⁸³ Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/index.html (21.08.2012).

2007.¹¹⁸⁴ In more than 86% the divorce took place by mutual consent. The number of children of divorced parents amounted to 19,451.¹¹⁸⁵ In the same year 13 registered partnerships had been dissolved.¹¹⁸⁶

6. Does your national law admit marriage (or registered partnership) for same-sex couples? If yes, are the grounds for divorce and divorce proceedings identical to the ones for heterosexual couples?

The Austrian Registered Partnership Act (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*), which entered into force in 2010, enables same-sex couples to register their partnership at the competent district authority.¹¹⁸⁷ The registration establishes a long-term relationship with mutual rights and obligations.¹¹⁸⁸ The grounds for divorce set forth in the Austrian Registered Partnership Act are identical with those stipulated in the Austrian Marriage Act.¹¹⁸⁹ Generally, a divorce claim is heard in contentious proceedings and has to be filed at the district court.¹¹⁹⁰ The divorce by mutual consent is subject to different regulations since it constitutes a so-called non-contested matrimonial matter.¹¹⁹¹ Section 43 (1) No. 2 and 25 Austrian Registered Partnership Act stipulates *inter alia* that the rules governing the divorce proceedings of heterosexual couples shall apply to the dissolution of registered partnerships respectively. Accordingly, divorce proceedings of same-sex couples are identical to those of heterosexual couples.

B. Conflict of Laws

7. How is marriage defined in your national law?

A marriage is a contract between two persons of different sexes, who declare to live together in an indissoluble union, to beget and raise children and to give each other mutual support pursuant to section 44 General Austrian Civil Code.

BI. Grounds for divorce

a). Rome 3 is applicable

8. With regard to Art. 5 (choice of the applicable law by spouses) and 7 (formal validity of the agreement on the choice of applicable law) of Rome III Regulation, what are the

¹¹⁸⁴ Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/index.html (21.08.2012).

¹¹⁸⁵ Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/index.html (21.08.2012).

¹¹⁸⁶ Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/gleichgeschlechtliche_partnerschaften_eintragung_und_aufloesung/partnerschaftsaufloesungen/index.html (21.08.2012).

¹¹⁸⁷ Curry-Summer, 'A Patchwork of Partnerships: Comparative Overview of Registration Schemes in Europe', in: Boele-Woelki & Fuchs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, 2nd Edition, 2012, p. 77.

¹¹⁸⁸ Section 7 et seq Austrian Registered Partnership Act.

¹¹⁸⁹ Faffelberger, *Familienrecht*, 2010, p. 30 et seq; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 144; Gitschthaler, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, section 15 Austrian Registered Partnership Act, 2011, marg. No. 1 et seq.

¹¹⁹⁰ Section 431 et seq in particular section 460 Austrian Code of Civil Procedure.

¹¹⁹¹ Sections 93-96 Austrian Non-Contentious Proceedings Act; Roth, *Zivilprozessrecht*, 2012, p. 93.

formal requirements set by your national law for the choice of the applicable law for divorce or legal separation?

The Austrian Conflict of Laws Act provides for very limited freedom of the choice of law; in the area of family law a choice of law is only permitted regarding matrimonial property rights.¹¹⁹² Accordingly, a choice of the applicable law regarding the preconditions and the consequences of a divorce is prohibited under Austrian law, rather the applicable law is determined pursuant to section 20 Austrian Conflict of Laws Act.¹¹⁹³

9. With regard to Art. 13 of Rome III Regulation, are the following marriages considered as valid ones under your national law? 1° marriage between same sex persons, validly celebrated abroad; 2° private marriage; 3° polygamous marriage ...

A marriage is explicitly defined as a contract between two persons of different sexes; hence it is not possible that same sex couples marry in Austria. As already mentioned¹¹⁹⁴, persons of same sexes have the possibility to register their partnership since 2010. Until the issuance of a joint statement of the interior ministry and the ministry of justice in August 2011 it had been disputed whether marriages between same sex persons validly celebrated abroad are recognized. However, the joint statement clarified the legal situation by determining that marriages of same-sex couples validly concluded abroad are considered as registered partnerships pursuant to section 27a Austrian Conflict of Laws Act.¹¹⁹⁵

Sections 15 and 17 Austrian Marriage Act set forth the formal requirements which have to be fulfilled in order to conclude a legally valid marriage. A marriage can only be concluded if it takes place before a marriage registrar.¹¹⁹⁶ The engaged couple must be present at the same time and must personally declare their will to get married before the registrar. These requirements are not merely of formal nature, rather they constitute conditions for the validity of the marriage.¹¹⁹⁷ If the marriage is not concluded before a marriage registrar the marriage is *ipso facto* ineffective.¹¹⁹⁸ Accordingly, confessional or private marriages are not considered as valid in Austria.

Monogamy is a basic principle of the Austrian Marriage Law as well as of the entire social system.¹¹⁹⁹ An existing marriage bond prohibits the conclusion of a new marriage.¹²⁰⁰ As

¹¹⁹² Eggmeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 126; Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 20 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 4; Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 100.

¹¹⁹³ Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 20 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 4; see Question 10.

¹¹⁹⁴ See Question 6.

¹¹⁹⁵ <http://www.queernews.at/archives/2599> (3.10.2012); Wautelet, 'Private International Law Aspects of Same-Sex Marriages and Partnerships in Europe', in: Boele-Woelki & Fuchs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, 2nd Edition, 2012, p. 158 et seq, p. 165 et seq.

¹¹⁹⁶ Section 15 Austrian Marriage Act.

¹¹⁹⁷ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 15 Austrian Marriage Act, marg. No. 1 and section 17 Austrian Marriage Act, marg. No. 1; Kerschner, *Familienrecht*, 4th Edition, 2010, marg. No. 2/12.

¹¹⁹⁸ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 15 Austrian Marriage Act, marg. No. 1.

¹¹⁹⁹ Höllwerth, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 8 Austrian Marriage Act marg. No. 1.

a consequence section 8 Austrian Marriage Act forbids polygamous marriage. Entering into a polygamous marriage constitutes a punishable offence pursuant to section 192 Austrian Criminal Code.¹²⁰¹ Polygamy constitutes a qualified impediment to marriage, is a ground for annulment and is therefore not permitted in Austria.¹²⁰² However, a polygamous marriage which was validly concluded abroad is recognized in Austria.¹²⁰³

b). *Rome 3 is not applicable*

10. What is the applicable law for divorce (*lex fori*, common national law, common residence or last common residence law...) ? Do the national conflict of law rules refer sometime to foreign law?

In case the Rome III Regulation is not applicable the Austrian Conflict of Laws Act determines which law is applicable for divorce. Section 20 Austrian Conflict of Laws Act sets forth that the preconditions and effects of a divorce must be assessed according to the law which is decisive for the legal effects of a marriage (*Ehewirkungsstatut*) and refers to section 18 Austrian Conflict of Laws Act.¹²⁰⁴ This provision stipulates that the personal legal effects of a marriage – and accordingly also of a divorce – must either be identified by the joint or in absence of such by the spouses' last joint residence if at least one of them retained that personal statute.¹²⁰⁵ Apart from that the personal legal effects must be determined by the law of the state of the spouses' habitual residence or in absence of such by their last common habitual residence if one of them still has his/her habitual residence there.¹²⁰⁶

If, for whatever reasons, there are no connecting factors, it is prescribed that the law applies according to which the marriage exists and to which both spouses have a stronger common relation compared to Austrian law.¹²⁰⁷ If no stronger relationship to another law exists or the relations are equally strong compared to those existing to the Austrian law this law prevails and is applicable.¹²⁰⁸

There are, however, two exceptions where the personal statute of the claiming spouse at the time of the divorce applies:¹²⁰⁹ (i) the marriage cannot be divorced due to the facts claimed pursuant to the law which is applicable according to section 18 (1) Austrian Marriage Act; (ii) none of the connecting factors set forth in section 18 Austrian Conflict

¹²⁰⁰ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 8 Austrian Marriage Act, marg. No. 1.

¹²⁰¹ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 53.

¹²⁰² Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 39.

¹²⁰³ Eggemeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 127; Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 02.19.

¹²⁰⁴ Schwimann, *Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht*, 3rd Edition, 2001, p. 154.

¹²⁰⁵ Section 18 (1) Austrian Conflict of Laws Act.

¹²⁰⁶ Section 18 (2) Austrian Conflict of Laws Act; Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 18 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 8.

¹²⁰⁷ Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 18 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 7.

¹²⁰⁸ Eggemeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 133; Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 18 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 7.

¹²⁰⁹ Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 20 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 1; Schwimann, *Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht*, 3rd Edition, 2001, p. 155.

of Laws Act is available.¹²¹⁰ The application of the statute of claimant must be the *ultimo ratio*, because the recourse infringes the equality of the spouses.¹²¹¹ Accordingly, the Austrian Conflict of Laws Act refers only once to the application of foreign law namely if section 18 Austrian Conflict of Laws Act is not applicable and both spouses have a stronger relation to the law according to which the marriage exists compared to Austrian law.

11. Is parties' will taken into account in order to determine the applicable law for divorce?

The Austrian Conflict of Laws Act restricts the possibility of the choice of law; in the area of family law a choice of law is only permitted regarding matrimonial property rights.¹²¹² The applicable law for a divorce cannot be chosen under Austrian law, rather it is determined pursuant to section 20 Austrian Conflict of Laws Act.¹²¹³ Therefore, the parties' will is not taken into account in determining the applicable law for divorce.

12. If parties may choose the applicable law, how shall this choice be expressed and when?

As already mentioned,¹²¹⁴ a choice of law is only permitted concerning matrimonial property rights.¹²¹⁵ In this regard a valid choice of law requires a foreign relation, whereby the intent to move abroad is sufficient.¹²¹⁶ The choice can be made at the time of entering into the marriage, during the marriage, in the event of a divorce and even retrospective.¹²¹⁷ The choice is not subject to formal requirements however, an implied choice is invalid.¹²¹⁸

B2. Consequences of divorce

13. What is the applicable law for financial consequences of divorce (maintenance, compensation, damages etc.)? National legal provisions, EU regulation, international convention?

Generally, the effects of a divorce must be determined according to section 20 in connection with section 18 Austrian Conflict of Laws Act,¹²¹⁹ but there are numerous

¹²¹⁰ Eggemeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 137; Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 20 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 9 et seq.

¹²¹¹ Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 98; Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 20 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 9.

¹²¹² Eggemeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 126; Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 20 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 4; Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 100.

¹²¹³ Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 20 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 4; see Question 10.

¹²¹⁴ See Question 11.

¹²¹⁵ Eggemeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 126; Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 20 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 4; Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 100.

¹²¹⁶ Eggemeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 135.

¹²¹⁷ Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 04.23.

¹²¹⁸ Schwimann, *Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht*, 3rd Edition, 2001, p. 153; Judgment of 23.3.1995, Oberster Gerichtshof, I Ob 264/98z.

¹²¹⁹ See Question 10.

exceptions to this rule.¹²²⁰ The so-called European Maintenance Regulation¹²²¹ harmonizes procedural and conflict of law issues of the maintenance law in the European Union.¹²²² It covers maintenance obligations resulting from family relationship, parentage, marriage and affinity.¹²²³ The conflict of law rules are not determined in the regulation itself, rather Art 15 European Maintenance Regulation refers to the Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations.¹²²⁴ International treaties – in particular the Convention of 2 October 1973 on the Law applicable to Maintenance Obligations – were replaced by the Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations.¹²²⁵ In relation to those states which have not ratified the Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations (Switzerland, Japan, Turkey and Liechtenstein) the Convention remains applicable.¹²²⁶

The Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations stipulates that the applicable law for maintenance obligations must primarily be determined according to the spouses' choice of law.¹²²⁷ Moreover, Art 8 (1) Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations contains a list of eligible legal systems – such as the law of the nationality or the law of the habitual residence of one of the parties – which may be chosen at any time. In absence of a choice of law, the law of the state of the habitual residence of the creditor applies.¹²²⁸ Additionally, Art 5 and Art 6 Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations contain special provisions.¹²²⁹

14. What is the applicable law for matrimonial assets settlement (matrimonial regimes etc.)

The applicable law for matrimonial assets is to be determined according to section 19 Austrian Conflict of Laws Act.¹²³⁰ In absence of an explicit choice of law section 19 Austrian Conflict of Laws Act refers to the law which is decisive for the legal effects of a marriage (*Ehewirkungsstatut*)¹²³¹ at the time when entering into a marriage.¹²³² Section 19 Austrian Conflict of Laws Act applies to agreements concluded in the framework of a marriage, e.g. agreement on the treatment of marriage savings after the dissolution of a marriage.¹²³³ The allocation of the marital home and the household – being in nature of maintenance – is governed by the divorce statute pursuant to section 20 Austrian

¹²²⁰ Zöchling-Jud & Aspöck, *Internationales Privatrecht*, 2nd Edition, 2011, p. 56; Schwimann, *Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht*, 3rd Edition, 2001, p. 156.

¹²²¹ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

¹²²² Zöchling-Jud & Aspöck, *Internationales Privatrecht*, 2nd Edition, 2011, p. 56.

¹²²³ Art 1 (1) Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

¹²²⁴ Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

¹²²⁵ Art 18 Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

¹²²⁶ Zöchling-Jud & Aspöck, *Internationales Privatrecht*, 2nd Edition, 2011, p. 56.

¹²²⁷ Art 7 and 8 Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

¹²²⁸ Art 18 Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

¹²²⁹ Art 3 Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

¹²²⁹ See Zöchling-Jud & Aspöck, *Internationales Privatrecht*, 2nd Edition, 2011, p. 57 et seq.

¹²³⁰ Zöchling-Jud & Aspöck, *Internationales Privatrecht*, 2nd Edition, 2011, p. 50.

¹²³¹ See Question 10.

¹²³² Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 19 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 5 et seq.

¹²³³ Eggmeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 135; Schwimann, *Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht*, 3rd Edition, 2001, p. 154.

Conflict of Laws Act.¹²³⁴ In case of doubt agreements between spouses regarding assets are considered as divorce consequences and accordingly are governed by section 20 Austrian Conflict of Laws Act.¹²³⁵

15. What is the applicable law for parental responsibility?

In Austria the Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (hereinafter the Convention) entered into force on 1 April 2011. It contains rules for determining the applicable law regarding parental responsibility.¹²³⁶ The Convention replaced the Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infant, but the latter still applies in relation to Turkey and Macao.¹²³⁷ The Convention uses the term parental responsibility comprising *ex lege* parental responsibility and measures for the protection of children, both are governed by the law of the state of the habitual residence of the child.¹²³⁸ Similarly, the exercise of parental responsibility is governed by the law of the state of the child's habitual residence.¹²³⁹ If the child's habitual residence changes the parental responsibility is governed by the law of the state of the new habitual residence.¹²⁴⁰

The Convention prevails over the Austrian Conflict of Laws Act.¹²⁴¹ However, the Austrian Conflict of Laws Act applies regarding infants from third states and infants which are habitually resident outside the scope of the Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children and the Convention concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants.¹²⁴² Pursuant to sections 24, 25 (2) and 27 Austrian Conflict of Laws Act the applicable law for parental responsibility has to be determined according to the personal statute of the child.¹²⁴³

¹²³⁴ Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 105; Eggemeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 135.

¹²³⁵ Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 105; Schwimann, *Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht*, 3rd Edition, 2001, p. 154.

¹²³⁶ Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 160.

¹²³⁷ Art 51 Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children; Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 165; See Roth & Döring, 'Das Haager Abkommen über den Schutz von Kindern. Eine Revision des Haager Minderjährigenschutzabkommens von 1961', *JBl*, 1999, 758 et seq.

¹²³⁸ Art 16 Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children.

¹²³⁹ Art 17 Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children; Roth & Döring, 'Das Haager Abkommen über den Schutz von Kindern. Eine Revision des Haager Minderjährigenschutzabkommens von 1961', *JBl*, 1999, 758 et seq.

¹²⁴⁰ Art 15 (3) Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children; Zöchling-Jud & Aspöck, *Internationales Privatrecht*, 2nd Edition, 2011, p. 59.

¹²⁴¹ Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 172; Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 08.21.

¹²⁴² Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 173.

¹²⁴³ Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 24 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 3; Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 08.26.

16. What is the applicable law for maintenance regarding children? National legal provisions, EU regulation, international convention?

Child maintenance is governed by sections 24 and 25 Austrian Conflict of Laws Act. According to these provisions the personal statute of the child determines the applicable law regarding the child maintenance.¹²⁴⁴ Until the entry into force of the European Maintenance Regulation¹²⁴⁵ on 18th June 2011 – which regulates the applicable law by reference¹²⁴⁶ to the Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations – the Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children took precedence over the respective provisions of the Austrian Conflict of Laws Act.¹²⁴⁷ As between contracting states that have not signed the Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations such as Switzerland, Japan, Liechtenstein, Turkey and Macao the Convention on the law applicable to maintenance obligations towards children is still applicable;¹²⁴⁸ it covers children below the age of twenty-one years and stipulates that the child maintenance is to be determined according to the law of the habitual residence of the child.¹²⁴⁹ The Conflict of Laws Act applies if the Convention on the law applicable to maintenance obligations towards children denies the maintenance claim¹²⁵⁰ or if the Convention is not applicable.¹²⁵¹ Due to Austria's reservation Austrian maintenance law is always applicable if the maintenance claim is submitted to Austrian courts, the debtor and the child are Austrians and the debtor has his/her habitual residence in Austria at the time of the application.¹²⁵²

Art 7 Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations allows the choice of law under certain circumstances.¹²⁵³ In absence of a choice of law, the law of the state in which the child has his/her habitual residence is applicable.¹²⁵⁴ If, however, the child or his/her legal representative submits the maintenance claim at the court where the debtor is habitually resident the *lex fori* prevails and applies.

The Convention concerning the Recognition and Enforcement of Decisions relating to Maintenance Obligations towards Children entered into force on 1 January 1962.¹²⁵⁵ It is a parallel agreement to the Convention on the law applicable to maintenance obligations

¹²⁴⁴ Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 230; Schwimann, *Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht*, 3rd Edition, 2001, p. 165.

¹²⁴⁵ See Question 13.

¹²⁴⁶ Art 15 Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations; Roth, *Zivilprozessrecht*, 2012, p. 173.

¹²⁴⁷ Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 220; Eggemeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 150; Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 10.77.

¹²⁴⁸ Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 220; Zöchling-Jud & Aspöck, *Internationales Privatrecht*, 2nd Edition, 2011, p. 56.

¹²⁴⁹ Art 1 Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children.

¹²⁵⁰ Art 3 Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children.

¹²⁵¹ Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 10.84.

¹²⁵² Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 10.80; Schwimann, *Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht*, 3rd Edition, 2001, p. 166.

¹²⁵³ Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 210.

¹²⁵⁴ Art 7 Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

¹²⁵⁵ Verschraegen, *Internationales Privatrecht*, 2012, marg. No. 217.

towards children and was replaced by the European Maintenance Regulation, except in relation to Liechtenstein and Turkey.¹²⁵⁶

Despite the fact that Austria is not a signatory state of the Convention of 2 October 1973 on the Law applicable to Maintenance Obligations, circumstances might occur that require Austrian judges to apply the Convention namely, if a comprehensive reference is made to the law of a signatory state, which is a third state – such as Albania, Japan, Switzerland and Turkey – or the state is no member to the Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations such as Denmark or the United Kingdom. The Convention on the Law applicable to Maintenance Obligations stipulates that the law of the habitual residence of the maintenance creditor shall govern the maintenance obligations.¹²⁵⁷

B3. Role of the judge (or any competent authority)

17. Is the judge under compulsory obligation to look for the applicable conflict of law rule and is he abided by it?

The judge has to establish the facts containing a foreign element and consequently he/she has to subsume the facts under the respective provisions of the Austrian Conflict of Laws Act.¹²⁵⁸ However, the obligation to determine the facts leading to the application of the Conflict of Laws Act is limited to cases where sufficient indications to foreign elements are available.¹²⁵⁹ The official investigation can be omitted if the parties have the free choice of law according to sections 19 and 35 Austrian Conflict of Laws Act and if their submissions can be considered as true without the need of further examination pursuant to the procedural law.¹²⁶⁰ If the judge finds that foreign law is applicable pursuant to the Austrian Conflict of Laws Act he/she has to apply the foreign law *ex officio*.¹²⁶¹

18. If the national conflict of law rule refers to the application of foreign law, what is the role of the judge regarding foreign law rules? Shall he research the applicable foreign law rule? How is the content of this rule established?

If the Austrian Conflict of Laws Act refers to the application of foreign law the judge is obliged to determine this law by his own motion.¹²⁶² For interpretative purposes the judge has to consider the wording of the law and established case law, because the foreign law has

¹²⁵⁶ Nademleinsky, 'Die neue EU-Unterhaltsverordnung samt dem neuen Haager Unterhaltsprotokoll', EF-Z 2011/82, 131.

¹²⁵⁷ Art 1 Convention of 2 October 1973 on the Law applicable to Maintenance Obligations.

¹²⁵⁸ Section 2 Austrian Conflict of Laws Act; Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 01.18; Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 2 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 2 et seq.

¹²⁵⁹ Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 2 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 4.

¹²⁶⁰ Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 2 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 5.

¹²⁶¹ Section 3 Austrian Conflict of Laws Act.

¹²⁶² Section 4 Austrian Conflict of Laws Act.

to be applied as in the country of origin.¹²⁶³ To facilitate the investigation the judge may consult the involved parties, may request information from the ministry of justice and obtain expert opinions.¹²⁶⁴ If despite all efforts the foreign law cannot be ascertained within a reasonable time period the judge has to apply Austrian law.¹²⁶⁵ The content of the rule can be justified by the principle *iura novit curia* and basically consists of two tiers: First the judge is obliged to determine the foreign law *ex officio*, but if he/she is unable to do so within a reasonable time Austrian law applies.

II. SUBSTANTIVE LAW

A. Grounds for divorce

19. Must marriage have last for a specific period of time before divorce can validly be claimed?

It depends what kind of divorce may be claimed. To obtain a divorce pursuant to section 55a Austrian Marriage Act (divorce by mutual consent), the matrimonial partnership must have been dissolved for at least six months, so, by implication, the marriage must have been in existence for at least six months.¹²⁶⁶ To obtain a divorce under section 50 to 52 Austrian Marriage Act no particular duration of the marriage is required. Section 55 (1) Austrian Marriage Act requires a break up of the 'domestic community' for three years, while section 55 (3) Austrian Marriage Act requires a six-year break up.¹²⁶⁷ Therefore, the marriage must have been in existence for either three or six years at least, depending on the provisions applied. Besides, there are no rules which make obtaining a divorce conditional upon a specific duration of the marriage.

20. Does the lack of legal capacity of one spouse (protection regime, mental illness...) have consequences on his/her legal capacity to introduce a divorce claim or to defend to the proceedings validly?

A person who is lacking legal capacity cannot enter into a marriage.¹²⁶⁸ Minors or persons having limited legal capacity need the approval from their legal representative and from the person who is responsible for the care and education in order to conclude a legally valid marriage.¹²⁶⁹ Accordingly, the submission of a divorce claim of a person whose legal capacity is limited needs the approval from the legal representative as well.¹²⁷⁰ The declaration of a divorce by mutual consent constitutes a right which is highly personal in nature and

¹²⁶³ Section 3 (2) Austrian Conflict of Laws Act.

¹²⁶⁴ Verschraegen, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2004, section 4 Austrian Conflict of Laws Act, marg. No. 2; Eggemeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 30.

¹²⁶⁵ Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 01.19.

¹²⁶⁶ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 1.

¹²⁶⁷ Deixler-Hübner & Xell-Skreiner, *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3rd Edition, 2010, p. 64; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 99 et seq.

¹²⁶⁸ Section 2 Austrian Marriage Act.

¹²⁶⁹ Section 3 Austrian Marriage Act.

¹²⁷⁰ Aichhorn, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 22.

therefore requires capacity of discernment and sagacity (*Einsichts- und Urteilsfähigkeit*).¹²⁷¹ If a spouse is lacking the necessary insight or denies his/her consent the consent can neither be replaced by a custodian nor by the court.¹²⁷² In absence of the capacity of discernment and sagacity a divorce can only be obtained in contentious proceedings.¹²⁷³ In case of a coma patient, who lived already apart from his spouse prior to the disease, the Austrian Supreme Court found that the custodian – who was responsible for all matters – is allowed to file a divorce claim.¹²⁷⁴

21. Does your national law provide for a sole ground or for multiple grounds for divorce?

Austrian divorce law provides for divorce on three grounds¹²⁷⁵:

- Divorce on the ground of fault
- Divorce on the grounds of irretrievable breakdown
- Divorce by consent

If national law provides for sole ground for divorce (irretrievable breakdown of marriage) answer part A1, if not answer part A2 only

A1. Divorce on the sole ground of irretrievable breakdown of the marriage

22. How is irretrievable breakdown established, and if any what are the grounds for irretrievable breakdown?

23. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on the different grounds for breakdown.

24. How is consent between spouses taken into account regarding the grounds of irretrievable breakdown?

25. In case of mutual consent of the spouses, shall the divorce application be made by both spouses acting together or is it possible for one spouse to accept the divorce during the course of proceedings?

26. In case of mutual consent of the spouses, are the spouses required to agree on the consequences of divorce or is the judge entitled to decide on these consequences?

27. Is fault between spouses taken into account regarding the grounds for irretrievable breakdown of marriage? If yes to what extend?

28. How is separation between spouses taken into account regarding grounds for irretrievable breakdown?

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

A2. Multiple grounds for divorce

29. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on every different ground for divorce.

¹²⁷¹ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 4; Judgment of 04.03.2008, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 120.107.

¹²⁷² Judgment of 26.03.1996, Oberster Gerichtshof, I Ob 518/96.

¹²⁷³ Judgment of 04.03.2008, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 120.107.

¹²⁷⁴ Judgment of 10.05.2005, Oberster Gerichtshof, 5 Ob 94/05t.

¹²⁷⁵ Section 49 et seq Austrian Marriage Act.

Total Number of Divorces 2011 ¹²⁷⁶	17,295
Divorce on the ground of fault	1,097
Divorce by consent	14,891
Divorce on the ground of irretrievable breakdown	1,073
Divorce based on other grounds	234

a. Divorce by consent

30. Does divorce by consent exist as an autonomous ground for divorce or is it a specific form of divorce for irretrievable breakdown of marriage?

The relevant source is section 55a Austrian Marriage Act. As already mentioned, divorce by consent was introduced in 1978. The intention behind the legislation was that divorce by consent should be conditional on irretrievable breakdown, as shown by section 55a (1). This provision requires that each spouse makes a declaration conceding that an irretrievable breakdown has occurred. The question as to whether the court is bound by the spouses' concession is controversial.¹²⁷⁷ In the interest of an expeditious and easy procedure, divorce proceedings under section 55a Austrian Marriage Act are non-contentious.¹²⁷⁸

31. Must the spouses be separated before introducing the claim? If yes, for how long?

Section 55a Austrian Marriage Act establishes that the 'matrimonial partnership' must have ceased to exist for at least six months. The question which has to be answered is thus whether such a breakdown requires a separation. A crucial indication of the breakdown in this connection is that the relationship of the spouses is no longer determined by a 'matrimonial frame of mind'.¹²⁷⁹ Thus even if there is no physical separation (the spouses still share the same dwelling), the 'matrimonial partnership' may still have dissolved, because the spouses, for instance, no longer spend any time together or have no community of mind. In

¹²⁷⁶ Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/index.html (21.08.2012).

¹²⁷⁷ This view is taken by Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 494; Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 7; Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 3; Judgment of 25.04.1979, Vienna Regional Court (Landesgericht für Zivilrechtssachen), *EFSlg.* 34.020. It is opposed by Holzhammer & Holzhammer, *Ehe und Familie*, 2nd Edition, 2001, p. 31 et seq; Simotta, *Das Zerrüttungsgeständnis im Verfahren über die einvernehmliche Scheidung*, Kralik-Festschrift, 1986, p. 329 et seq; Konecny, 'Wiederaufnahme im Außerstreitverfahren, insbesondere im Verfahren zur einvernehmlichen Scheidung', *JBl*, 1983, 30; Aicher, 'Ehescheidung und Scheidungsfolgen', in Floretta (ed.), *Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht*, 1979, p. 107 et seq; Mänhardt, 'Die Scheidung im Einvernehmen' in: Ostheim (ed.), *Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978*, 1979, p. 128 et seq; Judgment of 15.07.1982, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 41.261; cf. Verschraegen, *Die Einverständliche Scheidung in rechtsvergleichender Sicht*, 1991, p. 463 et seq.

¹²⁷⁸ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 138.

¹²⁷⁹ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 5; This opinion is supported by the case law, e.g., Judgment of 21.02.1979, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 34.016; Judgment of 25.04.1979, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 34.019; Judgment of 09.05.1984, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 46.214 and Judgment of 13.02.1986, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 51.628.

short, a period of separation is not required but the breakdown of the matrimonial partnership – which may also be evidenced by a separation¹²⁸⁰ – must have persisted for at least six months.

32. Does divorce by consent imply mutual consent and joint request or is it possible for one spouse to introduce the claim against the other who will be invited to consent in the course of proceedings?

Spouses seeking divorce by consent must file a joint application for divorce (*gemeinsamer Scheidungsantrag*) under section 55a (1) Austrian Marriage Act. The interpretation of the term ‘joint’ is controversial. Some authors¹²⁸¹ take it to mean ‘simultaneous’ while the majority¹²⁸² regard it as sufficient that one spouse should file the application and the other consents thereto. However, the district court will deny considering the application for divorce if a joint petition for divorce pursuant to section 55a (1) Austrian Marriage Act is lacking.¹²⁸³

33. Does divorce by consent imply general consent on every of its aspects and consequences or does it leave a margin of appreciation to the judge to hold about its consequences?

Under section 55a (2) Austrian Marriage Act the spouses must reach a written agreement with regard to the consequences of the divorce covering the following matters: the principal place of residence or custody of the children;¹²⁸⁴ contact with the children (visiting times, etc.);¹²⁸⁵ maintenance of the children of both spouses who are unable to provide for themselves;¹²⁸⁶ the settling of matrimonial property,¹²⁸⁷ which will include the necessary arrangements in the event that one spouse works in gainful employment of the other;¹²⁸⁸ the division of the matrimonial property (dwellings, cars, etc.) and savings;¹²⁸⁹ maintenance of a

¹²⁸⁰ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

¹²⁸¹ Aicher, ‘Ehescheidung und Scheidungsfolgen’ in: Floretta (ed.), *Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht*, 1979, p. 115; Mänhardt, ‘Die Scheidung im Einvernehmen’ in: Ostheim (ed.), *Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978*, 1979, p. 127.

¹²⁸² Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 3; Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 7; Judgment of 17.05.1988, Vienna Court of Appeals (Oberlandesgericht), *EFSlg.* 57.178.

¹²⁸³ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

¹²⁸⁴ See Section 177 General Austrian Civil Code.

¹²⁸⁵ Section 148 General Austrian Civil Code.

¹²⁸⁶ Section 140 General Austrian Civil Code.

¹²⁸⁷ This may also be reached by a renunciation of any mutual property claims by the spouses. Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 138.

¹²⁸⁸ See section 98 General Austrian Civil Code. Some authors are of the opinion that agreements on compensation under section 98 General Austrian Civil Code do not fall under section 55a (2) Austrian Marriage Act; Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 17; Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 14. In contrast, Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 495; Aicher, ‘Ehescheidung und Scheidungsfolgen’ in: Floretta (ed.), *Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht*, 1979, p. 113; Mänhardt, ‘Die Scheidung im Einvernehmen’ in: Ostheim (ed.), *Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978*, 1979, p. 133.

¹²⁸⁹ Section 81 et seq Austrian Marriage Act; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 138.

spouse.¹²⁹⁰ The listed matters must be covered, unless a final court order already exists concerning one issue or another (e.g. custody), section 55a (3) Austrian Marriage Act. The provisions do not leave a margin of appreciation to the judge to hold about the divorce consequences, because either the issues have already been decided by a judge or they must be covered by the spouses' agreement. However, all agreements relating to children require the approval of the custody court, but the lack of an approval does not prevent the issuance of a divorce order, section 55a (3) Austrian Marriage Act. As to the contact with the children, spouses may also agree to reserve this issue for later determination, section 55a (2) last sentence Austrian Marriage Act.

b. Divorce on the ground of irretrievable breakdown of the marriage

34. How is irretrievable breakdown established?

Sections 50-55 Austrian Marriage Act distinguish the following grounds of irretrievable breakdown:

(a) Section 50 Austrian Marriage Act – Behaviour due to mental disturbance

Under section 50 Austrian Marriage Act a spouse may apply for a divorce if the marriage has broken down irretrievably due to the behaviour of his or her mentally deranged partner. The breakdown must be such that there is no reasonable prospect of restoring the marital union.¹²⁹¹ Examples of mental disturbance are hysteria,¹²⁹² drug addiction¹²⁹³ and general mental problems on a lower level (depression, confusion, etc.).¹²⁹⁴ Yet, under section 50 Austrian Marriage Act the ground for divorce is not the mental disturbance itself but the resulting behaviour which may not be regarded as a fault/matrimonial offence, solely because the spouse in question is unable to understand the consequences of his or her behaviour.¹²⁹⁵ As in the case of fault-based divorce under section 49 Austrian Marriage Act,¹²⁹⁶ established case law assumes an irretrievable breakdown where the petitioner has irrecoverably lost his or her marital conviction due to the behaviour of the other spouse.¹²⁹⁷

¹²⁹⁰ This may also be fulfilled by renouncing any reciprocal maintenance claims. Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 138.

¹²⁹¹ Judgment of 10.11.1977, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 29.557; Judgment of 30.07.1992, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 69.234; Judgment of 30.03.1981, Oberlandesgericht Wien, *EFSlg.* 38.730.

¹²⁹² Judgment of 10.10.1982, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 41.219; Judgment of 24.05.1989, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 38.730.

¹²⁹³ Judgment of 05.05.1971, Oberster Gerichtshof, *SZ* 44/66; Judgment of 22.03.1990, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 63.399; Judgment of 30.07.1992, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 69.233.

¹²⁹⁴ Established case law, e.g., Judgment of 03.11.1950, Oberster Gerichtshof, *SZ* 23/313; Judgment of 03.02.1954, Oberster Gerichtshof, *SZ* 27/2; Judgment of 22.03.1990, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 63.399; Judgment of 30.07.1992, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 69.233.

¹²⁹⁵ Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 489 et seq; Holzhammer & Holzhammer, *Ehe und Familie*, 2nd Edition, 2001, p. 25 et seq; Judgment of 03.02.1954, Oberster Gerichtshof, *SZ* 27/23; Judgment of 02.10.1963, Oberster Gerichtshof, *SZ* 36/124; Judgment of 06.11.1982, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 41.218; Judgment of 14.07.1987, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 54.410; Judgment of 27.11.1991, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 66.240.

¹²⁹⁶ See Question 33.

¹²⁹⁷ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 50 Austrian Marriage Act, marg. No. 2; Judgment of 14.01.1970, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 13.862; Judgment of 11.07.1974, Oberster Gerichtshof, *EvBl* 1975/91.

(b) Section 51 Austrian Marriage Act – Mental illness

Pursuant to section 51 Austrian Marriage Act a spouse may seek a divorce if the other spouse is mentally ill and the illness has reached a gravity that has extinguished the spouses' community of minds,¹²⁹⁸ without any reasonable prospect of restoration.¹²⁹⁹ No specific form of behaviour is required by section 51 Austrian Marriage Act, as the mental illness itself is sufficient for a divorce. Community of minds is defined as the ability to communicate with the spouse at a rational and emotional level¹³⁰⁰ (to share thoughts, to react in an appropriate way, etc.)¹³⁰¹ A mental illness is any anomaly which causes the loss of the necessary community of minds, e.g. schizophrenia.¹³⁰²

(c) Section 52 Austrian Marriage Act – Infectious or repulsive illness

This ground enables a spouse to obtain a divorce if the other spouse suffers from a serious infectious or repulsive illness, and if there is no reasonable prospect of it being cured or eliminated in the foreseeable future. Although not expressly mentioned in section 52 Austrian Marriage Act, to obtain a divorce on such grounds an irretrievable breakdown is necessary and must have been caused by the infectious or repulsive illness.¹³⁰³ Similar to sections 49 and 50 Austrian Marriage Act, the predominant view assumes that there is an irretrievable breakdown where the petitioner has once and for all (definitely, incurably) lost his or her marital conviction due to the illness of his or her partner.¹³⁰⁴ The illness must therefore be serious and chronic, and a temporary illness may not be cited as a ground for divorce under section 52 Austrian Marriage Act.¹³⁰⁵ In order to assess whether an illness is repulsive an objective standard must be applied.¹³⁰⁶ Examples of serious, chronic diseases are: AIDS, venereal disease, leprosy and tuberculosis. An unbearable odour caused by skin cancer or psoriasis is an example of a repulsive illness.¹³⁰⁷

(d) Section 55 Austrian Marriage Act – Break up of the 'domestic community'

Under section 55 (1) Austrian Marriage Act a spouse may obtain a divorce if the 'domestic community' (*häusliche Gemeinschaft*) has ceased to exist for a period of three years and the

¹²⁹⁸ Judgment of 10.09.1952, Oberster Gerichtshof, SZ 25/238.

¹²⁹⁹ Judgment of 08.06.1977, Oberlandesgericht Linz, EFSlg. 29.564.

¹³⁰⁰ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 51 Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

¹³⁰¹ See Judgment of 18.01.1978, Oberlandesgericht Wien, EFSlg. 31.680; Judgment of 21.11.1979, Oberlandesgericht Wien, EFSlg. 33.985.

¹³⁰² Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 51 Austrian Marriage Act, marg. No. 3; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 111; Judgment of 10.09.1952, Oberster Gerichtshof, SZ 25/238.

¹³⁰³ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 52 Austrian Marriage Act, marg. No. 1.

¹³⁰⁴ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 52 Austrian Marriage Act, marg. No. 1; Schwind, *Kommentar zum österreichischen Ehe recht*, 2nd Edition, 1980, p. 223 et seq. In contrast Gschnitzer & Faistenberger, *Österreichisches Familienrecht*, 2nd Edition, 1979, p. 40; Kerschner, 'Zum Unterhalt nach Scheidung nach neuem Recht', *JBl*, 1979, 561, footnote 5.

¹³⁰⁵ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 52 Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

¹³⁰⁶ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 52 Austrian Marriage Act, marg. No. 3.

¹³⁰⁷ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 52 Austrian Marriage Act, marg. No. 2 et seq.

marriage has broken down irretrievably. Views as to the question of when the ‘domestic community’ terminates vary widely. While some authors purport that the community is always dissolved if the spouses have separated,¹³⁰⁸ the prevailing case law – in addition to separation – also takes into account the abandonment of shared economic resources and the ceasing of sexual relations.¹³⁰⁹ However, case law indicates that sexual relations alone do not suffice to maintain the ‘domestic community’.¹³¹⁰ If the spouses inhabit the same dwelling, the ‘domestic community’ may nevertheless be dissolved if they use different rooms and there is little personal contact.¹³¹¹ Whether separation is a mere objective criterion or whether at least one spouse must also show the intention to terminate the ‘domestic community’ (subjective criterion) is a matter of controversy.¹³¹² The prevailing view denies that the ‘domestic community’ has broken up when the spouses are separated due to external circumstances, e.g. occupational reasons, hospitalization, imprisonment, etc.¹³¹³

The period of three years runs from the termination of the ‘domestic community’ and begins anew in the event of reconciliation.¹³¹⁴ Occasional visits do not, however, restore the community.¹³¹⁵ In the above-mentioned cases of separation by external circumstances the three-year period does not run before at least one spouse has lost his or her desire to resume the common household.¹³¹⁶

¹³⁰⁸ Schwind, *Kommentar zum österreichischen Eherecht*, 2nd Edition, 1980, p. 231 et seq; Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 55 Austrian Marriage Act, marg. No. 2; Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 491; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 114. In contrast Kerschner, *Familienrecht*, 2010, 4th Edition, marg. No. 2/122; Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55 Austrian Marriage Act, marg. No. 7 et seq.

¹³⁰⁹ Judgment of 07.03.1985, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 48.789; Judgment of 28.09.1989, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 60.215; Judgment of 28.09.1989, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 60.218; Judgment of 28.02.1990, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 63.404.

¹³¹⁰ Judgment of 19.02.1986, Oberlandesgericht Wien, *EFSlg.* 51.620; Judgment of 06.10.1987, Oberlandesgericht Wien, *EFSlg.* 54.429; Judgment of 28.02.1990, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 63.404; Judgment of 31.03.1999, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 90.295.

¹³¹¹ Judgment of 24.01.1984, Oberlandesgericht Wien, *EFSlg.* 46.207; Judgment of 02.09.1985, Oberlandesgericht Wien, *EFSlg.* 48.787 and Judgment of 31.03.1999, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 90.294.

¹³¹² For a mere objective test see: Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 491; Schwind, *Kommentar zum österreichischen Eherecht*, 2nd Edition, 1980, p. 278; Judgment of 25.06.1974, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 22.795; Judgment of 21.06.1950, Oberster Gerichtshof, *SZ* 23/205. Contra Kerschner, *Familienrecht*, 2010, 4th edition, marg. No. 2/122; Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55 Austrian Marriage Act, marg. No. 7; Judgment of 02.02.1949, Oberster Gerichtshof, *JBl* 1949, 238; Judgment of 29.03.1950, Oberster Gerichtshof, *SZ* 23/84; Judgment of 17.11.1981, Oberster Gerichtshof, *SZ* 54/170; Judgment of 28.08.1986, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 51.621; Judgment of 17.03.1998, Oberster Gerichtshof, *JBl* 1998, 593 requiring the intention to dissolve the domestic community.

¹³¹³ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55 Austrian Marriage Act, marg. No. 10; Kerschner, *Familienrecht*, 2010, 4th edition, marg. No. 2/122; Judgment of 10.05.1947, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 2.523; Judgment of 11.06.1981, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 38.738; Judgment of 28.08.1986, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 51.621; Judgment of 28.02.1990, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 63.405; Judgment of 26.02.1998, Oberster Gerichtshof, *SZ* 71/43.

¹³¹⁴ Judgment of 19.02.1986, Oberlandesgericht Wien, *EFSlg.* 51.619; Judgment of 17.09.1999, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 90.302.

¹³¹⁵ Judgment of 05.07.1995, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 78.647.

¹³¹⁶ Established case law: Judgment of 17.11.1981, Oberster Gerichtshof, *SZ* 54/170; Judgment of 28.08.1986, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 51.621; Judgment of 28.08.1985, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 51.622; Judgment of 28.02.1990, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 63.405.

In addition to the requirement of a three-year break up of the ‘domestic community’ a divorce under section 55 (1) Austrian Marriage Act may only be granted if the marriage has irretrievably broken down. As under sections 49, 50 and 52 Austrian Marriage Act this is the case if the emotional, mental and physical community between the spouses has ceased to exist; yet established case law considers it as sufficient if the petitioner has definitely lost his or her marital conviction.¹³¹⁷ Section 55 (1) last sentence Austrian Marriage Act stresses the fact that the breakdown must be irretrievable: thus, even if the spouses have separated for a period of three years the court has to dismiss the petition for divorce if it reaches the conclusion that there is a reasonable prospect of resuming the matrimonial community.

The respondent has a right to object to the divorce under section 55 (2) Austrian Marriage Act: at his or her request the divorce petition must be rejected if the petitioner is entirely or predominantly responsible for the irretrievable breakdown and the divorce would result in greater hardship for the respondent than would a dismissal for the petitioner.

However, if the ‘domestic community’ has already been dissolved for a period of six years, the marriage will be dissolved irrespective of any hardship or prospect of restoration, section 55 (3) Austrian Marriage Act. According to the prevailing view, it is not even necessary to assess whether the marriage has broken down (the so-called ‘absolute’ ground for divorce):¹³¹⁸ Section 55 (3) Austrian Marriage Act is considered as an irrebuttable presumption of the irretrievable breakdown.¹³¹⁹

35. How is consent between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

Spouses may reach an agreement on certain subjects. For example, none of the provisions regarding post-divorce spousal maintenance are mandatory,¹³²⁰ so the spouses are free to reach a settlement on this issue.¹³²¹ They may also reach an agreement on the maintenance and custody of children,¹³²² as well as on the division of matrimonial property (dwellings, cars, etc.) and savings.¹³²³

If both spouses consent to the divorce during the divorce proceedings on the ground of irretrievable breakdown and the requirements for a divorce by mutual consent are fulfilled the spouses may file a joint petition for divorce by mutual consent with the same court.¹³²⁴ A

¹³¹⁷ Established case law, e.g., Judgment of 30.04.1980, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 36.360; Judgment of 16.12.1982, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 41.243.

¹³¹⁸ Unanimous case law, e.g., Judgment of 25.09.1979, Oberster Gerichtshof, *SZ* 52/140; Judgment of 22.09.1980, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 38.755; Judgment of 17.02.1982, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 41.257; Judgment of 21.05.1985, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 48.799; Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 55 Austrian Marriage Act, marg. No. 9; Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55 Austrian Marriage Act, marg. No. 23; Holzhammer & Holzhammer, *Ehe und Familie*, 2nd Edition, 2001, p. 27; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 101. In contrast Hopf & Kathrein, *Eherecht – Kurzkomentar*, 2005, 2nd Edition, p. 283 et seq; Aicher, ‘Ehescheidung und Scheidungsfolgen’, in: Floretta (ed.), *Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht*, 1979, p. 102 et seq; Ent, ‘Die Eherechtsreform 1978’, *Österreichische Notariats-Zeitung*, 1979, 122; Schwind, *Kommentar zum österreichischen Eherecht*, 2nd Edition, 1980, p. 127.

¹³¹⁹ Kerschner, *Familienrecht*, 2010, 4th edition, marg. No. 2/123; Kerschner, ‘Zum Unterhalt nach Scheidung nach neuem Recht’, *JBl*, 1979, 561.

¹³²⁰ Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 237.

¹³²¹ Section 80 Austrian Marriage Act.

¹³²² Section 177 General Austrian Civil Code.

¹³²³ Section 85 Austrian Marriage Act.

¹³²⁴ Sections 114a (3) Austrian Jurisdiction Act, 460 (10) Austrian Code of Civil Procedure.

divorce on the ground of mutual consent is heard in non-contentious proceedings, whereas a divorce on other grounds is settled in contentious proceedings. However, obtaining a divorce in non-contentious proceedings is the simpler, faster and cheaper option compared to contentious proceedings.¹³²⁵

36. How is separation between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?

Section 55 (1) Austrian Marriage Act imposes two independent conditions for obtaining a divorce: irretrievable breakdown of the marriage and a break up of the 'domestic community' (i.e. usually separation) for at least three years.¹³²⁶ Separation on its own is thus not sufficient evidence of an irretrievable breakdown under this provision. However, if the 'domestic community' has already ceased to exist for at least six years, irretrievable breakdown does not require proof under section 55 (3) Austrian Marriage Act; it is rather irrebuttably presumed (the so-called 'absolute' ground for divorce).¹³²⁷

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

Under section 55 (1) Austrian Marriage Act the break up of the 'domestic community', which is usually tantamount to separation,¹³²⁸ must last for at least three years, and under section 55 (3) Austrian Marriage Act for at least six years. The three year and the six year period start with the date of the break up of the 'domestic community'.¹³²⁹ The period begins anew if the 'domestic community' was continued; even if only for a short time.¹³³⁰ Occasional visits, however, do not re-establish the marriage.¹³³¹

37. Can an initial claim on the ground of irretrievable breakdown be converted into a divorce by consent or in a divorce on the ground of fault in the course of proceedings? If yes what are the bridges between these proceedings?

During divorce proceedings on other grounds spouses may file a joint petition for divorce by mutual consent with the same court, under sections 114a (3) Austrian Jurisdiction Act, 460 (10) Austrian Code of Civil Procedure.¹³³² This results in the suspension of the proceedings on other grounds. If the spouses are divorced on the ground of mutual consent the divorce action based on other grounds is considered to have been withdrawn. If, on the other hand, the spouses withdraw their joint petition for divorce by consent or the court dismisses this petition the suspended proceedings on other grounds are only resumed if one spouse so

¹³²⁵ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 138.

¹³²⁶ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55 Austrian Marriage Act, marg. No. 4. See also Question 34.

¹³²⁷ For references see at the end of Question 34.

¹³²⁸ See Question 34.

¹³²⁹ Aichhorn, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 55 Austrian Marriage Act, marg. No. 8.

¹³³⁰ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 114; Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55 Austrian Marriage Act, marg. No. 12.

¹³³¹ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 114.

¹³³² As already mentioned divorces on the ground of mutual consent are heard in non-contentious proceedings, whereas those on other grounds in contentious proceedings.

requests.¹³³³ However, it is not possible to convert divorce proceedings on the ground of mutual consent into proceedings based on other grounds, section 42 (1) (4) Austrian Jurisdiction Act.

c. Divorce on the ground of fault

38. What are the fault grounds for divorce?

The fault grounds for divorce are governed by section 49 Austrian Marriage Act in the form of a general clause with two standard examples. Under the general clause a spouse may request a divorce if the other has culpably disrupted the marriage by an aggravated matrimonial offence or through disgraceful or immoral behaviour, so that a reconciliation cannot be expected. The demonstrative examples are adultery and the infliction of physical violence and severe mental cruelty.

Divorce under section 49 Austrian Marriage Act may only be obtained if the culpable behaviour has caused the irretrievable breakdown of the marriage. Irretrievable breakdown is defined as a loss of matrimonial community¹³³⁴ which will be apparent if the emotional, mental and physical community between the spouses has ceased to exist (objective element)¹³³⁵ and at least one spouse is aware of this (subjective element).¹³³⁶ Case law has established that an irretrievable breakdown occurs where the petitioner has once and for all lost marital conviction due to the offending behaviour of the other spouse.¹³³⁷ The question as to whether a matrimonial offence is a ground for divorce if an irretrievable breakdown has already occurred before the offence was committed is controversial.¹³³⁸

39. Are there some specific requirements regarding proof of fault in this proceeding?

¹³³³ Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, 2nd Edition, 1990, marg. No. 2364; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 145.

¹³³⁴ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 49 Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

¹³³⁵ For case law see the Judgment of 13.04.1989, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 60.177; Judgment of 22.02.1990, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 63.383; Judgment of 04.09.1992; Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 69.215; Judgment of 18.03.2009, Oberster Gerichtshof, *EF-Z* 2010/43, 74.

¹³³⁶ Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 486; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 96; Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 49 Austrian Marriage Act, marg. No. 17; Judgment of 24.05.1977, Oberster Gerichtshof, *RZ* 1978, 85 No. 43; Judgment of 30.04.1980, Oberster Gerichtshof, *JBl*, 1981, 36; Judgment of 03.03.1990, Oberster Gerichtshof, *RZ* 1990, 177 No. 78; Judgment of 30.01.1997, Oberster Gerichtshof, *SZ* 70/19. Against the differentiation between the objective and subjective elements see Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 49 Austrian Marriage Act, marg. No. 3.

¹³³⁷ Judgment of 24.09.1958, Oberster Gerichtshof, *EvBl* 1959/34; Judgment of 02.10.1963, Oberster Gerichtshof, *SZ* 36/124; Judgment of 27.01.1987, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 54.388; Judgment of 13.04.1989, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 60.187; Judgment of 07.02.1990, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 63.384.

¹³³⁸ Against Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 49 Austrian Marriage Act, marg. No. 17 and, e.g. Judgment of 30.03.1979, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 34.051; Judgment of 04.06.1987, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 54.396; Judgment of 17.09.1996, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 81.682; Judgment of 16.11.1999, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 90.284; for such a position see Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 49 Austrian Marriage Act, marg. No. 4 and, e.g., Judgment of 27.01.1983, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 43.635; Judgment of 13.04.1983, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 43.637; Judgment of 22.04.1984, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 46.181; Judgment of 29.09.1987, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 54.395; Judgment of 18.01.1989, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 60.188; Judgment of 20.04.1989, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 60.192.

There are no specific provisions governing the proof of fault in divorce proceedings, hence the general rules of evidence will apply, sections 292 *et seq* Austrian Code of Civil Procedure. Under the Austrian Code of Civil Procedure the following forms of evidence are admissible: documentary evidence, sections 292-319 Austrian Code of Civil Procedure; witness evidence, sections 320-350 Austrian Code of Civil Procedure; expert evidence, sections 351-367 Austrian Code of Civil Procedure; inspection by the judge (site visits, etc.), sections 368-370 Austrian Code of Civil Procedure; evidence given by the parties in person, sections 371-383 Austrian Code of Civil Procedure.

Whether this enumeration is final or merely exemplary is a matter of disagreement. Case law speaks of a final interpretation whereby other evidence is therefore inadmissible,¹³³⁹ as do some legal authorities.¹³⁴⁰ The majority view, however, is that the list is exemplary and that all forms of evidence may be used to prove the facts.¹³⁴¹ Having said this, the dispute is of no practical importance, since almost all evidentiary means fit into one of the five forms set out in the Austrian Code of Civil Procedure.¹³⁴²

The best means of proving fault is probably that of naming witnesses or producing documents (photographs, letters, hotel bills, etc.), sections 371-383 Austrian Code of Civil Procedure.

40. Does the judge keep a margin of appreciation to pronounce a judgement against both parties when fault is claimed by only one party?

A divorce judgment pursuant to section 49 Austrian Marriage Act has to contain a decision as to fault if fault was asserted by claim, counterclaim or request.¹³⁴³ The decision as to fault shall be included *ex officio*; however this needs to be distinguished from the fact that each party must claim and prove the misconduct of the other party.¹³⁴⁴ In other words, the claimant is obliged to prove respondent's fault and *vice versa*. If a party requests the court to hold that both spouses were equally guilty this petition must be taken into account and binds the court.¹³⁴⁵ This implies that the judge must not pronounce a judgment against both parties without a respective claim or request from a party.

41. Does parties' reconciliation prevent them to invoke earlier facts as ground for divorce?

Under section 56 Austrian Marriage Act there is no right to obtain a divorce on grounds of fault / matrimonial offence if the innocent spouse's behaviour indicates that he or she has forgiven other spouse's offence or has not considered the offence as resulting in an irretrievable breakdown. In essence, in order to forgive an offence, the innocent spouse

¹³³⁹ Judgment of 07.07.1950, Oberster Gerichtshof, *JBl*, 1950, 507 and Judgment of 04.01.1950, Oberster Gerichtshof, *SZ* 23/1.

¹³⁴⁰ e.g., Holzhammer, *Österreichisches Zivilprozessrecht*, 2nd Edition, 1976, p. 238, 252.

¹³⁴¹ Deixler-Hübner & Klicka, *Zivilverfahren*, 7th Edition, 2011, marg. No. 136; Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2nd Edition, 1990, marg. No. 925.

¹³⁴² Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2nd Edition, 1990, marg. No. 925; Kodek & Mayr, *Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No. 721.

¹³⁴³ Section 60 Austrian Marriage Act; Aichhorn, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 60 Austrian Marriage Act, marg. No. 1; Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 60 Austrian Marriage Act, marg. No. 1.

¹³⁴⁴ Gruber, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 60 Austrian Marriage Act, marg. No. 3.

¹³⁴⁵ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 60 Austrian Marriage Act, marg. No. 1.

must know all the facts thereof and his or her behaviour must indicate an unreserved intention to continue the marriage;¹³⁴⁶ however, suspensive conditions and time-limits are possible.¹³⁴⁷ A reconciliation is irrevocable.¹³⁴⁸

42. Can fault between spouses be considered as a tort and open a claim for damages to the benefit of the innocent spouse? If yes, is the claim for damages on the ground of fault between spouses distinct from a 'classical' tort law action?

The legal protection of rights and duties arising out of a marriage is depending upon whether the right being invoked is of personal or non-personal nature.¹³⁴⁹ Severe violations of personal matrimonial duties constitute a ground for divorce.¹³⁵⁰ Besides, the protection of absolute rights such as physical integrity, property, honor and privacy, which are by all means enforceable against a spouse and the violation of proprietary matrimonial rights might entail claims for damages.¹³⁵¹ If matrimonial duties have been infringed the legal protection does not cover the actual interest in performance, rather the follow up costs resulting from the violating behavior may be asserted.¹³⁵² According to established case law detective costs incurred to prove adulterous behavior of one spouse can either be required from the adulterer or the third person that maintained a relationship with the spouse.¹³⁵³ Moreover, the Austrian Supreme Court awarded the costs incurred by successfully proving non-paternity and the maintenance paid until this establishment.¹³⁵⁴ Psychological damages caused by adultery are, however, not recoverable.¹³⁵⁵ Similarly, the claim for compensation due to the violation of the duty of loyalty was denied.¹³⁵⁶ The Austrian Supreme Court left the question whether further claims for damages might be possible (e.g. due to the negligence of household and childcare) open.¹³⁵⁷ In short, it has to be decided on a case-by-case basis whether consequences resulting from the culpable behavior of one spouse entitle the other

¹³⁴⁶ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 107; Judgment of 02.03.1988, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 57.185; Judgment of 30.06.1988, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 57.186; Judgment of 15.12.1988, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 57.187; Judgment of 22.02.1990, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 63.430.

¹³⁴⁷ Gruber, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 56 Austrian Marriage Act, marg. No. 5; Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 56 Austrian Marriage Act, marg. No. 3.

¹³⁴⁸ Gruber, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 56 Austrian Marriage Act, marg. No. 2; Judgment of 15.12.1988, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 57.187; Judgment of 22.02.1990, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 63.430.

¹³⁴⁹ See Höllwerth, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 90 General Austrian Civil Code, marg. No. 6 et seq.

¹³⁵⁰ Schwimann & Ferrari, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 90 General Austrian Civil Code, marg. No. 13.

¹³⁵¹ Höllwerth, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 90 General Austrian Civil Code, marg. No. 9; Judgment of 15.03.1984, Oberster Gerichtshof, *SZ* 57/53.

¹³⁵² Höllwerth, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 90 General Austrian Civil Code, marg. No. 12; Judgment of 28.08.1997, Oberster Gerichtshof, *SZ* 70/163.

¹³⁵³ Judgment of 25.09.1979, Oberster Gerichtshof, *SZ* 52/138, RS 0022943; See Hofmann & Grüblinger, 'Ehebruch und Schadenersatz (Teil I)', *EF-Z* 2009/95, 139.

¹³⁵⁴ Judgment of 15.03.1984, Oberster Gerichtshof, *SZ* 57/53.

¹³⁵⁵ Judgment of 20.02.2003, Oberster Gerichtshof, *SZ* 2003/16.

¹³⁵⁶ Schwimann & Ferrari, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 90 General Austrian Civil Code, marg. No. 15.

¹³⁵⁷ Schwimann & Ferrari, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 90 General Austrian Civil Code, marg. No. 15; Judgment of 15. 3. 1984, Oberster Gerichtshof, *SZ* 57/53.

spouse to claim damages.¹³⁵⁸ Accordingly, a general rule cannot be deduced from the solution of individual cases. However, as far as the Austrian Supreme Court awarded claims for damages based on adultery, no differences from classical tort law actions are apparent. Lastly, it should be noted that the criminal liability of adultery (former section 194 Austrian Penal Code) was abolished with the Penal Code reform in 1996.¹³⁵⁹

B. Consequences of divorce

43. Do spouses have the possibility to settle the consequences of divorce (as well as the date at which the divorce will be effective) by an agreement

- Before marriage;
- During marriage;
- During the divorce proceedings?

In contrast to the German legal system, the Austrian legal system does not provide a statutory basis for contracts which modify the consequences of a divorce, rather the term 'marriage contract' (*Ehevertrag*) refers to entering into a marriage.¹³⁶⁰ In practice, however, an increasing need to settle the consequences of a possible divorce already when concluding a marriage has become evident.¹³⁶¹ According to Austrian law the spouses have the possibility to settle the consequences of a divorce in advance.¹³⁶² Particularly, they can agree on the consequences regarding child and spousal maintenance, property and custody at the time when concluding the marriage, during the marriage and in case of a divorce.¹³⁶³

A divorce based on mutual consent pursuant to section 55a Austrian Marriage Act compulsory requires an agreement on the consequences of the divorce covering child and spousal maintenance, parental responsibility, the right to access to the child and reciprocal rights in property.¹³⁶⁴ If a divorce is claimed in contentious proceedings an agreement is possible, but not mandatory.¹³⁶⁵ A divorce is the judicial dissolution of a marriage, which will be effective with the substantive *res judicata* (*materielle Rechtskraft*).¹³⁶⁶ Accordingly, the date at which the divorce comes into force is not in the spouses' discretion.

44. If yes, may the judge scrutinize the spousal agreement?

The agreements on post-divorce spousal maintenance, the allocation of the matrimonial property (dwellings, cars, etc.) and savings are subject to the rules of contract law, and may thus be scrutinized, for instance, with regard to the legal incapacity of one party or the

¹³⁵⁸ Critical regarding the claim of damages against the third person who maintains a relation to one spouse: Hofmann & Grünblinger, 'Ehebruch und Schadenersatz (Teil I)', EF-Z 2009/95, 138 et seq; Hofmann & Grünblinger, 'Ehebruch und Schadenersatz (Teil II)', EF-Z 2009/114, 172.

¹³⁵⁹ Hofmann & Grünblinger, 'Ehebruch und Schadenersatz (Teil I)', EF-Z 2009/95, footnote 14.

¹³⁶⁰ Section 44 Austrian General Civil Code; Deixler-Hübner, *Der Ehevertrag*, 2nd Edition, 2010, p. 24 et seq.

¹³⁶¹ Deixler-Hübner, *Der Ehevertrag*, 2nd Edition, 2010, p. 23.

¹³⁶² Kerschner & Wagner, *Zivilrecht VI Familienrecht*, 2nd Edition, 2010, marg. No. 9/90; Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 516.

¹³⁶³ Deixler-Hübner, *Der Ehevertrag*, 2nd Edition, 2010, p. 24.

¹³⁶⁴ Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 102.

¹³⁶⁵ Deixler-Hübner, *Der Ehevertrag*, 2nd Edition, 2010, p. 155.

¹³⁶⁶ Sections 96 and 43 (4) in connection section 38 Austrian Non-Contentious Proceedings Act; Section 460 No. 8 in connection with 416 (I) Austrian Code of Civil Procedure; Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 46 Austrian Marriage Act, marg. No. I

violation of good morals (*bonos mores*).¹³⁶⁷ Agreements relating to child maintenance and parental responsibility require the approval of the custody court, which will be granted if the agreement corresponds with the interests and well-being of the child.¹³⁶⁸

45. If the judge has a power of scrutiny, which elements allow the judge either to require the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

As already mentioned, the judge has to approve the agreement dealing with parental responsibility if this agreement serves the best interest of the child according to section 177 (3) General Austrian Civil Code. The judge is obliged to examine the submitted agreement comprehensively in the sense of reviewing both the agreement regarding the main residence of the child and the agreement concerning the parental responsibility.¹³⁶⁹ If the agreement is not in accordance with section 177 General Austrian Civil Code or does not serve the best interest of the child, the judge has to deny the approval of the agreement¹³⁷⁰ and must act *ex officio*: Primarily, the judge should work towards the conclusion of a respective agreement between the spouses. If, however, this attempt fails the judge has to entrust one parent with the sole parental responsibility.¹³⁷¹

46. If a proceeding of legal separation (without dissolution of marriage) exists in your system, what are its consequences regarding spouses and their common children?

There is no legal separation under current Austrian law.

a. The personal consequences of divorce

i. The consequences of divorce between spouses

47. When does divorce officially break off the marriage?

Divorce officially breaks the marriage, when the decision was delivered to both parties and neither party decided to appeal against the decision, which means that the decision is final and binding and has the effect of *res judicata*.¹³⁷² The decision becomes legally binding after

¹³⁶⁷ Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 237; Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 516 et seq.

¹³⁶⁸ Section 177 (3) General Austrian Civil Code as to custody; section 154 (3) General Austrian Civil Code as to maintenance. Without judicial approval the maintenance agreement is only binding between the spouses, but not as against the child. Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 516 et seq.

¹³⁶⁹ Gründler, 'Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001', *ÖJZ*, 2001, 707 et seq.

¹³⁷⁰ Deixler-Hübner, in: Kletečka & Schauer, *ABGB-ON 1.00*, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 19.

¹³⁷¹ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 9.

¹³⁷² Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 55a Austrian Marriage Act, marg. No. 29; Höllwerth, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 46 Austrian Marriage Act, marg. No. 1; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 136.

four weeks of the written delivery to both ex-spouses if they did not waive their right to appeal.¹³⁷³

48. Is matrimonial freedom of the ex-spouses subjected to limitations? (when are they authorized to remarry, can the remarry each other ...)

After the divorce decision becomes legally binding, remarriage is not subject to certain restrictions. A remarriage is allowed after the legally binding dissolution of the former marriage.¹³⁷⁴

49. If marriage has consequences on the family name of spouses, what are the correlative effects of divorce?

After divorce spouses do not automatically regain their former family names.¹³⁷⁵ Section 62 Austrian Marriage Act stipulates that the spouses generally retain their common married name after the divorce.¹³⁷⁶ However, the divorced spouse has the option to adopt his/her prior name through an official certificate or an officially recognized document to be made before a civil registrar.¹³⁷⁷ It is also possible to adopt a name used in a previous marriage, if there are one or more children of this marriage.¹³⁷⁸ Currently, a draft amending the law on family matters and the law relating to the use of names is under consideration.¹³⁷⁹ In this regard it has been proposed that after divorce a spouse may assume any former name without restrictions; however, this option should be granted only once.¹³⁸⁰

50. Does divorce have effects regarding

- Citizenship eventually granted to the foreign spouse by marriage;

According to section 26 Austrian Citizenship Act the Austrian citizenship will be lost if a person acquires a foreign citizenship, enters into the military service of a foreign state, waives its citizenship or the citizenship is withdrawn.¹³⁸¹ However, a divorce has no effects regarding the citizenship of the ex-spouse, even if the citizenship was granted, because he/she was married with an Austrian national for a certain time period according to section I Ia Austrian Citizenship Act.¹³⁸²

¹³⁷³ Deixler-Hübner & Xell-Skreiner, *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3rd Edition, 2010, p. 69.

¹³⁷⁴ Schwimann & Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 8 Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

¹³⁷⁵ Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 109.

¹³⁷⁶ Gruber, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 62 Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

¹³⁷⁷ Section 93a General Austrian Civil Code ; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 178.

¹³⁷⁸ Section 93a Austrian Civil Code.

¹³⁷⁹

See <http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c948485398b9b2a013a4a270f9f072b.de.html;jsessionid=74864A23A313FE50DC78D3695208C580> (23.10.2012).

¹³⁸⁰ Proposed section 93a (2) and section 93b General Austrian Civil Code <http://www.justiz.gv.at/internet/file/2c948485398b9b2a013a4a270f9f072b.de.0/begutachtungsentwurf.pdf> (23.10.2012).

¹³⁸¹ See Bachmann, in: Bachmann et. al. (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2012, 9th Edition, p. 184 et seq.

¹³⁸² Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 496.

- Residence permit granted to the foreign spouse by marriage?
In this regard two cases must be distinguished:

(a) Family members' right to settle

Generally, family members¹³⁸³ who are holders of a residence title according to section 8 (1) No. 2¹³⁸⁴, 4¹³⁸⁵, 5¹³⁸⁶ and 8¹³⁸⁷ Austrian Residence and Settlement Act (*Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz*) have an independent right to reside in Austria.¹³⁸⁸ A family member receives a residence title if the marriage was divorced due to the main fault of the other spouse or in particular cases (e.g. family member has become a victim of violence and an order was issued against the so-called sponsor¹³⁸⁹); although the general requirements for granting a residence title according to section 11 Austrian Residence and Settlement Act are not fulfilled.¹³⁹⁰

(b) Right to reside for family members of EEA nationals

Nationals of the European Economic Area (hereinafter EEA nationals) who are family members (e.g. spouses) of an EEA national who is permitted to reside according to the European Free Movement Directive¹³⁹¹ are entitled to reside in Austria for more than three months.¹³⁹² A divorce does not affect the right of family members to continue residing in Austria.¹³⁹³

Third country nationals who are spouses of an EEA national who is permitted to reside according to the European Free Movement Directive are entitled to reside in Austria.¹³⁹⁴ In case of divorce the spouses' right to reside maintains if the conditions set forth in section 51 (1) No. 1 and 2¹³⁹⁵ Austrian Residence and Settlement Act are fulfilled and (i) the marriage

¹³⁸³ In this context the term 'Family Members' comprise spouses, registered partners and unmarried minors including adoptive and step children pursuant to section 2 (1) No. 9 Austrian Residence and Settlement Act.

¹³⁸⁴ Residence permit 'Red-White-Red Card Plus' entitles to temporary residence and unlimited labor market access and is available for the following groups: Family members of (i) very highly qualified workers (ii) skilled workers in shortage professions (iii) other key workers (iv) graduates of universities and colleges of higher education in Austria (v) holders of an EU Blue Card (highly qualified third country citizens) and (vi) foreign citizens permanently settled in Austria.

¹³⁸⁵ 'Settlement permit' entitles to temporary residence and unlimited labor market access.

¹³⁸⁶ 'Settlement permit – employment excluded' entitles to temporary settlement without being entitled to seek employment.

¹³⁸⁷ Residence permit 'Family member' entitles to temporary residence with the possibility to get the residence permit 'Long-term resident - Family member' pursuant to section 8 (1) No. 9 Austrian Residence and Settlement Act.

¹³⁸⁸ Section 27 (1) Austrian Residence and Settlement Act.

¹³⁸⁹ Section 2 (1) No. 10 Austrian Settlement and Residence Act: A sponsor is a third country national who is legally residing in the federal territory or from whom a right pursuant to the Austrian Residence and Settlement Act is derived.

¹³⁹⁰ Section 27 (2) Austrian Residence and Settlement Act.

¹³⁹¹ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC.

¹³⁹² Section 52 (1) Austrian Residence and Settlement Act.

¹³⁹³ Section 52 (2) Austrian Residence and Settlement Act.

¹³⁹⁴ Section 54 (1) Austrian Residence and Settlement Act.

¹³⁹⁵ Such requirements are for instance: The third country national is self-employed or employee in Austria; has sufficient resources for him/herself and the family members and has sufficient sickness insurance.

has lasted at least three years including one year in the federal territory (ii) the third country national is responsible for the child of the EEA national (iii) to prevent undue hardships (iv) the third country national has the right of access to a minor child and the custody court has ruled that such access must be granted in the federal territory.¹³⁹⁶

ii. The consequences of divorce regarding children

51. Does your system distinguish the exercise of parental responsibility from the issue of residence of children? If yes, how and what are the consequences on the exercise of parental responsibility ?

Section 177 (1) General Austrian Civil Code provides that the parental responsibility of both parents maintains after a divorce, unless the parents agree otherwise.¹³⁹⁷ Parents must not reach an agreement regarding parental responsibility however, if the parties want to maintain joint parental responsibility, they must submit an agreement to the court naming the parent with whom the child will primarily reside (i.e. where the centre of the child's life will be).¹³⁹⁸ This agreement aims to ensure the continuity of child-rearing to the greatest extent possible.¹³⁹⁹ The so-called 'domicile parent' (*Domizilelternteil*) must necessarily be entrusted with the entire parental responsibility.¹⁴⁰⁰ Accordingly, the residence of the child entails that the parent with whom the child lives is entrusted with the entire child custody. This parent has also the right to determine the children's place of residence and is thus entitled to move to another place with the child pursuant to section 146b General Austrian Civil Code.¹⁴⁰¹ Hence, the exercise of parental responsibility and the issue of the residence are linked, insofar as the parent is living with the child. From the viewpoint of the other parent – who has parental responsibility, but does not live together with the child – these issues are distinct from each other. However, apart from the fact that this parent does not have the right to determine the place of residence of the child there are no further legal consequences. Generally, parents with joint parental responsibility have the same rights and duties and should act in concert.¹⁴⁰²

52. Does divorce produces automatic effects regarding parental responsibility?

After a divorce the parental responsibility of both parents remains in effect according to section 177 (1) General Austrian Civil Code. The parents have to submit an agreement

¹³⁹⁶ Section 54 (5) Austrian Residence and Settlement Act.

¹³⁹⁷ See Roth & Stegner, 'Die Entwicklung der Obsorgeregelung in Österreich', in: Verbeke & Scherpe & Declerck & Helms & Senaevé (eds.), *Confronting The Frontiers Of Family And Succession Law*, 2012, p. 1181; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 198.

¹³⁹⁸ Section 177(2) General Austrian Civil Code; See Roth & Stegner, 'Die Entwicklung der Obsorgeregelung in Österreich', in: Verbeke & Scherpe & Declerck & Helms & Senaevé (eds.), *Confronting The Frontiers Of Family And Succession Law*, 2012, p. 1182; Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 2; Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 547.

¹³⁹⁹ Huber, *Streit um das Kind*, 2010, p. 30.

¹⁴⁰⁰ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 205; Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 4.

¹⁴⁰¹ Judgment of 14.06.2005, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 110.760; Verschraegen, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 146b General Austrian Civil Code, marg. No. 2.

¹⁴⁰² Section 145b General Austrian Civil Code; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 190.

regarding the prospective habitual residence of the child.¹⁴⁰³ It is not possible to maintain joint parental responsibility if one parent objects thereto.¹⁴⁰⁴ Hence, a divorce produces no automatic effects regarding parental responsibility.

53. Can the exercise of parental responsibility be subject to a parental agreement?

Generally, the joint parental responsibility remains in effect after a divorce.¹⁴⁰⁵ In practice the parents have wide discretion in determining the parental responsibility:¹⁴⁰⁶ The parties can decide that either both parents are entrusted with parental responsibility or that only one parent is responsible for the child.¹⁴⁰⁷ Moreover, in case the former spouses agree on joint parental responsibility, they can restrict the parental responsibility of one parent, which means that this parent is only responsible for certain matters, e.g. education, medical treatment or the administration of assets.¹⁴⁰⁸ The parents, however, cannot agree that the parental responsibility is shared, neither in a temporal sense nor in terms of individual duties, meaning that each parent would be responsible for certain issues.¹⁴⁰⁹ Further, parental responsibility agreements which are contrary to section 145a General Austrian Civil Code, namely the entrustment of a parent, who is not possessing full legal capacity with the administration of assets, or section 176 General Austrian Civil Code, which governs the restriction or withdrawal of parental responsibility, are not allowed.¹⁴¹⁰

54. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The judge has to approve the agreement dealing with parental responsibility if this agreement serves the best interest of the child according to section 177 (3) General Austrian Civil Code.¹⁴¹¹ The judge is obliged to examine the submitted agreement comprehensively in the sense of reviewing both the agreement regarding the main residence of the child and the agreement concerning the parental responsibility.¹⁴¹² If the agreement is not in accordance with section 177 General Austrian Civil Code or does not serve the best interest of the child, the judge has to deny the approval of the agreement¹⁴¹³ and must act *ex officio*:

¹⁴⁰³ See Question 51.

¹⁴⁰⁴ Huber, *Streit um das Kind*, 2010, p. 28.

¹⁴⁰⁵ Section 177 (1) General Austrian Civil Code; see Question 52.

¹⁴⁰⁶ Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 191; Gründler, 'Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001', *ÖJZ*, 2001, 707 et seq.

¹⁴⁰⁷ Deixler-Hübner, *Der Ehevertrag*, 2nd Edition, 2010, p. 149.

¹⁴⁰⁸ See Roth & Stegner, 'Die Entwicklung der Obsorgeregelung in Österreich', in: Verbeke & Scherpe & Declerck & Helms & Senaeve (eds.), *Confronting The Frontiers Of Family And Succession Law*, 2012, p. 1182; Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 3; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 205.

¹⁴⁰⁹ Hopf & Weitzenböck, 'Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001', *ÖJZ*, 2001, 489; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 205.

¹⁴¹⁰ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 3.

¹⁴¹¹ Roth & Stegner, 'Die Entwicklung der Obsorgeregelung in Österreich', in: Verbeke & Scherpe & Declerck & Helms & Senaeve (eds.), *Confronting The Frontiers Of Family And Succession Law*, 2012, p. 1182.

¹⁴¹² **Gründler, 'Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001', *ÖJZ*, 2001, 707 et seq.**

¹⁴¹³ Deixler-Hübner, in: Kletečka & Schauer, *ABGB-ON 1.00*, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 19.

Primarily, the judge should work towards the conclusion of a respective agreement between the spouses. If, however, this attempt fails the judge has to entrust one parent with the sole parental responsibility.¹⁴¹⁴

55. Is the judge vested with the power to organise the exercise of parental responsibility? If yes, does he compulsorily need to be requested to hold on this issue by one or the other parents?

If the parents do not reach an agreement within a reasonable period of time after the divorce, or the agreement is not in the best interest of the child, the judge has to entrust one parent with the parental responsibility.¹⁴¹⁵ The judge is not authorized to order that both parents have joint parental responsibility.¹⁴¹⁶ In case the parents are separated not merely temporally, the judge can rule on the exercise of parental responsibility according to the described procedure only if one parent requests so.¹⁴¹⁷

The draft amending the law on family matters and the law relating to the use of names, which is currently under consideration proposes that the court may order a so called 'stage of preliminary parental responsibility' (*Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung*) for a period of six months if the former spouses cannot come to an agreement within a reasonable period of time or if one parent requests the sole parental responsibility and the order serves the interest of the child. In this phase the parent responsible for the child maintains the official parental responsibility, while the other parent should be granted sufficient contact with his/her child including the care and education of the child. Based on the experiences gained during the phase the judge has to take a final decision as to parental responsibility after the six months. According to the draft it should also be possible that the judge entrusts both parents with the parental responsibility; in this case the judge has to determine in whose household the child will live.¹⁴¹⁸

56. What are the elements enabling the judge to hold a modification of the exercise/right of parental responsibility? May one parent be deprived of his/her exercise of parental responsibility considering his/her misbehaviour toward the other parent?

A decision concerning parental responsibility is not irrevocable. If circumstances change the judge may *ex officio* or upon request entrust the other parent with parental responsibility.¹⁴¹⁹ However, a subsequent modification of the parental responsibility requires a concrete threat to the child's welfare¹⁴²⁰ (e.g. child abuse).¹⁴²¹ Accordingly, an alteration is only possible due

¹⁴¹⁴ Stabenheimer, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 11.

¹⁴¹⁵ Section 177a General Austrian Civil Code; See Roth & Stegner, 'Die Entwicklung der Obsorgeregelung in Österreich', in: Verbeke & Scherpe & Declerck & Helms & Senaeve (eds.), *Confronting The Frontiers Of Family And Succession Law*, 2012, p. 1182 et seq.

¹⁴¹⁶ Deixler-Hübner, *Der Ehevertrag*, 2nd Edition, 2010, p. 149; Hopf & Weitzenböck, 'Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001', *ÖJZ*, 2001, 491.

¹⁴¹⁷ Section 177b General Austrian Civil Code.

¹⁴¹⁸ Proposed section 180 (1) amended General Austrian Civil Code <http://www.justiz.gv.at/internet/file/2c948485398b9b2a013a4a270f9f072b.de.0/begutachtungsentwurf.pdf> (23.10.2012).

¹⁴¹⁹ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 212.

¹⁴²⁰ Judgment of 22.10.2008, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* I 16.947.

to important and serious reasons, particularly in terms of the child's welfare.¹⁴²² It constitutes a serious reason if the child itself wishes to change the parental responsibility.¹⁴²³ Accordingly, a parent is deprived of his/her parental responsibility for reasons of misbehavior toward the child and not toward the other parent. However, the judge has to take into account the entire behavior of the parent.¹⁴²⁴

57. May parent(s), once deprived of the exercise/right of parental responsibility, still be vested with contact, visit and/or residence of his/her/their children?

Generally, the parent who is not living in a common household with the child has the right to access to the child pursuant to section 148 (1) General Austrian Civil Code. The right to access to the child is guaranteed by Art 8 European Convention on Human Rights and Art 9 UN Convention on the Rights of the Child.¹⁴²⁵ These provisions are aiming to maintain a close relationship to the parent who is living separately.¹⁴²⁶ Section 145b General Austrian Civil Code sets forth a 'good behaviour clause'.¹⁴²⁷ If the parent, who is entitled to visit the child, violates this clause, his/her right to access to the child may be restricted or entirely deprived.¹⁴²⁸ Further, the right to access to the child can be restricted or deprived if the child's welfare is at risk. Judges have denied the right to access to the child for the following reasons: violence against the parent, who has the parental responsibility; mental illness or increased suicidal tendency; alcohol abuse throughout the visit; sexual offences or suspicion of sexual offences; imprisonment.¹⁴²⁹

58. Which arrangements are legally available to parents in order to organise residence of children after divorce? (Usual residence with visit and contact, shared residence, residence granted to a third party...)

If parents want to exercise the parental responsibility jointly after a divorce, they must submit an agreement to the court designating the parent with whom the child will primarily reside (centre of the child's life).¹⁴³⁰ Despite the fact that both parents exercise the parental responsibility, the child should have one main place of residence (*Heim erster Ordnung*).¹⁴³¹

¹⁴²¹ Judgment of 26.03.2009, Oberster Gerichtshof, *Zak* 2009/326, 215 et seq.

¹⁴²² Judgment of 04.06.1996, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 81.129; Judgment of 26.09.2001, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 96.670; Judgment of 20.12.2007, Landesgericht Salzburg, *EFSlg.* 116.937.

¹⁴²³ Judgment of 21.02.2006, Oberster Gerichtshof, *FamZ*, 2006, 79; Judgment of 30.07.2007, Oberster Gerichtshof, *iFamZ*, 2007, 146.

¹⁴²⁴ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 214.

¹⁴²⁵ Huber, *Streit um das Kind*, 2010, p. 51.

¹⁴²⁶ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 217.

¹⁴²⁷ Verschraegen, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 145b General Austrian Civil Code, marg. No. 2.

¹⁴²⁸ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 219; Verschraegen, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 145b General Austrian Civil Code, marg. No. 3.

¹⁴²⁹ Huber, *Streit um das Kind*, 2010, p. 59; Nademleinsky, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 148 General Austrian Civil Code, marg. No. 27.

¹⁴³⁰ Section 177 (2) General Austrian Civil Code; See Roth & Stegner, 'Die Entwicklung der Obsorgeregelung in Österreich', in: Verbeke & Scherpe & Declerck & Helms & Senaave (eds.), *Confronting The Frontiers Of Family And Succession Law*, 2012, p. 1182.

¹⁴³¹ Huber, *Streit um das Kind*, 2010, p. 30; Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 4; Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 7.

This ensures the continuity of child-rearing to the greatest extent possible.¹⁴³² The parent with whom the child resides has the right to determine the place of residence and is thus entitled to move to another place with the child pursuant to section 146b General Austrian Civil Code.¹⁴³³ Agreements, whereby the child resides four days with one parent and three days with the other parent are not in accordance with the requirement of the child's main place of residence.¹⁴³⁴

When the parents decide that one parent is entrusted with parental responsibility partially, the child's main residence must be with the parent entitled with the entire parental responsibility.¹⁴³⁵ Accordingly, it is not possible that the child has its main residence with the parent exercising parental responsibility only partially. If one parent is entitled with parental responsibility, the child obviously has its main residence with this parent. The other parent is left to his/her right to access to the child.¹⁴³⁶

59. May arrangements regarding the residence of the child be decided by a parental agreement? If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The parental responsibility of both parents remains in effect after a divorce according to section 177 (1) General Austrian Civil Code. The parents wishing to maintain joint parental responsibility have to submit to the court an agreement regarding the prospective habitual residence of the child.¹⁴³⁷ The judge has to approve the agreement dealing with the main residence of the child if this agreement is in the best interest of the child according to section 177 (3) General Austrian Civil Code.¹⁴³⁸ The judge will not approve the agreement if it does not serve the child's interests or it is contrary to section 177 General Austrian Civil Code.¹⁴³⁹ In this case the judge should facilitate the conclusion of an agreement which meets the legal preconditions otherwise he/she has to decide 0. If, however, the parents agree that the parental responsibility of one parent is restricted to certain matters or that only one parent is entitled to parental responsibility, the child will reside with the parent entrusted with the entire parental responsibility. Hence, in these cases the residence of the child cannot be subject of a parental agreement.

¹⁴³² Huber, *Streit um das Kind*, 2010, p. 30; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 199.

¹⁴³³ Judgment of 14.06.2005, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* I 10.760.

¹⁴³⁴ Roth & Stegner, 'Die Entwicklung der Obsorgeregelung in Österreich', in: Verbeke & Scherpe & Declerck & Helms & Senaeve (eds.), *Confronting The Frontiers Of Family And Succession Law*, 2012, p. 1182; Weitzenböck, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 4; Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 6.

¹⁴³⁵ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 205; Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 547.

¹⁴³⁶ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 217.

¹⁴³⁷ Section 177 (2) General Austrian Civil Code; See Roth & Stegner, 'Die Entwicklung der Obsorgeregelung in Österreich', in: Verbeke & Scherpe & Declerck & Helms & Senaeve (eds.), *Confronting The Frontiers Of Family And Succession Law*, 2012, p. 1182.

¹⁴³⁸ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 9.

¹⁴³⁹ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 177 General Austrian Civil Code, marg. No. 9.

60. Are legal provisions available to the judge to guaranty the relationships between parents and child after divorce? If yes, what are they? Are sanctions provided if one parent does not fulfill his/her duty to maintain relationship with his/her child?

The right to access to the child is not merely a right of the parent, rather it is also a right of the child pursuant to section 148 (1) General Austrian Civil Code.¹⁴⁴⁰ This right can be deduced from the following provisions: section 137 (2) General Austrian Civil Code (duty of mutual assistance between parents and children); section 178a (child's welfare); Art 8 European Convention on Human Rights (right to respect for private and family life) and Art 9 UN Convention on the Rights of the Child which explicitly refers to the child's right to maintain a personal relation and direct contact with both parents on a regular basis.¹⁴⁴¹ So far, Austrian courts have interpreted these provisions in the sense that the right to access to the child cannot be enforced against the will of the child.¹⁴⁴² Further, the courts denied that the child is entitled to regular visits.¹⁴⁴³ To enforce the agreement regarding the right to access to the child who has been approved by the court, the court may take coercive actions such as fines or coercive detention if such a procedure is not considered to be contrary to the child's welfare.¹⁴⁴⁴

However, if a minor who has reached the age of fourteen or the parent which is living separately from the child refuses the personal contact despite the court has informed the parties that the contact to both parents is important for the child's welfare and tried to reach an amicable settlement, the court has to resist the enforcement of the right to contact.¹⁴⁴⁵ Indeed, the mandatory enforcement would be inappropriate, particularly it would not facilitate the relationship between the parent and the child.¹⁴⁴⁶ However, in case a parent unfoundedly refuses to have personal relations with the child, the following sanctions are provided: Firstly, the right to information and expression concerning matters affecting the child might be deprived pursuant to section 178 (3) General Austrian Civil Code and secondly the possibility of reducing the legal portion of inheritance according to section 773a Austrian Civil Code can be excluded.¹⁴⁴⁷ These two sanctions are aiming to maintain the personal relationship to the child.

The draft amending the law on family matters and the law relating to the use of names, which is currently under consideration proposes that arrangements regarding the personal contact with the child may also be enforced against the will of the parent who is living

¹⁴⁴⁰ Deixler-Hübner & Xell-Skreiner, *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3rd Edition, 2010, p. 127; Judgment of 02.10.2001, Oberster Gerichtshof, EFSlg. 96.556; Judgment of 25.05.2005, Oberster Gerichtshof, EFSlg. 110.772; Judgment of 11.07.2007, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, EFSlg. 116.822; Judgment of 30.03.2009, Oberster Gerichtshof, Zak 2009/326, 238 et seq.

¹⁴⁴¹ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 220.

¹⁴⁴² Judgment of 02.10.2001, Oberster Gerichtshof, EFSlg. 86.872.

¹⁴⁴³ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 220; Judgment of 21.12.1994, Oberster Gerichtshof, EFSlg. XXXII/4.

¹⁴⁴⁴ Section 110 Austrian Non-Contentious Proceedings Act; Nademleinsky, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 148 General Austrian Civil Code, marg. No. 36.

¹⁴⁴⁵ Section 108 Austrian Non-Contentious Proceedings Act; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 220; Wallisch, 'Der „andere Elternteil“ und das Besuchsrecht', *ÖJZ*, 202, 487 et seq.

¹⁴⁴⁶ Stabenheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 148 General Austrian Civil Code, marg. No. 1a.

¹⁴⁴⁷ Stabenheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 148 General Austrian Civil Code, marg. No. 1a; Fischer-Czermak, in: Kletečka & Schauer, *ABGB-ON 1.00*, section 148 General Austrian Civil Code, marg. No. 14; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 211.

separately from the child if the arrangement was ordered by court, the agreement was either approved by court or was delivered in the form of an official certificate or an authenticated document to a registrar.¹⁴⁴⁸

b. Post-marital financial consequences

61. Does the settlement of financial consequences of marriage breakdown is made in a single divorce proceeding or can it be dealt through a distinct one, either concomitant or subsequent?

All disputes arising out of a matrimonial relationship between spouses can be claimed in the course of divorce proceedings, e.g. a maintenance claim.¹⁴⁴⁹ These claims can even be submitted in pending proceedings as long as the hearing in the first instance has not been closed.¹⁴⁵⁰ During pending divorce proceedings a maintenance claim must be submitted at the competent court for divorce which will subsequently decide on both issues.¹⁴⁵¹ However, the maintenance claim can also be asserted in separate proceedings.¹⁴⁵²

i. Consequences between spouses

62. At the time of marriage breakdown are ex-spouses entitled the one regarding the other to :

- Compensation,
- Maintenance,
- Compensation of rights to pension benefits,
- Damages
- Any other payment or property rights?

According to section 66 et seq Austrian Marriage Act former spouses are entitled to claim maintenance if certain requirements are fulfilled.¹⁴⁵³ Besides, each spouse may request a legal allocation of matrimonial property and savings within one year after the divorce decision became legally binding provided that the spouses cannot reach an amicable settlement in this regard.¹⁴⁵⁴

If yes, please answer the following questions:

63. Does the maintenance/compensation/damage issue must be claimed at the time of the initial request or can it be made in the course of divorce proceeding?

¹⁴⁴⁸ Proposed section 110 (1) (2) amended Austrian Non-Contentious Proceedings Act <http://www.justiz.gv.at/internet/file/2c948485398b9b2a013a4a270f9f072b.de.0/begutachtungsentwurf.pdf> (23.10.2012).

¹⁴⁴⁹ Sections 76a and 100 Austrian Jurisdiction Act.

¹⁴⁵⁰ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 119.

¹⁴⁵¹ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 166.

¹⁴⁵² Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 166.

¹⁴⁵³ Deixler-Hübner & Xell-Skreiner, *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3rd Edition, 2010, p. 91 et seq; Kerschner & Wagner, *Zivilrecht VI Familienrecht*, 2nd Edition, 2010, marg. No. 9/37 et seq.

¹⁴⁵⁴ Section 81 Austrian Marriage Act; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 122 et seq; Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 504.

Maintenance can be claimed at the time of the initial petition for divorce.¹⁴⁵⁵ However, the maintenance claim can also be submitted in already pending divorce proceedings as long as the hearing in the first instance has not been closed.¹⁴⁵⁶ Maintenance may also be claimed in separate proceedings.¹⁴⁵⁷

64. Can the maintenance/compensation/damages claim be introduced by one or the other spouse after the divorce being granted? If yes, is this action enclosed in a specific period of time?

A maintenance claim can either be submitted during divorce proceedings or – after the divorce has been granted – in separate proceedings.¹⁴⁵⁸ Maintenance claims fall under the statute of limitations of 30 years if it has not been enforced pursuant to section 1480 General Austrian Civil Code. Section 1481 General Austrian Civil Code specifies exceptions to the principle established by section 1480 and states that obligations based on family and personal law are excluded from the statute of limitations.¹⁴⁵⁹ Accordingly, the maintenance claim itself does not fall under the statute of limitations, although outstanding maintenance payments will lapse after three years.¹⁴⁶⁰

65. May one of the spouse be discharged from providing for maintenance/compensation/damages, to the other? If yes, on which grounds?

The divorced spouse is not equal to the married spouse, who is in charge of the household.¹⁴⁶¹ The divorced spouse, who was responsible for the household during the marriage cannot invoke the previous role allocation, rather he/she has to take up a suitable employment.¹⁴⁶² In determining whether an employment is suitable several factors must be taken into account, e.g. age, health, professional education, previous professional activities, individual opportunities on the labour market and parental responsibility.¹⁴⁶³ Accordingly, the personal income of the maintenance creditor must be taken into account when determining the maintenance, thereby contributing to the discharge of the other spouse.¹⁴⁶⁴

Further, one spouse may be partially discharged from providing maintenance to the other spouse in case of self-inflicted indigence: If the maintenance creditor has self-inflicted his/her indigence the maintenance can be restricted to the necessary maintenance pursuant to section 73 (1) Austrian Marriage Act. The behaviour in question, e.g. alcohol abuse or

¹⁴⁵⁵ Sections 76a and 100 Austrian Jurisdiction Act.

¹⁴⁵⁶ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 119.

¹⁴⁵⁷ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 166.

¹⁴⁵⁸ Gitschthaler, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 66 Austrian Marriage Act marg. No. 29.

¹⁴⁵⁹ Bydlinski, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 1481 General Austrian Civil Code, marg. No. 1; Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 225.

¹⁴⁶⁰ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 159.

¹⁴⁶¹ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 149.

¹⁴⁶² Judgment of 07.11.2002, Oberster Gerichtshof, 8 Ob 210/02v.

¹⁴⁶³ Judgment of 16.02.2006, Landesgericht für Zivilrechtssachen, EFSlg. I 14.286.

¹⁴⁶⁴ See also Question 66: If one spouse is deprived from obtaining maintenance the other spouse is automatically discharged from providing maintenance; Judgment of 24.09.1998, Oberster Gerichtshof, EFSlg. 87.511; Judgment of 16.11.2005, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, EFSlg. III.259; Judgment of 31.07.2006, Landesgericht Salzburg, EFSlg. I 14.284.

pathological gambling must have caused the indigence.¹⁴⁶⁵ In this case the maintenance debtor has to pay maintenance covering only the necessary needs of the ex-spouse.¹⁴⁶⁶ Additional costs caused by gross negligence of the maintenance creditor shall not be considered as a valid reason for increased maintenance.¹⁴⁶⁷

66. May one of the spouses be deprived from obtaining maintenance/compensation/damages, from the other? If yes, on which grounds?

The maintenance of a spouse may be restricted or deprived entirely if one of the following cases occurs:

(a) Forfeiture

After divorce the maintenance creditor loses his/her maintenance claim if he/she has committed a grave misconduct against the ex-spouse or he/she is leading a disreputable and immoral way of life against the will of the ex-spouse according to section 74 Austrian Marriage Act.¹⁴⁶⁸ The term 'grave misconduct' includes a wide range of actions, such as persistent insults, physical violence, threats and defamation, whereas the term 'disreputable and immoral way of life' refers for instance to prostitution or procuration.¹⁴⁶⁹ The forfeiture leads to the loss of the entire future maintenance.¹⁴⁷⁰

(b) Remarriage of the maintenance creditor

The obligation to pay maintenance terminates if the maintenance creditor remarries according to section 75 Austrian Marriage Act. The maintenance debtor has to pay the maintenance for the entire month in which his/her ex-spouse remarries.¹⁴⁷¹ Section 75 Austrian Marriage Act constitutes dispositive law, which means that the ex-spouses can also agree that even in the case of a remarriage maintenance must be paid.¹⁴⁷² If the second marriage is divorced maintenance cannot be claimed against the prior ex-spouse.¹⁴⁷³

¹⁴⁶⁵ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 73 Austrian Marriage Act, marg. No. 3; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 115.

¹⁴⁶⁶ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 161.

¹⁴⁶⁷ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 73 Austrian Marriage Act, marg. No. 5 et seq; Gitschthaler, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 73 marg. No. 7.

¹⁴⁶⁸ Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 502.

¹⁴⁶⁹ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 74 Austrian Marriage Act, marg. No. 8 et seq; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 162.

¹⁴⁷⁰ Gitschthaler, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 74 Austrian Marriage Act marg. No. 15; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 162.

¹⁴⁷¹ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 75 Austrian Marriage Act, marg. No. 4; Judgment of 05.14.1967, Oberster Gerichtshof, SZ 40/45.

¹⁴⁷² Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 75 Austrian Marriage Act, marg. No. 3.

¹⁴⁷³ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 75 Austrian Marriage Act, marg. No. 5.

(c) Death of the maintenance creditor

According to section 77 Austrian Marriage Act the maintenance claim expires if the maintenance creditor dies. In case of death of the maintenance debtor the duty is transferred to the inheritors.¹⁴⁷⁴

67. According to legal provisions or case law, is balance between the two ex-spouses personal assets sought?

Equity is an underlying principle of the allocation procedure after a divorce.¹⁴⁷⁵ The allocation of matrimonial property and savings should be adjusted to the individual case. Courts have determined that the economic consequences of a divorce should be settled as balanced as possible.¹⁴⁷⁶ Section 83 (1) Austrian Marriage Act enumerates criteria, which should be taken into account when allocating the assets of the ex-spouses, e.g. amount of the spouses' contribution for the creation of matrimonial property and savings.¹⁴⁷⁷ Further, the livelihood of the ex-spouses should be preserved and the new stage of life should be facilitated.¹⁴⁷⁸ Hence, the court shall find a balanced and fair solution for each individual case.¹⁴⁷⁹ So far, courts have often rendered decisions allocating the assets between the spouses on a one-to-one basis irrespective of the individual facts of the case.¹⁴⁸⁰ However, recent judgments have indicated that a significant larger contribution of one spouse might justify an allocation on an individual basis.¹⁴⁸¹ In short, the mentioned principles and case law are aiming to allocate the assets between the ex-spouses in a balanced and equitable manner.

68. Are the rules organising compensation/maintenance/damages, connected to the rules organising the liquidation of matrimonial assets, or to equivalent ones relating to property law?

To answer this question it is necessary to clarify the relationship between the provisions relating to post-divorce maintenance and those concerning the division of matrimonial property. On closer inspection a connection emerges. Section 66 Austrian Marriage Act states that the guilty party must pay maintenance to the other spouse under certain circumstances. The maintenance payable by the guilty party is reduced if he or she would have difficulty in supporting him or herself and if the other spouse is capable of supporting him or herself from his or her own income and property.¹⁴⁸² The term 'property' means divided property, insofar as the matrimonial property must already have been divided

¹⁴⁷⁴ Section 78 (1) Austrian Marriage Act; Deixler-Hübner & Xell-Skreiner, *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3rd Edition, 2010, p. 99.

¹⁴⁷⁵ Deixler-Hübner, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 84 Austrian Marriage Act, marg. No. 1; Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 83 Austrian Marriage Act, marg. No. 1 et seq; Bernat, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 83 Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

¹⁴⁷⁶ Judgment of 22.02.2002, Oberster Gerichtshof, 9 Ob 201/01a; Deixler-Hübner, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 84 Austrian Marriage Act, marg. No. 1; Judgment of 20.02.2002, Oberster Gerichtshof, 9 Ob 202/01a.

¹⁴⁷⁷ Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 131.

¹⁴⁷⁸ Deixler-Hübner, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 84 Austrian Marriage Act, marg. No. 20.

¹⁴⁷⁹ Judgment of 09.03.1994, Oberster Gerichtshof, SZ 67/38.

¹⁴⁸⁰ Deixler-Hübner, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 84 Austrian Marriage Act, marg. No. 23; Judgment of 28.01.2004, Oberster Gerichtshof, EF 108.383.

¹⁴⁸¹ Judgment of 09.03.1994, Oberster Gerichtshof, EF 117.525.

¹⁴⁸² Section 67 Austrian Marriage Act.

between the parties. Under these circumstances, then, the rules regarding the allocation of matrimonial assets have an impact on determining the amount of maintenance.

However, the property of the guilty spouse may also fulfill a support function. As has been said, under section 66 Austrian Marriage Act the guilty party is obliged to pay maintenance to the other spouse. In order to be able to do so, the guilty party must also have recourse to his or her own property, and must therefore use the distributed matrimonial property.¹⁴⁸³ The fact that the guilty spouse must use distributed property to meet his or her support obligations¹⁴⁸⁴ represents another link between the rules relating to post divorce maintenance and those of other matrimonial property law.

69. Do the grounds for divorce have an incidence on an award of compensation/maintenance after marital breakdown? If yes, to what extent?

If a marriage is divorced on the ground of fault pursuant to section 49 Austrian Marriage Act the basis for the maintenance claim is section 66 et seq Austrian Marriage Act, which stipulates that the spouse whose misconduct had led to the divorce is obliged to pay reasonable maintenance.¹⁴⁸⁵ However, the maintenance debtor is only obliged to pay maintenance if the creditor is not able to cover his/her maintenance.¹⁴⁸⁶ A divorce on the ground of fault may also entail to a maintenance obligation of the innocent spouse irrespective of the other spouse's fault if this spouse is not able to meet his/her own needs due to the care and education of the joint children.¹⁴⁸⁷ If both spouses are equally guilty as regards the divorce section 68 Austrian Marriage Act grants the spouse, who is not able to meet his/her own needs maintenance for a limited time period.¹⁴⁸⁸ With the exception of section 68 Austrian Marriage Act the aforementioned provisions are also applicable if a marriage is divorced on the grounds pursuant to sections 50-52 Austrian Marriage Act.¹⁴⁸⁹

A divorce pursuant to section 55 Austrian Marriage Act (divorce on irretrievable breakdown) entitles one spouse to claim the same maintenance as during the marriage if it had been determined in the divorce decision that the other spouse caused the irretrievable breakdown.¹⁴⁹⁰ A divorce according to sections 50-52 and 55 Austrian Marriage Act without a ruling as to fault leads to a so called 'equity claim' pursuant to section 69 (3) Austrian Marriage Act, which can be compared with the maintenance pursuant to section 68 Austrian Marriage Act.¹⁴⁹¹

¹⁴⁸³ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 66 Austrian Marriage Act, marg. No. 38; Judgment of 18.07.1985, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 48.867.

¹⁴⁸⁴ The assets must only be realized by the guilty spouse if this is reasonable; Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 66 Austrian Marriage Act, marg. No. 39; Judgment of 17.06.1982, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 40.229; Judgment of 18.07.1985, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 48.867; without this restriction see the Judgment of 20.12.1978, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 31.753.

¹⁴⁸⁵ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 66 Austrian Marriage Act, marg. No. 1.

¹⁴⁸⁶ Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 110.

¹⁴⁸⁷ Section 68a Austrian Marriage Act.

¹⁴⁸⁸ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 68 Austrian Marriage Act, marg. No. 2; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 111.

¹⁴⁸⁹ Sections 69 (1), 69b Austrian Marriage Act.

¹⁴⁹⁰ Section 69 (2) Austrian Marriage Act; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 109.

¹⁴⁹¹ Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 113.

The maintenance should primarily be settled in an agreement concluded between the spouses if the divorce is based upon mutual consent according to section 55a Austrian Marriage Act. In absence of an agreement, the maintenance claim can optionally be based on section 69a (2) – which grants maintenance according to equity – or on section 68a Austrian Marriage Act – which allows for maintenance irrespective of fault if certain criteria are met.¹⁴⁹² In short, different grounds for divorce entail different maintenance claims, although they are not of major significance.

70. What shape compensation/maintenance or other financial obligations between the spouses may take? If multiple shapes are available, are they determined according to the grounds for divorce?

Under section 70 (1) Austrian Marriage Act maintenance must be paid in regular instalments. The payments must be made once a month, in advance.¹⁴⁹³ Payment in kind is not permitted as post-divorce maintenance;¹⁴⁹⁴ hence maintenance must be paid in a monetary form.¹⁴⁹⁵ Under section 70 (2) Austrian Marriage Act a lump sum may be awarded at the request of the claimant on reasonable grounds. The payment of a lump sum may not place an inequitable burden on the debtor. Reasonable grounds for the payment of a lump sum include a change of residence by the debtor which represents an obstacle to the maintenance claim or increases the capital requirements of the creditor.¹⁴⁹⁶ As stated above the payment of a lump sum may only be ordered if this is not inequitable for the debtor. A lump-sum payment will be inequitable if it places the financial position of the debtor at risk or if the disposal of the assets would only be possible at a considerable loss.¹⁴⁹⁷ It should be noted that a lump-sum payment may always be agreed upon by the former spouses and that once in effect it represents a final settlement of the maintenance claim.¹⁴⁹⁸

71. Does your national law allow the competent authority to allocate the family home to one spouse for property, use or renting?

Section 87 Austrian Marriage Act entitles the judge to transfer property or another right *in rem* due to both spouses used the marital home to one spouse. Accordingly, a judge can order the transfer of property, co-ownership share, condominium or another right *in rem* from one spouse to another.¹⁴⁹⁹ Further, the judge may order the establishment of a contractual right, which entitles one spouse to use the marital home after a divorce.¹⁵⁰⁰ However, the parties can jointly agree that the transfer of property or another right *in rem*

¹⁴⁹² Kerschner, *Familienrecht*, 4th Edition, 2010, marg. No. 2/131; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 115.

¹⁴⁹³ Kerschner, *Familienrecht*, 4th Edition, 2010, marg. No. 2/140; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 115; Judgment of 28.01.1992, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 69.163.

¹⁴⁹⁴ During the marriage maintenance must be paid either in kind or in money. For details 94 (3) General Austrian Civil Code and Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, p. 204 et seq.

¹⁴⁹⁵ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 158; Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 70 Austrian Marriage Act, marg. No. 1.

¹⁴⁹⁶ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 70 Austrian Marriage Act, marg. No. 4.

¹⁴⁹⁷ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 70 Austrian Marriage Act, marg. No. 1.

¹⁴⁹⁸ Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 231.

¹⁴⁹⁹ Bernat, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 87 Austrian Marriage Act, marg. No. 2; Kerschner & Wagner, *Zivilrecht VI Familienrecht*, 2nd Edition, 2010, marg. No. 9/76.

¹⁵⁰⁰ Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 513.

regarding the marital home shall be excluded.¹⁵⁰¹ A respective agreement is binding upon the court.¹⁵⁰² If none of the ex-spouses has a right *in rem* regarding the marital home the judge can prescribe that one spouse continues the – so far shared – legal relationship on his/her own.¹⁵⁰³ Further, a real allocation of the marital home, whereby different premises of the marital home may be assigned to the ex-spouses might be contemplated; although, in practice the latter option is considered rather rarely.¹⁵⁰⁴ Hence, the judge is vested with wide discretion regarding the allocation of the marital home.¹⁵⁰⁵ However, an exception exists for official residences: If an official residence served as marital home the transfer of the permission to use this home can only be ordered with the approval of the employer and against appropriate compensation.¹⁵⁰⁶

72. May amount and modes of fulfilling the financial obligations between spouses be determined by spousal agreement?

Under Austrian divorce law it is possible for spouses to reach an agreement on maintenance before, after and during divorce proceedings.¹⁵⁰⁷ However, one has to distinguish further: As far as the spousal agreement is within the scope of the legal provisions governing maintenance and merely specifies the amount and the modalities of the maintenance the entitlement still remains a legal claim.¹⁵⁰⁸ If the agreement is beyond the legal framework the maintenance is of contractual nature and does not constitute a legal claim.¹⁵⁰⁹ If the maintenance claim exists according to the legal provisions but the spouses have agreed on an amount, which exceeds the legally provided sum considerably, not only the difference between the agreed higher amount and the amount determined by law constitutes a contractual claim, rather the entire sum is of contractual nature.¹⁵¹⁰

¹⁵⁰¹ Section 87 (1) last sentence Austrian Marriage Act; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 132.

¹⁵⁰² Deixler-Hübner, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 87 Austrian Marriage Act, marg. No. 7.

¹⁵⁰³ Bernat, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 87 Austrian Marriage Act, marg. No. 5; Deixler-Hübner, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 87 Austrian Marriage Act, marg. No. 8.

¹⁵⁰⁴ Deixler-Hübner, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 87 Austrian Marriage Act, marg. No. 9.

¹⁵⁰⁵ Deixler-Hübner, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 87 Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

¹⁵⁰⁶ Section 88 Austrian Marriage Act; Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 513; Deixler-Hübner & Xell-Skreiner, *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3rd Edition, 2010, p. 113.

¹⁵⁰⁷ Gitschthaler, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 80 Austrian Marriage Act, marg. No. 1; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 167.

¹⁵⁰⁸ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 80 Austrian Marriage Act, marg. No. 2; Gitschthaler, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 80 Austrian Marriage Act, marg. No. 2.

¹⁵⁰⁹ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 80 Austrian Marriage Act, marg. No. 3; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 167.

¹⁵¹⁰ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 80 Austrian Marriage Act, marg. No. 3; Judgment of 24.02.1987, Oberster Gerichtshof, SZ 55/54; Judgment of 12.06.1997, Oberster Gerichtshof, SZ 70/111.

The spousal agreement is void if it violates moral principles, e.g. the maintenance is grossly disproportionate in relation to the spouses' income and assets.¹⁵¹¹ Hence, the spouses are generally free to determine the amount of the maintenance, but the agreement must be in accordance with the public morals. Section 70 (1) and (3) Austrian Marriage Act, which stipulates that the maintenance must be paid in regular instalments in a monetary form and once a month, in advance applies by analogy to contractual maintenance claims.¹⁵¹² However, section 70 (2) Austrian Marriage Act, which prescribes that a lump sum may be awarded at the request of the maintenance creditor on reasonable grounds, cannot be applied by analogy.¹⁵¹³

73. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The agreement is neither scrutinized nor approved by the judge. However, if the agreement violates the general contractual principles it may be void or reviewable for reasons such as lack of legal capacity, dissent, bogus deal or violation of public morals.¹⁵¹⁴

74. In order to evaluate the amount of compensation/maintenance/damages, are the spouses under duty to fully disclose the elements making up their assets (incomes, capital, assets, pension, benefit...) or can they be discharged from full and frank disclosure?

Neither the General Austrian Civil Code nor the Austrian Marriage Act contains explicit provisions obliging the spouses to provide each other or the competent authority with information on their income and assets. Former case law¹⁵¹⁵ and some authors¹⁵¹⁶ had argued that a legal maintenance claim does not in principle oblige the debtor to provide information concerning his or her income and assets. According to this view the debtor is only obliged to provide information if the maintenance was agreed, since maintenance agreement may at least implicitly comprise the debtor's duty to provide information on his or her assets.¹⁵¹⁷

However, more recent case law¹⁵¹⁸ has established that the debtor is obliged to provide information of all relevant facts determining the amount of maintenance if the maintenance constitutes a statutory right. Similarly, some legal authors support the view that the debtor is obliged to provide adequate information concerning his or her assets to the other spouse owing to the reciprocal duties of the (former) spouses.¹⁵¹⁹ However, two conditions must be

¹⁵¹¹ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 80 Austrian Marriage Act, marg. No. 9; Deixler-Hübner, *Der Ehevertrag*, 2nd Edition, 2010, p. 133.

¹⁵¹² Gitschthaler, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 80 Austrian Marriage Act, marg. No. 1; Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 80 Austrian Marriage Act, marg. No. 17.

¹⁵¹³ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 80 Austrian Marriage Act, marg. No. 5; Judgment of 24.02.1987, Oberster Gerichtshof, SZ 60/31.

¹⁵¹⁴ Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 237.

¹⁵¹⁵ Judgment of 25.11.2004, Oberster Gerichtshof, JBl 2005, 455.

¹⁵¹⁶ Fasching, *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, vol. II, 1962, p. 92 et seq.

¹⁵¹⁷ Fasching, *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, vol. II, 1962, p. 92 et seq.

¹⁵¹⁸ Judgment of 13.11.2007, Oberster Gerichtshof, EFSlg. 117.448; Judgment of 11.05.2007, Oberster Gerichtshof, SZ 2007/72.

¹⁵¹⁹ Harrer-Hörzinger, 'Zur Auskunftspflicht zwischen dem Unterhaltsschuldner und dem Unterhaltsberechtigten', in: Harrer & Zitta (eds.), *Familie und Recht*, 1992, p. 47 et seq; Bienert-Nießl, *Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess: zugleich eine Untersuchung der prozessualen Mitwirkungspflichten*

fulfilled in order to require disclosure of the necessary information: the maintenance claim as such must exist and the balance of interests favours the creditor; this is the case if the creditor can file the maintenance claim only with considerable difficulties and the remedying information can be provided without undue efforts.¹⁵²⁰ The claim for information must be made according to Article XLII Introductory Act to the Code of Civil Procedure under which the creditor petitions the court to order the debtor to submit information on his or her income and assets within a specified period of time.¹⁵²¹

75. If no discharge does exist, what are the consequences of the refusal by one of the spouses to disclose financial elements of his/her assets?

As already mentioned,¹⁵²² current case law and some legal authors support the view that the maintenance debtor is obliged to provide information regarding his/her assets, income etc. for determining the amount of maintenance. However, if the debtor fails to comply with this obligation, the claim must be enforced under Austrian enforcement law, the relevant provision being section 354 Austrian Enforcement Act (*Exekutionsordnung*): in order to induce the debtor to provide the creditor with the required information, the court may threaten the latter with a fine or a term of imprisonment which may subsequently be enforced.

76. What are the criteria taken into account in order to evaluate the amount of the due compensation/maintenance/damages? (former household way of life, needs of the ex-spouses either actual and/or future, age, health or ability to find a job, self-sufficiency ...)

In Austria the amount of maintenance is still mainly dependent upon the divorce ruling as to fault:¹⁵²³

In case of a divorce based on fault pursuant to section 49 Austrian Marriage Act, the guilty spouse has to pay to the other spouse sufficient maintenance to retain his or her previous standard of living.¹⁵²⁴ According to Austrian legal doctrine and case law, the standard of living as defined in section 94 General Austrian Civil Code¹⁵²⁵ is determinative;¹⁵²⁶ in other words, maintenance depends on the standard of living last enjoyed by the spouses during the marriage (at the time of divorce).¹⁵²⁷ The standard of living is subject to objective criteria:¹⁵²⁸

der Parteien, 2003, p. 179 et seq; Konecny, in: Fasching, *Zivilprozessgesetze*, 2nd Edition, 2002, Article XLII Introductory Act to the Austrian Code of Civil Procedure, marg. No. 68.

¹⁵²⁰ Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 6.

¹⁵²¹ Harrer-Hörzinger, 'Zur Auskunftspflicht zwischen dem Unterhaltsschuldner und dem Unterhaltsberechtigten', in: Harrer & Zitta (eds.), *Familie und Recht*, 1992, p. 50; Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 6.

¹⁵²² See Question 74.

¹⁵²³ Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 215.

¹⁵²⁴ Section 66 Austrian Marriage Act.

¹⁵²⁵ Maintenance during the marriage.

¹⁵²⁶ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 66 Austrian Marriage Act, marg. No. 11; Judgment of 25.02.1981, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 38.806; Judgment of 29.08.1986, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 51.674; Judgment of 09.03.1990, Oberlandesgericht Wien, *EFSlg.* 63.509.

¹⁵²⁷ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 66 Austrian Marriage Act, marg. No. 11; Gitschthaler, *Unterhaltsrecht*, 2nd Edition, 2008, marg. No. 684.

¹⁵²⁸ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 66 Austrian Marriage Act, marg. No. 13.

Neither very extravagant¹⁵²⁹ nor frugal living conditions are taken into consideration. The amount of maintenance payable during and after the marriage does not fundamentally differ.¹⁵³⁰ However, under section 66 Austrian Marriage Act the debtor is only obliged to pay maintenance if the other spouse's income from property and reasonable gainful employment is insufficient. The creditor's maintenance entitlement is thus reduced by his or her net income, e.g. regular income and single payments or unemployment assistance.¹⁵³¹ In determining whether gainful employment is reasonable various aspects should be taken into account: First, it is necessary to ask whether it is possible for the spouse to find employment. Further, relevant aspects such as age,¹⁵³² physical and mental capacity,¹⁵³³ health,¹⁵³⁴ vocational education,¹⁵³⁵ previous employment¹⁵³⁶ and children¹⁵³⁷ should be considered.¹⁵³⁸ If the spouse does not engage in reasonable employment a fictitious income is imputed and thus reduces the maintenance claim.

Post-divorce maintenance under sections 50-52 and section 55 Austrian Marriage Act with a ruling as to fault must also be determined in accordance with the standard of living last enjoyed by the spouses during the marriage pursuant to section 94 General Austrian Civil Code.¹⁵³⁹ If a divorce is based on section 55 Austrian Marriage Act with a ruling as to fault the creditor is not obliged to seek reasonable gainful employment.¹⁵⁴⁰ Only actual income from reasonable employment must be taken into account.¹⁵⁴¹ In case of post-divorce maintenance under sections 50-52 and section 55 Austrian Marriage Act without a ruling as to fault, the spouse who requested the divorce must pay maintenance to the other spouse under section 69 (3) Austrian Marriage Act, insofar as this is equitable with regard to the needs, assets and earnings of the divorced spouses and relatives entitled to maintenance.

The non-fault-based maintenance entitlement under section 68a Austrian Marriage Act is limited to the needs of the petitioner. This form of claim represents a new category in Austrian maintenance law.¹⁵⁴² The provision in question takes its cue from section 1578 (I)

¹⁵²⁹ Living 'in the lap of luxury'.

¹⁵³⁰ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 158.

¹⁵³¹ Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 218 et seq; Judgment of 23.04.1996, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 81.671.

¹⁵³² Judgment of 02.03.1978, Oberlandesgericht Linz, *EFSlg.* 31.751; Judgment of 30.03.1983, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 43.733; Judgment of 28.12.1990, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 63.498.

¹⁵³³ Judgment of 08.04.1948, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EvBl* 1948/410; Judgment of 03.10.1966, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 7.043.

¹⁵³⁴ Judgment of 02.03.1978, Oberlandesgericht Linz, *EFSlg.* 31.751.

¹⁵³⁵ Judgment of 02.03.1978, Oberlandesgericht Linz, *EFSlg.* 31.751.

¹⁵³⁶ Judgment of 20.11.1986, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 51.687; Judgment of 16.06.1988, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 57.258.

¹⁵³⁷ Judgment of 20.03.1984, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 46.292; Judgment of 22.09.1993, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 72.340; Judgment of 08.06.1993, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg.* 72.341.

¹⁵³⁸ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 66 Austrian Marriage Act, marg. No. 19 et seq.

¹⁵³⁹ Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 500.

¹⁵⁴⁰ Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 224; Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 69 Austrian Marriage Act, marg. No. 5; Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 500.

¹⁵⁴¹ Judgment of 24.01.1985, Oberlandesgericht Wien, *EFSlg.* 47.479; Judgment of 12.09.1990, Oberster Gerichtshof, *EFSlg.* 63.250; Judgment of 06.09.1995, Oberster Gerichtshof, *SZ* 68/157.

¹⁵⁴² Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 153a; Hopf & Kathrein, *Eherecht – Kurzkomentar*, 2005, 2nd Edition, section 68a Austrian Marriage Act, marg. No. 10.

second sentence German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*). The amount of the maintenance claim is a matter of controversy.¹⁵⁴³ So far, the Austrian Supreme Court has mainly followed the view of *Deixler-Hübner*, who considers that the amount of maintenance should be in the intermediate area of the maintenance determined pursuant to section 66 and 68 Austrian Marriage Act, therefore between 15% and 33% of the debtor's income.¹⁵⁴⁴

77. May the amount of compensation/maintenance/damages be revised? If yes, on which grounds and to which term (regularly, considering the needs of the petitioner ...)?

According to prevailing doctrine¹⁵⁴⁵ and case law¹⁵⁴⁶ maintenance arrangements (by judgment or agreement) are subject to the *rebus sic stantibus* clause. A judgment's validity only extends to the circumstances considered in that judgment; hence a reassessment of the maintenance is possible, when there is a change in the substantive legal situation.¹⁵⁴⁷ It is possible for the spouses to expressly exclude the application of this clause.¹⁵⁴⁸ The application of the *rebus sic stantibus* clause is conditional on a change in the circumstances on which the judgment's facts or the maintenance settlement were based.¹⁵⁴⁹ Changes only have to be considered if they are serious¹⁵⁵⁰ and permanent.¹⁵⁵¹ The *rebus sic stantibus* clause applies to changes in the legal position,¹⁵⁵² case law¹⁵⁵³ and the circumstances concerning the needs of the maintenance creditor and the performance capacity of the debtor.¹⁵⁵⁴ Changes which must be taken into account are: birth of an illegitimate child;¹⁵⁵⁵ need for additional medication;¹⁵⁵⁶ and particularly any changes in income and assets.¹⁵⁵⁷

¹⁵⁴³ Hopf & Kathrein, *Eherecht – Kurzkomentar*, 2005, 2nd Edition, section 68a Austrian Marriage Act, mar. No. 10; Stabenheimer, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 68a Austrian Marriage Act, marg. No. 11.

¹⁵⁴⁴ Judgment of 21.01.2003, Oberster Gerichtshof, *EFSlg* 104.925; *Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 153a; Hopf & Kathrein, *Eherecht – Kurzkomentar*, 2005, 2nd Edition, section 68a Austrian Marriage Act, mar. No. 10.

¹⁵⁴⁵ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 66 Austrian Marriage Act, marg. No. 43; *Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 169; Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 209.

¹⁵⁴⁶ Judgment of 28.12.1989, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 59.481; Judgment of 12.09.1990, Oberster Gerichtshof, *EFSlg* 62.568; Judgment of 12.11.1996, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 79.855; Judgment of 08.03.1996, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 81.863; Judgment of 20.09.1998, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 87.514.

¹⁵⁴⁷ Judgment of 02.07.1958, Oberster Gerichtshof, *EvBl* 1958/323; Judgment of 12.06.1979, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 34.075.

¹⁵⁴⁸ *Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 169; Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 209.

¹⁵⁴⁹ Zankl, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 66 Austrian Marriage Act, marg. No. 44 et seq with examples of case law.

¹⁵⁵⁰ Judgment of 20.12.1978, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 31.730; Judgment of 31.08.1988, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 57.250.

¹⁵⁵¹ Judgment of 19.10.1982, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 41.308.

¹⁵⁵² Case law cited in the Judgment of 12.06.1979, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 34.073; Judgment of 30.04.1980, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 36.398.

¹⁵⁵³ This is controversial. See Rummel, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* vol. I, 3rd Edition, 2000, section 901 General Austrian Civil Code, marg. No. 8 a.

¹⁵⁵⁴ Judgment of 19.03.1970, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 13.970; Judgment of 30.04.1980, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 36.398; Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 209.

¹⁵⁵⁵ Judgment of 26.11.1968, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 10.368.

¹⁵⁵⁶ Judgment of 03.11.1970, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 13.977.

¹⁵⁵⁷ Judgment of 19.03.1970, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 13.970; Judgment of 11.05.1976, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, *EFSlg* 27.492; Judgment of 28.01.1980, Landesgericht für

ii. Consequences regarding children

78. Is the obligation to maintain the child linked either to parental responsibility, or to the residence of the child, or to any other element?

Section 140 General Austrian Civil Code sets forth that both parents shall proportionately contribute to meet the reasonable needs of the child taking into account the child's skills, abilities and potential development.¹⁵⁵⁸ The parent in charge of the household where the child lives thereby contributes to maintain the child.¹⁵⁵⁹ The other parent has to contribute to the child maintenance in a monetary form.¹⁵⁶⁰ Accordingly, both parents have to provide proportionately for the child's maintenance regardless of the parental responsibility or residence of the child. However, if the parent takes care of the child in his/her household, the childcare is considered to be his/her contribution to the child's maintenance.¹⁵⁶¹

79. By which means does your system organise maintenance of the child by the parent who is not usually living with him/her (maintenance order, supply of assets for the benefit of the child, supply of capital, trust...)?

The parent who is not taking care of the child has to provide maintenance in regular instalments paid in a monetary form.¹⁵⁶² The payments must be made once a month, in advance and to the parent who is responsible for the childcare if the child is a minor.¹⁵⁶³ The amount of maintenance is determined according to the children's age and needs on the one hand and the debtor's income and further maintenance obligations on the other hand.¹⁵⁶⁴ Payments to a blocked account or to a bank book which is kept safe by the parent who is in charge of paying the maintenance is prohibited because of the supply purpose inherent to maintenance.¹⁵⁶⁵ Upon request the court issues an order determining the amount of the maintenance claim.¹⁵⁶⁶ It is also permitted that the spouses reach an agreement regarding the child maintenance during pending divorce proceedings. However, such an agreement needs to be approved by the court.¹⁵⁶⁷

Zivilrechtssachen Wien, EFSlg. 36.409; Judgment of 08.08.1985, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, EFSlg. 48.857; Judgment of 30.05.1986, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, EFSlg. 51.682; Judgment of 22.09.1993, Oberster Gerichtshof, EFSlg. 72.348; Judgment of 19.12.1990, Oberster Gerichtshof, RZ, 1991, 231 No. 72.

¹⁵⁵⁸ Kerschner, *Familienrecht*, 4th Edition, 2010, marg. No. 2/37.

¹⁵⁵⁹ Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 186;

¹⁵⁶⁰ Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 186; Deixler-Hübner & Xell-Skreiner, *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3rd Edition, 2010, p. 133.

¹⁵⁶¹ Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 92; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 172; Fischer-Czermak & Limberg, in: Kletečka & Schauer, *ABGB-ON 1.00*, section 140 Austrian Civil Code, marg. No. 26 et seq.

¹⁵⁶² Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 152; Fischer-Czermak & Limberg, in: Kletečka & Schauer, *ABGB-ON 1.00*, section 140 Austrian Civil Code, marg. No. 32

¹⁵⁶³ Deixler-Hübner & Xell-Skreiner, *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3rd Edition, 2010, p. 133, 138; Fischer-Czermak & Limberg, in: Kletečka & Schauer, *ABGB-ON 1.00*, section 140 Austrian Civil Code, marg. No. 17.

¹⁵⁶⁴ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 173.

¹⁵⁶⁵ Neuhauser, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 140 Austrian Marriage Act, marg. No. 109.

¹⁵⁶⁶ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 176c.

¹⁵⁶⁷ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 176d; Stabentheiner; 'Scheidungsvergleich und pflegschaftsgerichtliche Genehmigung', RZ 1991, 250.

80. May methods provided to carry out maintenance obligation regarding children be determined by parental agreement?

In the course of court proceedings parents may conclude an agreement regarding the child maintenance.¹⁵⁶⁸ If divorce was granted based on section 55a Austrian Marriage Act the spouses must reach such a settlement.¹⁵⁶⁹ The agreement needs to be approved by the court; once approved the agreement is also binding on the child.¹⁵⁷⁰ Further, the parents may reach an agreement regarding e.g. the sharing of the maintenance burden.¹⁵⁷¹ However, the parents' possibility to agree on an internal burden sharing is constrained: The agreement is only valid if it does not impair the child's interests.¹⁵⁷² Usually, the parents' internal agreement does not affect the legal maintenance claim of the child.¹⁵⁷³ The agreement is not subject to any formal requirements and does not need to be approved by the court. Accordingly, the agreement is not binding on the child.¹⁵⁷⁴

81. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the parents to reconsider the agreement, or to directly modify it?

As already mentioned¹⁵⁷⁵, the agreement needs the approval of the custody court in order to be legally effective.¹⁵⁷⁶ The crucial criterion is the welfare of the child.¹⁵⁷⁷ The custody court usually denies its approval if the agreed child maintenance is lower than the legal one; in this case the legal rules for child maintenance apply.

III. PROCEDURE

82. May divorce be granted and its personal and financial consequences settled outside legal proceedings?

Section 46 (1) Austrian Marriage Act states that a marriage may only be dissolved by a judicial decision.¹⁵⁷⁸ As regards the financial consequences of a divorce sections 66-78 Austrian Marriage Act – which are governing the spousal maintenance after a divorce – are

¹⁵⁶⁸ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 176d; Deixler-Hübner & Xell-Skreiner, *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3rd Edition, 2010, p. 138.

¹⁵⁶⁹ Hübner & Xell-Skreiner, *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3rd Edition, 2010, p. 138.

¹⁵⁷⁰ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 176d.

¹⁵⁷¹ Fischer-Czermak & Limberg, in: Kletečka & Schauer, *ABGB-ON 1.00*, section 140 General Austrian Civil Code, marg. No. 21; Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 160.

¹⁵⁷² Fischer-Czermak & Limberg, in: Kletečka & Schauer, *ABGB-ON 1.00*, section 140 General Austrian Civil Code, marg. No. 21.

¹⁵⁷³ Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 161.

¹⁵⁷⁴ Judgment of 05.09.1990, Oberster Gerichtshof, 2 Ob 599/90; Judgment of 29.09.1995, Oberster Gerichtshof, SZ 68/146.

¹⁵⁷⁵ See Question 80.

¹⁵⁷⁶ Neuhauser, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 140 Austrian Marriage Act, marg. No. 4; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 176d; Stabentheiner, 'Scheidungsvergleich und pflegschaftsgerichtliche Genehmigung', RZ 1991, 250.

¹⁵⁷⁷ Stabentheiner, 'Scheidungsvergleich und pflegschaftsgerichtliche Genehmigung', RZ 1991, 250.

¹⁵⁷⁸ Stabentheiner, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3rd Edition, 2007, section 46 Austrian Marriage Act, marg. No. 1.

of optional nature, therefore, allowing the parties to reach a maintenance agreement.¹⁵⁷⁹ After divorce has been granted the spouses may reach a maintenance agreement thereby regulating the financial consequences outside legal proceedings.¹⁵⁸⁰ If divorce is requested pursuant to section 55a Austrian Marriage Act (divorce based on mutual consent) the spouses must compulsorily reach an agreement regarding the spousal maintenance.¹⁵⁸¹ If the spouses cannot reach an agreement regarding the financial consequences of a divorce, but hesitate to submit the issue to the court they can also have recourse to alternative forms of dispute resolution such as mediation.

In terms of the personal consequences the mutual rights and duties resulting from a marriage automatically terminate when the divorce decision becomes legally binding.¹⁵⁸² Regarding further personal consequences the possibility of the divorced spouses to adopt their former names should be mentioned: Generally, spouses maintain their common married name,¹⁵⁸³ but through an official certificate or an officially recognized document to be made before the civil registrar they may adopt their former names.¹⁵⁸⁴ Accordingly, as far as the personal effects of a divorce on the spouses' name are concerned the issue will be settled before the civil registrar.¹⁵⁸⁵

83. If yes, which is the competent authority to know about these issues? Is that administrative proceeding the sole one or it is an alternative to legal proceedings?

A marriage may only be dissolved by a judicial decision.¹⁵⁸⁶ In other words a divorce requires a court order and may not be obtained through an administrative procedure. However, as explained in the answer to question 82 some consequences of a divorce may be settled by agreement. If the spouses cannot reach an agreement, but concurrently hesitate to file a respective claim at the competent court they may have recourse to alternative forms of dispute resolution such as mediation.¹⁵⁸⁷ If the enforceability of the mediated settlement – which is qualified as a civil law contract under Austrian law – has been confirmed either by notary or court the mediation may be considered as an alternative to legal court proceedings.

84. In your system, which is the court legally competent to grant divorce? Is that Court equally competent to hold about its consequences? Do transnational divorce proceedings fall within the competence of a particular Court?

District courts (*Bezirksgerichte*) have jurisdiction over divorce proceedings, under sections 49 (2) No. 2a and 104a Austrian Jurisdiction Act (*Jurisdiktionsnorm*).¹⁵⁸⁸ Divorce by consent takes place in so-called 'non-contentious proceedings', under sections 93-96 Austrian Non-

¹⁵⁷⁹ Schwimann & Kolmasch, *Unterhaltsrecht*, 6th Edition, 2012, p. 237; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 167.

¹⁵⁸⁰ Deixler-Hübner & Xell-Skreiner, *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3rd Edition, 2010, p. 98.

¹⁵⁸¹ Deixler-Hübner & Xell-Skreiner, *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3rd Edition, 2010, p. 98; Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 501.

¹⁵⁸² Koziol & Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13th Edition, 2006, p. 496.

¹⁵⁸³ Section 62 Austrian Marriage Act.

¹⁵⁸⁴ Section 93a General Austrian Civil Code.

¹⁵⁸⁵ See Question 49.

¹⁵⁸⁶ Section 46 (1) Austrian Marriage Act.

¹⁵⁸⁷ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 166.

¹⁵⁸⁸ Roth, *Zivilprozessrecht*, 2012, p. 93; Kerschner, *Familienrecht*, 4th Edition, 2010, marg. No. 2/128.

contentious Proceedings Act (*Außerstreitgesetz*), while divorces on all other grounds are heard in ‘contentious proceedings’ according to section 460 Austrian Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung*).¹⁵⁸⁹ The district court responsible for the divorce proceedings is also competent to decide upon claims arising from the marital relationship between the spouses, e.g. maintenance claims or claims relating to the marital home.¹⁵⁹⁰ If, however, the claim does not result from the matrimonial relationship the judge has to decide whether the consolidation of claims is economically reasonable.¹⁵⁹¹ Foreign requests for divorce also fall in the jurisdiction of district courts, even if the national substantive law is not familiar with these claims.¹⁵⁹² Usually, the claim must be submitted at the district court in whose jurisdiction the spouses are habitually resident. If neither the applicant nor the respondent are habitually resident in Austria, but the international jurisdiction of Austria was affirmed the district court ‘Innere Stadt Wien’ is competent.¹⁵⁹³

85. After the petition for divorce is presented, must the spouse respect a cooling-off period? If yes, how long is that period of time?

Under Austrian law spouses are not obliged to respect a cooling-off period. However, if the spouses want to reconsider the divorce the proceedings may be suspended by mutual agreement for a minimum duration of three months.¹⁵⁹⁴ If a reconciliation could not be reached each party may request the continuation of the proceedings after the expiration of the three months.¹⁵⁹⁵ The proceedings are also suspended if the parties fail to appear at the oral hearing.¹⁵⁹⁶

86. Are the spouses under duty or invited, when divorce proceeding is initiated or afterward in the course of process, to turn to alternative dispute resolution?

According to section 460 (7) Austrian Code of Civil Procedure the judge should try to achieve a reconciliation between the spouses at the beginning and in the course of the divorce proceedings.¹⁵⁹⁷ If the judge is of the view that a reconciliation is not possible, but an amicable settlement may be reached he/she has to recommend mediation or other forms of alternative dispute resolution.¹⁵⁹⁸ Further, the judge has to make a party – who is not represented by a lawyer – aware of the respective information centres.¹⁵⁹⁹ Accordingly, the

¹⁵⁸⁹ Roth, *Zivilprozessrecht*, 2012, p. 93.

¹⁵⁹⁰ Sections 76a and 100 Austrian Jurisdiction Act; Mayr, in: Rechberger, *Zivilprozessrecht*, 3rd Edition, 2006, section 76a Austrian Jurisdiction Act, marg. No. 1; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 119.

¹⁵⁹¹ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 119.

¹⁵⁹² Simotta, in: Fasching, *Zivilprozessgesetze*, 2nd Edition, 1999, Section 49 Austrian Jurisdiction Act, marg. No. 36.

¹⁵⁹³ Section 76 (1) Austrian Jurisdiction Act; Kodek & Mayr, *Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No. 156.

¹⁵⁹⁴ Section 168 Austrian Code of Civil Procedure; Roth, *Zivilprozessrecht*, 2012, p. 78; Kodek & Mayr, *Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No. 316.

¹⁵⁹⁵ Section 168 Austrian Code of Civil Procedure.

¹⁵⁹⁶ Section 170 Austrian Code of Civil Procedure; Kodek & Mayr, *Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No. 317; Simotta, in: Fasching & Konecny, *Zivilprozessgesetze*, 2nd Edition, 2002, Section 170 Austrian Code of Civil Procedure, marg. No. 1.

¹⁵⁹⁷ Kodek & Mayr, *Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No. 869; Simotta, in: Fasching & Konecny, *Zivilprozessgesetze*, 2nd Edition, 2004, Section 460 Austrian Code of Civil Procedure, marg. No. 92.

¹⁵⁹⁸ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 121; Kodek & Mayr, *Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No. 869.

¹⁵⁹⁹ Section 460 (6) Austrian Code of Civil Procedure; Simotta, in: Fasching & Konecny, *Zivilprozessgesetze*, 2nd Edition, 2004, Section 460 Austrian Code of Civil Procedure, marg. No. 90.

spouses are not obliged to turn to alternative dispute resolution, rather the judge may invite them to do so.

87. May the competent authority during the course of divorce proceeding make interim orders on

- the family home,
- the children,
- maintenance between the spouses,
- the consequences of marital abuse ?

Family home: In the course of divorce proceedings the court may issue interim orders regarding the temporary use and protection of the marital property and savings;¹⁶⁰⁰ the need to regulate the use of the marital property and savings may result from different circumstances, such as when the spouse who already left the family home wants to return because otherwise he/she would be homeless.¹⁶⁰¹ Further, section 382h Austrian Enforcement Act (*Exekutionsordnung*) provides for interim orders to secure the claim regarding urgent accommodation needs of one spouse, e.g. interim orders to secure raising objections against the cancellation of a rental agreement.¹⁶⁰²

Children: Section 176 Austrian Civil Code sets forth that the court can issue interim orders if a minor's welfare is at risk regardless of the origin of the request. Similarly, an interim order may be issued in absence of the parent's consent in an important matter regarding the child.¹⁶⁰³

Maintenance between the spouses: According to section 382 (1) No. 8a Austrian Enforcement Act the judge may issue an order obliging one spouse to pay temporary maintenance to the other spouse or to the child during pending maintenance proceedings.¹⁶⁰⁴ In case of spousal maintenance the order may also be granted during divorce proceedings, marriage annulment and nullification proceedings.¹⁶⁰⁵

Consequences of marital abuse: Interim orders for the protection against domestic violence may be sought by persons under section 382b (1) Austrian Enforcement Act when there have been physical attacks, threats of physical attacks or any conduct that severely affects the mental health of the victim and when the home fulfills the urgent accommodation needs of the applicant. The perpetrator may be ordered to leave the home and the immediate surroundings and is prohibited from returning. Interim orders can be issued during divorce proceedings, marriage annulment and nullification proceedings, during proceedings to determine the division of matrimonial property or the right to use the home.¹⁶⁰⁶ Besides, section 382e (1) Austrian Enforcement Act stipulates that a perpetrator may be banned from

¹⁶⁰⁰ Section 382 (1) No. 8c Austrian Enforcement Act.

¹⁶⁰¹ König, *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*, 4th Edition, 2012, marg. No. 4/35; Deixler-Hübner, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 382 (1) No. 8c Austrian Enforcement Act, marg. No. 17.

¹⁶⁰² Kodek, in: Angst, *Exekutionsordnung*, 2nd Edition, 2008, section 382e Austrian Enforcement Act, marg. No. 1; Schwimann & Ferrari, in: Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3rd Edition, 2005, section 97 General Austrian Civil Code, marg. No. 17.

¹⁶⁰³ König, *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*, 4th Edition, 2012, marg. No. 11/6.

¹⁶⁰⁴ See König, *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*, 4th Edition, 2012, marg. No. 4/1 et seq.

¹⁶⁰⁵ Gitschthaler, in: Gitschthaler & Höllwerth (eds.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, section 382 (1) No. 8a Austrian Enforcement Act, marg. No. 12.

¹⁶⁰⁶ Section 382b (1) Austrian Enforcement Act.

specifically defined places and that interim orders may be issued to avoid encounters as well as contact with the applicant if further encounters become unacceptable for the applicant.

88. Is appeal available against the divorce order or against an out of court divorce decision?

Each party has the possibility to appeal against the divorce decision if he/she is not satisfied with the decision or when an error in the decision making process has occurred.¹⁶⁰⁷ The submission of an appeal necessarily requires the representation of a lawyer, who has to file the appeal at the district court within four weeks after the delivery of the written divorce decision.¹⁶⁰⁸ If the divorce is ordered in non-contentious proceedings on the ground of divorce by mutual consent according to section 55a Austrian Marriage Act the parties also have the right to appeal.¹⁶⁰⁹ The recourse must be submitted within fourteen days after the delivery of the written divorce decree.¹⁶¹⁰

89. Does a third-party (public prosecutor, child's solicitor, social services, institution aiming at protecting children...) have the right to intervene

- in divorce proceeding,
- in proceedings on parental responsibility if separated from the divorce proceeding?

If yes, on which grounds?

The public prosecutor is entitled to file submissions and an appeal in proceedings concerning the annulment of a marriage; a nullity suit aimed to annul a marriage which was concluded for the sole purpose to provide one spouse with the other spouse's name or nationality can only be submitted by a public prosecutor.¹⁶¹¹ However, in divorce proceedings or proceedings on parental responsibility no public prosecutor is involved. Generally, the court can hear the public youth welfare organisation before it renders a decision or approves an agreement regarding parental responsibility.¹⁶¹² Before the provision was amended in 2009 the hearing of the public youth welfare organisation constituted a mandatory obligation; in practice, however, the public youth welfare organisation is still requested to express its opinion in most cases.¹⁶¹³ In order to secure the child's welfare the public youth welfare organisation is entitled to request court orders if the parents' behaviour endangers the wellbeing of the child.¹⁶¹⁴ If the public youth welfare organisation submits a request to the court it is also a party to the proceedings on parental responsibility.¹⁶¹⁵ Besides, the court should appoint a so-called child's support (*Kinderbeistand*) if the intensity of the dispute so

¹⁶⁰⁷ The applicability of this provision is not dependent upon the provision under which maintenance is awarded; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 135.

¹⁶⁰⁸ Roth, *Zivilprozessrecht*, 2012, p. 11.

¹⁶⁰⁹ Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 146.

¹⁶¹⁰ Holzhammer, *Außerstreitverfahrensrecht*, 2nd Edition, 2010, p. 85.

¹⁶¹¹ Section 28 Austrian Marriage Act; Kodek & Mayr, *Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No. 866.

¹⁶¹² Section 106 Austrian Non-contentious Proceedings Act; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 208; Fucik & Kloiber, *Außerstreitgesetz*, 2005, section 106 Austrian Non-contentious Proceedings Act, marg. No. 2.

¹⁶¹³ Gröger & Thoma-Twaroch, 'Kinderbeistand und Jugendwohlfahrtsträger – eine Aufgabenabgrenzung', in: Barth & Deixler-Hübner (eds.), *Handbuch des Kinderbeistandsrechts*, 2011, p. 168.

¹⁶¹⁴ Gröger & Thoma-Twaroch, 'Kinderbeistand und Jugendwohlfahrtsträger – eine Aufgabenabgrenzung', in: Barth & Deixler-Hübner (eds.), *Handbuch des Kinderbeistandsrechts*, 2011, p. 124.

¹⁶¹⁵ Rechberger, in: Rechberger, *Außerstreitgesetz*, 2006, section 2 Austrian Non-Contentious Proceedings Act, marg. No. 2.

requires and an appropriately qualified person is at the court's disposal.¹⁶¹⁶ Once appointed the child's support has the right to access to the file, must be informed about all appointments and the progress of the proceedings. Further, he/she is entitled to participate at all oral hearings and all requests must be transmitted to him/her.¹⁶¹⁷ However, the child's support has no additional rights hence he/she cannot submit requests to the court or appeal against a decision.¹⁶¹⁸ The child's support is neither the child's legal representative nor a party to the proceedings; in absence of a similar legal institution the Austrian lawmaker described it as an institution *sui generis*.¹⁶¹⁹

90. Are the child's views assessed in legal proceeding for divorce (and/or parental responsibility) or in out of court divorce processes? If yes, what are the methods used for assessing the child's views? May he/she be assisted in this assessment and by whom?

In proceedings concerning the care, education and the right to contact to the parent, who is not living with the child, it is crucial for the court to hear the child's perspective.¹⁶²⁰ Thus, section 105 Austrian Non-contentious Proceedings Act stipulates that minors must be heard in such proceedings. The examination can be conducted through public youth welfare organisations, juvenile court's offices or by other appropriate means if the child has not reached the age of ten or the child's development or health condition so requires, or if it cannot be expected that the child will otherwise express his/her sincere and uninfluenced opinion.¹⁶²¹ However, the examination can be omitted in urgent matters or when a reasoned statement cannot be expected from the child.¹⁶²² As a matter of principle the public youth welfare organisation should be heard before the court issues orders or approves agreements regarding parental responsibility.¹⁶²³ Further, mature minors who have reached the age of fourteen are capable of representing themselves in such proceedings.¹⁶²⁴ Nevertheless, the parents' right to represent the minor is not affected by the minor's procedural rights.¹⁶²⁵

Children below the age of fourteen and in exceptional circumstances minors below the age of sixteen may be granted a child's support (*Kinderbeistand*) in proceedings regarding the care, education and the right to contact if this seems necessary in terms of the intensity of the dispute between the involved parties and in order to support the minor.¹⁶²⁶ In consultation with the minor the child support is obliged to present the minor's opinion in

¹⁶¹⁶ Section 104a Austrian Non-contentious Proceedings Act.

¹⁶¹⁷ Section 104a (3) Austrian Non-contentious Proceedings Act.

¹⁶¹⁸ Deixler-Hübner, 'Verfahrensrechtliche Stellung des Kinderbeistandes', in: Barth & Deixler-Hübner (eds.), *Handbuch des Kinderbeistandsrechts*, 2011, p. 124.

¹⁶¹⁹ RV 486 BlgNr 24. GP 6; Deixler-Hübner, 'Verfahrensrechtliche Stellung des Kinderbeistandes', in: Barth & Deixler-Hübner (eds.), *Handbuch des Kinderbeistandsrechts*, 2011, p. 121.

¹⁶²⁰ Huber, *Streit um das Kind*, 2010, p. 72.

¹⁶²¹ Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 211; Fucik, *Kinderbeistand und Kindesangehörige*, *iFamZ* 2010, p. 229 et seq; Fucik & Kloiber, *Außerstreitgesetz*, 2005, section 105 Austrian Non-Contentious Proceedings Act, marg. No. 2.

¹⁶²² Section 105 (2) Austrian Non-contentious Proceedings Act; Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 211.

¹⁶²³ Section 106 Austrian Non-contentious Proceedings Act; Deixler-Hübner, *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10th Edition, 2009, marg. No. 208; Fucik & Kloiber, *Außerstreitgesetz*, 2005, section 106 Austrian Non-contentious Proceedings Act, marg. No. 2.

¹⁶²⁴ Section 104 Austrian Non-contentious Proceedings Act.

¹⁶²⁵ Hinteregger, *Familienrecht*, 5th Edition, 2011, p. 211.

¹⁶²⁶ Section 104a Austrian Non-Contentious Proceedings Act; See generally Barth & Deixler-Hübner, *Handbuch des Kinderbeistandsrechts*, 2011.

front of court.¹⁶²⁷ The presentation of the minor's opinion through the child support does not, however, replace the hearing of the child pursuant to section 105 Non-contentious Proceedings Act.¹⁶²⁸

IV. RECOGNITION OF FOREIGN DIVORCE DECISIONS

91. What are the conditions for legal recognition of foreign decisions about :

- f) the termination of marriage,
- g) financial consequences of divorce,
- h) the settlement of matrimonial assets,
- i) parental responsibility,
- j) children's maintenance?

What are the conditions for legal recognition in your country of divorce decisions from a Third State (= outside the European Union) ?

Please only mention the national general rules and not bilateral conventions signed by your country.

Termination of marriage: The Brussels IIa Regulation¹⁶²⁹ – which entered into force on 1 March 2005 – sets forth the rules for the recognition of judgments dealing with the dissolution of a marriage and parental responsibility within the member states of the European Union.¹⁶³⁰ It prescribes an automatic recognition of all judgments issued in one member state without any intermediary procedure being required.¹⁶³¹ However, the scope of application of the regulation is restricted to 'positive decisions'; judgments refusing a request must not be recognized.¹⁶³² Besides, the recognition of a judgment may be denied if a ground for refusal exists pursuant to Art 22 Brussels IIa Regulation.¹⁶³³

The recognition of foreign decisions rendered outside the European Union is primarily governed by international treaties according to section 100 Austrian Non-contentious Proceedings Act. In absence of such international treaties sections 97-99 Austrian Non-contentious Proceedings Act regulate the recognition of foreign decisions. Foreign decisions relating to divorce, separation, marriage annulment, existence or non-existence of a marriage will be automatically recognized if they are legally binding and no ground for refusal

¹⁶²⁷ Barth, 'Die Stellung des Kinderbeistands gegenüber dem Kind', in: Barth & Deixler-Hübner (eds.), *Handbuch des Kinderbeistandsrechts*, 2011, p. 131.

¹⁶²⁸ Deixler-Hübner, 'Die Stellung des Kinderbeistandes gegenüber dem Gericht', in: Barth & Deixler-Hübner (eds.), *Handbuch des Kinderbeistandsrechts*, 2011, p. 147.

¹⁶²⁹ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000.

¹⁶³⁰ Roth, *Zivilprozessrecht*, 2012, p. 162 et seq.

¹⁶³¹ Art 21 (1) Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations; Roth, *Zivilprozessrecht*, 2012, p. 167; Mayr, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No IV/56.

¹⁶³² Mayr, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No IV/56; Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 05.55.

¹⁶³³ Recognition is manifestly contrary to public policy of the Member State in which recognition is sought; Respondent was not served with the document that instituted the proceedings in sufficient time to arrange for his or her defense unless it is determined that the respondent has accepted the judgment unequivocally; Recognition is irreconcilable with a judgment given in proceedings between the same parties in the Member State in which recognition is sought; or it is irreconcilable with an earlier judgment given in another Member State or in a non-Member State between the same parties, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the Member State in which recognition is sought.

exists.¹⁶³⁴ The recognition of a decision is being dealt with in a separate procedure under section 98 Austrian Non-contentious Proceedings Act if the petitioner shows sufficient legal interest in having such proceedings.

Financial consequences of divorce (maintenance): The European Maintenance Regulation¹⁶³⁵ contains two different procedures regarding the recognition of decisions in matters relating to maintenance obligations.¹⁶³⁶ Decisions rendered in a member state which is bound by the Hague Maintenance Protocol¹⁶³⁷ shall be recognized *ipso iure* in any other member state without the need of a special procedure and without any possibility of opposing the recognition.¹⁶³⁸ If the decision is rendered in a member state which is not bound by the Hague Maintenance Protocol the recognition may be refused on certain grounds listed in Art 24 European Maintenance Regulation.¹⁶³⁹ Outside the scope of application of the European Maintenance Regulation the recognition and enforcement of foreign decisions relating to maintenance is governed by section 79 et seq Austrian Enforcement Act.¹⁶⁴⁰ However, these provisions do not provide rules for the recognition of foreign decisions.¹⁶⁴¹ According to consistent case-law foreign decisions will be recognized if they can be enforced in Austria.¹⁶⁴² The declaration of enforceability requires that the foreign decision is enforceable in the state where it was issued and reciprocity through treaties or regulations e.g. regulations based on the Austrian Act relating to Foreign Maintenance (*Auslandsunterhaltsgesetz*) is guaranteed.¹⁶⁴³ Moreover, the declaration of enforceability is only granted if the following conditions are fulfilled: the foreign authority was competent to order the decision according to the Austrian Jurisdiction Act; the summons was delivered to respondent; the decision is final and binding and accordingly enforceable in the state where it was issued.¹⁶⁴⁴

Settlement of matrimonial assets: In absence of an European regulation sections 79 et seq Austrian Enforcement Act govern the recognition of decisions relating to the settlement of matrimonial assets (*for detailed explanation thereof please see above*).¹⁶⁴⁵ However, it should be noted that a proposal for a regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes is currently under consideration.¹⁶⁴⁶

¹⁶³⁴ Section 97 (1) Non-contentious Proceedings Act; Austrian Maurer & Schrott & Schütz, *Außerstreitgesetz Kommentar*, 2006, section 97 Austrian Non-contentious Proceedings Act, marg. No. 1 et seq. These grounds comprise: violation of the Austrian public order; the right to be heard was not granted to one of the spouses; incompatibility with a decision rendered in Austria or a prior rendered decision which fulfils the conditions for recognition in Austria; the authority was not competent to issue a decision according to Austrian law.

¹⁶³⁵ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

¹⁶³⁶ Roth, *Zivilprozessrecht*, 2012, p. 176; Mayr, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2011, marg. No IV/100.

¹⁶³⁷ Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

¹⁶³⁸ Art 17 Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

¹⁶³⁹ See footnote 465; The grounds for refusal are identical with those set forth in Art 22 Brussels IIa Regulation.

¹⁶⁴⁰ Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 10.59; Eggmeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 152.

¹⁶⁴¹ Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 10.67.

¹⁶⁴² Judgment of 28.07.1998, Oberster Gerichtshof, EFSlg 87.846; Judgment of 10.08.1998, Oberster Gerichtshof, 7 Ob 307/97s; Judgment of 23.06.1999, Oberster Gerichtshof, 7 Ob 139/99p.

¹⁶⁴³ Section 79 (2) Austrian Enforcement Act.

¹⁶⁴⁴ Section 80 Austrian Enforcement Act.

¹⁶⁴⁵ Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 04.30.

¹⁶⁴⁶ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com_2011_126_en.pdf (12.10.2012).

Parental responsibility: The Brussels IIa Regulation governs the recognition of judgments relating to parental responsibility in the member states of the European Union.¹⁶⁴⁷ A judgment issued in a member state shall be recognised in all other member states without any special procedure being required according to section 21 (1) Brussels IIa Regulation. The grounds for refusing enforcement are exhaustively listed in Art 23 Brussels IIa Regulation.¹⁶⁴⁸

The recognition rules of the Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants merely apply in relation to Switzerland, Turkey and Macao.¹⁶⁴⁹ Measures taken by the competent authorities shall be recognized *ipso iure* in all contracting states.¹⁶⁵⁰ However, if a measure also needs to be enforced in another state than in which it has been issued the recognition and enforcement shall be governed either by the domestic law of the state in which enforcement is sought or by relevant international conventions.¹⁶⁵¹ Similarly, the Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children contains respective recognition provisions and provides that measures taken by the authorities of a contracting state shall be recognized *ipso iure* in all other contracting states.¹⁶⁵²

Outside the scope of the Brussels IIa Regulation and the two mentioned conventions the recognition of foreign decisions must be determined according to section 112 *et seq* Austrian Non-contentious Proceedings Act.¹⁶⁵³ A decision will be recognized if the decision is enforceable in the state where it was rendered and if no ground for refusal exists pursuant to section 113 Austrian Non-contentious Proceedings Act.¹⁶⁵⁴

Children's maintenance: The European Maintenance Regulation does not distinguish between spousal and child maintenance.¹⁶⁵⁵ Accordingly, reference may be made to the above mentioned elaborations, please see *financial consequences of divorce*. Similarly, section 79 *et*

¹⁶⁴⁷ Art 1 No. 1 lit. b Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

¹⁶⁴⁸ These grounds comprise: violation of the public order; the hearing of the child was omitted; the person who is affected by the parental responsibility was not granted the right to be heard; incompatibility with a later rendered decision; violation of Art 56 Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

¹⁶⁴⁹ Eggemeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 156.

¹⁶⁵⁰ Art 7 Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants; Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 08.66.

¹⁶⁵¹ Art 7 Convention concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants; Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 08.65.

¹⁶⁵² Art 23 of 19 October 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children.

¹⁶⁵³ Eggemeier-Schmolke, *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, p. 156.

¹⁶⁵⁴ Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 08.73; These grounds comprise: the decision is contrary to the child's welfare or it violates the Austrian public order; respondent's right to be heard was not granted; incompatibility with a subsequently rendered decision in Austria or a subsequently rendered decision abroad which fulfils the conditions for recognition in Austria; the authority was not competent to issue a decision according to Austrian law; the parent who has the parental responsibility has no possibility to participate in the proceedings.

¹⁶⁵⁵ Zöchling-Jud & Aspöck, *Internationales Privatrecht*, 2nd Edition, 2011, p. 56.

seq Austrian Enforcement Act is applicable if no multilateral treaties governing the recognition of decisions relating to child maintenance prevail.¹⁶⁵⁶

92. Can a foreign divorce decision be denied recognition in your country because of violation of public order? Please provide some examples.

The public order is violated if fundamental principles of the Austrian legal system have been infringed.¹⁶⁵⁷ The recognition of a foreign divorce decision may be denied if it violates the Austrian public order according to Art 22 Brussels IIa Regulation or section 97 (2) No. 1 Austrian Non-Contentious Proceedings Act. The Austrian Supreme Court has established for instance that the repudiation of a wife pursuant to Islamic law (*talaq*) violates the national public order.¹⁶⁵⁸ Generally, it can be said that the right to be heard is also of fundamental importance as regards the procedural public order.¹⁶⁵⁹

93. Are the foreign divorce decisions related to the citizens of your country subject to publicity measures (registration in official register, registration in official documents : birth certificate, marriage certificate or any others ...)? If yes, what are the publicity requirements?

Generally, a marriage – which was concluded in Austria – must be recorded in the register of births, deaths and marriages *ex officio* pursuant to the Austrian Personal Statute Law (*Personenstandsgesetz*). A marriage which was entered into abroad is only registered upon request of a person that has sufficient legal interest in being recorded in the register of births, deaths and marriages and if the case concerns either an Austrian national, a stateless person that has its habitual residence in Austria or a refugee.¹⁶⁶⁰ However, once the marriage is registered and a process occurs that affects the marriage, such as a divorce, a written note must be made in the register of marriages, indicating the changed status.¹⁶⁶¹

94. If yes, is registration a facultative or mandatory requirement? Who is in charge of this necessary procedure?

A divorce changes the civil status of the former spouses and is accordingly subject to registration.¹⁶⁶² Generally, records are made due to notification, request, declaration or *ex officio*.¹⁶⁶³ Accordingly, the former spouses may request the registration of the divorce. Besides, section 38 (3) Austrian Personal Statute Law obliges administrative authorities and courts to inform the competent personal statute authority in writing about any supplements or amendments concerning a person's personal statute. Further, any doubts as to the accuracy of a record should be communicated.¹⁶⁶⁴ The Austrian Personal Statute Regulation

¹⁶⁵⁶ In relation to Liechtenstein and Turkey the recognition of decision relating to child's maintenance is governed by the Convention of 15 April 1958 concerning the Recognition and Enforcement of Decisions relating to Maintenance Obligations towards Children.

¹⁶⁵⁷ Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 05.75.

¹⁶⁵⁸ RS0121192; Judgment of 31.08.2006, Oberster Gerichtshof, 6 Ob189/06x.

¹⁶⁵⁹ Accordingly, problems might arise regarding the recognition of Japanese divorces, which were obtained by fraud; Nademleinsky & Neumayr, *Internationales Familienrecht*, 2007, marg. No. 05.76; Urano, 'Das japanische Scheidungsrecht', *FamRZ* 2004/16, p. 1253, footnote 6.

¹⁶⁶⁰ Section 2 Austrian Personal Statute Act.

¹⁶⁶¹ Section 25 Austrian Personal Statute Act.

¹⁶⁶² Michel & Weitzenböck & Lenhard, *Personenstandsrecht*, 2nd Edition, 2010, section 96 Austrian Non-Contentious Proceedings Act, marg. No. 5.

¹⁶⁶³ Section 9 (1) Austrian Personal Statute Act.

¹⁶⁶⁴ Section 38 (4) Austrian Personal Statute Act.

(*Personenstandsverordnung*) specifies these duties and stipulates that the court should inform the personal statute authority about the recognition of foreign divorces.¹⁶⁶⁵ Hence, the courts are also required to forward the necessary information to the responsible authority.¹⁶⁶⁶

95. What are the consequences of registration or lack of registration?

As long as a divorce is not registered the marriage still exists for the civil registrar according to its records, meaning that a new marriage cannot be concluded. Thus, the lack of registration precludes a remarriage.

96. Are there any special remarks you would you like to add with regard to your national law about marriage breakdown?

Currently, a draft amending the law on family matters and the law relating to the use of names is under consideration.¹⁶⁶⁷ In several answers reference is made to the provisions proposed in the draft. However, it should be noted that at the time of answering this questionnaire the Austrian parliament has not yet adopted this draft. Accordingly, the draft may still be subject to alterations and amendments.

¹⁶⁶⁵ Section 20 (2) No. 1a Austrian Personal Statute Regulation.

¹⁶⁶⁶ Michel & Weitzenböck & Lenhard, *Personenstandsrecht*, 2nd Edition, 2010, section 96 Austrian Non-Contentinius Proceedings Act, marg. No. 5.

¹⁶⁶⁷ See <http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c948485398b9b2a013a4a270f9f072b.de.html;jsessionid=74864A23A313FE50DC78D3695208C580> (23.10.2012).

RAPPORT BELGE

Walter Pintens
Professeur à l'Université de Louvain

I. GENERAL

A. National law

1. What are the current sources of law for divorce (case law, statutes, ...)?

Art. 229-302 Civil Code (CC); Art. 1254-1304 Civil Procedure Code (CPC); Art. 55-56 Code Private international law (CPIL).

2. Give a brief history of the main developments of your national divorce law.

From 1804 until 1974, no major changes occurred in Belgian divorce law. The Belgian Civil Code was the major source of law. It provided the possibility of divorce on the ground of fault as well as divorce by mutual consent, although the latter was restrictively applied. Until the 1970s, Belgium was one of the very few European countries that offered the possibility of a divorce by mutual consent.

The Act of 1 July 1974 instituted an additional non-fault based divorce ground. From then onwards divorce could be obtained after ten years of separation, even against the will of an “innocent” spouse. The notion of fault, however, continued to rule the patrimonial consequences of the divorce. The Act of 1974 made it also possible for the spouse of a mentally ill person to obtain a divorce after ten years of separation, although without any referral to fault. The Act of 2 December 1982 reduced both terms to five years. The Act of 16 April 2000 further reduced them to two years.

The Act of 30 June 1994 radically reformed the divorce procedure in three fields, but the grounds for divorce and the consequences remained unchanged. The divorce procedure on the ground of fault and separation was drastically simplified and made more humane. Before, the *ratio legis* had been to make the divorce procedure as long and as complicated as possible, to discourage divorce. This approach was abandoned for a more realistic one. Secondly, the divorce procedure by consent was fundamentally reformed. The procedure was also simplified, with a reduction of the number of appearances before the court and of the probationary period. Also, the court was given the possibility to intervene in the agreement concerning the children. Finally, a general regulation was introduced concerning the rights of minors to be heard by the court when their interests are at stake. Finally, the Act of 20 May 1997 introduced some minor changes in the divorce procedure and the preliminary measures.

The Act of 27 April 2007 abolished fault divorce. Divorce on the basis of irretrievable breakdown of the marriage is the first ground, consent divorce the second. The procedure of the last one is simplified.

3. Are prospective reforms currently under consideration?

No.

4. Is divorce the only ground for marriage dissolution or is there any other possibility to enforce marriage breakdown?

A marriage can be nullified. Belgian law knows also the legal separation, but this does not terminate the marriage but weakens the marital bound.

5. If any, provide statistical data regarding divorce and legal separation?

In 2009 32.606 divorces were transcribed in the civil status registers (SPE Economie – Dir. Gén. Statistiques)

6. Does your national law admit marriage (or registered partnership) for same-sex couples? If yes, are the grounds for divorce and divorce proceedings identical to the ones for heterosexual couples?

The Act of 13 February 2003 has opened marriage for same-sex persons. The grounds for divorce and divorce proceedings are identical as those for heterosexual couples.

The Act of 23 November 1998 has introduced a rather weak system of registered partnership for heterosexuals and homosexuals and even for family members (*wettelijke samenwoning* / legal cohabitation). Divorce ground and divorce proceedings do not apply. The registered partnership can be dissolved by a unilateral declaration.

B. Conflict of Laws

7. How is marriage defined in your national law?

The Civil Code does not define marriage but only states that two persons of different or of same sex can enter into marriage.

BI. Grounds for divorce

a). Rome 3 is applicable

8. With regard to Art. 5 (choice of the applicable law by spouses) and 7 (formal validity of the agreement on the choice of applicable law) of Rome III Regulation, what are the formal requirements set by your national law for the choice of the applicable law for divorce or legal separation?

The spouses may choose the applicable law. They can only designate the law of the State of both spouses' nationality when the action is introduced or Belgian law. The choice has to be expressed at the time of the first appearance in court (Art. 53 § 2 CPIL). The judge will register the choice. There are no further formal requirements.

9. With regard to Art. 13 of Rome III Regulation, are the following marriages considered as valid ones under your national law? 1° marriage between same sex persons, validly celebrated abroad; 2° private marriage; 3° polygamous marriage ...

1° valid

2° not valid

3° not valid

b). Rome 3 is not applicable

10. What is the applicable law for divorce (*lex fori*, common national law, common residence or last common residence law...) ? Do the national conflict of law rules refer sometime to foreign law ?

11. Is parties' will taken into account in order to determine the applicable law for divorce?

12. If parties may choose the applicable law, how shall this choice be expressed and when?

B2. Consequences of divorce

13. What is the applicable law for financial consequences of divorce (maintenance, compensation, damages etc.)? National legal provisions, EU regulation, international convention?

Hague Protocol 2007

14. What is the applicable law for matrimonial assets settlement (matrimonial regimes etc.)

CPIL (English translation from ww.ipr.be):

Art. 49. Choice of law applicable to the matrimonial property regime

§1 . The matrimonial property regime is governed by the law chosen by the spouses.

§ 2. The spouses can only designate one of the following legal systems:

1° the law of the State on the territory of which they will establish their first habitual residence after the celebration of the marriage;

2° the law of the State on the territory of which one of the spouses has his habitual residence at the time of the choice;

3° the law of the State of one spouse's nationality at the time of the choice.

Art. 50. Specific rules regarding the choice of law § 1. The choice of law may be made before the marriage celebration or in the course of the marriage. It may modify a previous choice.

§ 2. The choice must be in accordance with article 52, part 1. It shall relate to all the goods of the spouses.

§ 3. The change of applicable law resulting from a choice by the spouses will only have effect for the future. The spouses may depart from this rule by agreement without adversely affecting third parties' rights.

Art. 51. Applicable law in the absence of choice of law

In the absence of a choice of law of the spouses, the matrimonial property regime is governed by:

1° the law of the State on the territory of which both spouses establish their first habitual residence after the celebration of the marriage;

2° in the absence of a habitual residence on the territory of a same State, by the law of the State of which both spouses have the nationality at the time of the celebration of the marriage;

3° in the other cases, by the law of the State on the territory of which the marriage was celebrated.

Art. 52. Law applicable to the formal validity of the choice of matrimonial property regime

The choice of the matrimonial property regime is valid as to the form if it satisfies the requirements of the law applicable to the matrimonial regime at the time a choice was made or the law of the State of the place where the choice was made. The choice has to be at least expressed in written form, dated and signed by both spouses.

The modification of the matrimonial property regime has to be made in accordance with formal requirements of the law of the State of the place where the modification is made.

Art. 53. Scope of the law applicable to the matrimonial property regime

§ 1. Without prejudice to article 52, the law applicable to the matrimonial property regime determines notably:

1° the validity of the consent to the choice of law;

2° the admissibility and validity of the marital agreement;

3° the possibility and the scope of the choice of a matrimonial property regime;

4° if and to which extent the spouses can change the matrimonial property regime, and whether the new regime has retroactive effect or whether the spouses can give it such effect;

5° the composition of the properties and the attribution of the administration powers;

6° the dissolution and the liquidation of the matrimonial property regime, as well as the distribution rules.

§ 2. The manner of composition and attribution of the shares are governed by the law of the State on the territory of which the assets are located during the distribution.

Art. 54. Protection of third parties

§ 1. The law applicable to the matrimonial property regime governs the question whether or not the matrimonial property regime is opposable to third parties.

However, if at the time a debt is created, the spouse and his third-party creditor have their habitual residence on the territory of the same State, the law of that State will be applicable, unless:

1° the publicity or registration requirements under the law applicable to the matrimonial property were fulfilled; or

2° the third party either knew, at the time the debt was created, the matrimonial property regime or was unaware of it solely through his own negligence, or

3° the publicity rules in relation to rights in property required under the law of the State on whose territory the immovable property is located were fulfilled.

§ 2. The law applicable to the matrimonial property regime determines if and to which extent a debt contracted by one of the spouses for the needs of the household or the education of the children engages the other.

However, if at the time a debt is created, the spouse and his third-party creditor have their habitual residence on the territory of the same State, the law of that State will apply.

15. What is the applicable law for parental responsibility?

CPIL:

Art. 35. Law applicable to parental authority, guardianship and protection of incapable persons

§ 1. The parental authority and guardianship, the establishment of the incapacity of an adult and the protection of incapable persons or their assets are governed by the law of the State on the territory of which the person has his habitual residence when the facts giving rise to the determination of the parental authority, the guardianship, or the approval of protective measures occur. In case of change of the habitual residence, the determination of the parental authority or the guardianship to the advantage of a person who does not carry the responsibility yet, is governed by the law of the State of the new habitual residence.

The exercise of the parental authority or the guardianship is governed by the law of the State on the territory of which the child has its habitual residence when the exercise is invoked.

§ 2. In the event that the law designated by §1 does not provide the possibility to safeguard the protection required by the person or the assets, the protection is governed by the law of the State of which the person has the nationality.

Belgian law applies if it turns out to be materially or legally impossible to take the measures provided for by the applicable foreign law.

16. What is the applicable law for maintenance regarding children? National legal provisions, EU regulation, international convention?

Hague Protocol 2007

B3. Role of the judge (or any competent authority)

17. Is the judge under compulsory obligation to look for the applicable conflict of law rule and is he abided by it?

Yes

18. If the national conflict of law rule refers to the application of foreign law, what is the role of the judge regarding foreign law rules? Shall he research the applicable foreign law rule? How is the content of this rule established?

CPIL:

Art. 15. Application of foreign law

§ 1. The judge establishes the content of the foreign law designated by the present statute. That law is applied in accordance with the interpretation given to it in the foreign country.

§ 2. The judge may require the cooperation of the parties if he cannot establish the content. When it is clear that the content of the foreign law cannot be established timely, Belgian law is applied.

II. SUBSTANTIVE LAW

A. Grounds for divorce

19. Must marriage have last for a specific period of time before divorce can validly be claimed?

No.

20. Does the lack of legal capacity of one spouse (protection regime, mental illness...) have consequences on his/her legal capacity to introduce a divorce claim or to defend to the proceedings validly?

The lack of legal capacity prevents a spouse to introduce divorce proceedings. The other spouse can introduce divorce proceedings based on the irretrievable breakdown of the marriage. The spouse with incapacity will be represented by his or her guardian, provisional administrator or an administrator ad hoc appointed by the court.

21. Does your national law provide for a sole ground or for multiple grounds for divorce?

Multiple grounds.

If national law provides for sole ground for divorce (irretrievable breakdown of marriage) answer part A1, if not answer part A2 only

A1. Divorce on the sole ground of irretrievable breakdown of the marriage

22. How is irretrievable breakdown established, and if any what are the grounds for irretrievable breakdown?

23. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on the different grounds for breakdown.

24. How is consent between spouses taken into account regarding the grounds of irretrievable breakdown?

25. In case of mutual consent of the spouses, shall the divorce application be made by both spouses acting together or is it possible for one spouse to accept the divorce during the course of proceedings?

26. In case of mutual consent of the spouses, are the spouses required to agree on the consequences of divorce or is the judge entitled to decide on these consequences?

27. Is fault between spouses taken into account regarding the grounds for irretrievable breakdown of marriage? If yes to what extend?

28. How is separation between spouses taken into account regarding grounds for irretrievable breakdown?

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

A2. Multiple grounds for divorce

29. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on every different ground for divorce.

a. Divorce by consent

30. Does divorce by consent exist as an autonomous ground for divorce or is it a specific form of divorce for irretrievable breakdown of marriage?

Autonomous ground.

31. Must the spouses be separated before introducing the claim? If yes, for how long?

No.

32. Does divorce by consent imply mutual consent and joint request or is it possible for one spouse to introduce the claim against the other who will be invited to consent in the course of proceedings?

Mutual consent and joint request.

33. Does divorce by consent imply general consent on every of its aspects and consequences or does it leave a margin of appreciation to the judge to hold about its consequences?

General consent on all consequences (Art. 1287 and 1288 CPC).

b. Divorce on the ground of irretrievable breakdown of the marriage

34. How is irretrievable breakdown established?

The breakdown of the marriage is irretrievable when the cohabitation between the spouses is reasonably impossible. The irretrievable breakdown is established by (Art. 1255 CPC):

a. If both spouses apply:

- Six months of factual separation;
- Three months after the first appearance in court.

b. If one spouse applies:

- One year of factual separation;
- One year after the first appearance in court;
- Proof of the irretrievable breakdown by all legal means.

35. How is consent between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

See Q 34.

36. How is separation between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

- a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?
- b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

See Q 34.

The separation period may be interrupted for a short reconciliation period.

37. Can an initial claim on the ground of irretrievable breakdown be converted into a divorce by consent or in a divorce on the ground of fault in the course of proceedings? If yes what are the bridges between these proceedings?

A unilateral petition on the ground of irretrievable breakdown can be converted in an application by both spouses.

Divorce by consent proceedings can be converted in a unilateral application for divorce on the ground of irretrievable breakdown.

c. Divorce on the ground of fault

38. What are the fault grounds for divorce?

39. Are there some specific requirements regarding proof of fault in this proceeding?
40. Does the judge keep a margin of appreciation to pronounce a judgement against both parties when fault is claimed by only one party?
41. Does parties' reconciliation prevent them to invoke earlier facts as ground for divorce?
42. Can fault between spouses be considered as a tort and open a claim for damages to the benefit of the innocent spouse? If yes, is the claim for damages on the ground of fault between spouses distinct from a 'classical' tort law action?

B. Consequences of divorce

43. Do spouses have the possibility to settle the consequences of divorce (as well as the date at which the divorce will be effective) by an agreement
- Before marriage;
 - During marriage;
 - During the divorce proceedings?

The spouses have to settle the consequences in case of a divorce by consent by an agreement made before the start of proceedings (Art. 1287-1288 CPC). In a divorce on the ground of irretrievable breakdown spouses can agree on maintenance (Art. 301 § 9 CC).

44. If yes, may the judge scrutinize the spousal agreement?

The judge has to scrutinise the agreement concerning the children on the basis of the interests of the children (Art. 1290 CPC). He can only scrutinise the formal validity of the agreement concerning the spouses.

45. If the judge has a power of scrutiny, which elements allow the judge either to require the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

See Q 44.

46. If a proceeding of legal separation (without dissolution of marriage) exists in your system, what are its consequences regarding spouses and their common children?

The matrimonial property regime is converted into a regime of pure separation. Parental responsibility is not affected.

a. The personal consequences of divorce

i. The consequences of divorce between spouses

47. When does divorce officially break off the marriage?

Between the spouses: when the judgment becomes final; property consequences retroact until the date of the application.

Against third persons: date of transcription of the judgment in the civil status registers.

48. Is matrimonial freedom of the ex-spouses subjected to limitations? (when are they authorized to remarry, can the remarry each other ...)

No.

49. If marriage has consequences on the family name of spouses, what are the correlative effects of divorce?

No. the marriage has no legal influence on the name of the spouses but custom allows them to use each other's name. After divorce the use is not possible anymore.

50. Does divorce have effects regarding

- Citizenship eventually granted to the foreign spouse by marriage;
- Residence permit granted to the foreign spouse by marriage?

Citizenship: No.

Residence permit: Yes, but under certain conditions a permit for further residence can be obtained.

ii. The consequences of divorce regarding children

51. Does your system distinguish the exercise of parental responsibility from the issue of residence of children? If yes, how and what are the consequences on the exercise of parental responsibility?

No.

52. Does divorce produces automatic effects regarding parental responsibility?

No.

53. Can the exercise of parental responsibility be subject to a parental agreement?

Yes, but only the exercise not the attribution.

54. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The judge can directly modify the agreement;

55. Is the judge vested with the power to organise the exercise of parental responsibility? If yes, does he compulsorily need to be requested to hold on this issue by one or the other parents?

Yes.

56. What are the elements enabling the judge to hold a modification of the exercise/right of parental responsibility? May one parent be deprived of his/her exercise of parental responsibility considering his/her misbehaviour toward the other parent?

The interests of the child.

No.

57. May parent(s), once deprived of the exercise/right of parental responsibility, still be vested with contact, visit and/or residence of his/her/their children?

In principle a complete deprivation concerns all parental rights (Art. 33 Act Youth protection). In practice visiting rights can be obtained, if this is in the interests of the children.

58. Which arrangements are legally available to parents in order to organise residence of children after divorce? (Usual residence with visit and contact, shared residence, residence granted to a third party...)

Parents can freely agree on the residence of the children.

59. May arrangements regarding the residence of the child be decided by a parental agreement? If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

Yes, but the judge can scrutinise.

60. Are legal provisions available to the judge to guaranty the relationships between parents and child after divorce? If yes, what are they? Are sanctions provided if one parent does not fulfil his/her duty to maintain relationship with his/her child?

If one parent oppose the relationship between the other parent and the child, the judge can impose a default fine; he can allow a bailiff to take the child to the parent (seldom used); he can modify the residence order.

There are no sanctions provided if a parent does not fulfil his or her duty to maintain relationship with the child.

b. Post-marital financial consequences

61. Does the settlement of financial consequences of marriage breakdown is made in a single divorce proceeding or can it be dealt through a distinct one, either concomitant or subsequent?

Consent divorce: full agreement is necessary before the start of proceedings.

Irretrievable breakdown: normally a subsequent procedure, if necessary. Parental responsibilities continue.

i. Consequences between spouses

62. At the time of marriage breakdown are ex-spouses entitled the one regarding the other to :

- Compensation,
- Maintenance,
- Compensation of rights to pension benefits,
- Damages
- Any other payment or property rights?

Maintenance.

Basic pension benefits are a matter of social law; other benefits are dealt with in the liquidation of the matrimonial property regime.

If yes, please answer the following questions:

63. Does the maintenance/compensation/damage issue must be claimed at the time of the initial request or can it be made in the course of divorce proceeding?

No; also after proceedings.

64. Can the maintenance/compensation/damages claim be introduced by one or the other spouse after the divorce being granted? If yes, is this action enclosed in a specific period of time?

Yes. No specific period.

65. May one of the spouse be discharged from providing for maintenance/ compensation/damages, to the other? If yes, on which grounds?

Consent divorce: spouses can agree freely (Art. 1288 CPC).

Irretrievable breakdown: Yes, if it is proved that the financial status of the creditor spouse is due to his own choice (Art. 301 § 5 CC), in case of partner violence or a serious fault that makes cohabitation impossible (Art. 301 § 2 CC).

66. May one of the spouses be deprived from obtaining maintenance/ compensation/damages, from the other? If yes, on which grounds?

See Q 65.

67. According to legal provisions or case law, is balance between the two ex-spouses personal assets sought?

No, the judge can only take needs and standard of living into account.

68. Are the rules organising compensation/maintenance/damages, connected to the rules organising the liquidation of matrimonial assets, or to equivalent ones relating to property law?

No.

69. Do the grounds for divorce have an incidence on an award of compensation/maintenance after marital breakdown? If yes, to what extent?

No. See Q 65.

70. What shape compensation/maintenance or other financial obligations between the spouses may take? If multiple shapes are available, are they determined according to the grounds for divorce?

None.

71. Does your national law allow the competent authority to allocate the family home to one spouse for property, use or renting?

Yes for property (Art. 1447 CC).

72. May amount and modes of fulfilling the financial obligations between spouses be determined by spousal agreement?

Yes (Art. 301 § 1 CC).

73. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

No, but he can modify the agreement on the basis of new circumstances. The spouses can exclude this possibility (Art. 30I § 7 CC).

74. In order to evaluate the amount of compensation/maintenance/damages, are the spouses under duty to fully disclose the elements making up their assets (incomes, capital, assets, pension, benefit...) or can they be discharged from full and frank disclosure?

The spouse have to provide all necessary information but there are no rules on full disclosure.

75. If no discharge does exist, what are the consequences of the refusal by one of the spouses to disclose financial elements of his/her assets?

The judge can impose a default file. He can order third persons (e.g. the employer) to provide the information.

76. What are the criteria taken into account in order to evaluate the amount of the due compensation/maintenance/damages? (former household way of life, needs of the ex-spouses either actual and/or future, age, health or ability to find a job, self-sufficiency ...)

In principle the amount is based on the basic needs of the creditor spouse and not on the needs in accordance with the standard of living during the marriage. But since the judge has also to take into account an important economical setback other factors such as the duration of the marriage and the age of the creditor spouse will be taken into account (Art. 30I § 3 CC)/

77. May the amount of compensation/maintenance/damages be revised? If yes, on which grounds and to which term (regularly, considering the needs of the petitioner ...)?

Yes, if new circumstances arise (Art. 30I § 7 CC).

ii. Consequences regarding children

78. Is the obligation to maintain the child linked either to parental responsibility, or to the residence of the child, or to any other element?

No, it derives from filiation.

79. By which means does your system organise maintenance of the child by the parent who is not usually living with him/her (maintenance order, supply of assets for the benefit of the child, supply of capital, trust...)?

Maintenance.

80. May methods provided to carry out maintenance obligation regarding children be determined by parental agreement?

Yes.

81. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the parents to reconsider the agreement, or to directly modify it?

Yes, he can scrutinise in accordance with the interests of the child.

III. PROCEDURE

82. May divorce be granted and its personal and financial consequences settled outside legal proceedings?

No.

83. If yes, which is the competent authority to know about these issues? Is that administrative proceeding the sole one or it is an alternative to legal proceedings?

Not applicable.

84. In your system, which is the court legally competent to grant divorce? Is that Court equally competent to hold about its consequences? Do transnational divorce proceedings fall within the competence of a particular Court?

Court of first instance is competent to grant divorce. This court can settle the consequences. But after the divorce the youth tribunal is competent for parental responsibilities and the justice of the peace for maintenance.

The same rules apply to transnational proceedings. There is no competence of a particular court.

85. After the petition for divorce is presented, must the spouse respect a cooling-off period? If yes, how long is that period of time?

See Q. 34.

86. Are the spouses under duty or invited, when divorce proceeding is initiated or afterward in the course of process, to turn to alternative dispute resolution?

They are invited but not obliged (Art. 1254 § 4/I CPC).

87. May the competent authority during the course of divorce proceeding make interim orders on

- the family home,
- the children,
- maintenance between the spouses,
- the consequences of marital abuse ?

Yes , but only in case of divorce proceedings on the ground of irretrievable breakdown (Art. 1280 CPC). In case of consent divorce proceedings the spouses have to agree on interim measures (Art. 1288 CPC).

88. Is appeal available against the divorce order or against an out of court divorce decision?

Yes.

89. Does a third-party (public prosecutor, child's solicitor, social services, institution aiming at protecting children...) have the right to intervene

- in divorce proceeding,
 - in proceedings on parental responsibility if separated from the divorce proceeding?
- If yes, on which grounds?

In case of a divorce by consent the public prosecutor has to give his advice. The child can be heard. See Q. 90.

90. Are the child's views assessed in legal proceeding for divorce (and/or parental responsibility) or in out of court divorce processes? If yes, what are the methods used for assessing the child's views? May he/she be assisted in this assessment and by whom?

The judge can hear a child that has enough discernment on request or ex officio in all proceedings (Art. 931 CPC). The child can be assisted by a person of his choice, but this person can only give a certain comfort to the child and encourage him to speak. He cannot intervene in the answers.

The youth tribunal has the obligation to hear a child that has reached the age of twelve in matters of parental responsibilities (Art. 56 Youth protection act).

IV. RECOGNITION OF FOREIGN DIVORCE DECISIONS

91. What are the conditions for legal recognition of foreign decisions about :

- k) the termination of marriage,
- l) financial consequences of divorce,
- m) the settlement of matrimonial assets,
- n) parental responsibility,
- o) children's maintenance?

What are the conditions for legal recognition in your country of divorce decisions from a Third State (= outside the European Union) ?

Please only mention the national general rules and not bilateral conventions signed by your country.

Brussels IIbis applies to a) and d, the Maintenance Regulation applies to e).

For decision from a third state or decisions not covered by both regulations the following rules apply:

CPIL:

Art. 22. Recognition and enforcement of foreign judgments

§ 1. A foreign judgment, which is enforceable in the State in which it was rendered, will be declared enforceable in whole or in part in Belgium, in accordance with the procedure set out in article 23.

A foreign judgment will be recognized in Belgium, in whole or in part, without there being a need for the application of the procedure set out in article 23.

If the recognition issue is brought incidentally before a Belgian court, the latter has jurisdiction to hear it.

The judgment may only be recognized or declared enforceable if it does not violate the conditions of article 25.

§ 2. Any interested party, and in matters regarding the status of natural persons also the advocate-general, can in accordance with the procedure set out in article 23 request that the judgment be recognized or declared enforceable, in whole or in part, or that it be declared not recognizable or not enforceable, in whole or in part.

§ 3. For the purpose of the present statute:

- 1° the term judgment means any decision rendered by an authority exercising judicial power;
- 2° the recognition gives legal power to the foreign judgment

Art. 23. Jurisdiction and procedure for recognition and enforcement

§ 1. Except in the cases provided for in article 121, the court of first instance has jurisdiction to hear actions for recognition and enforcement of a foreign judgment.

§ 2. Except in the case provided for in article 31, the court with territorial jurisdiction, is the court of the domicile or habitual residence of the defendant; in the absence of such domicile or habitual residence, it is the court of the place of execution.

When an action for recognition cannot be introduced before the court referred to in the first part, the plaintiff may seize the judge of its domicile or residence in Belgium. In the absence of such domicile or residence in Belgium, the plaintiff can seize the court of the district of Brussels.

§ 3. The action is introduced and treated in accordance with the procedure referred to in articles 1025 to 1034 of the Code of Civil Procedure. The petitioner has to elect domicile within the district of the court. The judge decides within a short delay.

§ 4. The foreign judgment subject or open to an ordinary recourse can be enforced provisionally. The judge may make the enforcement subject to the provision of a guarantee.

§ 5. Contrary to articles 1029 of the Code of Civil Procedure, only conservatory measures can be taken with respect to the property of the party against whom the enforcement is sought during the period provided for an appeal against the decision that allows enforcement, and until a decision with respect to the appeal is taken. The decision, which allows the enforcement, contains the permission to take these measures.

Art. 24. Documents to be submitted with a view to the recognition and enforcement

§ 1. The party that invokes the recognition of or seeks to declare a foreign judgment enforceable must produce the following documents:

- 1° a certified copy of the decision, which according to the law of the State where it was rendered meets the conditions required for the authenticity thereof;
- 2° if it concerns a decision by default, the original or a certified copy of the document establishing that the act that introduced the proceeding or the equivalent document was served or brought to the notice of the defaulting party in accordance with the law of the State where the decision was rendered;
- 3° any document on the basis of which it can be established that, according to the law of the State where the decision was rendered, the decision is enforceable and has been served or brought to notice.

§ 2. In the absence of the production of the documents mentioned in §1, the judge may impose a delay in which they are to be produced or accept equivalent documents or, if he believes to be sufficiently informed, grant an exemption.

Art. 25. Grounds for refusal of recognition and enforcement

§ 1. A foreign judgment shall not be recognized or declared enforceable if:

- 1° the result of the recognition or enforceability would be manifestly incompatible with public policy; upon determining the incompatibility with the public policy special consideration is given

to the extent in which the situation is connected to the Belgian legal order and the seriousness of the consequences, which will be caused thereby.

2° the rights of the defense were violated;

3° in a matter in which parties cannot freely dispose of their rights, the judgment is only obtained to evade the application of the law designated by the present statute;

4° according to the law of the State where the judgment was rendered and without prejudice to article 23, §4, the judgment would still be subject to an ordinary recourse in the said State;

5° the judgment is irreconcilable with a Belgian judgment or an earlier foreign judgment that is amenable to recognition in Belgium;

6° the claim was brought abroad after a claim which is still pending between the same parties and with the same cause of action was brought in Belgium;

7° the Belgian courts had exclusive jurisdiction to hear the claim;

8° the jurisdiction of the foreign court was based exclusively on the presence of the defendant or the assets located in the state of such court, but without any direct relation with the dispute; or;

9° the recognition or enforceability would be contrary to the grounds for refusal provided for in articles 39, 57, 72, 95, 115 and 121.

§2. Under no circumstances will the foreign judgment be reviewed on the merits.

92. Can a foreign divorce decision be denied recognition in your country because of violation of public order? Please provide some examples.

Yes see Q. 91. Art. 25 CPIL.

93. Are the foreign divorce decisions related to the citizens of your country subject to publicity measures (registration in official register, registration in official documents : birth certificate, marriage certificate or any others ...)? If yes, what are the publicity requirements?

Art. 48 CC and Art. 31 CPIL provide the transcription in the civil status registers.

94. If yes, is registration a facultative or mandatory requirement? Who is in charge of this necessary procedure?

Facultative requirement.

95. What are the consequences of registration or lack of registration?

By registration the foreign decision is recognised.

96. Are there any special remarks you would you like to add with regard to your national law about marriage breakdown?

RAPPORT BULGARE

Velina Todorova
Professeur à l'Université Plovdiv de Sofia

I. GENERAL

A. National law

1. What are the current sources of law for divorce (case law, statutes, ...)?

The current statutory sources of law for divorce in Bulgaria are the:

- a. **Family Law Code (FC)** of 2009 (last amended in 2010), providing for the substantive regulation of divorce.
- b. **Civil Procedure Law Code (CPC)** of 2008 (last amended in 2012), providing for the procedures for divorce.
- c. **International Private Law Code (IPC)** of 2005 (last amended in 2010),.

2. Give a brief history of the main developments of your national divorce law.

The first secular divorce law in Bulgaria dates of 1945 when the Marriage Ordinance was passed. Until 1945, matrimonial canon law applied in Bulgaria and no secular law existed. The matrimonial rules for Orthodox Christians were adopted from the Exarchic Statute, whereas, those for other religious denominations (Catholics, Evangelicals, Muslims, Jews and Armenian Christians) were based on their respective denominational statutes and by-laws.

The Exarchic Statute was drafted by the Church Council held in Constantinople in 1871 as a special statute regulating the governance of the Church. Articles 94 (e) and 98 (g) and (h), invested in the clergy the power to deal with matters concerning the cancellation of Bulgaria engagements and the ending and dissolution of marriages, which it treated as spiritual matters. This solution was in keeping with the spirit of the then Turkish law, which also treated these matters as spiritual. The Exarchic Statute did not contain any substantive provisions regarding matrimonial law. Canon law was therefore implemented in accordance with other Church literature as well as local customary law.¹⁶⁶⁸

This situation was preserved even after the liberation from the Ottoman Empire and the restoration of the independent Bulgarian State in 1878. Under the temporary rules, which regulated the organisation of the judiciary from 1878 onwards, spiritual (church) courts were legitimised and given authority over the matters referred to in Article 94(e) and Article 98(g) and (h) of the Exarchic Statute. In 1892, the Exarchic Statute was approved by the National Assembly and entered into force as a law. It was not until 1897 that a new sixth

¹⁶⁶⁸ See Dikov, L. A Course in Bulgarian Civil Law, Volume II, Family Law, Sofia, 1937, pp. 11-12.

section was added to the revised Exarchic Statute in which matrimonial law was regulated on a purely ecclesiastical basis. It contained only procedural rules on engagement and the conclusion and dissolution of marriage, and no substantive provisions. The relations between spouses were regulated by neither canon law nor secular law.

Bulgarian canon law recognised more grounds for divorce than did the secular matrimonial law of Western countries. This prompted some commentators to claim that Orthodox Church was more liberal than the Catholic Church.¹⁶⁶⁹ Article 187 of the Exarchic Statute specified ten grounds for divorce. These involved either a breach of matrimonial obligations (i.e. fault) or an objective reason for the failure to perform such obligations. Objective reasons for a failure to perform matrimonial obligations constituted grounds for dissolution of marriage only in exceptional cases, which were expressly set out in Article 187, § 6 and § 7. The grounds for dissolution of marriage were expressly defined in the Exarchic Statute, which did not allow divorce by mutual consent. Nor was actual separation deemed to be a ground for divorce under the Exarchic Statute since it was reasoned that a spouse should not be able to take advantage of his or her own misconduct by simply relying on the ground of separation. Article 187 of the Exarchic Statute provided only absolute grounds for divorce, which amounted to a total of twelve.¹⁶⁷⁰

1945 saw the adoption of a Marriage Ordinance, under which matrimonial matters were regulated under secular law for the first time: this covered relations between spouses, introduced civil marriage and recognised all church weddings as being effective for the time being. The combined effect of the Gender Equality Ordinance (1944) and the Marriage Ordinance was to give equal rights to legitimate and illegitimate children (although this issue was hardly a matter for regulation under a law on marriage). The Marriage Ordinance introduced a mixed system of divorce grounds: divorce by mutual consent (Article 30), six grounds for divorce (Articles 31-36), namely: adultery, threats against the other spouse's life, criminal conviction, absence, illness and sexual impotence and infertility. There was also one last ground (Articles 37 and 38), which needed a ruling by the court: namely severe breach of matrimonial obligations and marriage breakdown (fault was irrelevant).

The Persons and Family Act of 1949 was an attempt was to codify family law. However, it only repeated the grounds introduced by the Marriage Ordinance (Articles 44 and 45). Only the ground of 'sexual impotence and infertility' was dropped. In 1952, the Bulgarian Code of Civil Procedure made important changes to divorce legislation. Following the new ideology of 'preserving the marriage', it introduced a ban on divorce by mutual consent. It also barred divorce in cases where the breakdown was attributable solely to the behaviour of the petitioner and the other spouse wished to preserve the marriage (Article 263). For the first time, a conciliation session was introduced as a necessary component of divorce proceedings (Article 259). The aim was to reconcile the parties by discussing the reasons for the divorce before the judge and identifying opportunities to avoid it. Both parties were required to appear in person before the judge and take part in the discussion. Many commentators argued that this procedure did not play the role for which it was originally intended, but simply delayed the divorce and thus caused additional harm to both parties. The conciliation stage was followed by a waiting period of 2-3 months.

¹⁶⁶⁹ See Dikov, L. 'The Need for Reform in Bulgarian Matrimonial Law' in: V. Boyadjiev, (ed.) Reports and Resolutions of the Third Council of Bulgarian Lawyers, Sofia, 1926, p. 87.

¹⁶⁷⁰ Nenova, L. Family Law of the Peoples Republic of Bulgaria, Sofia, 1977, p. 237.

The 1953 revision of the Persons and Family Act dropped all grounds for divorce except one: marriage breakdown (Article 45). The former grounds were interpreted as reasons for the marriage breakdown (Article 47). The prohibition on granting divorce against the will of one of the spouses was limited to cases complying with the following wording: 'by exception, where there is serious public concern on this account'.

The first Bulgarian Family Code was adopted in 1968 and finalised the codification of family law. The Code provided for two grounds for divorce: mutual consent (restored) and 'serious and irretrievable breakdown of the marriage'. The issue of matrimonial fault could be considered only if this was raised by the petitioner. The Second Bulgarian Family Code of 1985 preserved these two grounds for divorce and increased the significance of fault under the serious and irretrievable breakdown of the marriage'. In 2009 a new Family Code was passed, which introduced several important changes in the substantive divorce law. The grounds for divorce remain: mutual consent and 'serious and irretrievable breakdown of the marriage' under which the court should examine the fault only if spouse/s claim it. The new law increased the importance of spousal agreement not only for the consensual divorce and its consequences but also for the effects of contested divorce on the parental responsibility.

3. Are prospective reforms currently under consideration?

No, they are not, in view of the current reform of the family law.

4. Is divorce the only ground for marriage dissolution or is there any other possibility to enforce marriage breakdown?

According to the Bulgarian family law, the divorce is the only ground for marriage dissolution to enforce marriage breakdown.

5. If any, provide statistical data regarding divorce and legal separation?

Year	2008	2009	2010	2011
Number of marriages	27 722	25 923	24 286	21 448
Crude marriage rate	3.6‰	3.4‰	3.2‰	2.9‰
Number of divorces	14 104	11 662	11 012	10 581
Crude divorce rate	1.9‰	1.5‰	1.5‰	1.3‰
Divorce – irretrievable breakdown		44%	36%	
Divorce by consent		56%	64%	

Source: National Statistics Institute www.nsi.bg

6. Does your national law admit marriage (or registered partnership) for same-sex couples? If yes, are the grounds for divorce and divorce proceedings identical to the ones for heterosexual couples?

The Bulgarian law admits neither marriage nor registered partnership for same-sex couples. The family legislation in Bulgaria still does not attach consequences to *de facto* families.¹⁶⁷¹

¹⁶⁷¹ The same in the judicial practice: Judgments No 459/1990-II and No 371/ 2.05.1997 of the Supreme Court of Cassation (case No 1165/1996/I).

B. Conflict of Laws

7. How is marriage defined in your national law?

There is no express legal definition of the marriage. The interpretation of article 46, para 1 of the Constitution in connection with articles 4 and 5 of the Family Code allows to define the marriage as a voluntary union based on the mutual, free and explicit consent of a man and a woman given in person and simultaneously before a registrar. Only the civil marriage entered into in the prescribed form shall generate legal effects.

B1. Grounds for divorce

a). Rome 3 is applicable

8. With regard to Art. 5 (choice of the applicable law by spouses) and 7c (formal validity of the agreement on the choice of applicable law) of Rome III Regulation, what are the formal requirements set by your national law for the choice of the applicable law for divorce or legal separation?

The national law has not yet set out any formal requirements for the choice of the applicable law for divorce.

9. With regard to Art. 13 of Rome III Regulation, are the following marriages considered as valid ones under your national law? 1° marriage between same sex persons, validly celebrated abroad; 2° private marriage; 3° polygamous marriage ...

Neither of these is considered valid.

b). Rome 3 is not applicable

10. What is the applicable law for divorce (*lex fori*, common national law, common residence or last common residence law...) ? Do the national conflict of law rules refer sometime to foreign law ?

11. Is parties' will taken into account in order to determine the applicable law for divorce?

12. If parties may choose the applicable law, how shall this choice be expressed and when?

B2. Consequences of divorce

13. What is the applicable law for financial consequences of divorce (maintenance, compensation, damages etc.)? National legal provisions, EU regulation, international convention?

The law applicable to maintenance obligations shall be determined in accordance with the Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations as per article 15 of the Council Regulation (EC) No 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, as of 18.06.2011.

The national law – the Code for International Private Law – stipulates that where maintenance obligations between former spouses arise by reason of divorce, the applicable law shall be the law which applied to the divorce (Article 87, para 4). With regard to the

application of Rome III Regulation, the law, applicable for the maintenance will be the law chosen by spouses under Article 5 of Rome III or the applicable law under Article 8 of the same Regulation.

The applicable law regarding other financial effects of the divorce could be established on the basis of the regulations of the Code of International Private Law. It stipulates that the financial relationships as well as the personal ones shall be governed by the common national law of the spouses (Article 79, para 1 and para 3). If the spouses are holding different nationalities the law of their common habitual residence or, in the absence of such habitual residence, the law of the State with which both spouses are most closely connected will apply (Article 79, para 2 and para 3). Spouses may select an applicable law to govern their financial relationships if the applicable law allows it (Article 79, para 4). The choice of applicable law must be evidenced in writing, dated and signed by the spouses. The entry into and the validity of the agreement on choice shall be governed by the selected law. The choice may be made before or after entry into the marriage. The spouses may change or revoke the choice of applicable law. Where the choice has been made after entry into the marriage, the said choice shall take effect as from the time of entry into the marriage unless otherwise agreed between the parties (Article 80).

14. What is the applicable law for matrimonial assets settlement (matrimonial regimes etc.)

The national law – the Code for International Private Law – stipulates that: “(1) Possession, ownership and other rights in rem in movable and immovable property shall be governed by the law of the State in which the property is situated (*lex loci rei sitae*). (2) The evaluation as to whether a corporeal object is movable or immovable, as well as the type of the rights in rem, shall be determined by the law specified in Paragraph (1) (Article 64).

The acquisition and termination of proprietary and possessory rights shall be governed by the law of the State in which the corporeal object is situated during performance of the act or occurrence of the circumstance justifying the acquisition or termination. The acquisition of ownership and other rights in rem on the grounds of acquisitive prescription shall be governed by the law of the State in which the corporeal object was situated at the time of lapse of the period of acquisitive prescription. The time of possession in another State shall be assimilated to the said period (Article 65).

15. What is the applicable law for parental responsibility?

The law applicable to parental responsibility is the law of the state, in which the parents and children have a common habitual residence. The law of the state where the child has a habitual residence or the national law of the child if more favourable to the child shall apply to parental responsibility if parents and child have no common habitual residence (Article 85 of the Code of International Private Law).

16. What is the applicable law for maintenance regarding children? National legal provisions, EU regulation, international convention?

The law applicable to maintenance obligations shall be determined in accordance with the Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations as per article 15 of the Council Regulation (EC) No 4/2009 on jurisdiction, applicable law,

recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, as of 18.06.2011.

B3. Role of the judge (or any competent authority)

17. Is the judge under compulsory obligation to look for the applicable conflict of law rule and is he abided by it?

The judge is not under compulsory obligation to look for international private element in the case that requires a conflict of law rule to be applied. It is a fact among others that is supposed to be referred to and proved by the party.¹⁶⁷² The judge, however, is not completely freed of the duty to identify the international private elements in the case (e.g. foreign nationality, habitual residence abroad etc.).

The judge is under compulsory obligation to look for the applicable conflict of law rule.

18. If the national conflict of law rule refers to the application of foreign law, what is the role of the judge regarding foreign law rules? Shall he research the applicable foreign law rule? How is the content of this rule established?

The judge must *ex officio* research and establish the foreign law: “the court shall of its own motion establish the content of the foreign law. The said court may resort to the methods provided for in international treaties, may request information from the Ministry of Justice or from another body, as well as request opinions from experts and specialized institutions. The parties may present documents establishing the content of the provisions of foreign law on which they base their motions or objections, or otherwise assist the court or another authority applying the law. Upon choice of applicable law, the court may order the parties to assist in the establishment of the content of the said law” (Article 43 of the Code of Private International Law).

The foreign law shall be interpreted and applied as it is interpreted and applied in the State which created the said law. Non-application of a foreign law, as well as its misinterpretation and misapplication, shall be a ground for appeal (Article 44 of the Code of Private International Law).

II. SUBSTANTIVE LAW

A. Grounds for divorce

19. Must marriage have last for a specific period of time before divorce can validly be claimed?

No, it has not. The divorce can be validly claimed at any time after the marriage has been contracted.

¹⁶⁷² Stancheva-Mincheva, V. Commentary on the Code of the International Private Law. Sofia, 2010, pp. 77-78.

20. Does the lack of legal capacity of one spouse (protection regime, mental illness...) have consequences on his/her legal capacity to introduce a divorce claim or to defend to the proceedings validly?

The Code of Civil Procedure establishes *procedural capacity to any spouse* notwithstanding his/her legal capacity. To introduce a divorce claim or to defend to the proceedings validly it is sufficient for the spouse not to be a subject of a *full incapacity order*. The Bulgarian Code of Civil Procedure provides that persons who are not of full age or have restricted legal capacity can file matrimonial claims on their own (Article 319 of the Bulgarian Code of Civil Procedure).

21. Does your national law provide for a sole ground or for multiple grounds for divorce?

The ground for divorce set out by the Bulgarian Family Code is *irretrievable breakdown of the marriage*. In addition the marriage dissolution may be claimed on the basis of *mutual consent* of spouses.

If national law provides for sole ground for divorce (irretrievable breakdown of marriage) answer part A1, if not answer part A2 only

A1. Divorce on the sole ground of irretrievable breakdown of the marriage

22. How is irretrievable breakdown established, and if any what are the grounds for irretrievable breakdown?

According to the Bulgarian Family Code, Article 49:

“Divorce due to Breakdown of Marriage

Article 49. (1) Either spouse may request divorce in the case of deep and irremediable breakdown of marriage.

(2) The court shall guide spouses to reconcile through mediation or another voluntary dispute resolution mechanism.

(3) In its judgment on granting a divorce, the court shall rule also on the fault for the breakdown of marriage, where either spouse has requested this.

(4) In all stages of the proceedings, the spouses may submit to court an agreement on all or some effects of their divorce.

(5) The court shall approve the agreement under paragraph 4, having verified the protection of the interests of the children. The court may request an opinion from the Social Welfare Directorate.”

The “*irretrievable breakdown*” is established as a sole legal ground for divorce. It is a legal conclusion reached by the court based on all the facts presented and proved before it. Facts must provide evidence that the marriage has broken down irretrievably. In case law and theory, the concept of ‘serious and irretrievable breakdown’ is defined as follows: “The term ‘irretrievable breakdown’ is a legal concept and depicts a state of matrimonial relations which is incompatible with the further existence of the marriage. In one of its leading decisions, the Supreme Court, construed the concept of irretrievable breakdown as: ‘a breakdown, which has resulted in the disjunction of family relations, and in lack of mutuality,

respect, trust and companionship between the spouses, as a result of which the matrimonial union is of formal content only and does not correspond to the law', and has held that 'a breakdown is irretrievable if it cannot be overcome in such a way that normal marital relations are restored'.¹⁶⁷³

Legislation does not identify any specific facts which may cause irretrievable breakdown, but, according to legal theory, 'causes are not important, it is the result which matters'. It follows that in each particular case the court is required first to identify the reasons for marriage breakdown, second to draw a conclusion about the state of marital relations, and third to dissolve the marriage if it draws the legal conclusion that the marriage has broken down irretrievably. According to the Supreme Court, 'Matrimonial offences do not in themselves constitute a reason for the serious breakdown of a marriage. This will be deemed to be the case only where the matrimonial offences have resulted in the disintegration of the marriage. The court has to be governed not by the significance of the reason, but only by its impact on matrimonial relations'.¹⁶⁷⁴ Various reasons such as adultery, separation, violence and alcoholism are not deemed to be autonomous grounds for divorce. They have to be presented and proven in court. The court draws its conclusions based on the presentation and evidence of facts and assesses the influence and impact of each fact, which also functions as a reason for the breakdown, within that particular marriage. In judicial practice, the major facts that have to be proved are the existence of a serious breakdown and its causes.¹⁶⁷⁵ The facts and statements of parties need to be proved. Otherwise, the petition is rejected.

23. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on the different grounds for breakdown.

.....

24. How is consent between spouses taken into account regarding the grounds of irretrievable breakdown?

If the spouses have reached a consensus following a claim for divorce **due to irretrievable breakdown** of the marriage, the court has to take it into consideration in two ways:

- the spouses may submit their agreement *on all or some effects of their divorce* at any stage of the proceedings to the judge (Article 59, para 4 of the Family Code). The court shall scrutinise the agreement and approve it if satisfied by the arrangements regarding the interests of children. The court may request an opinion from the Social Welfare Directorate in this respect (Article 59, para 5 of the Family Code).
- if the spouses agree on the termination of the marriage, the divorce proceeding shall be converted into divorce proceedings by mutual consent (Article 321, para 5 of the Code of Civil Procedure).
- At any stage of the proceedings the court shall guide spouses to reconcile through mediation or another voluntary dispute resolution mechanism (Article 49, para 4 of the Family Code or Article 321, para 2 of the Code of Civil Procedure).

In case of consensual divorce, the agreement both on the marriage dissolution and consequences is decisive.

¹⁶⁷³ Supreme Court, Decision -10-1971 – II Civil division.

¹⁶⁷⁴ Supreme Court, Decision -22-64-1974-II Civil division.

¹⁶⁷⁵ Supreme Court, Decision -1893-1968-II Civil division.

25. In case of mutual consent of the spouses, shall the divorce application be made by both spouses acting together or is it possible for one spouse to accept the divorce during the course of proceedings?

It is not possible for one spouse to 'join' the divorce application on mutual consent after it has been lodged with the court. Both spouses *must* apply *together* for divorce. This is the strict interpretation of the law both of the doctrine and courts. It follows from the requirement of mutual consent in article 50 of the Bulgarian Family Code: '*In case of serious and unswerving consent of the spouses to divorce, the court shall grant divorce without seeking their grounds for the dissolution of marriage.*' The mutuality of consent is part of the ground for the divorce. Proceedings for divorce by mutual consent therefore follow the procedure for unilateral applications, since both spouses are petitioners. No dispute exists between them and they have a common will to terminate their marriage.¹⁶⁷⁶

Mutual consent has to be expressed once when the divorce petition is filed and once during the court hearing. Thus the spouses must appear in person before the court as per the requirement of the Code of Civil Procedure: 'Article 330. (1) Upon a motion for divorce by mutual consent, the spouses shall appear in person during the court hearing. (2) Where any of the spouses fails to appear without reasonable excuse, the case shall be dismissed.'

26. In case of mutual consent of the spouses, are the spouses required to agree on the consequences of divorce or is the judge entitled to decide on these consequences?

Divorce by mutual consent is regulated in advance by an agreement which is reached and drawn up by the spouses and covers *not all but some of the consequences* of the divorce. The Family Code of 1985 that was abolished by the new Code of 2009 required all the consequences of the divorce to be covered by the agreement. The agreement under the *current law* should not be exhaustive. The mandatory contents of the agreement involves only: 1) the place of residence of the children, 2) the exercise of parental rights, 3) personal relations, 4) the maintenance of children, as well as 5) the use of the marital home, the maintenance of spouses and the family name (Article 51, para 1 of the Family Code). The spouses may agree also on other effects of the divorce if it is possible.

The court has no power to decide on divorce consequences. The court scrutinises two aspects of the agreement: its completeness (does it cover all issues provided for by the law) and its adequacy (does it cover the children's interests). Where the agreement does not meet the above requirements, the court sends it back to the spouses for its deficiencies to be remedied. Where the defects are not remedied within the prescribed term, the divorce petition is dismissed (Article 51, para 3 of the Family Code and Article 330, para 2-3 of the Code of Civil Procedure).

The *agreement*, even if confirmed by the divorce order, may be amended in so far as it relates to the arrangements for the children, provided that there has been a change of circumstances: 'Applications concerning child custody and child maintenance after termination of the marriage by mutual consent are admissible where there has been a change of circumstances' (Article 51, para 4 of the Family Code).

¹⁶⁷⁶ See Stalev, J. Bulgarian Law of Civil Procedure, Sofia, 1994. p. 527.

27. Is fault between spouses taken into account regarding the grounds for irretrievable breakdown of marriage? If yes to what extend?

The new Family Code *lowered the significance of fault* in granting of divorce on the ground of serious and irretrievable breakdown of marriage. Divorce could always be granted where the marriage had broken down seriously and irretrievably. A ruling on fault could be given only *at the express request* of the petitioner (or of the defendant) (Article 49, para 3 of the Family Code). The fault of the petitioner does not any more constitute an obligatory ground for dismissing his/her divorce petition in the case of the respondent insisting in preserving the marriage.

28. How is separation between spouses taken into account regarding grounds for irretrievable breakdown?

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?

Under the Bulgarian Family Code, separation between the spouses may be deemed either to be a cause – like all other causes – of the breakdown or to be mere evidence of the existence of such a breakdown. Separation is not deemed to be an autonomous ground and is considered jointly with the other circumstances in the case.

Separation is always assessed in the light of all the facts and evidence in the case. According to the Supreme Court, it may be either a cause or an indication of serious and irretrievable breakdown of marriage: ‘A lasting separation may bring about a serious and irretrievable breakdown of the marriage. Its impact on the condition of marital relations is assessed in each particular case. Separation is not in itself a ground for dissolution of marriage. The court must examine whether it is the cause or simply an indication of serious and irretrievable marriage breakdown. Its impact on marital relations is assessed in the light of all the evidence in the case’.¹⁶⁷⁷

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

The court has to find that the separation is ‘lasting’ or ‘lengthy’ if it is to be taken as an indication or cause of an existing breakdown of the marriage. The concept of (a) ‘lasting’ (separation) is construed by the court on the facts of each case. The Supreme Court has thus held, for example, that ‘A one-year separation may not be deemed the cause of a serious and irretrievable breakdown of marriage’.¹⁶⁷⁸ Other decisions of the Supreme Court reflect on lengthy separation of 14 or 8 years and consider it as a cause for breaking all spiritual, physical and other bonds between spouses ‘... and constitutes a ground for petitioning for and obtaining a divorce’.¹⁶⁷⁹ Or ‘The lasting separation may prove to be only an external symptom of the alienation between the spouses, but, in all cases other than for the purpose of the separation, the internal condition of the marital relations needs to be specified’.¹⁶⁸⁰ It is possible, however, for the fact of separation itself to be a sufficient argument in support of the conclusion of serious and irretrievable breakdown of marriage. ‘Where the spouses have been living separately for ten or more years, albeit under the same

¹⁶⁷⁷ Supreme Court decision 10 / 1971, point 4.

¹⁶⁷⁸ Supreme Court, decision - 612-1955 II Civil division.

¹⁶⁷⁹ Supreme Court, Decision 912-1991- II Civil division (14 years of separation), decision - 587-1956- II Civil division.

¹⁶⁸⁰ Supreme Court, Decision -2010-1968 - II Civil division.

roof, and have each looked after their own wants (cooking, hygiene, etc.), without showing any interest in the other, this constitutes an irretrievable breakdown of the marriage'.¹⁶⁸¹ Or: 'The duration of the actual separation (more than 3 years in this case) may have some impact on the condition of the marriage'.¹⁶⁸²

A2. Multiple grounds for divorce

29. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on every different ground for divorce.

Please, see the answer to the Q 5.

a. Divorce by consent

30. Does divorce by consent exist as an autonomous ground for divorce or is it a specific form of divorce for irretrievable breakdown of marriage?

Divorce by mutual consent exists as an autonomous ground for divorce and is separate from the ground of 'serious and irretrievable breakdown'. As per Article 50 of the Family Code: 'In case of serious and unswerving consent of the spouses to divorce, the court shall grant divorce without seeking their grounds for the dissolution of marriage.'

31. Must the spouses be separated before introducing the claim? If yes, for how long?

No, the law does not contain such a requirement.

32. Does divorce by consent imply mutual consent and joint request or is it possible for one spouse to introduce the claim against the other who will be invited to consent in the course of proceedings?

The divorce by consent implies mutual consent and *joint request* by spouses. It is not possible for one spouse to introduce the claim against the other who will be invited to consent in the course of proceedings. As per Article 50 of the Family Code, "in case of serious and unswerving consent of the spouses to divorce, the court shall grant divorce without seeking their grounds for the dissolution of marriage."

33. Does divorce by consent imply general consent on every of its aspects and consequences or does it leave a margin of appreciation to the judge to hold about its consequences?

Divorce by consent implies general consent on every of its aspects and on the major consequences included in the mandatory contents of the agreement. This follows from the requirement of mutual consent in Article 50 of the Family Code. The mutuality of consent is part of the ground for the divorce. Proceedings for divorce by mutual consent therefore

¹⁶⁸¹ Supreme Court, Decision - 453-1992- II Civil division.

¹⁶⁸² Supreme Court, Decision - 33787-1981- II Civil division.

follow the procedure for unilateral applications, since both spouses are petitioners. No dispute exists between them and they have a common will to terminate their marriage.

The law does not give a power to the judge to intervene in the arrangement of its consequences. Divorce by mutual consent is regulated in advance by an agreement, which is reached and drawn up by the spouses and covers the consequences of the divorce related to parent – child relationship as well as to the family name (Article 51, para 1 of the Family Code: ‘In a divorce by mutual consent the spouses shall submit an agreement on the place of residence of the children, the exercise of parental rights, personal relations and the maintenance of children, as well as the use of the marital home, the maintenance of spouses and the family name. They may agree also on other effects of the divorce.’)

The court has the power only to approve this agreement after it is satisfied that the interests of the children have been protected. If this is not the case, the court provides time to the divorcing parents to improve the agreement in light of the interests. If the new agreement does not satisfy the court the application for divorce is to be dismissed.

b. Divorce on the ground of irretrievable breakdown of the marriage

34. How is irretrievable breakdown established?

See answer to the Q 22.

35. How is consent between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

See answer to the Q 24.

36. How is separation between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

- a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?
- b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

See answer to the Q 28.

37. Can an initial claim on the ground of irretrievable breakdown be converted into a divorce by consent or in a divorce on the ground of fault in the course of proceedings? If yes what are the bridges between these proceedings?

The initial claim on the ground of irretrievable breakdown can be converted into a divorce by consent if the spouses are able to reach an agreement. As article 321, para 5 of the Code of Civil Procedure stipulates: ‘Where agreement is reached, depending on the content of the said agreement the case (*contested divorce, note is mine*) shall be dismissed or a *proceeding for divorce by mutual consent shall be proceeded with.*’ The bridge between these proceedings is a successful mediation that *resulted in agreement on the marriage dissolution as well as on the divorce consequences.* The mediation starts after the court examines the preliminary issues of the claim for divorce. At this stage, as per article 321, para 2 of the Code of Civil Procedure:

“... the court shall be *obligated to redirect the parties* to mediation or another procedure for voluntary resolution of the dispute.”

c. *Divorce on the ground of fault*

N/A

38. What are the fault grounds for divorce?

39. Are there some specific requirements regarding proof of fault in this proceeding?

40. Does the judge keep a margin of appreciation to pronounce a judgement against both parties when fault is claimed by only one party?

41. Does parties' reconciliation prevent them to invoke earlier facts as ground for divorce?

42. Can fault between spouses be considered as a tort and open a claim for damages to the benefit of the innocent spouse? If yes, is the claim for damages on the ground of fault between spouses distinct from a 'classical' tort law action?

B. Consequences of divorce

43. Do spouses have the possibility to settle the consequences of divorce (as well as the date at which the divorce will be effective) by an agreement

Yes, the spouses under the Family Code have the possibility to settle the consequences of divorce (but not the date at which the divorce will be effective) by an agreement reached before or during the marriage or during the divorce proceedings. There is one important point that should be noted, however. The marital agreement, concluded before or during the marriage, may settle only the financial and property effects of the divorce, but not the child care, residence and contact matters (Article 38, para 1 of the Family Code). The child care, residence and contact matters should be part of a specific agreement between parents reached in the course (contested divorce) or at the start (consensual divorce) of the divorce proceedings.

The new Family Law Code in force in Bulgaria from 1 October 2009 introduced a reform in the *matrimonial property regime*. The compulsory regulation of matrimonial property regime was dismissed. The spouses are now free to choose a regime out of three options: separation, common ownership and matrimonial contract (Article 18, para 1 of the Family Code). The three regimes are also available to spouses, which marriage has been contracted before the new law to enter into force (para 4 of the Transitory and Concluding provisions). The new regulation applies only to persons that are married - that is within a civil marriage since the family legislation in Bulgaria still does not attach consequences to *de facto* families.¹⁶⁸³

The (future) spouses have three options to choose as matrimonial property regime – two statutory and one contractual. The first statutory regime is the community of property. It is the regime in force till 2009 and being set forth by the Family Code of 1985 but with some modifications. It is not a full community but rather a combination between community and separation. This regime is applied (as a legal regime) if neither of the other options is selected by the spouses. The separation of property is the second statutory regime available

¹⁶⁸³ The same in the judicial practice: Judgments No 459/1990-II Civil division and No 371/ 2.05.1997 of the Supreme Court of Cassation (case No 1165/1996/I Civil division).

for opting in. The complete separation of property of spouses during the marriage is the regime in force in Bulgaria till 1968.

The third regime is contractual. The spouses can choose it either prior to contracting the marriage or during the marriage. The agreement should be concluded in a written form registered by a notary. It could cover the whole range of property and financial relationship including maintenance between spouses during the marriage or after its dissolution, i.e. property acquired before the marriage (including its transfer); acquisitions during the marriage; shares of either spouse on the termination of marriage; spouses' debts; maintenance between spouses and child support; other property and financial matters.

There are no limits for the spouses to opt for and opt out of the regime during the marriage (Article 18, para 4 of the Family Code). In order to do that however, the spouses have to be in full legal capacity and to make the necessary steps to register the regime chosen by them in the Marriage Certificate as well as in a special Registry laid down by the Family Code (Article 18, paras 3-4 of the Family Code).

- Before marriage;

Yes, they have the possibility to settle the financial and property consequences of divorce (but not the date at which the divorce will be effective) by an agreement. The agreement will be valid only if a marriage has been subsequently contracted (Article 40, para 1 of the Family Code).

- During marriage;

Yes, the spouses are able to settle the financial and property consequences of divorce (but not the date at which the divorce will be effective) by an agreement concluded during the marriage (Article 40, para 1 of the Family Code).

- During the divorce proceedings?

Yes, the spouses are able to settle *all the consequences* of divorce by an agreement reached prior the divorce petition being submitted to the court in the case of *consensual divorce* (Article 51, para 1 of the Family Code) or during the divorce proceedings on *contested divorce* (grounded on irretrievable breakdown).

The Family Code encourages agreements to settle the effects of divorce at any stage of the proceedings (Article 49, para 4). The law particularly pushes the spouses to agree on *consequences related to children*: "Article 59. (1) In the case of divorce, the spouses shall reach mutual consent on the issues related to the upbringing and education of minor children from the marriage in the best interests of the children." The court shall approve the agreement after satisfied by the way the interests of children are protected.

44. If yes, may the judge scrutinize the spousal agreement?

Yes, the judge is obliged to scrutinize the spousal agreement.

45. If the judge has a power of scrutiny, which elements allow the judge either to require the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The judge has a power to scrutinize the spousal agreement on *its conformity both with the law and with the best interests of the children*. The mandatory contents of the agreement both in consensual and contested divorce includes:

- in consensual divorce: “an agreement on the place of residence of the children, the exercise of parental rights, personal relations and the maintenance of children, as well as the use of the marital home, the maintenance of spouses and the family name” (Article 51, para 1 of the Family Code). Optional contents relates to the other effects of the divorce.
- In contested divorce: “.....the spouses shall reach mutual consent on the issues related to the upbringing and education of minor children from the marriage in the best interests of the children” (Article 59 para 1 of the Family Code).

The agreement must be in compliance with the law regarding:

- *its contents* – all the elements set out in article 51, para 1 of the Family Code should be present. There is no such stipulation in regard with the contested divorce. The parents are free to agree on any aspect of parental responsibility. If the agreement is partial, the court will arrange the other aspects.
- *Conformity with the imperative regulations* of the Family Code concerning the:
 - o minimum amount of child maintenance (shall be equal to one quarter of the minimum wage) - Article 142, para 2 of the Family Code;
 - o prohibition of the rejection of maintenance for future periods - Article 147 of the Family Code;
 - o prohibition of the netting of debt against maintenance - Article 148 of the Family Code.

The judge *has no power* to modify the agreement. In case of consensual divorce the judge may only require the spouses to reconsider the agreement (Article 51, para 3 of the Family Code).

There is no such express regulation in the case of divorce due to the irretrievable breakdown. However, both case law and theory indicate that the court has the *same powers* in assessing the agreement as it does in the case of divorce by mutual consent. Since the agreement settles all the consequences of the divorce, it has to guarantee the interests of children and to be complete and not contradictory to the law. Agreement that does not meet these requirements is to be returned to the parties for the purpose of remedying any identified deficiencies. The Supreme Court has held that ‘the court, as provided by law, has no authority to transform the agreement or to replace it by any terms of its own, and may instead only instruct the parties as to the remedying of deficiencies ...’.¹⁶⁸⁴ In contrast with the consensual divorce where the court should dismiss the divorce petition if not satisfactory, in contested divorce the court: 1/ approves the partial agreement, if any, and provides judgment on the others or 2/ provides *ex officio* judgment on issues related to child

¹⁶⁸⁴ Supreme Court, Decision - 60-1987.

residence, care and contact as well as on child maintenance and the use of the family dwelling: Article 59, para 2 '(2) Failing to reach an agreement under paragraph 1, the court shall rule *ex officio* on which parent the children will live with, on which parent will exercise parental rights, on the measures for the exercise of these rights, as well as on the regime of personal relations between children and parents and the maintenance of the children.' In addition, the Code of Civil Procedure lays down that the: Article 322 '(2) All matrimonial actions may be joined there between. The demands for exercise of parental rights, contact with children and child maintenance, use of the matrimonial home, interspousal maintenance and the surname shall mandatory be brought and examined by such actions.'

46. If a proceeding of legal separation (without dissolution of marriage) exists in your system, what are its consequences regarding spouses and their common children?

No, proceeding of legal separation (without dissolution of marriage) does not exist in Bulgarian system.

a. The personal consequences of divorce

i. The consequences of divorce between spouses

47. When does divorce officially break off the marriage?

The marriage is dissolved as soon as the court issues the divorce order (at the date of the court order). No appeal lies against the order granting a divorce by mutual consent (Article 330 (5) Code of Civil Procedure: 'The judgment whereby divorce by mutual consent is granted shall be unappealable'), since the court decree merely ratifies the mutual consent. An agreement regulating the consequences of divorce, which is also confirmed by a court judgment, does not have the same effect and may be modified under another court procedure.

The divorce order based on the irretrievable breakdown of the marriage also takes immediate effect: 'The divorce order shall enter into force even if it has been appealed, provided that the appeal relates only to the issue of fault' (Article 325 of the Code of Civil Procedure).

48. Is matrimonial freedom of the ex-spouses subjected to limitations? (when are they authorized to remarry, can the remarry each other ...)

The matrimonial freedom of the ex-spouses is not subject to any limitations.

49. If marriage has consequences on the family name of spouses, what are the correlative effects of divorce?

The Family Code stipulates that in concluding the marriage, each spouse shall declare if s/he shall keep her/his family name or accept the family name of the other spouse, or add the family name of the spouse to his/her own (Article 12). At the divorce the spouse that has modified his/her name (only) may restore his or her name before marriage (Article 53 of the Family Code) based on a claim before the divorce court (Article 326 of the Code of Civil Procedure).

50. Does divorce have effects regarding

- Residence permit granted to the foreign spouse by marriage?

Two types of residence permit could be granted to the *foreign spouse* by marriage (Articles 24 and 25 of the *Foreigners in the Republic of Bulgaria Act*). *Long term residence permit* (with duration of one year and possibility to be re issued up till the fifth year of residence) is granted on the basis of article 24, para 1-13 of the *Foreigners in the Republic of Bulgaria Act*. A *permanent residence permit* could be granted to the foreign spouse if s/he has permanently resided in the territory of Bulgaria for the last 5 years (Article 25, para 1-11 of the *Foreigners in the Republic of Bulgaria Act*).

The residence permit granted to the foreign spouse *could be revoked* if the marriage has been dissolved prior to the elapse of 5 years after its contracting (Article 40, para 10 of the *Foreigners in the Republic of Bulgaria Act*).

- Citizenship eventually granted to the foreign spouse by marriage;

Marriage could serve as a ground for acquisition of Bulgarian citizenship to foreign spouse *if complemented by other pre-requisites*. The Citizenship Act of 1998 requires that by the time of application for citizenship *the marriage should have lasted at least three years and should not have been dissolved* (Article 13, para 1 of the *Citizenship Act*). In addition:

- prior to the date of submission of the application for naturalization, the foreign spouse should have been granted a *permanent or long-term residence permit for the Republic of Bulgaria not less than three years (interpreted in connection with the provisions of the Foreigners in the Republic of Bulgaria Act, it means that prior to the submission of application, the foreign spouse should have resided in Bulgaria for at least 8 years and the marriage should not have been dissolved by this time)*;
- the applicant spouse shall meet other requirements set out in Article 12 (i.e. shall be of full age, shall not have been sentenced by a Bulgarian court for a premeditated offence at public law, and not subject to criminal proceedings for such an offence, unless the person has been rehabilitated; shall possess an income and occupation allowing him/her to subsist in the Republic of Bulgaria; shall have a command of the Bulgarian language subject to verification according to a procedure established by an ordinance of the Minister of Education, Youth and Science, and shall have been released from his/her previous citizenship or will be released therefrom at the time of acquisition of Bulgarian citizenship).

The interpretation of the above cited provisions suggests that the divorce has no effect on the citizenship being obtained prior to it.

ii. The consequences of divorce regarding children

51. Does your system distinguish the exercise of parental responsibility from the issue of residence of children? If yes, how and what are the consequences on the exercise of parental responsibility?

The new Family Code for the first time divided the issues of *residence* and exercise of *parental responsibility (PR)*.¹⁶⁸⁵ This is a step toward accepting the concept of shared exercise of PR after divorce. The former laws were speaking only about the “exercise of parental rights” by one of the parents. Still the position of sole exercise dominates but the law does not prevent the parents divorcing on mutual consent to agree on shared exercise of PR. The approval of the agreement will depend on the view of the judge if in that way the interests of children are met. The same would apply in the case of contested divorce if agreement could be reached and approved by the judge.

The common case, however, is the residence and the exercise of PR to be vested on the one parent. This does not mean that the parent is entitled to relocate the child to other jurisdiction on its own motion. The consent of the other parent is required and if not obtained, the court should decide (Article 127a of the Family Code).

52. Does divorce produces automatic effects regarding parental responsibility?

The divorce does not automatically affect the PR. Both parents continue to be holders of PR, however, only one of them will continue to exercise the PR, whilst for the other a contact regime should be established. This arrangement, including the one of the child residence, should be part of the divorce order. Therefore the effects of the divorce on the PR should be attributed to the divorce order.

53. Can the exercise of parental responsibility be subject to a parental agreement?

Yes, the exercise of parental responsibility can be a subject to a parental agreement no matter if the divorce is consensual or contested. It is so requested by article 51, para 1 of the Family Code as far as the *consensual* divorce is concerned: ‘In case of divorce on mutual consent, the spouses shall produce an agreement about the place of residence of the children, exercising the parental rights, the personal relations and the children’s support, as well as about using the family home, the spouse’s alimony and the family name. They may agree about other consequences of the divorce.’ Without such agreement in fact, this divorce is not possible.

As far as the contested divorce is concerned, the law encourages the parents to agree on the exercise of parental responsibility. As per article 59 of the Family Code: ‘In case of divorce (*due to irretrievable breakdown*), the spouses *shall decide by mutual agreement* on the issues of upbringing and education of the minor children from the matrimony in their interest. The court shall confirm the agreement after being satisfied if the interests of the children have been protected. The court may request an opinion from the Social Assistance Directorate (Article 49, para 5).

54. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

¹⁶⁸⁵ The term used by the statutes, legal theory and case law is ‘parental rights and obligations’ but not ‘parental responsibility’. The concept and the contents are one and the same.

Both in consensual and contested divorce the judge is vested with the power to scrutinize this agreement. Briefly, the judge has no power to modify the agreement in both divorces. See more in the answer to Q 45.

55. Is the judge vested with the power to organise the exercise of parental responsibility? If yes, does he compulsorily need to be requested to hold on this issue by one or the other parents?

Yes, in contested divorce, if parents can not agree on the exercise of parental responsibility or can agree partially, the court is obliged to hold on this issue *no matter if being requested* by parent/s or not. As stipulated by article 59, para 2 of the Family Code: ‘failing to reach an agreement, the court shall rule *ex officio* on the residence of children, on the exercise parental rights, on the measures for the exercise of these rights, as well as on the regime of personal relations between children and parents and the maintenance of the children.’ The same is envisaged by article 322, para 2 of the Code on Civil Procedure).

The arrangement of the exercise of parental responsibility is entirely a matter for agreement of both parents in the divorce based on mutual consent (Article 51, para 1 of the Family Code).

56. What are the elements enabling the judge to hold a modification of the exercise/right of parental responsibility? May one parent be deprived of his/her exercise of parental responsibility considering his/her misbehaviour toward the other parent?

Deciding on the exercise of parental responsibility (PR), the judge shall estimate all the circumstances in the interest of the children taking into consideration the following factors:

- the educational qualities of the parents,
- the care provided to this moment,
- the attitude towards the children,
- the will of the parents,
- the children’s attachment to the parents,
- the sex and age of the children,
- the possibilities for help from third persons – close people to the parents,
- the social environment and the material opportunities of parents (Article 59, para 4 of the Family Code).

The Bulgarian legal system does not recognize the concept of deprivation of exercise of PR but rather the concept of deprivation of parental rights. The system still applies the sole exercise of PR after the divorce that means that the other parent is not deprived but is not vested with the exercise. S/he continues to be a holder of parental rights notwithstanding not exercising them.

The misbehaviour of the parent toward the other parent – i.e. parental alienation behaviour or domestic violence, should be taken into consideration, though not explicitly stated in the law.¹⁶⁸⁶

¹⁶⁸⁶ Supreme Court of Cassation Decision No 26-2010-IV Civil division.

The Family Code provides for two types of discharge of parental rights: restriction and deprivation. Both are subject of different proceedings and can not be adjudicated within the divorce proceedings. The restriction or deprivation of parental rights is based on the parent's behaviour towards the child and not on the behaviour of one parent against the other. The grounds for modification of parental rights are two types of parental behaviour, which affects the interests of children. In the first place, this is the faulty behaviour of the parent - "...where the behaviour of the parent jeopardizes the personality, upbringing, health or property of the child" (Article 131, para1 of the Family Code). In the second place comes non-faulty behaviour, which, however, also generates a risk for the child – "...where the parent, due to long physical or mental illness or to prolonged absence or other objective reasons is unable to exercise his or her parental rights" (Article 131, para2). Under such assumptions the court "decrees appropriate measures in the interest of the child: discharges some rights or conditions them, or transfers some rights to third person and where necessary places the child in a suitable place". The restriction of parental rights constitutes a temporary seizure of some parental authorities in the interest of the child.

As per article 132 of the Family Code: "The parent may be **deprived** of parental rights: 1. In exceptionally severe cases under the Article 131 and 2. Where, without a valid reason, s/he continuously does not provide care and maintenance to the child."

57. May parent(s), once deprived of the exercise/right of parental responsibility, still be vested with contact, visit and/or residence of his/her/their children?

The parent that does not exercise PR is vested with the contact with child/ren. The regime of personal relations between the children and the parent is a mandatory part of the court order bearing in mind that the law applies the concept of sole exercise of PR (Article 59, para 2 of the Family Code). The new Family Code raises the significance of the issue of contact by improving the statutory regime for its arrangement. The law stipulates that: 'the determination of the regime of the personal relations between the parents and the children shall include determination of a period or days, in which the parent may see and take the children, including the school holidays, official holidays and personal holidays of the child, as well as during some other time (Article 59, para 3).

In all cases of restriction or deprivation of parental rights the court also arranges the contact between the parent and the child. The legal theory suggests that the court should make the contact arrangements if it is in the interests of the child.¹⁶⁸⁷ The contact arrangements could be modified subject to the change of circumstances.

58. Which arrangements are legally available to parents in order to organise residence of children after divorce? (Usual residence with visit and contact, shared residence, residence granted to a third party...)

The following arrangements are legally available to parents in order to organise residence of children after divorce:

- usual residence with visit and contact – it is almost the universal arrangement;

¹⁶⁸⁷ Nenova, L. (1994) *Family Law*, p. 443.

- shared residence – available in theory, most probable if parents could reach an agreement on the exercise of PR;
- residence granted to a third party – it is possible. As per Article 59, para 7 of the Family Code: ‘Exceptionally, if the children’s interests impose this, the court may order that they should live with grand parents, or the family of other relatives or close people, with their agreement. In case, that this is not possible, the child shall be placed in a foster family or in a specialized institution, indicated by the Social Assistance Directorate. In any case, the court shall determine an appropriate regime of personal relations between the child and the parents.’

59. May arrangements regarding the residence of the child be decided by a parental agreement? If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The arrangements regarding the residence of the child can be decided by parental agreement. It is a mandatory part of the agreement within the consensual divorce. It is so requested by article 51, para 1 of the Family Code: ‘In case of divorce on mutual consent, the spouses shall produce an agreement about the place of residence of the children, exercising the parental rights, the personal relations and the children’s support, as well as about using the family home, the spouse’s alimony and the family name.’

As far as the contested divorce is concerned, the parents may agree on every aspect of PR after the divorce (Article 59, para 1 of the Family Code). If they have agreed only on residence and the judge approves such an arrangement, the agreement will become part of the divorce order dealing with consequences of divorce.

Both in consensual and contested divorce the judge is vested with the power to scrutinize this agreement. Briefly, the judge has no power to modify the agreement in both divorces. *See more in the answers to Q 45, 53 and 55.*

The parent with residence has no power to decide on child relocation abroad. The consent of the other parent (if s/he is not deprived by parental rights) is required and if not obtained, the court should decide (Article 127a of the Family Code).

60. Are legal provisions available to the judge to guaranty the relationships between parents and child after divorce? If yes, what are they? Are sanctions provided if one parent does not fulfil his/her duty to maintain relationship with his/her child?

The following guarantees are provided by the Family Code: ‘if this is needed, the court shall determine appropriate protection measures to provide implementation of the contact order, as:

1. personal relations to take place at the presence of a certain person;
2. personal relations to take place at a certain place;
3. taking the costs for the child’s trip, if this is necessary, also of the person, accompanying him/her (Article 59, para 8).

If the circumstances change, the court, upon a request of one of the parents, upon request of the Social Assistance Directorate, or by right of office, may amend the measures, ordered before and determine new ones (Article 59, para 9).

No explicit sanctions are provided if one parent does not fulfil his/her duty to maintain relationship with his/her child. However, such behaviour could ground a case for modification of PR.

b. Post-marital financial consequences

61. Does the settlement of financial consequences of marriage breakdown is made in a single divorce proceeding or can it be dealt through a distinct one, either concomitant or subsequent?

The settlement of only one financial consequence of marriage breakdown should be made in the procedure for granting of the divorce. It is the decision on maintenance obligations of the former spouses – it should be part of the divorce order.

The maintenance could be decided by the divorce court if no agreement has been reached by the spouses in divorce due to irretrievable breakdown. The maintenance arrangements could be part of the agreement, if any, of spouses on the consequences of divorce. The only requirement is the agreement to correspond to the statutory provisions (see more in the answer to the Q 45). The judge is obliged to scrutinize this part of the agreement. In consensual divorce – if the judge is not satisfied by its compliance with the law the parties should revise it in the proposed time limit.

The provision of maintenance after divorce may be a subject of the marital contract, if any. Such an agreement must be in compliance with the imperative provisions of the law (i.e. that prohibit refusal of maintenance for the future) but may contain better protection of the creditor spouse (i.e. maintenance for an able-bodied or 'guilty' spouse, for a longer term)(Article 38, para 1 – 6 of the Family Code). The spouses that had concluded a marital contract are free to modify it in the agreement within a consensual divorce.

The settlement of the other financial consequences of marriage breakdown – i.e. compensation claims to personal assets of the spouse, redistribution of shares of common property is made in either within the divorce proceedings – subject to agreement between spouses or to the judge's opinion (*because this is not a mandatory part of the divorce order*) or in a distinct proceedings subsequent to divorce.

i. Consequences between spouses

62. At the time of marriage breakdown are ex-spouses entitled the one regarding the other to:

- Compensation:

Yes, the ex- spouses are entitled to compensation. The entitlement depends on the *regime of property relations* that is in force during the marriage.

Under the **community of property regime**, either spouse is entitled to receive a *portion of the value of the personal belongings (property)* acquired during the marriage necessary for the professional needs of the other spouse, his/her trade / enterprise and of his/her takings, if they are of a considerable value and s/he has *contributed* to their acquisition with his/her labour, means or work at the household. The action may also be brought before the divorce proceedings where the behaviour of the spouse who has acquired the property puts in jeopardy the interests of the other spouse or the children (Article 30 of the Family Code).

If personal assets have been used for investments in the *community property*, the husband that has invested his/her personal property is also entitled to compensation but only after the divorce. The judicial practice considers that in such case the spouse has acted within the common duty of the spouses to ensure the welfare of the family and to take care for the rearing up, bringing and support of children by reciprocal goodwill and mutual efforts and according to each other's capabilities, property and income (Article 17 of the Family Code). The Supreme Court of Cassation has also an established practice (cases where a spouse has invested personal money to pay a common debt) to acknowledge the compensation right to the level of the proved injustice enrichment of the other spouse (Re: judgments No 209/1988-I; no 88/1992-II; No 495/1992-II; No 799/1992-I; No 674/2000-II, No 603/2002-I, and others).¹⁶⁸⁸ The Supreme Court of Cassation (i.e. decision No 59/2010-IV) also admits compensation claims based on the common statutory grounds for unjust enrichment of the Obligations and Contracts Law (Articles 55 and 59). The compensation in this case will be nominal.

Any spouse can also be compensated by redistribution of shares of the common property after the divorce (Article 29 of the Family Code). In principle, shares are established equal after the termination of the community of property following the divorce (Article 28 of the Family Code). The spouses can not agree on different shares after the marriage dissolution¹⁶⁸⁹ but difference in shares could be established based on a court judgment if only the statutory grounds are satisfied. Difference in shares could be established based on two grounds stipulated by article 29 of the Family Code. In case of termination of the matrimonial community property by divorce the court may assign a larger share to the ex-spouse that will exercise the parental responsibility, if this imposes on him/her serious hardship (Article 29, para 1 of the Family Code). The judicial practice is firm that the sole exercise of the PR does not establish a claim for a larger share. The exercise needs to impose a serious hardship for the parent in cases for instance – children have special needs, health problems etc.¹⁶⁹⁰ Secondly, the court may adjudge a larger share of the common property to one of the spouses where his/her contribution to its acquisition is considerably larger than the one of the other spouse (Article 29, para 3 of the Family Code). The judicial practice is firm that the plaintiff should prove a considerably larger contribution in to the community of property in order to have a successful claim. The larger income is not enough.¹⁶⁹¹

Under the regime of *separation*, each of the spouses shall have the right to receive part of the *value of the all acquired property* by the other one during the matrimony, as far as s/he has contributed by labour, by his/her means, care after the children, by work in the household

¹⁶⁸⁸ See: Venedikov, P. (2000). Issues of the Matrimonial Community of Property. Pp. 39-40.

¹⁶⁸⁹ It could be done only if the spouses have chosen the contractual regime.

¹⁶⁹⁰ Re: judgment of the Supreme Court No 908/1995-I Civil division.

¹⁶⁹¹ Re: judgment 1065/1998-II of the Supreme Court of Cassation.

or any other way (Article 33, para 2 of the Family Code). Compensation claim may arise also on the ground of personal investment in common debt (Article 36, para 2 of the Family Code).

In the case property relations during the marriage are governed by a marital contract, any compensation rights could be agreed by the spouses.

The law allows for one more option for compensation. Donations made in relation or during the matrimony of a spouse, may be repealed after the divorce in cases, indicated in the civil laws (Article 227 of the Obligations and Contracts Law), or if the repeal has been envisaged in the donation agreement or the matrimony contract (Article 55 of the Family Code).

- Maintenance:

Following the divorce the former spouse is entitled to maintenance if he/she is not able to work or to support him/herself from the own assets (Article 139 of the Family Code). The law contains no provision regulating the situation where employment disability occurs during the marriage or is in relation of causality to marriage.¹⁶⁹² The court interprets employment disability as an objective condition, i.e. a position where an individual is unable to work, usually for reasons of ill-health. Employment disabilities may be continuous or temporary. Pregnancy and maternity are considered to be a temporary disability coinciding within the respective periods of leave set out in the Labour Code (for pregnancy and delivery 410 calendar days, 45 of them prior to delivery).¹⁶⁹³ Where a mother used unpaid maternity leave to raise a child of 2-3 years of age, the Supreme Court held that 'the mother is able-bodied, although she may have difficulty in supporting herself during this period. However, this does not entitle her to seek maintenance from her former husband'.¹⁶⁹⁴

The former spouse will owe maintenance only if there are no children or parents able to provide it – the ex spouse comes after these relatives as per article 140, para 1 of the Family Code.¹⁶⁹⁵ The right to maintenance is acquired only by the 'innocent' party in a divorce. Under Article 145, para 1 of the Family Code: 'Only the spouse who has not been guilty for the divorce is entitled to maintenance'. If the issue of marital fault has not been addressed, the maintenance will be arranged on the basis of needs. Where both spouses are found responsible for the marriage breakdown they do not owe maintenance to each other. The right to maintenance of the former spouse shall be terminated, when he/she contracts a matrimony (Article 145, para 3 of the Family Code).

The provision of maintenance after divorce may be a subject of the marital contract. Such an agreement must be in compliance with the imperative provisions of the law (i.e. that prohibit refusal of maintenance for the future) but may contain better protection of the creditor spouse (i.e. maintenance for an able-bodied or 'guilty' spouse, for a longer term)(Article 38, para 1 – 6 of the Family Code).

¹⁶⁹² Supreme Court Decision No-2914-1972- II, No-2585-1973-II.

¹⁶⁹³ Supreme Court, Decision No -5-1970.

¹⁶⁹⁴ Supreme Court, Decision No -13-1979-II, No-77-1980-II.

¹⁶⁹⁵ See also: Ruling of the Supreme Court of Cassation 127 - 31.01.2012 on the claim 174/2011 – III.

- Compensation of rights to pension benefits:

Pension rights are individual. The post-divorce distribution of spousal property, pension rights and social security benefits is of only indirect relevance, namely as an indication of a spouse's ability to provide for himself/herself from his/her own property and, in this sense, his/her need of maintenance. The absence of pension rights (or other social security benefits) related to marriage is bound to constitute a ground for maintenance since this will provide substantiation of the right: employment disability and inability to support oneself from the property.

- Damages:

Only if agreed in the marital contract.

- Any other payment or property rights?

N/A.

If yes, please answer the following questions:

63. Does the maintenance/compensation/damage issue must be claimed at the time of the initial request or can it be made in the course of divorce proceeding?

Both are possible.

The *maintenance* claim in divorce based on *irretrievable breakdown* is among the **compulsory** issues (*ex officio* if the spouses have failed to claim) that are dealt with by the divorce court: Article 322 (2) All matrimonial actions may be joined there between. The demands for exercise of parental rights, interspousal personal relations and child maintenance, use of the matrimonial home, interspousal maintenance and the surname shall mandatorily be brought and examined by such actions (Code of the Civil Procedure).

The maintenance between spouses is part of the **mandatory** contents of the agreement in consensual divorce (Article 51, para 1 of the Family Code).

During the marriage the spouses share the obligation 'through mutual understanding and common efforts and according to their abilities, property and incomes to provide the family welfare and to take care of the upbringing, fostering and education and support of the children' (Article 17 of the Family Code). In addition the Family Code places the spouse at the first line in the lists of persons obliged to provide and entitled to family maintenance (Articles 140-1 and 141-1 of the Family Code). Therefore, either spouse, may claim *maintenance during the marriage* if the other spouse does not provide it on his/her own motion and the petitioner is not able to work or to support him/herself from the own assets (Article 139 of the Family Code).

Similar is the philosophy behind another provision that stipulates for a *compensation claim* to be made *during the marriage*. Either spouse shall have the right to receive *part of the value of the objects for exercising profession or trade and of the receiving of the other spouse, acquired during the matrimony*, if they have significant value and he/she has contributed for their acquiring by his/her labour, by his/her means, by the care after the children or by his/her work in the household. This claim may be demanded before the divorce, if the behaviour of

the spouse, who has acquired the property, puts in danger the interests of the other spouse and the children (Article 30, para I of the Family Code).

64. Can the maintenance/compensation/damages claim be introduced by one or the other spouse after the divorce being granted? If yes, is this action enclosed in a specific period of time?

The maintenance claim should be introduced *during the divorce proceeding* since it is one of the mandatory issues to be dealt with by the divorce court. See also the answer to Q 61 - 63.¹⁶⁹⁶ Any claim for revision of the maintenance is admissible afterwards. Where no provision for maintenance has been made but an employment disability occurs within the time limit prescribed by law (3 years after divorce), maintenance is due only where such disability is related to the marriage. The court may extend the term for the provision of maintenance, if the ex-spouse creditor is in an extremely difficult situation and the debtor ex-spouse may provide it without special difficulties (Article 145, para 2 of the Family Code). The claim should be submitted within the time limit of 3 years after the divorce.

A compensation claim to receive *part of the value of the objects for exercising profession or trade and of the receiving of the other spouse, acquired during the matrimony*, if they have significant value and he/she has contributed for their acquiring by his/her labour, by his/her means, by the care after the children or by his/her work in the household, may be made after the divorce being granted but within the time limit of one year after marriage dissolution (Article 31 of the Family Code).

Redistribution of shares of the common property may be claimed *only* after the divorce but *within the time limit of one year* starting from:

- the marriage dissolution in the case of contribution to its acquisition is considerably larger than the one of the other spouse (Article 29, para 3 of the Family Code)
- after granting the exercise of the parental responsibility, if this imposes serious hardship on the parent in question (Article 29, para I of the Family Code).

65. May one of the spouse be discharged from providing for maintenance/compensation/damages, to the other? If yes, on which grounds?

The former spouse owes maintenance only if s/he is able to provide it and limited to his/her ability (Article 142, para I of the Family Code: "The amount of maintenance is determined according to the needs of the person entitled to it and the means of the person liable to provide it"). In case of change in the circumstances, the adjudicated support or the supplement to it may be amended or terminated (Article 150 of the Family Code).

66. May one of the spouses be deprived from obtaining maintenance/compensation/damages, from the other? If yes, on which grounds?

If the applicant spouse is found guilty for the marriage breakdown, s/he will be deprived from obtaining maintenance from the other spouse. Deprivation could occur also in the following circumstances: if the creditor has committed an offence against the debtor, against his/her spouse, descendent or ascendant persons (Article 151, para I of the Family Code) and if the creditor contracts matrimony (Article 145, para 3 of the Family Code).

¹⁶⁹⁶ See also: Ruling of the Supreme Court of Cassation NI 18 -16.02.2012 on the case N 536/2011 – III.

Deprivation of compensation could be based on the lack of contribution to the personal assets / finances of the other spouse.

67. According to legal provisions or case law, is balance between the two ex-spouses personal assets sought?

Yes, the related provisions of the Family Code seek to establish a balance between the two ex-spouses personal assets. Under the each of the three matrimonial property regimes: common ownership, separation and contractual, spouses can acquire personal assets. The law seeks balance based on the following criteria:

- respect and protection of private property,
- respect of the contribution/participation of the non-owner spouse to the acquisition,
- any means of participation are relevant: labour, money, care after the children or by work in the household.

68. Are the rules organising compensation/maintenance/damages, connected to the rules organising the liquidation of matrimonial assets, or to equivalent ones relating to property law?

The rules organising compensation entitlement are part of *regime of property relations* that is in force during the marriage as stipulated by the Family Code. The specific rules in regard with the liquidation of matrimonial assets are placed in the Family Code. See more details in the answer to Q 62.

69. Do the grounds for divorce have an incidence on an award of compensation/maintenance after marital breakdown? If yes, to what extent?

There is no such a statistics or survey – to show the correlation between the ground for divorce and the incidence on compensation.

70. What shape compensation/maintenance or other financial obligations between the spouses may take? If multiple shapes are available, are they determined according to the grounds for divorce?

The shape of the compensation is fixed in the law. Multiply shapes are available (cash in lump sum and monthly payments as well a share in real property). These do not depend on the grounds for divorce. In consensual divorce the compensation/maintenance or other financial obligations between the spouses may be fixed in the agreement and thus their shape and value depend on the negotiation power of the spouses. It is always possible, however, in both types of divorce, these issues to be settled by the judge in a separate proceeding subsequent to the one of divorce.

The shape of compensation depends on the type of the matrimonial property regime chosen by the spouses. If compensation is ordered from the personal assets of the other spouse it is in a form of money (cash). Under the community of property regime (Article 30 of the Family Code) the non owner spouse is entitled to receive a *portion of the value of the personal belongings (property)*.

This portion is calculated on the basis of the value of particular personal assets only:

- that are necessary for the professional needs of the other spouse and

- that are for his/her trade and included in his/her / enterprise and
- of his/her takings.

Pre-conditionals for the compensation are:

- the personal assets are acquired during the marriage, and,
- they are of a considerable value and
- the other spouse has *contributed* to their acquisition with his/her labour, means or work at the household.

Under the regime of *separation*, each of the spouses shall have the right to receive part of the *value of the all acquired property* by the other one during the marriage, as far as s/he has contributed by labour, by his/her means, care after the children, by work in the household or any other way (Article 33, para 2 of the Family Code).

The compensation is shaped in cash also where granted on the basis of unjust enrichment.

The compensation may be order in a shape of share of real property only if the applicable matrimonial property regime chosen by the spouses is community of property. The court may order re-distribution of the shares of spouses in common property acquired during the marriage after its termination following the divorce. See more in the answer to the Q 62.

The amount of maintenance should be fixed in accordance with the needs of the claimant and the means of the indebted party. No model for the calculation of maintenance is prescribed by law. The amount is fixed by the court (if no agreement has been reached), not by formal mathematical criteria or percentages, but by reference to the specifically identified needs of the claimant and the capacity of the debtor (needs/capacity ratio). “The needs of individuals are determined on the basis of their typical living conditions, taking into account age, education and the other circumstances of the case. Maintenance has to be fixed in such a way as not to encourage an extravagant lifestyle or provide opportunities for expenditure for purposes other than maintenance”.¹⁶⁹⁷ As for the capacity of debtor the Supreme Court says: “The criterion for the amount of the maintenance, i.e. the average monthly earned income during the last 12 months before the court decision, is in fact a measure (an indicator) of the capacity of the party owing maintenance ...”.¹⁶⁹⁸ Moreover, the Supreme Court stipulates that: ‘the capability of persons owing maintenance is determined by their income, financial position and professional qualifications. The income generated from assets, bank deposits and property itself is taken into account in identifying a specific capability’.¹⁶⁹⁹ And: ‘The amount of the maintenance is determined by the needs of the party claiming maintenance, but may not exceed the capacity and capability of the debtor’.¹⁷⁰⁰

The amount of maintenance is fixed in cash (in majority of cases) and provided on monthly basis (Article 146, para 1 of the Family Code).

¹⁶⁹⁷ Supreme Court, Decision No-5-1970- § 4.

¹⁶⁹⁸ Supreme Court, Decision No -548-1980.

¹⁶⁹⁹ Supreme Court, Decision No-5-1970- § 5.

¹⁷⁰⁰ Supreme Court, Decision No -464-1986.

71. Does your national law allow the competent authority to allocate the family home to one spouse for property, use or renting?

The Family Law allows **the court** to allocate the family home to one spouse for property/ use or renting. This ruling is applied only in cases of divorce due to irretrievable breakdown where there is no agreement on the issue because the consequences of the divorce based on mutual consent are to be agreed by the spouses.

First of all, the divorce court orders *ex officio the use* (but not the ownership) of the matrimonial home where there are children of the marriage below the age of 18. The parent with the exercise of the parental responsibility (PR) after the divorce has the preferential right to use the matrimonial home.¹⁷⁰¹ The law specifically governs three situations. Where the matrimonial home belongs to one of the ex-spouses, the court may assign the use of it to the other spouse, to whom the exercise of parental rights has been granted, until s/he continues to do so. Usually, the use will last till children reach the age of majority (18 years) (Article 56 para 2 of the Family Code). In case the matrimonial home belongs to close relatives of one of the spouses, the court may assign the use of it to the other spouse to whom the exercise of the parental rights has been granted but only for up to one year time (Article 56 para 3 of the Family Code). In both cases the parent (ex-spouse) non-owner of the home should pay a rent for her/his part of the home (Article 57 of the Family Code).¹⁷⁰² The use of the matrimonial home may be terminated before the expiry of the term, where the beneficiary enters into a new marriage (Article 56 para 4 of the Family Code). If the matrimonial home is community of property the interests of minor children will guide the distribution of its use (Article 56 para 5 of the Family Code).

If there are no children of the marriage below the age of 18, the use of family home will be allocated based on the 3 criteria: indivisibility of the use of the matrimonial home, housing need and specific claim for the allocation of the use (Article 56 para 1 of the Family Code). Where the family home is common property other issues should also be considered such as: the fault for the marriage breakdown (if any), health status of spouses and others (Article 56 para 5 of the Family Code).¹⁷⁰³

As far as the ownership of the family home is concerned, there is a specific regulation of the Code of Civil Procedure (article 349/1) on the allocation of the matrimonial home to a spouse during the proceedings for the division of the community or property (converted to joint property after the divorce or a death of a spouse). The statutory preconditions for the ex- (or survived) spouse to receive the matrimonial home into his/her share are as follows: 1/ s/he to be assigned with the exercise of PR, 2/ not to own lodging, 3/ the home to be indivisible.

72. May amount and modes of fulfilling the financial obligations between spouses be determined by spousal agreement?

Yes, the provision of maintenance or other financial obligations after divorce may be a subject of the marital contract. Such an agreement must be in compliance with the imperative provisions of the law (i.e. that prohibit refusal of maintenance for the future) but

¹⁷⁰¹ Re: rulings of the Supreme Court No 12/1971 and No 5/1976.

¹⁷⁰² Re: judgment of the Supreme Court of Cassation No 1813/2002-IV.

¹⁷⁰³ Re: judgments of the Supreme Court No 1327/1994-II, No 1205/1995-II, No 921-1996-II.

may contain better protection of the creditor spouse (i.e. maintenance for an able-bodied or 'guilty' spouse, for a longer term etc.)(Article 38, para 1 – 6 of the Family Code).

73. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The judge is vested with the power to scrutinize the agreement on maintenance in both consensual and contested divorce. The compensation claims should not be part of mandatory contents of the agreement. As in all cases illustrated so far, the judge may ask the spouses to reconsider the agreement if it is contrary to the law. If the spouses do not modify the agreement, the judge dismisses the claim for consensual divorce but decides on the maintenance in contested divorce.

74. In order to evaluate the amount of compensation/maintenance/damages, are the spouses under duty to fully disclose the elements making up their assets (incomes, capital, assets, pension, benefit...) or can they be discharged from full and frank disclosure?

No, there is no such explicit obligation for the spouses. The petitioner should produce evidence about his/her own income and that of their former spouse. The respondent has no obligation to produce evidence of his or her income. The court may, at the request of the applicant, instruct the respondent to produce evidence of his or her income and assets.

The court may issue the applicant with a certificate enabling him or her to obtain indirect information about the income of the debtor by checking tax declaration, social security contributions (if any) and others. In maintenance claims, the evidence presented in divorce proceedings about the property of spouses (which was provided in order to determine the scope of the matrimonial community of property) can also be regarded as of a circumstantial nature.

75. If no discharge does exist, what are the consequences of the refusal by one of the spouses to disclose financial elements of his/her assets?

N/A

76. What are the criteria taken into account in order to evaluate the amount of the due compensation/maintenance/damages? (former household way of life, needs of the ex-spouses either actual and/or future, age, health or ability to find a job, self-sufficiency ...)

For the statutory criteria to evaluate the amount of the due compensation, please see the answer to Q 62.

There are no statutory criteria in order to evaluate the amount of the due maintenance. The general stipulation of the Family Code is that: "The amount of maintenance is determined according to the needs of the person entitled to it and the means of the person liable to provide it"(Article 142, para 1). Criteria are established within the case law. For instance, age and health are of importance only inasmuch as they constitute factors indirectly determining the need for maintenance. According to the Supreme Court, 'an individual's needs are determined in accordance with his/her normal (typical) living conditions, bearing in

mind his/her age, educational background and other circumstances in the case. Needs are always specific'.¹⁷⁰⁴ The duration of marriage and the raising of children are also of relevance: 'Where a wife finds it impossible to maintain herself from income and assets because she is bringing up children and this circumstance is found to have been of relevance even before the de facto separation, her husband will be liable to maintain both her and the children after separation. In such cases, the entitlement to maintenance is based on the legal circumstances of the family, which made it impossible for the wife to maintain herself because she was fulfilling her duty to care for the children.'¹⁷⁰⁵

See more in the answer to the Q 70.

77. May the amount of compensation/maintenance/damages be revised? If yes, on which grounds and to which term (regularly, considering the needs of the petitioner ...)?

Two grounds are laid down by the Family Code for the revision of the maintenance amount:

- The court may extend the term for the provision of maintenance, if the ex-spouse creditor is in an extremely difficult situation and the debtor ex-spouse may provide it without special difficulties (Article 145, para 2 of the Family Code). The claim should be submitted within the time limit of 3 years after the divorce.
- In case of change in the circumstances, the adjudicated support or the supplement to it may be amended or terminated (Article 150 of the Family Code).

ii. Consequences regarding children

78. Is the obligation to maintain the child linked either to parental responsibility, or to the residence of the child, or to any other element?

The obligation to maintain the child is linked to *the parental responsibility but the residence of the child is also meaningful*. The holder of PR / parental rights is obliged to provide child support. If the court orders (in the case of no agreement) the child support, it calculates the amount that satisfies the needs of the child, first ('The amount of the support must provide conditions of life for the child, which s/he has had before the divorce, unless this would create special difficulties of the parent, owing the support' (Article 59, para 5 of the Family Code). The judge then divides the amount between both parents. The parent with residence is considered to provide his/her share in kind – by the care, education and supervision of the child. The parent not living with the child should pay his/her share in cash.

79. By which means does your system organise maintenance of the child by the parent who is not usually living with him/her (maintenance order, supply of assets for the benefit of the child, supply of capital, trust...)?

The major instrument to arrange the maintenance of the child is the maintenance order.

¹⁷⁰⁴ Supreme Court decision No -5-1970.

¹⁷⁰⁵ Supreme Court decision No.-891-1976.

80. May methods provided to carry out maintenance obligation regarding children be determined by parental agreement?

The question is not quite clear.

81. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the parents to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The judge is vested with the power to scrutinize the agreement on child maintenance both consensual and contested divorce. It is be part of mandatory contents of the agreement. As in all cases illustrated so far, the judge may ask the spouses to reconsider the agreement if it is contrary to the law or against the best interests of the child. If the spouses do not modify the agreement, the judge dismisses the claim for consensual divorce but decides on the maintenance in contested divorce.

III. PROCEDURE

82. May divorce be granted and its personal and financial consequences settled outside legal proceedings?

No, it may not.

83. If yes, which is the competent authority to know about these issues? Is that administrative proceeding the sole one or it is an alternative to legal proceedings?

N/A.

84. In your system, which is the court legally competent to grant divorce? Is that Court equally competent to hold about its consequences? Do transnational divorce proceedings fall within the competence of a particular Court?

The common district courts have jurisdiction over divorce proceedings (Article 103 of the Code of Procedure Code). Specialised panels (matrimonial sections) have been established in the courts of some regional centres and also in Sofia with sole jurisdiction to hear matrimonial cases.

85. After the petition for divorce is presented, must the spouse respect a cooling-off period? If yes, how long is that period of time?

No, the cooling period was abolished by the Code on Civil Procedure of 2008.

86. Are the spouses under duty or invited, when divorce proceeding is initiated or afterward in the course of process, to turn to alternative dispute resolution?

As article 321 of the Code on Civil Procedure reads: at the first hearing the court shall be obligated to redirect the parties to mediation or another procedure for voluntary resolution of the dispute. If the parties reach agreement on commencement of mediation or another

procedure for voluntary resolution of the dispute, the case shall be stayed. Each of the parties may move for a resumption of the proceeding in the case within six months. Unless such a motion is made, the case shall be dismissed. Where agreement is reached, depending on the content of the said agreement the case shall be dismissed or a proceeding for divorce by mutual consent shall be proceeded with. If the parties fail to reach agreement on a mediation procedure or another procedure for voluntary resolution of the dispute, the examination of the case shall continue.

87. May the competent authority during the course of divorce proceeding make interim orders on

- the family home,
- the children,
- maintenance between the spouses,
- the consequences of marital abuse ?

The Code on Civil Procedure (article 323) provides for such option. The court seized by claim for divorce due to irretrievable breakdown shall rule on interim measures regarding the maintenance of spouses and children, the matrimonial home and the use of the property acquired during the marriage, as well as regarding the care of the children if addressed by such a petition. The court shall pronounce on any such petition during the hearing during which the said petition is submitted, unless additional evidence has to be taken. In such case, a new hearing shall be scheduled within two weeks. The ruling on interim orders shall be unappealable but may be modified by the same court.

88. Is appeal available against the divorce order or against an out of court divorce decision?

The divorce order shall enter into effect, even if it is appealed solely in its parts concerning the fault or the exercise of parental responsibility (Article 325 of the Code of Civil Procedure).

The divorce order on divorce by mutual consent can not be appealed (Article 330 of the Code of Civil Procedure).

89. Does a third-party (public prosecutor, child's solicitor, social services, institution aiming at protecting children...) have the right to intervene

- in divorce proceeding,
- in proceedings on parental responsibility if separated from the divorce proceeding?

If yes, on which grounds?

The social services (Social Assistance Directorate) only can intervene in the divorce proceedings if invited by the judge to submit an opinion on the best interests of the child where: the judge examines the agreement on parental responsibility in both cases of divorce, the judge makes an order on PR if no agreement has been reached in the divorce due to irretrievable breakdown (Articles 49, para 5, 51, para 2, 59 para 5 of the Family Code).

The Social Assistance Directorate can submit a petition before the court to modify the measures regarding the exercise of parental responsibility in case of change in the circumstances (Article 59, para 9 of the Family Code).

90. Are the child's views assessed in legal proceeding for divorce (and/or parental responsibility) or in out of court divorce processes? If yes, what are the methods used for assessing the child's views? May he/she be assisted in this assessment and by whom?

The Child Protection Act (2000) introduced a general rule for participation of the child in judicial and administrative procedures. As Article 15 says: (1) In all cases of administrative or judicial proceedings affecting the rights and interests of a child should provide for an obligatory hearing of the child, provided s/he has reached the age of 10, unless that proves harmful to his/her interests. (2) In cases where the child has not reached the age of 10, s/he may be given a hearing depending on the level of his/her development. The decision to hear the child shall be substantiated."

More specifically, the Family Code provides for hearing of the child in cases of divorce where the issue of parental responsibilities is decided (Article 59, para 6):

..... (6) The court shall hear the parents, as well as the children under the provisions of Art. 15 of the Child Protection Act take a statement from the Social Assistance Directorate and if it is appropriate, hear also other persons.

The views expressed by the child should be assessed by the judge and taken into consideration in the final judgment. There are no specific methods established for the court in order to assess the child views. The Child Protection Act requires for the presence of a social worker from the Social Assistance Directorate or another appropriate specialist in the child hearing. The judge may seek assistance from them in the formulation of questions or in assessing the child views (Article 15, para 4 of the Child Protection Act). Parent/s or the care provider to the child or the next of kin to the child may attend the hearing also if admitted by the judge if this is not against the interests of the child (Article 15, para 5 of the Child Protection Act).

IV. RECOGNITION OF FOREIGN DIVORCE DECISIONS

91. What are the conditions for legal recognition of foreign decisions about:

- p) the termination of marriage,**
- q) financial consequences of divorce,**
- r) the settlement of matrimonial assets,**
- s) parental responsibility,**
- t) children's maintenance?**

Foreign judgment on the **termination of marriage** and on **the parental responsibility** if pronounced in EU member state, will be recognised on the basis of the Council Regulation (EC) 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (articles 21-23).

Foreign judgment concerning the **financial consequences of divorce and children's maintenance** if pronounced in EU member state, will be recognised on the basis of the

Council Regulation (EC) 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

Foreign judgment concerning the **settlement of matrimonial assets** should be recognised on the basis of conditions set up in article 117 of the Code of the International Private Law (see below).

What are the conditions for legal recognition in your country of divorce decisions from a Third State (= outside the European Union)?

Please only mention the national general rules and not bilateral conventions signed by your country.

The conditions of recognition of divorce orders from a Third Country (non EU state) are established in the Code of the International Private Law: Article 117 of the CIPL: The judgments and authentic acts of the foreign courts and other authorities shall be entitled to recognition and enforcement where:

1. the foreign court or authority had jurisdiction according to the provisions of Bulgarian law, but not if the nationality of the plaintiff or the registration thereof in the State of the court seized was the only ground for the foreign jurisdiction over disputes in rem;
2. the defendant was served a copy of the statement of action, the parties were duly summonsed, and fundamental principles of Bulgarian law, related to the defence of the said parties, have not been prejudiced;
3. if no effective judgment has been given by a Bulgarian court based on the same facts, involving the same cause of action and between the same parties;
4. if no proceedings based on the same facts, involving the same cause of action and between the same parties, are brought before a Bulgarian court earlier than a case instituted before the foreign court in the matter of which the judgment whereof the recognition is sought and the enforcement is applied for has been rendered;
5. the recognition or enforcement is not contrary to Bulgarian public policy.

If there is a bilateral convention signed between Bulgaria and the third country it shall **precede** the regulations of the Code of the International Private Law.

92. Can a foreign divorce decision be denied recognition in your country because of violation of public order? Please provide some examples.

Yes, as para 5, article 117 of the Code of Private International Law stipulates, the foreign divorce decision be denied recognition in your country because of violation of public order.

93. Are the foreign divorce decisions related to the citizens of your country subject to publicity measures (registration in official register, registration in official documents: birth certificate, marriage certificate or any others ...)? If yes, what are the publicity requirements?

Yes, the foreign divorce decisions are subject to registration in the population register and in the marriage certificate. The general rule of the Code of the International Private Law (2005) is that a foreign judgment shall be recognized by the authority whereto the said judgment is presented (Article 118, para of the Code of the International Private Law (CIPL)).

The legal recognition of foreign decision about the termination of marriage is made by the Civil Registrar before which it is submitted for the registration of the divorce. The divorcee

should submit an application as well as a true copy of the judgment, authenticated by the rendering court, and a certificate issued by the same court, to the effect that the said judgment has taken effect, shall be attached to the application. These documents must be certified by the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Bulgaria (Article 119, para 2 and 3 of the CIPL).

Should the conditions of recognition of the foreign judgment be raised as the issue in a dispute, an action for ascertainment may be brought before the Sofia City Court (Article 118, para 2 of the CIPL).

94. If yes, is registration a facultative or mandatory requirement? Who is in charge of this necessary procedure?

The registration is a mandatory requirement as far as the enforcement of divorce consequences is concerned. The divorced person is in charge of this procedure.

95. What are the consequences of registration or lack of registration?

The lack of registration may lead to uncertainty in the personal status of ex-spouses and their children. The lack of marriage impediments can not be proved, the changed family name can not appear in the personal documents, the parentage of the next children might be confused as well as the inheritance rights of the ex-spouses.

If the marriage abroad is not registered the divorce is not admissible.

RAPPORT ESPAGNOL

Cristina Guilarte Martin-Calero
Professeur à l'Université de Valladolid

I. PARTIE GÉNÉRALE

A. *Droit national*

- I. Quelles sont les principales sources du droit (législatives et/ou jurisprudentielles) actuellement applicable au divorce ?

PRÉALABLE

Après la Constitution espagnole de 1978, la structure politique-administrative de l'Etat espagnol est organisée en Communautés Autonomes ; quelques-unes de ces communautés, pour des raisons historiques (La Galice, Le Pays Basque, la Navarre l'Aragon, la Catalogne, les Baléares, la Valence), détiennent une compétence législative en matière civile, ainsi, elles ont leurs propres normes applicables en la matière, voire, le régime économique-matrimonial et quelques-unes des conséquences qui découlent du divorce.

En outre, la compétence en matière civile correspond exclusivement à l'Etat espagnol, en quelques-unes des matières traitées par cette analyse : les formes relatives au mariage et sa rupture, les normes pour résoudre les conflits des lois et ceux qui concernent les Registres publics (article 149.1.8° CE). De même la législation procédurale est exclusive à l'Etat, sans préjudice aux nécessaires spécialités qui, en la matière, pourraient découler des particularités du droit substantif des communautés autonomes (art. 1.6° CE).

Référence sera faite aux particularités de ces communautés autonomes, le cas échéant, sur chaque paragraphe de manière séparée et explicite.

LES SOURCES DU DROIT ESPAGNOL

-La **Constitution Espagnole**: Article 32 CE:

1. L'homme et la femme ont le droit à contracter mariage en pleine égalité juridique
2. La loi réglera les formes du mariage, l'âge et la capacité de le contracter, les droits et les devoirs des conjoints, les causes de séparation et rupture et leurs effets.

-Applicable sur tout le territoire espagnol, la **Loi de Procédure civile de 2000**, articles 76 et suivants (procédure du divorce) et le **Code Civil** qui règle les délais, les causes et les effets légaux du jugement de séparation ou de divorce.

-Les conséquences conventionnelles ou judiciaires du divorce recueillies par le **Code Civil** qui sera applicable sur tout le territoire espagnol, excepté les communautés autonomes qui détiendraient une compétence en matière civile et qui auraient réglé quelques aspects en la matière de façon diverse. On pourra remarquer, le long du questionnaire, qu'il n'existe pas, en général, des grandes différences entre le Code civil et les lois autonomiques en cette matière.

- a) L'Aragon : Código del Derecho foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo
- b) Les Iles Balears: Texto Refundido de Compilación del Derecho civil de Baleares, Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de Septiembre
- c) La Navarre : Compilación Navarra Ley 1-1973, de 7 de marzo
- d) La Catalogne : Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.
- e) La Valence : Ley de Régimen Económico matrimonial ley 10-2007, de 22 de marzo et la Ley 5-2011, de 5 de Abril de 2011, de Relaciones Familiares, questionné devant la Cour Constitutionnelle mais applicable jusqu'à la decisión définitive.
- f) Pays Vasque: Ley 3-1992 Derecho foral del País Vasco
- g) La Galice: Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho civil de Galicia et Ley de Apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, de 13 de julio de 2011.

-La **jurisprudence** de la Cour de Cassation a donné, depuis quatre ans, d'importantes règles d'interprétation des différents aspects de la rupture (prestation compensatoire, logement familial, garde des enfants...). On en fera référence dans les différents paragraphes, mais il faut tenir compte que, en Droit espagnol, la jurisprudence n'est pas source de Droit, bien que l'infraction à la doctrine jurisprudentielle ouvre la voie au recours en cassation.

-De son côté, la **Cour Constitutionnelle**, dont les décisions constituent source de Droit, a statué, les derniers mois, sur deux questions d'inconstitutionnalité portant sur les lois 13 et 15 de 2005 du mariage homosexuel et du divorce respectivement. La première question considère conforme à notre ordre constitutionnel le mariage contracté par des personnes du même sexe, et la deuxième déclare inconstitutionnel l'article 92.8 du Code civil qui exigeait un rapport *favorable* du Procureur de la république pour que le juge puisse accorder la garde partagée en cas de désaccord des géniteurs. On déclare nul le réquisit *favorable*, de façon à ce que, à partir de la publication de la sentence sur le BOE, il ne soit nécessaire que le rapport du Procureur de la République pour accorder, si on l'estime adéquate, la garde partagée.

2. Faites un historique rapide des principales évolutions du droit du divorce dans votre pays.

En Espagne, après une brève période pendant la République (1932) de reconnaissance du divorce, celui-ci est introduit en 1981; jusqu'à ce moment-là, la nullité du mariage et la séparation étaient les seuls mécanismes de rupture à être réglés, à titre exceptionnel, dans un système de mariage permanent. La séparation était de type causal et ses effets correspondaient à deux cas de figure, aujourd'hui révolus, le conjoint innocent et le conjoint coupable. Il faut savoir que pendant la dictature du Général Franco, le mariage était régi par la religion catholique, qui était la religion de l'Etat, et en matière de Droit de famille le principe d'égalité n'était pas appliqué, c'est ainsi qu'il existait une supériorité de l'homme en tant que mari et père.

La Constitution espagnole de 1978 stipule, dans son article 32, que la loi réglera les causes de séparation et rupture du mariage, tâche qui fructifie dans la **loi du 7 juillet 1981** qui discipline la séparation et le divorce dans le Code Civil.

Cette loi introduit un système de séparation et de divorce qui établit, en tant qu'étape préalable à la rupture définitive du lien, une période obligatoire de séparation (de fait ou légale) ; les effets de la séparation ou du divorce ne dépendent plus du critère de la faute, même s'il en existe encore quelque vestige dans le Code Civil (74,95 et 1324 Cc). La séparation et le divorce peuvent être décidés de commun accord par les conjoints qui feront accompagner leur demande de séparation ou de divorce d'une convention réglant les effets de l'une ou de l'autre. Cette convention sera homologuée par le juge si elle ne résulte contraire aux intérêts de l'un des conjoints ou des enfants mineurs. Si un accord n'existe pas, les conjoints devront entamer la procédure contentieuse, fonder leur demande sur une cause de séparation ou de divorce avec les mesures correspondantes en rapport aux enfants, à la prestation alimentaire et compensatoire et au logement familial.

Les réformes du Droit de Famille de 1981 suppriment le critère de la faute dans la détermination des effets et des conséquences de la séparation et du divorce, mais gardent un système causal de séparation et de divorce qui, dans des cas déterminés, font possible l'identification d'un présumé coupable (l'abandon injustifié du foyer, l'infidélité conjugale, la conduite injurieuse ou vexatoire et toute violation grave ou répétée des devoirs conjugaux; toute violation grave ou répétée des devoirs à l'égard des enfants en commun ou à l'égard des enfants de l'un ou de l'autre conjoint qui cohabiteraient dans la résidence familiale ; l'alcoolisme, la toxicomanie...).

Les dernières années, il a existé un consensus sur la fin de la affectio maritalis en tant que cause de séparation et/ou divorce, de telle manière qu'il n'était pas nécessaire d'avoir recours aux causes légales au regard du Code civil.

Les années sont passées, la société a avancé et la culture du divorce s'est répandue, éloignée de la famille traditionnelle des années 80 et complètement incorporée aux nouveaux temps, les différents acteurs juridiques réclamaient un changement dans la législation qui supprimerait la procédure de séparation en tant que démarche préalable obligatoire pour l'obtention du divorce, par ses coûts affectifs, économiques et procéduraux, ainsi que la suppression des causes taxées de séparation et de divorce, dont la preuve était considérée contraire au droit constitutionnel à l'intimité familiale.

De telles revendications trouvent leur pleine inclusion dans la **loi 15/2005**, du 8 juillet de modification du Code civil et de la Loi de procédure en matière de séparation et de divorce, qui maintient la séparation et le divorce comme alternatives légales, avec les mêmes présupposés et procédures et qui supprime le modèle causal, réglant une unique cause de séparation et de divorce fondée sur la volonté des conjoints de mettre fin au lien conjugal et y introduit la modalité de garde alternée des enfants et la temporalité de la prestation compensatoire.

La nouvelle régulation légale de la séparation et du divorce base tout le système sur la liberté des conjoints de décider sur le maintien de l'union conjugale, comme s'il s'agissait d'un consentement matrimonial suivi, de telle manière que la simple volonté de l'un des conjoints de mettre fin au mariage suffit à ce que la séparation ou le divorce soit déclaré. Une seule condition en est requise : l'écoulement de la période légale de trois mois depuis la date du mariage, délai qui pourra être inférieur si l'on certifie que la vie, l'intégrité physique, la liberté, l'intégrité morale ou la liberté et l'indemnité sexuelle du conjoint demandant ou des enfants en commun ou de l'un ou de l'autre, sont en danger.

Il est bien évident que, en une trentaine d'années, nous sommes passés d'une situation dans laquelle le divorce n'était pas reconnu en tant que moyen d'annulation du lien matrimonial, à la situation actuelle dans laquelle nous avons une des régulations les plus avancées et progressistes en matière de divorce et de mariage (reconnaissance pleine du mariage homosexuel).

3. Existe-t-il à l'heure actuelle un projet de réforme en la matière ?

A l'heure actuelle le Ministère de la Justice travaille sur un projet de loi qui comprend la formule du divorce notarial pour les cas de commun accord.

4. Le divorce est-il le seul moyen de rompre le mariage ou existe-t-il une/des possibilité(s) de rupture *a minima* (séparation de corps...) ?

-Avec des causes et des effets propres, le Code civil règle la nullité du mariage dans les articles 73 et suivants; la procédure est commune à la séparation et au divorce.

-Jusqu'à la Réforme de 2005, la séparation (de fait ou légale) constituait l'étape préalable et obligatoire pour l'obtention du divorce ; actuellement, on garde, en tant qu'alternative légale, la séparation comme outil qui supprime la cohabitation des conjoints sans toucher à l'existence du lien conjugal (art.81 et suivants Cc) Les requis, les délais et les procédures sont les mêmes que ceux du divorce.

5. Donnez les statistiques générales en matière de divorce et de séparation de corps.

Vid.Anexe I

6. Votre droit admet-il le mariage entre personnes de même sexe (ou le partenariat enregistré entre personnes de même sexe) ? Si oui, les causes et procédures de rupture de l'union sont-elles les mêmes que pour les couples hétérosexuels ?

La loi 13/2005 du 1^{er} juillet reconnaît le droit à contracter mariage entre elles aux personnes du même sexe et cela en introduisant une incise dans l'article 44 du Code civil qui établit : Le mariage aura les mêmes requis et effets lorsque les deux conjoints seraient du même sexe ou de sexe différent.

Depuis la promulgation de la loi, un recours d'inconstitutionnalité déposé par le parti populaire (30 septembre 2005) et qui était en suspens, a été débouté par la Cour constitutionnelle lundi le 5 novembre ; le communiqué de presse de la Cour (la sentence n'étant pas encore publié avec ses voix divergentes) annonce qu'elle considère le mariage homosexuel comme étant constitutionnel par un résultat de huit voix contre trois.

B. Droit international privé

7. Comment est défini le mariage dans votre droit national ?

On peut définir le mariage comme l'union de deux personnes de différent sexe ou de même sexe, concertée à vie moyennant l'accomplissement de rites déterminés ou formalités légales et qui poursuit une communauté absolue d'existence (DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema de Derecho civil IV, Tecnos, Madrid, 2006, pg.62).

BI. Causes de divorce

a). Rome 3 est applicable

8. Au regard des articles 5 (choix de la loi applicable par les époux) et 7 (validité formelle d'un tel accord sur la loi applicable) du règlement Rome III, quelles sont les conditions de forme imposées par votre droit national pour le choix de la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps ?

L'art. 9.2 Cc permet aux candidats au mariage, à défaut de la loi personnelle commune, de choisir la loi applicable au mariage entre la loi personnelle ou du domicile habituel de l'un ou de l'autre conjoint, s'ils le font par document authentique livré avant la célébration du mariage. Mais l'article 107 Cc, qui déterminait la loi applicable à la séparation et au divorce, ne comprenait pas de prévision normative à tel sujet, précisément pour ne pas laisser de marge à l'autonomie de la volonté en la matière.

En tout état de cause, les conjoints peuvent avant et pendant le mariage passer un contrat matrimonial pour stipuler, modifier ou remplacer le régime matrimonial ou *toute disposition en raison de mariage* (art.1325 Cc) ; donc, si les conjoints, dans leur contrat, déterminent la loi applicable à leur séparation et divorce, au regard du Règlement Rome 3, pour qu'il soit valide il devra faire l'objet d'un *titre public* (art.1327 Cc)

Si ce n'est pas fait sur le contrat de mariage, ils pourront faire observer leur choix sur document privé, comportant la date et la signature (art.7 Roma III).

9. Au regard de l'article 13 du règlement Rome III, les mariages suivants sont-ils reconnus dans votre droit national comme mariage ? 1° mariage de personnes de même sexe célébré valablement à l'étranger ; 2° mariage privé ; 3° mariage polygame...

1°. Mariage de personnes de même sexe célébré valablement à l'étranger : oui

2°. Mariage privé : se distinguent los siguientes divorcios no judiciales

-divorcios acordados por autoridades públicas no judiciales: el Tribunal Supremo estima que tales divorcios pueden surtir efectos en España si superan el tradicional exequátur, porque son resoluciones similares a las sentencias extranjeras de divorcio. Se le aplican los requisitos generales para el exequátur.

-divorcios meramente visados por autoridades extranjeras: el Tribunal Supremo entiende que la autoridad pública no participa con carácter constitutivo en la declaración del divorcio, sino que se limita a dar fe de la voluntad de los cónyuges. El Tribunal Supremo estima que ello vulnera el orden público internacional español, por tanto, no superan el exequátur y no surten ningún efecto en el derecho español

-divorcios privados puros pactados por las partes sin intervención de ninguna autoridad. Estos divorcios al no constar en documento público, no pueden acceder al Registro civil español y no surtirán efectos constitutivos en España.

3° Mariages polygames:

Pour ce qui est de la polygamie, de prime abord, il faut signaler que le mariage espagnol est monogame, comme c'est le cas dans tous les pays à tradition chrétienne. C'est ainsi que l'article 46.2 du Code civil nie la capacité de célébration d'un mariage à ceux qui seraient déjà uni par un lien de mariage, et l'article 73.2 considère nul le mariage célébré par une personne déjà mariée. L'acte de célébrer un nouveau mariage sans avoir dissout le précédent constitue, même, un délit de bigamie, classé par l'article 217 du Code Pénal. Il existe donc une interdiction dont la contravention suppose la nullité, et qui empêche les espagnols de célébrer un mariage polygamique en Espagne.

La capacité de contracter un mariage est régie par la loi nationale de chacun des postulants. C'est ainsi que l'article 9.1 Cc le dispose faisant référence, d'une manière générale, à la capacité des personnes physiques, tout en se rapportant à leur loi personnelle. Il existe donc un renvoi à la loi étrangère, de façon à ce que, à priori, l'étranger ressortissant d'un pays qui admet la polygamie ait la capacité pleine de célébrer un deuxième mariage, même si le premier est toujours en vigueur, et c'est la manière dont il devrait être reconnu dans notre pays. Toutefois, ce renvoi à la loi étrangère peut être neutralisé en vue de l'application de l'Ordre public international, en vertu de l'article 12.3 Cc qui écarte l'application de la loi étrangère, lorsqu'elle devient contraire aux principes et aux valeurs fondamentaux de la société dans laquelle il prétend se faire valoir (lex fori), et qui est appliquée avec différentes intensités selon que l'on prétende que le mariage polygamique se célèbre en Espagne ou qu'il ait déjà été célébré, valablement, dans un pays étranger.

a) Si l'on prétend célébrer le mariage en Espagne:

L'application de la loi étrangère en est exclue, tout en considérant que la polygamie est contraire aux principes et aux valeurs fondamentaux de notre ordre juridique, notamment au principe de l'égalité entre homme et femme, et à la dignité constitutionnelle de la femme ; l'application de telles lois porterait atteinte à la cohésion de l'organisation sociale et juridique de la société espagnole, fondée sur la monogamie matrimoniale comme expression de l'égalité juridique entre homme et femme, et de la dignité de la personne. Voilà la position

soutenue sans faille par la Direction Générale des Registres et par le notariat, chargée de résoudre, entre autres, les questions juridiques en matière de statut civil. **En Espagne, n'est pas autorisée la célébration d'un mariage polygamique, qui porterait atteinte à la dignité constitutionnelle de la femme et à la conception espagnole du mariage.**

De son côté la Cour de cassation (3^a) a affirmé que le régime familial polygamique est contraire à l'ordre public en Espagne, parce qu'il prévoit l'inégalité entre femmes et hommes, ainsi que la soumission de celles-là à ceux-ci.

b) Si le mariage polygamique a été célébré dans un pays étranger:

En l'espèce il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'une situation légale dans le pays de la célébration et, pour cela, de même qu'ici en France, on propose l'application d'un ordre public international atténué, qui permettrait la reconnaissance sélective de quelques effets juridiques du mariage polygamique (pension de réversion, aliments, pension compensatoire...)

b). Rome 3 n'est pas applicable

10. Quelle est la loi applicable au divorce (*lex fori*, loi nationale commune, loi du domicile commun ou de dernier domicile commun...) ? La règle de conflit nationale désigne-t-elle parfois le droit étranger ?

11. Quelle place est faite à la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable ?

12. Si les parties peuvent choisir la loi applicable, comment s'exprime ce choix et à quel moment peut-il être formulé ?

B2. Effets du divorce

13. Quelle est la loi applicable aux conséquences pécuniaires du divorce (pensions, prestations, dommages intérêts etc) ? Règles de droit interne, règlement européen, convention internationale ?

Ces aliments et compensations sont régis par la loi déterminée en vertu de l'art.5 du Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 qui ne sera nécessairement la loi appliquée au divorce ou à la séparation matrimoniale.

14. Quelle est la loi applicable à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux (régimes matrimoniaux etc.) ?

En Droit International Privé espagnol cette question est déterminée conforme à ce qui est établi dans l'article 9.2 et 9.3 Cc.

Les effets du mariage seront régis (art.9.2) :

-par la loi personnelle commune des conjoints au moment de la célébration du mariage.

-par la loi personnelle ou le domicile habituel de l'un ou de l'autre conjoint, choisie par les deux et figurant sur document authentique livré avant la célébration du mariage.

-à défaut de ce choix, par la loi du domicile habituel commun immédiatement postérieur à la célébration

- et à défaut dudit domicile, par celui du lieu de célébration du mariage.

De son côté, l'art.9.3 établit que *les accords ou les contrats, par lesquels on stipule, modifie ou remplace le régime financier du mariage, seront valides quand ils seront conformes soit à la loi qui régit les effets du mariage, soit à la loi de la nationalité du domicile habituel de l'une ou l'autre partie au moment de l'octroi.*

15. Quelle est la loi applicable à la responsabilité parentale ?

En Espagne on applique la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 et dans les hypothèses qui ne sont pas comprises dans ladite Convention, on appliquera l'art.9.6 Cc (la loi national du mineur). Il faut toutefois souligner que les tribunaux espagnols ignorent cette idée régulatrice et appliquent, fréquemment, à la garde et surveillance des mineurs la loi du divorce.

16. Quelle est la loi applicable aux obligations alimentaires entre parents et enfants ? Règles de droit interne, règlement européen, convention internationale ?

Ces questions sont régies par la loi qui règle la prestation d'aliments selon le Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 (Loi applicable aux obligations alimentaires). Comme nous l'avons déjà fait remarquer : les tribunaux espagnols ignorent cette idée régulatrice et appliquent, fréquemment, à cette question la loi du divorce.

B3. Office du juge (ou de toute autre autorité compétente)

17. Le juge doit-il rechercher et appliquer d'office la règle de conflit de lois relative au divorce ?

Art.12.6 Cc: *Les Tribunaux et les autorités appliqueront d'office les normes de conflit du droit espagnol.*

La norme de conflit à un caractère obligatoire et impératif et elle est applicable d'office par l'interprète.

18. Si la règle de conflit nationale renvoie parfois au droit étranger, quel est l'office du juge en matière de droit étranger ? Est-il tenu de le rechercher d'office ? Comment peut-être établi le contenu de la loi étrangère ?

L'article 281.2Lec établit que le droit *étranger* doit être prouvé ; il s'agit d'une exception, de même que la coutume, du principe *iura novit curia*. Le droit étranger devra être prouvé en ce qui concerne son contenu et sa validité, et le tribunal pourra utiliser tous les moyens de recherche qu'il estime nécessaires pour son application. Un devoir de collaboration est établi entre les parties et le Tribunal pour la gestion et l'obtention des moyens probatoires.

Les moyens pertinents pour prouver en Droit étranger sont la preuve documentaire et la preuve d'expert. La première —qui permet de certifier le contenu et la validité des normes étrangères— peut consister en la présentation de certificats de la loi étrangère livrée par des agents diplomatiques ou fonctionnaires consulaires, aussi bien du for que des étrangers

certifiés dans le for, ou des certifications du Ministère de la Justice. En ce qui est de la preuve d'expert, qui permet au juge de connaître la portée de la loi étrangère, elle consiste en un rapport des jurisconsultes. Evidemment le Tribunal pourra se servir du Réseau judiciaire européen en tant que mécanisme de certification du Droit étranger.

II. LE DROIT MATERIEL

A. Les causes de divorce

19. Le mariage doit-il avoir duré pendant un temps minimum avant que le divorce puisse être demandé ?

La durée du délai légal aussi bien pour la séparation que pour le divorce doit être de trois mois depuis la date du mariage.

Ce délai ne sera pas nécessaire pour introduire la demande de divorce du moment où l'on justifie l'existence d'un risque pour la vie, l'intégrité physique, la liberté, l'intégrité morale ou la liberté et l'indemnité sexuel de l'époux requérant ou des enfants en commun ou de n'importe quel membre du mariage

Articles 81 et 86 Code civil

20. La perte de capacité juridique d'un époux (régime de protection juridique, aliénation mentale...) a-t-elle une incidence sur sa capacité à introduire une demande en divorce ou à être défendeur à une telle demande ?

Le code civil ne prévoit aucune norme sur cette question.

Dans notre système juridique l'action du divorce était configurée doctrinalement comme une action d'état, absolument personnelle, imprescriptible et irrévocable, ce qui empêchait, au vue de la doctrine et des Tribunaux, la reconnaissance de la capacité à introduire une demande en séparation ou divorce au curateur de l'époux sous régime de protection, de manière à ce que ni l'époux ni le curateur puissent introduire une demande en séparation ou divorce. C'est la position maintenue par la Cour de Cassation selon l'Arrêt du 27 février 1999 qui a été contesté par la voie de la cassation devant la Cour Constitutionnelle qui, par contre, a reconnu la capacité à introduire une demande en séparation à la mère curatrice dans son Arrêt 31 I/2000, du 18 décembre.

Admise la capacité à introduire une demande en séparation, la Cour de Cassation a eu l'occasion de se manifester maintenant sur la capacité à introduire une demande en divorce dans son Arrêt du 21 septembre 2011, et a reconnu de même aux parents-curateurs la capacité à introduire une demande en divorce.

21. Existe-t-il une cause unique ou des causes multiples de divorce dans l'État ?

Si le droit de l'État ne connaît qu'une seule cause de divorce (rupture irrémédiable du lien matrimonial) répondre aux questions en A1, si le droit de l'État connaît des causes multiples de divorce répondre aux questions en A2

La nouvelle Loi supprime les causes de divorce et octroie un pouvoir déterminant à **la volonté unilatérale des deux époux** pour décider sur la dissolution du mariage. Le législateur a considéré que *le droit à rester marier ne peut pas être soumis à la démonstration de la concurrence d'une quelconque cause, car la cause déterminante n'en est que la fin de cette volonté exprimée lors du mariage et donc il suffit que l'un des époux ne désire plus la continuité du mariage pour qu'il puisse introduire la demande en divorce, sans que le défendeur puisse refuser la demande* (Exposé sur les Causes de la Loi).

Cette configuration de la volonté, en tant que cause unique du divorce, a amené quelques auteurs à parler de divorce répudiation.

La Cour de Cassation considère que, la déclaration des causes n'étant pas requise, l'Ordre juridique protège le droit à l'intimité de l'époux requérant.

A1. Le divorce pour altération définitive du lien matrimonial (irretrievable breakdown of marriage)

22. Sur quels fondements l'altération définitive du lien matrimonial est-elle établie ?

La cause unique en est la volonté de l'époux de mettre fin à son mariage. La demande de l'un des époux est suffisante, même s'il y a opposition de l'autre époux, pour que le divorce soit accordé; c'est la procédure qui varie (commun accord ou contentieux).

- divorce par consentement mutuel: les deux époux le demandent, tout les deux, ou bien l'un des époux avec le consentement de l'autre, et il existe un accord sur les mesures qui découlent de la rupture et qui sont présentées sous forme de proposition de convention.

-divorce contentieux: il existe un désaccord qui peut retomber sur la demande de rupture du lien (il n'empêche pas sa déclaration judiciaire) ou sur les mesures à adopter après la rupture qui, en l'occurrence, seront adoptées par le juge pour cause de non accord entre les époux.

23. Donnez les statistiques les plus récentes (si elles existent) relatives nombre de demandes présentées sur chaque fondement.

Vid.Anexe II, III, IV et V

24. Dans les motifs de rupture, quelle est la place faite au consentement mutuel des époux ?

Le consentement mutuel des époux détermine, en premier lieu, la voie de procédure de la séparation ou du divorce ; et en deuxième terme, en l'occurrence, ce sont les époux eux-mêmes qui s'accordent sur les conséquences de la rupture. Cela étant, leur demande en séparation ou en divorce doit comporter une proposition de convention régulatrice qui comprenne les mesures concernant le enfants, le logement familial, les prestations...

Art.81 et 86 Cc

Art.777 LEC

25. En cas de consentement mutuel des époux, la requête doit-elle être présentée par les deux époux agissant ensemble ou est-il possible pour l'autre d'accepter le principe du divorce en cours d'instance ?

La requête de séparation ou de divorce peut être présentée par les deux époux agissant ensemble ou par l'un des époux avec le consentement de l'autre

Art.81 et 86 Cc

Art.777 LEC

26. En cas de consentement mutuel, les époux doivent-ils également être d'accord sur les effets du divorce ou bien le juge dispose-t-il du pouvoir de statuer sur les effets ?

Le consentement mutuel doit porter sur la demande de séparation ou de divorce et sur les conséquences de la rupture. Si l'accord sur toutes les mesures à adopter n'existe pas, il faudra envisager la procédure contentieuse.

Le juge fait un suivi des pactes accordés par les époux et, s'ils ne portent pas atteinte aux enfants ou graves dommages à l'un des époux, il donnera son approbation. S'il considère qu'ils sont nuisibles ou préjudiciables, il dénierá par décision motivée, l'approbation des mesures et les époux devront réaliser une nouvelle proposition pour son approbation, limitée aux termes non approuvés par la Cour.

Une fois la nouvelle proposition présentée ou le délai de présentation écoulé, le juge décidera de ce qui serait pertinent. Si la nouvelle proposition n'est pas approuvée ou si elle n'existe pas, la mesure sera adoptée par voie judiciaire et cette décision pourra faire l'objet d'une requête. Par contre, l'arrêt ou le jugement, qui approuve dans sa totalité la proposition de convention ne pourra faire l'objet d'une requête, que dans l'intérêt des enfants mineurs, par le Procureur de la République.

27. Dans les motifs de rupture, une place est-elle faite à la notion de faute dans la relation conjugale ? Si oui, dans quelle mesure la faute demeure-t-elle prise en compte au titre des motifs de rupture ?

Actuellement la place n'est pas faite à la notion de faute dans les jugements de séparation et de divorce ; il n'existera même pas de preuve dans la procédure qui permette d'attribuer les motifs de la rupture à l'un ou l'autre des époux, en conséquence, le critère n'a aucune importance dans la détermination des conséquences ou des effets du divorce.

Il existe uniquement la référence à la faute ou à la mauvaise foi dans les hypothèses de nullité matrimoniale et de donations en vue du mariage (art.1343):

L'article 95 Cc établit, dans son deuxième alinéa, que si la sentence de nullité déclare la mauvaise foi d'un époux, celui qui aura agi de bonne foi pourra opter par appliquer lors du règlement du régime économique matrimonial, les dispositions concernant le régime de participation, et celui de mauvaise foi n'aura pas droit à participer aux bénéfices obtenus par son conjoint ; la même protection-sanction est estimée par l'article 98 Cc qui détermine que le conjoint de bonne foi, dont le mariage a été déclaré nul, aura le droit à une indemnité si la

cohabitation conjugale a existé, au sens des circonstances de l'article 97 Cc. L'article 1343 considère la faute comme cause de révocation de la donation en vue du mariage.

28. Dans les motifs de rupture, quelle place est faite à la séparation des époux ?

- a) La séparation est-elle suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ?
- b) Combien de temps la séparation doit-elle avoir duré avant de pouvoir être invoquée ? La période doit elle être continue ?

A l'encontre de la réglementation précédente qui exigeait la séparation en tant qu'étape préalable et de réflexion, avec de longs délais qui pouvaient avoir une durée de trois ans, à l'heure actuelle il n'existe pas de séparation préalable pour la rupture définitive du lien. Ni séparation préalable ni périodes de séparation.

La virtualité pratique que comporte la séparation est que, au moment de prendre la décision sur les conséquences de la rupture, les juges et les tribunaux considèrent d'une importance significative les pactes et les pratiques qui, à l'égard des enfants, ont été développés lors de la séparation préalable.

Les statistiques montrent qu'il existe toujours une tendance (environ 11%) qui opte par la séparation légale avant d'exécuter l'action de divorce (vid.grille), l'autre tendance s'engage directement dans la rupture du lien matrimonial.

A2. Le divorce pour causes multiples

29. Donnez les statistiques les plus récentes (si elles existent) sur le nombre de demandes introduites sur le fondement de chacune des différentes causes de divorce.

a. Le divorce par consentement des époux

- 30. Le divorce par consentement existe-t-il à titre autonome ou est-il une forme du divorce pour altération définitive du lien matrimonial ?
- 31. Les époux doivent-ils être séparés avant d'introduire la demande ? Si oui depuis combien de temps ?
- 32. Cette cause de divorce implique-t-elle que la requête soit présentée par les deux époux agissant ensemble ou comprend-elle également la possibilité pour l'autre d'accepter le principe du divorce en cours d'instance ?
- 33. Dans le cadre de cette procédure, les époux doivent-ils également être d'accord sur les effets du divorce ou bien le juge dispose-t-il du pouvoir de statuer sur les effets ?

b. Le divorce pour altération définitive du lien matrimonial

- 34. Sur quels fondements l'altération définitive du lien matrimonial est-elle établie ?
- 35. Dans cette procédure quelle est la place laissée au consentement mutuel des époux ?
- 36. Dans cette procédure, quelle place est laissée la séparation des époux ?
 - a) La séparation est-elle suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ?
 - b) Combien de temps la séparation doit-elle avoir duré avant de pouvoir être invoquée ? La période doit elle être continue ?

37. Une demande initiale de divorce pour altération définitive du lien matrimonial peut-elle être convertie en divorce par consentement ou en divorce pour faute ? Si oui, quelles sont les passerelles possibles ?

c. Le divorce pour faute

38. Quelles sont les fautes qui peuvent être invoquées au soutien d'une demande en divorce ?
39. Existe-t-il des exigences spécifiques relatives à la preuve de la faute ?
40. Le juge dispose-t-il d'une marge de manœuvre pour décider d'un partage des torts bien que la faute ne soit invoquée que par l'un des époux ?
41. La réconciliation des époux a-t-elle un impact sur la possibilité d'invoquer au titre de la faute un comportement antérieur à la réconciliation ?
42. La faute dans le mariage peut-elle engager la responsabilité civile de son auteur et permettre à la victime d'obtenir des dommages et intérêts ? Si oui s'agit-il d'une action spécifique distincte des règles de responsabilité civile de droit commun ?

B. Les effets du divorce

43. Les époux disposent-ils de la possibilité de régler les effets du divorce (et aussi la date d'effet du divorce) au moyen d'une convention
- avant le mariage ;
 - pendant le mariage ;
 - pendant la procédure de divorce ?

- avant le mariage et pendant le mariage :

Avant le mariage et pendant le mariage les époux peuvent stipuler ou remplacer le régime économique du mariage ou n'importe quelle autre disposition, en raison de celui même, par un contrat de mariage. Le contrat de mariage ne peut pas comprendre la convention qui règle la séparation ou le divorce, par contre il peut comprendre les pactes qui incident sur sa future configuration ou, le cas échéant, sur le jugement de séparation ou de divorce (la renonciation à la prestation compensatoire, une indemnité par année de mariage, le quantum de la prestation compensatoire..., l'attribution du logement familial en cas de séparation ou de divorce...). Ces pactes seront nuls s'ils sont contraires à la loi, aux bonnes mœurs ou s'ils limitent l'égalité de droits qui correspond à chacun des époux.

- pendant la procédure de divorce et après :

-Les époux peuvent pactiser les conséquences de leur séparation ou divorce sur ladite Convention régulatrice qui a un contenu minimum inclus dans l'article 90 Cc (mesures en rapport avec les enfants, les pensions alimentaires et/ les prestations compensatoires, le logement familial). Cette convention régulatrice doit être soumise à l'homologation du juge qui déclare la séparation ou le divorce, et pourra être modifiée conjointement par les époux, ou par l'un des époux avec le consentement de l'autre, en présentant une nouvelle proposition de convention régulatrice : la modification pourra être sollicitée par un seul des époux si une altération substantielle des circonstances se produit (contentieux)

La date d'effet du divorce: l'article 89 Cc établit que la dissolution du mariage par divorce ne pourra avoir lieu que par jugement, qui tel le déclare, et produira des effets à partir de la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée.

44. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur la convention passée par les époux ?

Les époux, pour informer leur demande en séparation ou divorce par consentement mutuel, devront y ajouter la proposition de convention régulatrice qui comportera au moins le contenu minima de l'article 90Cc. Ces pactes pourront provenir du contrat de mariage passé avant ou pendant le mariage. Cette proposition de convention doit être **homologuée par le juge** qui devra veiller à ce que les mesures proposées par les époux ne nuisent pas à l'intérêt des enfants ou ne soient pas gravement nuisibles à l'un des époux.

Pour modifier la convention régulatrice accordée par les époux et homologuée par le juge ou les mesures judiciaires accordées par le jugement, les époux peuvent présenter conjointement de commun accord ou l'un des époux avec le consentement de l'autre une nouvelle proposition de convention qui sera à nouveau soumise à l'approbation du juge.

Il existe donc un contrôle judiciaire préalable des mesures conventionnelles adoptées par les époux au moment de la séparation ou du divorce et ultérieurement.

45. Si le juge a un droit de contrôle, quels sont les critères qui lui permettent soit de solliciter une modification, soit de modifier directement l'accord ?

-Les époux présentent la proposition de convention au juge pour son homologation.

-Le juge dénie l'approbation des mesures si elles sont nuisibles aux enfants mineurs ou handicapés, ou portent un grave préjudice à l'un des époux, par conséquent, les critères sont l'intérêt de l'enfant et le préjudice porté à l'un des époux.

- Les époux présentent une nouvelle proposition portant sur les termes déniés par le juge.

-S'il n'y a pas de nouvelle proposition ou si elle est toujours nuisible aux enfants ou cause grave dommage à l'un des époux, le juge établira les mesures convenables portant sur les points non approuvés de la convention régulatrice.

46. Si une procédure de rupture *a minima* (séparation de corps) existe dans l'État, quels en sont les effets tant entre les époux qu'à l'égard des enfants ?

De manière générale on peut affirmer que la séparation et le divorce produisent les mêmes effets tant entre les époux qu'à l'égard des enfants, à l'exception de ceux qui émanent de la permanence du lien conjugal dans le cas de la séparation et qui doivent s'adapter à la cessation de la vie en commun.

-Pour ce qui est des effets à l'égard des enfants il n'y a **aucune différence** entre le jugement de séparation et celui du divorce. Les rapports parents/enfants sont atteints par la rupture de la cohabitation des parents, hypothèse qui concerne les deux cas (séparation et divorce). Pour preuve la régularisation du Code civil qui dans sa rubrique « Des effets

communs à la nullité, la séparation et le divorce » établit les mêmes effets dans les deux cas. (art.90 et suivants)

-En ce qui concerne les époux, quelques effets sont différents et sont déterminés par le maintien du lien conjugal et par la cessation de la vie en commun.

- a) Le maintien du lien conjugal permet l'époux de solliciter une pension alimentaire (dans la procédure matrimoniale ou ailleurs) au sens de l'article 143 du Code civil qui reconnaît le droit aux aliments aux époux, aux ascendants, aux descendants et aux frères, s'ils se trouvent en situation de nécessité. Droit exclu des hypothèses de divorce.
- b) La cessation de la vie en commun: le jugement de séparation produit la cessation de la vie en commun des époux et empêche la possibilité de lier des biens de l'autre époux à l'exercice de l'autorité ménagère (art.83Cc.) La société conjugale, au cas où elle existerait, disparaît avec la cessation de la vie matrimoniale et chacun des époux reprend ses biens à lui.
- c) De même, et c'est aussi le cas à l'égard des enfants, il existe des effets qui sont communs à la séparation et au divorce: l'attribution du logement familial et du ménage, la contribution aux charges du mariage et des aliments, la liquidation, le cas échéant, du régime économique matrimonial, la prestation compensatoire.

La séparation entraîne des conséquences aussi bien sur le domaine personnel que sur le patrimoine ; elle anéanti la présomption de paternité du mari (art.116 Cc) et la possibilité d'acquérir la nationalité pour raison de séjour légal et continu pendant un an ; elle dissout la société des acquêts (art.1392.3 Cc) et le régime de participation (art.1415 Cc), elle exclut l'appel à la succession héréditaire (art.834Cc) fait disparaître le consentement du mari pour que la femme se soumette aux techniques de procréation assistée (rt.6.3 LTRHA), elle rend inutile le consentement pour l'adoption réalisée par l'autre conjoint (art.177.2.1Cc).

a. Les effets du divorce en matière extrapatrimoniale

i. Les effets du divorce entre les époux

47. À quelle date le divorce rompt-il définitivement le mariage ?

Art.89 Cc La dissolution du mariage n'aura lieu que par le jugement qui prononce le divorce et produira ses effets à partir de date à laquelle il prend force de chose jugée.

C'est ainsi donc que le jugement de divorce produira son effet général, dissoudre le lien matrimoniale existant jusqu'à ce moment-là, une fois qu'il aura pris force de chose jugée. A partir de cette date les conjoints ne sont plus mariés entre eux et acquièrent l'état civil de divorcé. Les devoirs réciproques s'interrompent et ils peuvent contracter mariage à nouveau (entre eux, ou avec d'autres personnes du même ou de différent sexe.

48. La liberté matrimoniale des ex-époux est-elle soumise à conditions ? (quand sont-ils autorisés à se remarier, peuvent-ils se remarier ensemble...)

La liberté matrimoniale n'est pas soumise à conditions dans le Droit espagnol. A partir de la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée, ils récupèrent leur liberté et peuvent contracter mariage entre eux (art.88.2 Cc) ou avec d'autres personnes du même sexe ou de différent sexe.

49. Dans les États où le mariage produit des effets sur le nom des époux, quels sont les effets corrélatifs du divorce ?

En Droit espagnol, le mariage n'entraîne aucune conséquence sur le nom des époux.

50. Le divorce produit-il des effets

- au regard de la nationalité éventuellement acquise par l'un des époux en raison du mariage ;
- au regard du titre de séjour acquis par l'époux étranger en vertu du mariage ?

- au regard de la nationalité éventuellement acquise par l'un des époux en raison du mariage ?

-Le divorce n'a pas de conséquences sur la nationalité acquise par séjour légal et continu en Espagne pendant un an pour le conjoint d'une personne de nationalité espagnole.

-La séparation de fait ou légale empêche l'acquisition de la nationalité par séjour légal et continu pendant un an au conjoint d'une personne de nationalité espagnole (art.22.2.d Cc).

- au regard du titre de séjour acquis par l'époux étranger en vertu du mariage ?

-Le conjoint ayant acquis le titre de séjour en Espagne pour cause familiale et les membres de sa famille regroupés avec lui, garderont le titre de séjour même si la rupture du lien matrimonial, qui a été le motif du regroupement, a lieu (art.16 LO 4/2000 du 11 janvier, Droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale).

-La séparation légale empêche le regroupement familial (art.17 LO 4/2000, du 11 janvier, Droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale).

ii. Les effets du divorce à l'égard des enfants

A l'égard des enfants, il existe quelques particularités sur les territoires qui ont leur propre droit civil. De manière générale ils maintiennent les principes qui régissent le Code civil en la matière, mais ils s'écartent de sa régulation concernant la garde et la surveillance des enfants. Nous pouvons signaler, pour faire la synthèse du panorama de ces territoires, que en Catalogne, s'il y a des enfants mineurs, les parents devront faire accompagner la proposition de convention d'un plan de parentalité qui comprenne tous leurs engagements sur la garde

des enfants ; en Valence et en Aragon on a établi la garde partagée en alternance en tant que modèle préférentiel pour les hypothèses contentieuses.

51. L'État distingue-t-il la question de l'exercice de l'autorité parentale/*parental responsibility* de celle de la résidence de l'enfant ? Si oui, de quelle façon et quelles en sont les conséquences pour l'exercice de l'autorité parentale ?

En Droit espagnol on fait la différence entre la titularité de l'autorité parentale qui correspond aux parents en raison de la filiation, l'exercice de l'autorité parentale qui implique la prise de décisions sur les questions remarquables de la vie du mineur, et la garde et surveillance qui concerne l'entretien au quotidien du mineur. Quand les parents cohabitent cette différence est comprise dans la référence générique faite sur l'autorité parentale.

Dans ce sens là, le Code civil, en réglant l'exercice de l'autorité parentale, établit en tant que règle générale le coexercice par les parents et le caractère exceptionnel de l'exercice unilatéral dans des hypothèses telle l'absence, l'incapacité ou l'impossibilité ; de même, dans les cas de désaccords réitérés ou s'il existe une cause qui nuise gravement l'exercice de l'autorité parentale, le juge pourra l'attribuer totalement ou partiellement à l'un de parents ou partager entre eux ses fonctions (art.156 Cc). Si les parents ne cohabitent pas, le juge devra faire apparaître sur le jugement que l'exercice en est conjoint ou partagé entre les géniteurs, parce que, autrement, on appliquerait l'alinéa six de l'article 156, qui établit que dans le cas de non cohabitation, l'autorité parentale sera exercée par celui avec lequel l'enfant demeure ; alinéa malheureux qui montre une conception de la rupture correspondant à des temps révolus et qui oblige les juges à se prononcer en tout cas.

Dans les situations de séparation ou de divorce, la règle générale est l'exercice partagé de l'autorité parentale et l'attribution de la garde et surveillance a) de manière exclusive à l'un des parents, en établissant pour l'autre un régime de communication et d'hébergement ; b) la garde partagée ou en alternance qui implique aussi une co-titularité sur la garde et la surveillance des enfants.

Si les circonstances le font nécessaire, on pourra attribuer l'exercice de l'autorité parentale au père ou à la mère gardien totalement ou partiellement, par convention régulatrice (art.90.A)Cc) ou par le jugement de séparation ou de divorce (art.92.4 Cc) ; dans ce cas-là on pourra établir un régime de communication et d'hébergement avec le parent non exerçant (art. 160Cc) ou, si elle s'oppose à l'intérêt du mineur, annuler celle qui existe et n'en accorder aucune (art.94 Cc).

La perte ou la privation de la titularité de l'autorité parentale ne pourra être accordée que par sentence, soit dans une procédure matrimoniale de nullité, séparation ou divorce (art.92.3 Cc), soit dans une procédure *ad hoc* sur la privation de l'autorité parentale (art.170 Cc)

De manière générale et d'un point de vue pratique, on peut dire que dans les procédures de consentement mutuel et contentieuses de séparation et de divorce, la règle générale est l'exercice partagée de l'autorité parentale avec ses variantes de garde exclusive ou partagée ; l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale à l'un des parents a un caractère exceptionnel et les juges et les Tribunaux la décrètent dans des situations pathologiques de conflit persistant : désaccords réitérés, violence de genre et violence dans la sphère domestique ,abus, désintéressement manifeste dans l'accomplissement de ses obligations

paternelles-filiales de versement de la pension ou du régime de visites... En maintes occasions, elle constitue le pas préalable à la privation de l'autorité parentale, mesure draconienne et presque définitive qui suppose le maintien des obligations pour le père sanctionné et la perte de tous les droits.

52. Le divorce produit-il des effets automatiques quant à l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants ?

Non, aucun

53. L'exercice de l'autorité parentale peut-il être déterminé par une convention parentale ?

Oui, les parents peuvent s'accorder sur la proposition de convention qui accompagne la demande de séparation ou de divorce, ou ultérieurement, sur la modification des mesures déjà adoptées, des mesures sur *la surveillance des enfants assujettis à l'autorité parentale des deux, l'exercice de celle-ci, et, le cas échéant, le régime de communication et d'hébergement des enfants avec le parent qui ne demeure pas habituellement avec eux (art.90.A) Cc*.

Expressément l'art. 92.4 Cc signale que les parents *pourront accorder sur la convention que l'autorité parentale soit exercée totalement ou partiellement par l'un des conjoints*.

Tel que nous l'avons déjà indiqué, l'exercice peut être conjoint (règle générale), unilatéral ou partagé entre les deux parents. Et bien, dans la pratique, dans les cas de consentement mutuel, les conjoints se limitent à s'accorder sur la garde et surveillance, dans ses modalités d'exclusivité et de partage et maintiennent l'exercice partagé de l'autorité parentale ; dans les cas exceptionnels (résidence à l'étranger, voyages fréquents), on attribue l'exercice unilatéral de l'autorité parentale dans le but de faciliter les consentements précis à la vie de l'enfant.

54. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

Le juge doit approuver les accords adoptés par les époux à l'égard de leurs enfants, excepté s'ils sont nuisibles aux enfants ou portent de graves dommages à l'un des époux. L'exercice conjoint de l'autorité parentale en est la règle générale et son exception devra être justifiée et ne pas aller à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. Si le juge considère que la mesure est nuisible, il demandera aux parties sa modification et si la proposition maintient toujours son caractère de nuisibilité le juge édictera une mesure qui remplace la proposition faite par les parents.

L'accord des parents en est prioritaire et, seulement s'il comprenait des mesures contraires à la loi, comme par exemple le renoncement à l'autorité parentale, au contact avec les enfants..., le juge dénierait l'approbation de la proposition.

55. Le juge peut-il aménager l'exercice de l'autorité parentale ? Si oui, doit-il être obligatoirement saisi d'une telle demande par l'un ou l'autre des parents ?

Le juge peut décider, dans l'intérêt des enfants, que l'autorité parentale soit exercée totalement ou partiellement par l'un des conjoints (art.92.4Cc) et il n'est pas nécessaire la demande d'une partie ; la mesure devra être motivée et fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

56. Quels sont les critères qui permettent au juge de fonder une décision d'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale ? Un parent peut-il se voir privé de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit d'autorité parentale en raison d'un comportement conjugal ?

-Les critères sur lesquels la décision du juge peut être fondée sont deux : l'intérêt du mineur et la faisabilité de l'exercice de l'autorité parentale. Les décisions judiciaires qui ont opté par l'attribution de l'exercice à caractère exclusif et unilatéral, ont été fondées sur : a) le manquement persistant aux obligations parentales (aliments, être en leur compagnie) si la privation de l'autorité parentale devient une mesure contraire à l'intérêt du mineur, disproportionnée ou prématurée ; b) si la relation entre les parents est très détériorée et il n'existe pas de volonté pour surmonter les mésententes, afin d'éviter les désaccords et les tensions ; c) dans les hypothèses de manque de capacité, préparation ou disposition du parent pour assurer une tâche si importante ; d) l'inexistence de la relation parent-enfant ou si celle-ci est conflictuelle.

Par ailleurs il faut signaler que la suspension de l'exercice de l'autorité parentale ou du régime de communication et d'hébergement peut être décrétée dans les hypothèses de violence de genre (art.65 et 66 de la Loi Organique de Protection intégrale contre la violence de genre) ; mesure spécialement conseillée :

- a) Lors de l'édicte d'une interdiction de communication entre l'inculpé et la victime l'exercice de l'autorité parentale devra être suspendu, car l'exercice de l'autorité parentale exige la codécision dans toutes les questions qui dépassent l'autorité de garde et qui dans les hypothèses d'incommunication est non-viable. Dans ces cas-là si l'on considère favorable à l'intérêt de l'enfant de continuer avec le régime de communication et d'hébergement, la remise et la récupération des mineurs devront être effectuées par un tiers ou sur le point de rencontre familial.
- b) lors de l'édicte d'une mesure d'éloignement à l'égard de la mère et ses enfants, les fonctions parentales attribuées au présumé inculpé devront être suspendues.

57. Un parent privé de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit d'autorité parentale peut-il néanmoins obtenir un droit de contact, de visite et/ou d'hébergement avec l'enfant ?

Expressément le code civil inclut cette possibilité dans l'article 160 Cc : *les parents, même s'ils n'exercent pas l'autorité parentale, ont le droit d'être en contact avec leurs enfants mineurs*, un droit de contact qui, au vue de l'art. 94 Cc, comprend le droit à leur rendre visite, communiquer avec eux et à être en leur compagnie.

S'il est privé du droit d'autorité parentale, non; il perd la chance de contacter, visiter ou d'héberger ses enfants (art.111 Cc).

58. Quelles sont les modalités de résidence de l'enfant qui peuvent être légalement envisagées ? (Résidence habituelle, résidence alternée, enfant confié à un tiers...)

Le Droit espagnol admet la résidence habituelle, appelée garde ou surveillance exclusive, et la résidence en alternance, désignée par garde partagée ou alternative. Si les parents ne peuvent pas s'occuper des mineurs il est prévu, à titre exceptionnel, l'attribution de la garde à un tiers; ainsi l'art.103.1^a 2ème alinéa Cc établit que *à titre exceptionnel, les enfants pourront être confiés aux grands-parents, à des familiers ou à d'autres personnes qui y consentiraient et, s'il n'y en avait pas, à une institution adéquate, qui se verrait attribuer les fonctions tutélaires qu'elle assurera sous la tutelle du juge.*

En ce qui concerne le type de garde, il faut donner quelques précisions. En Espagne, l'introduction de la garde partagée dans le Code civil fut spécialement problématique à cause de l'existence de groupes de pression sociale (lobbys) notamment puissants qui soutenaient des positions diverses. D'une part, le collectif des pères séparés et divorcés défenseurs d'une garde partagée réglée en tant que modèle préférentiel, et d'autre part, un secteur des collectifs féministes, qui était pour la restriction de ce modèle de garde aux hypothèses de consentement mutuel des parents. Cet affrontement maintenu tout au long de la démarche parlementaire de la norme a laissé son empreinte sur la transcription légale du caractère exceptionnel de la garde partagée contentieuse, entourée de cautèles et de limites (art.92.8 Cc)

Il faut donc différencier, d'une part les décisions sur la garde des enfants que les parents peuvent adopter sur la convention, en toute liberté pour opter par un modèle ou un autre, et d'autre part les décisions que le juge peut prononcer dans son jugement qui est limité dans le Code civil par :

- la demande de partie
- le rapport favorable du Procureur de la République

Et il doit fonder sa décision sur le fait que seulement de cette façon l'intérêt du mineur est protégé.

La mise en oeuvre de cette régularisation a été à tel point polémique que les recours en cassation sont nombreux à être admis ces dernières années au vue de l'article 92 Cc, et ils ont consolidé des critères de jurisprudence sur l'application de la garde partagée, qui donnent au juge les normes pour décider s'il est pertinent de les adopter en tant que régime de garde, dans les cas concrets. Ces critères sont : *les pratiques précédentes des parents dans leurs rapports avec le mineur et leurs aptitudes personnelles ; les vœux manifestés par les mineurs compétents ; le nombre d'enfants ; l'accomplissement de la part des parents de leurs devoirs à l'égard des enfants et le respect mutuel dans leurs rapports personnels ; le résultat des rapports exigés légalement, et, en définitive, n'importe quel autre critère qui supposerait pour les mineurs une vie appropriée dans une cohabitation qui devra, forcément, être plus complexe que celle qui existait lors de la cohabitation des parents* (Arrêts de la Cour d'Appel 10 et 11 mars 2010, 7 juillet 2011, 25 octobre 2012, entre autres).

En plus de cette évolution jurisprudentielle, il faut signaler que le caractère favorable en due forme du rapport du Procureur de la République pour que le juge puisse établir une garde partagée, a été déclaré inconstitutionnel par le Tribunal Constitutionnel Arrêt du 17 octobre 2012, qui considère qu'il interdit la fonction juridictionnelle du juge qui ne pourrait accorder la garde partagée que si le Procureur de la République le considérait pertinent.

En ce qui concerne les Communautés autonomes, qui sont compétentes pour légiférer en matière civile, face aux problèmes soulevés par la mise en œuvre de la régularisation du Code civil, ont décidé de promulguer leurs propres lois en la matière ; ainsi l'Aragon et la Valence considèrent la garde partagée en tant que modèle préférentiel à défaut d'accord des parents, à mon avis, ils méconnaissent la réalité sociale espagnole où il existe encore un fort pourcentage de familles qui représentent le modèle traditionnel; par contre la Catalogne, à mon avis plus judicieuse, a établi une liste de critères dont la concurrence amènera le juge vers le régime de garde le plus adéquat pour chacune des familles, l'exclusive ou la partagée, sans accorder aucune préférence. Critères pareils dans la loi de la Valence et de l'Aragon. Des critères tels que (art.233-II Cc de la Catalogne) :

- a) Le lien affectif entre les enfants et chacun des géniteurs, ainsi que les relations avec le reste des personnes qui cohabitent dans les différents foyers
- b) L'aptitude des parents à garantir le bien-être des enfants et la possibilité de leur fournir un environnement adéquat à leur âge.
- c) L'attitude de chacun des géniteurs relative à la coopération avec l'autre afin d'assurer la plus grande stabilité des enfants, notamment pour garantir de façon adéquate les relations de ceux-ci avec les deux géniteurs.
- d) Le temps accordé par chacun des géniteurs, avant la rupture, à la surveillance des enfants, et les tâches qu'ils avaient effectivement accomplies en vue de leur bien-être.
- e) L'avis exprimé par les enfants
- f) Les accords en prévision de la rupture
- g) L'emplacement des domiciles et les horaires et activités des enfants et des géniteurs.

59. Les modalités de résidence de l'enfant, le droit de contact, de visite et/ou d'hébergement avec l'enfant, peuvent-ils être déterminés par une convention parentale ? Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

A titre général, l'art.90 Cc établit que les parents devront inclure dans la Convention régulatrice annexée à la demande de séparation et de divorce des mesures sur la surveillance des enfants assujettis à l'autorité parentale des deux, l'exercice de celle-ci et, le cas échéant, le régime de communication et d'hébergement des enfants avec le géniteur qui ne demeure pas habituellement avec eux.

Cette convention donnera aux parties plusieurs options (art.92.5 Cc):

- la garde exclusive, l'un des deux est titulaire de la garde et l'autre du régime de communication et d'hébergement
- la garde partagée en alternance : les parents se relaient dans la situation de garde et de titulaire du régime de communication et d'hébergement

Le juge dans sa décision du type de garde adoptera les cautions dues à l'efficacité dans l'accomplissement du type de garde établi.

En Catalogne, tel que nous l'avons signalé en début de l'épigraphie, les questions concernant la garde des enfants doivent être comprises par le plan de parentalité qui contiendra les

engagements assumés par rapport à la garde, la surveillance et l'éducation des enfants (233-9) :

- le lieu ou les lieux où les enfants vivront habituellement.
- les tâches que chacun des géniteurs assumera par rapport aux activités quotidiennes des enfants.
- la formule qui doit être utilisée pour le changement de garde
- le régime de relation et de communication avec les enfants pendant les périodes où l'un des géniteurs ne les aura pas avec lui et pendant les vacances
- le type d'éducation et les activités extrascolaires, formatives et les loisirs
- la manière de se passer l'information sur les enfants
- la manière de prendre les décisions concernant le changement de domicile et toute autre question remarquable

En Aragon, le plan de parentalité s'appelle Convention de Relations Familiales (art.77 Código de Derecho foral de Aragón) A titre général, l'art.90 Cc établit que les parents devront inclure dans la Convention régulatrice annexée à la demande de séparation et de divorce des mesures sur la surveillance des enfants assujettis à l'autorité parentale des deux, l'exercice de celle-ci et, le cas échéant, le régime de communication et d'hébergement des enfants avec le géniteur qui ne demeure pas habituellement avec eux.

Cette convention donnera aux parties plusieurs options (art.92.5 Cc):

- la garde exclusive, l'un des deux est titulaire de la garde et l'autre du régime de communication et d'hébergement
- la garde partagée en alternance : les parents se relaient dans la situation de garde et de titulaire du régime de communication et d'hébergement

Le juge dans sa décision du type de garde adoptera les cautions dues à l'efficacité dans l'accomplissement du type de garde établi.

En Catalogne, tel que nous l'avons signalé en début de l'épigraphie, les questions concernant la garde des enfants doivent être comprises par le plan de parentalité qui contiendra les engagements assumés par rapport à la garde, la surveillance et l'éducation des enfants (233-9) :

- le lieu ou les lieux où les enfants vivront habituellement.
- les tâches que chacun des géniteurs assumera par rapport aux activités quotidiennes des enfants.
- la formule qui doit être utilisée pour le changement de garde
- le régime de relation et de communication avec les enfants pendant les périodes où l'un des géniteurs ne les aura pas avec lui et pendant les vacances
- le type d'éducation et les activités extrascolaires, formatives et les loisirs
- la manière de se passer l'information sur les enfants
- la manière de prendre les décisions concernant le changement de domicile et toute autre question remarquable

En Aragon, le plan de parentalité s'appelle Convention de Relations Familiales (art.77 Código de Derecho foral de Aragón) et en Valence, Convention de la Vie de famille (art.4 de Ley de Relaciones Familiares)

Deuxième partie.

Coïncidant en partie avec la 54

Le juge doit approuver les accords passés entre les conjoints à l'égard des enfants mineurs, sauf s'ils sont nuisibles à l'égard des enfants ou portent graves dommages à l'un des conjoints. Si le juge considère que la mesure est nuisible, il demandera aux parties de la modifier et si la proposition garde toujours un caractère nuisible, le juge édictera une mesure qui remplace la proposition des parents.

L'accord des parents est prioritaire et, seulement s'il comprenait des mesures contraires à l'intérêt du mineur, comme par exemple une alternance journalière dans la garde partagée, refus de contact avec les enfants..., le juge dénierait l'approbation de la proposition

60. Des mesures sont-elles à la disposition du juge afin de garantir les liens entre l'enfant et chacun de ses parents après divorce ? Si oui, lesquelles ? Des sanctions sont-elles prévues si un parent ne respecte pas son obligation de maintenir les relations avec l'enfant ?

Première partie

En principe, le juge, peut adopter les cautèles qu'il considère pertinentes pour l'accomplissement efficace du régime de garde (art.92.5 Cc) ; par exemple, établir des suivis périodiques du déroulement des relations familiales à la charge de l'Equipe Technique de la Cour, établir des régimes progressifs de contact entre le géniteur et les enfants... De plus, à titre général, l'art. 158 Cc habilite le juge à l'adoption, d'office, ou à l'instar de l'enfant lui-même, d'un parent ou du Procureur de la République, toute disposition nécessaire et convenable, en rapport avec l'autorité de garde, afin d'éviter aux enfants des troubles nuisibles.

En particulier s'il existe un risque d'enlèvement du mineur par l'un des conjoints ou par un tiers, les mesures ci-dessous, pourront être prises (art.103.1^a Cc):

- défense de quitter le territoire national, sauf autorisation judiciaire préalable
- défense de délivrance du passeport au mineur ou retrait du passeport s'il avait déjà été livré.
- soumission à l'autorisation judiciaire préalable de tout changement de domicile du mineur

Deuxième Partie.

En cas de non accomplissement des obligations qui découlent de la garde des enfants ou du régime de communication et d'hébergement des amendes coercitives mensuelles pourront être imposées le temps qu'on considère nécessaire (art.776.2^a LEC). De plus, le non accomplissement réitéré des obligations dérivées du régime de visite, aussi bien de la part du géniteur surveillant- qui les entrave ou qui y fait obstacle-que de celui qui ne prend pas en charge les enfants lors des périodes qui lui sont attribuées-, pourra donner lieu à la modification du régime de visites (art.776.3^a LEC).

b. Les effets patrimoniaux du divorce

61. Le règlement des effets patrimoniaux du divorce doit-il s'effectuer dans le cadre d'une instance unique en divorce ou bien peut-il faire l'objet d'une procédure distincte qui serait concomitante ou consécutive ?

Les effets patrimoniaux qui font suite à la séparation ou au divorce se règlent : les uns dans le cadre de la propre procédure de séparation ou divorce, en vertu du jugement ou dans le cadre de la convention régulatrice (charges familiales, pension alimentaire, pension compensatoire, compensation par le travail ménager), et les autres, comme la liquidation du régime économique conjugal, peuvent se régler :

-par consentement mutuel, dans la convention régulatrice ou ultérieurement ; dans la pratique, il est fréquent d'inclure dans la Convention régulatrice les règles ou les bases d'une future liquidation ; la liquidation concomitante à la séparation ou au divorce n'est donc pas obligatoire, même si l'on pouvait déduire autre chose de la rédaction littérale de l'article 90.E Cc.

-à défaut d'accord entre les conjoints, la liquidation de tout régime matrimonial qui, en raison d'un contrat matrimonial ou d'une décision de justice, détermine l'existence d'une masse commune de biens et de droits assujettis à des charges déterminées et à des obligations, sera réalisée par le biais d'une procédure judiciaire différente concomitante ou consécutive réglée par les articles 806 et suivants LEC.

i. Les effets entre les époux

62. Au moment de la rupture du mariage, les ex-époux bénéficient-ils d'un droit à obtenir l'un de l'autre **une compensation financière**.

A titre général, et indépendamment du type de régime économique matrimonial ayant pu exister, le Droit espagnol reconnaît la pension compensatoire (art.97 ss); dans le cas où le régime financier aurait été le régime de la séparation, le Code civil reconnaît la compensation par le travail ménager (art.1438 Cc).

Notes sur la compensation pour le travail ménager :

La compensation pour le travail ménager est réglée par versement unique et elle est liée à la liquidation du régime de séparation des biens.

Le régime de séparation des biens apparaît réglé par cinq ordonnances juridiques espagnoles, et ces ordonnances n'admettent pas toutes la compensation, et celles qui l'admettent ne lui attribuent pas la même nature. Ainsi, en Navarre, en Aragon et aux Baléares il n'existe aucun type de compensation pour le conjoint qui a apporté son travail pour contribuer aux charges du mariage (loi 103,b) du Recueil de Droit Civil de Navarre ; Arts 187 et 189 du Code de Droit *Foral* de l'Aragon et l'art.3 du Recueil de Droit civil des Baléares).

Par contre, le Code civil catalan, dans son art. 232-5.1, établit que « Dans le régime de séparation des biens, si l'un des conjoints a travaillé dans les tâches ménagères substantiellement plus que l'autre, il a droit à une compensation économique due à ce travail, pourvu que, au moment de l'extinction du régime (...) l'autre conjoint ait obtenu une croissance patrimoniale supérieure au vu de ce qui est établi dans cet alinéa ».

Au sens de cette règle, celle qui est comprise dans l'article 13.2 de la Loi de la Communauté Autonome de Valence 10/2007, du 20 mars, de Régime Economique Matrimonial de Valence,

admet la compensation pour le travail ménager, qui est aussi considéré une forme de contribution à la levée des charges du mariage (art.12) et dont les critères d'évaluation sont les suivants : « I. On tiendra compte, à titre d'orientation et au minimum, des critères ci-après d'évaluation du travail ménager, sans que cela porte atteinte à la pondération que l'autorité judiciaire correspondante réalisera ou à l'accord auquel les conjoints pourraient arriver : le coût de tels services sur le marché du travail, les revenus que le conjoint qui s'occupe de ces services n'aurait pas obtenus dans l'exercice de sa profession ou son métier en conséquence du temps accordé au travail ménager dans toutes ses modalités énumérées dans l'article précédent, ou les revenus obtenus par le conjoint bénéficiaire de tels services dans la mesure où la prestation de la part de l'autre conjoint lui a permis de les obtenir ».

Finalement, l'art. 1438 Cc, qui établit que "le travail ménager (...) comporte le droit d'obtenir une compensation que le juge signalera, à défaut d'accord, au moment de l'extinction du régime de séparation ». Selon le TS Sentence du 14 juillet 2012, *le droit à obtenir la compensation pour avoir contribué l'un des conjoints aux charges du mariage avec son travail ménager pendant le régime de séparation de biens ex art. 1438 Cc, requiert que, une fois le régime accordé, on ait contribué aux charges du mariage uniquement avec le travail réalisé pour le ménage. Il y est donc exclu qu'il soit nécessaire, pour obtenir la compensation, que le patrimoine de l'autre époux ait connu une croissance.*

Référence faite à la compensation pour ce travail ménager, nous allons porter notre regard sur la pension compensatoire, conséquence propre à la séparation ou au divorce, si besoin est, nous préciserons quelques aspects de la compensation pour le travail ménager.

Si oui merci de répondre aux questions suivantes :

63. Cette demande doit-elle être faite dès l'introduction de l'instance ou peut-elle être demandée en cours d'instance ?

Ladite pension compensatoire peu être établie par consentement mutuel des deux époux, dans leur proposition de convention régulatrice, ou par le juge dans le prononcé de séparation ou divorce, à la demande d'une partie. Dans ce cas-là elle doit être sollicitée dans la demande ou dans la contestation reconventionnelle de séparation ou divorce dès l'introduction de l'instance.

La compensation pour le travail ménager peut s'obtenir par le prononcé de séparation ou divorce, sans qu'il soit nécessaire d'attendre la phase de liquidation du régime financier.

64. La demande peut-elle être introduite par l'un ou l'autre des époux après le prononcé du divorce ? Si oui, cette action est-elle enfermée dans un délai ?

Non, il n'est pas possible d'introduire la pension compensatoire à un moment postérieur.

65. L'un des époux peut-il être dispensé de fournir cette compensation (ou indemnisation, aliments ...)? Si oui, pour quels motifs ?

66. L'un des époux peut-il être privé du droit d'obtenir cette compensation (ou indemnisation, aliments...) ? Si oui pour quels motifs ?

Le droit à la prestation compensatoire en Droit espagnol naît si la séparation ou le divorce produit un déséquilibre financier par rapport à la situation de l'autre qui implique une détérioration de la situation existante pendant le mariage. Donc, le manque de déséquilibre empêche la naissance du droit et, en conséquence, il y exclut la compensation. Une fois le déséquilibre patrimonial constaté, la fixation du montant dépend des circonstances particulières du mariage.

De plus la prestation compensatoire est refusable, de sorte que si avant la célébration du mariage ou pendant le mariage, les conjoints avaient renoncé à son obtention, elle sera rejetée, sauf si l'on démontre que de nouvelles circonstances à relever sont survenues ; circonstances qui n'ont pas été prévues et qui ne pouvaient pas être raisonnablement prévues au moment de passer l'accord.

On ne reconnaît pas le droit à la prestation compensatoire dans les hypothèses de courte durée du mariage.

Donc à titre général, la compensation est rejetée par le manque de déséquilibre financier, par la renonciation préalable et la courte durée du mariage. On ne tient pas compte de la perte de la compensation en tant que sanction pour des comportements déterminés des conjoints.

Toutefois on considère en tant que cause d'extinction de la prestation la cohabitation du conjoint créancier ou son nouveau mariage et, donc, cela empêcherait aussi la génération du droit à la prestation (art.101 Cc)

67. L'établissement ou le rétablissement d'un équilibre financier entre les situations patrimoniales respectives des ex-époux est-il recherché ?

La doctrine de la Cour de Cassation en matière de prestation compensatoire établit que la compensation naît pour mitiger le déséquilibre produit par la rupture matrimoniale sur l'un des conjoints par rapport à la situation de cohabitation matrimoniale ; **ce n'est pas un outil d'équilibre patrimonial, ni un mécanisme d'égalisation patrimoniale indiscriminée entre les conjoints** (STS 25/11/2011).

La doctrine de la Cour de Cassation en matière de prestation compensatoire établit que la compensation naît pour mitiger le déséquilibre produit par la rupture matrimoniale sur l'un des conjoints par rapport à la situation de cohabitation matrimoniale ; **ce n'est pas un outil d'équilibre patrimonial, ni un mécanisme d'égalisation patrimoniale indiscriminée entre les conjoints** (STS 25/11/2011).

68. Les règles en matière de compensation financière, d'aliments ou autres obligations patrimoniales après divorce sont-elles connectées à celles qui organisent la liquidation du régime matrimonial ou à celles de droit des biens (*property law*) équivalentes ?

Non.

69. Les causes de divorce ont-elles une incidence sur les conséquences du divorce en matière patrimoniale ? Si oui dans quelle mesure ?

Non

70. Quelles formes les obligations patrimoniales entre ex-époux peuvent-elles prendre ? Si les formes sont multiples, sont-elles déterminées par la cause de divorce ?

La compensation pourra prendre la forme d'une pension temporaire ou pour un temps indéfini, ou d'une prestation unique, selon la convention ou la sentence le déterminent (art.97 Cc). A n'importe quel moment on pourra accorder le remplacement de la pension fixée judiciairement en conformité avec l'art.97 Cc par la constitution d'une rente à vie, l'usufruit de biens déterminés ou le versement d'un capital en biens ou en argent.

La cause de divorce n'est pas importante

71. Votre droit permet-il à l'autorité compétente d'attribuer à un des époux la propriété, la jouissance ou le bail du logement familial ? Si oui, à quelles conditions ?

En Droit espagnol, à défaut d'accord entre les conjoints, l'utilisation du logement familial est attribué aux enfants mineurs ou incapacités et au conjoint en la compagnie duquel ils seraient restés. S'il n'y a pas d'enfants ou ils ont atteint la majorité d'âge, le juge peut attribuer l'utilisation du logement, pour un temps qu'on fixera de manière prudente, au conjoint non titulaire, pourvu que, en vue des circonstances, il s'avère conseillable et son intérêt porte sur le plus nécessité de protection.

Dans le but d'attribuer l'utilisation du logement familial, le titre qui octroie le droit à occuper le logement est indifférent : droits royaux, droits personnels ou par simple tolérance ; que le logement appartienne soit à la société des acquêts, soit aux conjoints pro indiviso, soit à un seul conjoint, soit à un tiers.

Pour disposer du logement dont l'utilisation correspond au conjoint non titulaire, il sera requis le consentement mutuel des deux conjoints ou en son défaut l'autorisation judiciaire.

72. Le montant et les modalités des obligations patrimoniales entre ex-époux peuvent-elles être déterminés par une convention matrimoniale ?

Les conjoints, avant et durant le mariage, peuvent établir des accords financiers en prévision de la rupture; ainsi les contrats de mariage peuvent établir la modalité, le montant, la durée et l'extinction de la prestation compensatoire (art. 1325 Cc).

La proposition de convention régulatrice, en annexe à la demande de séparation ou de divorce, peut établir le montant que l'on considère approprié, avec une limite dans le temps ou pour un temps indéterminé (art.90 Cc).

73. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

L'intervention judiciaire reste à l'écart des accords qui correspondent au domaine du droit dispositif. Le juge ne peut pas intervenir dans l'évaluation ni le renoncement, ni dans la fixation de la modalité ni dans le montant accordé par les parties.

74. Afin de calculer le montant dû, les époux sont-ils tenus de révéler l'intégralité des éléments qui constituent leur patrimoine (revenus, capital, biens, pensions, allocations...) ou bien peuvent-ils en être dispensés ?

Il n'existe pas dans la Lec de prévision normative de cette nature, il est uniquement établi que dans la procédure contentieuse de séparation ou de divorce, si l'on sollicite des mesure à caractère patrimonial, le demandeur devra annexer à la demande *les documents dont il dispose qui permettent d'évaluer la situation financière des conjoints et, le cas échéant, des enfants, tels les déclarations des revenus, les fiches de paye, les certificats bancaires, les titres de propriété ou les certifications des registres (art.770 Lec).*

C'est la régulation des moyens de preuve des articles 299 et suivants qui est appliquée :

Chacune des parties pourra solliciter l'exhibition des documents qui ne se trouveraient pas à sa disposition et qui feraient référence à l'objet de la procédure ou à l'efficacité des moyens de preuve (art.328.I Lec).

75. Si aucune dispense n'est prévue, quelles sont les conséquences d'un refus de délivrer ces éléments ?

Dans le cas d'un refus injustifié, le Tribunal pourra formuler une requête pour que les documents, dont la délivrance a été sollicitée, soient apportés à la procédure, du moment où les caractéristiques de ces documents, les autres preuves présentées, le contenu des prétentions formulées par le demandeur et les déclarations qui les prouvent, le conseillent (art.329.2Lec).

Le Tribunal pourra aussi attribuer une valeur de preuve à la copie simple présentée par le demandeur de la délivrance ou la version qui aurait été faite du contenu du document (art.329.I.Lec)

76. Quels sont les critères pris en compte pour évaluer le montant dû ? (le train de vie du ménage avant divorce, les besoins des ex-époux qu'ils soient présents et/ou futurs, l'âge, l'état de santé, l'employabilité, le principe selon lequel chaque époux devrait satisfaire à ses propres besoins ...)

Les critères sont établis par le Code civil dans son art.97 Cc; ces critères ont une double fonction, d'une part, ils agissent en tant qu'éléments intégrants du déséquilibre et, d'autre part ils permettent de fixer le montant de la pension. Ce sont :

1. Les accords passés entre les conjoints
2. L'âge et la santé
3. La qualification professionnelle et les probabilités d'accès à un emploi

4. Le temps consacré à la famille dans le passé et à l'avenir
5. La collaboration par son travail aux activités commerciales, industrielles ou professionnelles de l'autre conjoint
6. La durée du mariage et la cohabitation matrimoniale
7. La perte éventuelle du droit à une pension
8. La fortune et les ressources financières et les besoins de l'un et de l'autre des conjoints
9. Toute autre question remarquable

77. Le montant de la compensation ordonnée peut-il être révisé ? Si oui pour quels motifs et à quelle échéance (régulière, en fonction des besoins...).

Une fois que la pension et les bases de son actualisation sont fixées par le jugement de séparation ou divorce, elle ne pourra être modifiée que par des altérations substantielles de la fortune de l'un ou l'autre des conjoints (art.100Cc.)

Le droit à la pension ne cesse pas par le seul fait de la mort du débiteur. Néanmoins, les héritiers de celui-ci pourront solliciter au Juge la réduction ou la suppression de celle-là, si la fortune héréditaire ne peut pas satisfaire aux besoins de la dette ou porte atteinte à leur droit à la succession légitime. Une fois la prestation compensatoire éteinte du fait du décès du débiteur, on reconnaît au titulaire de la prestation compensatoire le droit à recevoir la pension de veuve ; dans l'hypothèse que le montant de la pension de veuve soit supérieur à la prestation compensatoire, celle-là sera diminuée jusqu'à atteindre le montant de cette dernière. Si, moyennant divorce, il se produisait une concurrence des bénéficiaires de la pension, celle-ci serait reconnu à un montant proportionnel au temps de cohabitation de chacun d'entre eux avec le de cujus, en tout cas on garantit 40 pour cent en faveur du conjoint survivant ou, le cas échéant, de celui qui, sans en être conjoint cohabiterait avec le de cujus au moment du décès et serait bénéficiaire de la pension de réversion (art.174.2 LGS).

ii. Les effets à l'égard des enfants

78. L'obligation d'entretenir financièrement l'enfant est-elle liée à l'autorité parentale, à la résidence de l'enfant, à un autre critère ?

L'obligation d'entretenir les enfants est liée à la filiation ; article 110 du Code civil : *le père et la mère même s'ils ne détiennent pas l'autorité parentale, sont obligés de veiller aux enfants mineurs et leur fournir des aliments*. La garde des enfants a une incidence sur la quantité de la prestation des parents car on considère que le travail qu'elle suppose est une contribution en nature.

79. Par quels moyens l'État organise-t-il le maintien de cette obligation à l'égard du parent qui ne vit pas avec l'enfant (pension alimentaire, mise à disposition de biens ou de capital ...)

Le Droit espagnol établit, de manière générale, que l'entretien sera réalisé sous forme de pension alimentaire dont le quantum sera établi à proportion des ressources des parents et des circonstances économiques et besoins des enfants à tout moment (art.145,146,93 Cc).

Pour s'assurer de son efficacité le juge peut adopter les garanties, les dépôts, les retenus ou autres mesures préventives convenables (art.103.3^a et 158 Cc).

On considérera comme contribution à ces charges familiales le travail investi par l'un des époux sur la garde des enfants soumis à l'autorité parentale (art.103.3^a in fine).

Le conjoint ou géniteur qui manquerait de façon réitérée aux obligations du versement de la quantité qui lui correspond pourra être l'objet de sanctions coercitives (art.776.Lec) ; les amendes mensuelles pourront atteindre 20% de la prestation et l'amende unique 50% de ladite prestation (art.711.Lec).

80. Les modalités de l'exercice de cette obligation d'entretien, peuvent-elles être déterminées par une convention parentale ?

Les parents devront inclure dans leur proposition de convention une mesure concernant la pension des enfants, ainsi que les bases de son actualisation et des garanties le cas échéant (art.90.d Cc)

81. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

L'accord des conjoints relatif à l'entretien des enfants sera approuvé par le juge, excepté s'il est nuisible aux enfants ou porte de graves dommages à l'un des conjoints. Le refus de l'accord devra être fait par résolution motivée, et en l'occurrence, les conjoints devront se soumettre à la considération par le juge de la nouvelle proposition pour qu'elle soit approuvée, si convenable. Si ce n'est pas le cas, c'est le juge qui prendra la décision convenable en la matière. A partir de l'approbation judiciaire ils pourront être effectifs par la voie de la contrainte. Le juge pourra établir les garanties réelles et personnelles que l'accomplissement de la convention requiert (art.90 Cc in fine)

III. LE DROIT PROCEDURAL

82. Le divorce et le règlement de ses conséquences peut-il être obtenu en dehors d'une instance judiciaire ?

83. Si oui, quels sont les organes compétents pour connaître de la demande ? La procédure administrative est-elle la seule possibilité offerte au couple ou bien s'agit-il d'une alternative à une procédure judiciaire ?

Non, expressément, l'article 89 Cc établit que la *dissolution par divorce ne pourra avoir lieu que par sentence qui le déclare.*

Toutefois, comme il a été signalé précédemment, il existe un avant-projet de loi qui comprend la possibilité d'obtenir le divorce notarial en des hypothèses déterminées.

84. Dans le cadre d'une procédure judiciaire en divorce, quelle est la juridiction nationale compétente pour statuer ? Cette juridiction est-elle également compétente pour statuer sur les effets du divorce ? Une compétence juridictionnelle particulière est-elle prévue dans l'hypothèse d'un divorce transnational ?

C'est la juridiction civile qui est compétente dans l'action de divorce et de ses effets. Il n'y a pas de prévision différente pour les hypothèses de divorce transnational.

Concrètement, l'article 45 Lec dispose que les Tribunaux d'Instance sont compétents pour connaître en instance les affaires civiles qui ne sont pas attribuées légalement à d'autres juridictions. De son côté, l'art. 769 Lec établit que, en principe, il correspondra à ces tribunaux de prononcer le jugement dans les procédures matrimoniales.

Dans différents chef lieu il existe des tribunaux d'instance spécialisés en la matière (art.46 Lec et 98 LOP) ; c'est le cas des Tribunaux des affaires familiales qui se verront attribuer la compétence en affaires matrimoniales et de relations parents-enfants.

Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la Loi Organique 1/2004 de Mesures de protection contre la violence de genre, les Tribunaux de violence sur la femme (art.87.ter.apdo.2° LOPJ) seront compétents pour connaître différentes affaires d'ordre civil, et en ce qui nous intéresse, les procédures d'anéantissement, séparation et divorce, ou l'adoption et modification de mesures d'une importance familiale remarquable. Ces tribunaux, encadrés dans la juridiction pénale, seront compétents pour connaître ces affaires de manière exclusive, lorsque les requis ci-après, y concourent simultanément (art. 87.ter.apdo 3° LOPJ)

- que la femme ait été victime d'un acte de violence de genre
- que le conjoint homme ait été imputé en tant qu'auteur, inducteur ou coopérant nécessaire dans la réalisation d'actions de violence de genre
- Qu'on ait entrepris auprès du Tribunal de Violence sur la femme des actions à signification pénale par délit ou faute en conséquence d'un acte de violence sur la femme, ou on ait adopté un mandat de protection

Donc, la compétence appartient aux Tribunaux d'Instance, aux Tribunaux aux affaires familiales ou de Violence sur la femme.

85. Après l'introduction de l'instance les époux sont-ils tenus de respecter une période de réflexion ? Si oui, quelle en est la durée ?

Non

86. Les époux sont-ils tenus ou incités avant l'instance ou en cours d'instance à s'orienter, à titre préalable, vers un mode alternatif de règlement des conflits ?

La 15/2005, lors de la réforme de la séparation et le divorce, a établi la médiation en tant que *ressource volontaire alternative de solution des litiges familiaux par la voie du consentement mutuel avec l'intervention d'un médiateur, impartial et neutre*. Pour répondre à la cohérence il a faculté les parties pour pouvoir demander au Juge, à n'importe quel moment de la

procédure, la suspension des actuaciones judiciaires pour se tenir à la médiation familiale (art.770.7^a Lec). De son côté, le juge, au sens de l'article 158 Cc, qui lui permet d'adopter toute mesure dans l'intérêt des mineurs, pourrait renvoyer d'office les parents à une séance d'information sur la médiation.

Récemment la loi 5/2012, du 6 juillet, de Médiation dans les Affaires Civiles et de Commerce incorpore au Droit espagnol la Directive 2008/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en affaires civiles et commerciales. A l'égard de la médiation familiale, il faut souligner : le caractère volontaire de la médiation (art.6.1), qui est maintenu à tout moment, car personne n'est obligée à rester dans la procédure de médiation ni à conclure un accord (art.6.3) et qu'elle est entreprise d'un commun accord (art.16.1).

87. L'autorité compétente peut-elle, pendant la procédure de divorce, prendre des mesures provisoires relatives
- au logement familial,
 - aux enfants,
 - à l'obligation alimentaire entre époux,
 - aux conséquences de violences conjugales ?

Le conjoint qui sollicite la séparation ou le divorce pourra demander sur la demande ce qu'il considère opportun sur les mesures provisoires à adopter, et de même le conjoint défendeur qui pourra sur la réponse à la demande solliciter l'adoption de mesures provisoires.

Les conjoints peuvent aussi soumettre à l'approbation du juge l'accord auquel ils seraient arrivés sur les mesures provisoires: ledit accord ne sera pas inaliénable par rapport aux prétentions respectives des parties ni par rapport à la décision que le Tribunal pourrait adopter en ce qui concerne les mesures définitives.

Le juge, à défaut d'accord des deux conjoints approuvé judiciairement, adoptera, par audience de ceux-là, des mesures à caractère provisoire, qui cessent quand elles sont remplacées par les mesures adoptées dans la convention régulatrice approuvée par le juge ou par le jugement (art.773 Lec)

Ces mesures provisoires sont réglées par le Code Civil (art.103 Cc) et portent sur:

- a) Les enfants : attribuer la garde et surveillance des enfants à titre exclusif ou partagé et fixer le régime de communication et d'hébergement pour le conjoint qui n'en a pas la garde ; ou attribuer la garde à un tiers. Quand il existe un risque d'enlèvement des mineurs on pourra interdire la sortie du territoire national, sauf autorisation judiciaire ; défense de livraison du passeport ou son retrait ; autorisation judiciaire pour le changement de domicile.
- b) Logement familial: à déterminer, en tenant compte de l'intérêt du familial le plus nécessité de protection, quel conjoint doit continuer dans l'utilisation du logement familial et, l'inventaire fait, les biens et les objets du ménage familial qui restent dans le logement et ceux qui seront emportés par l'autre conjoint. S'il existe des enfants mineurs, c'est leur intérêt qui a le plus besoin de protection, s'il n'y a pas d'enfants il faudra prouver l'intérêt le plus digne de protection.

- c) fixer la contribution de chaque conjoint aux charges familiales du mariage (aliments, Litis expensas, crédit foncier...). On peut demander une pension d'aliments comme mesure provisoire dans la procédure du divorce (STS 30 Octobre 2012)
- d) Mesures relatives à l'administration et la disposition des biens communs et privés; dans la pratique il n'est pas fréquent d'inclure dans les mesures provisoires cette demande, car l'article 808 permet d'entreprendre la procédure de liquidation du régime financier une fois la demande de séparation ou divorce admise.

En ce qui concerne l'existence de violence conjugale:

Au sens manifesté par la n°84, le Tribunal de Violence sur la Femme (juridiction pénale) est compétent pour signifier le Mandat de Protection et connaître la procédure d'anéantissement, de séparation ou de divorce ou les mesures parents-enfants si les critères requis sont accomplis. L'autorité judiciaire est faculté pour l'adoption de mesures à caractère civil qui, à titre de mesures préalables, règlent la situation juridique des conjoints pendant trente jours et, si lors de ce délai une procédure de famille est intentée par la victime, elles sont reportées sur trente jours à compter à partir de la présentation de la demande. A terme elles devront être ratifiées, modifiées ou laissées sans effet, et seulement dans le premier cas la comparution ne sera pas nécessaire.

Par rapport au contenu des mesures civiles, en présence d'enfants mineurs, le juge sera obligé d'adopter toutes les mesures civiles auxquelles se réfère l'alinéa sept de l'article 544 ter LECr :

- attribution de l'usufruit du logement familial qui suivra le critère général d'être attribuer au conjoint dans la compagnie duquel sont les enfants.

- déterminer le régime de garde, visites, communication et hébergement

- le régime de prestation d'aliments aux enfants mineurs (et aux majeurs si les présumés fixés dans l'alinéa deux de l'article 93 du code civil y concouraient) et au conjoint en situation de besoin, s'il existe la possibilité chez le débiteur, au sens de ce qui est établi dans les articles 142 et suivants du Code civil.

- ainsi que toute disposition que l'on considère opportune afin d'écarter le mineur d'un risque ou de lui éviter des dommages ; en ce sens-là, on peut citer les mesures prévues dans l'article 103 et dans l'article 158 du Code civil, s'il existe un risque d'enlèvement d'un mineur par un parent ou par un tiers :

- a) défense de sortie du territoire national, sauf autorisation judiciaire préalable
- b) défense de livraison de passeport au mineur ou retrait du passeport délivré
- c) soumission à une autorisation judiciaire préalable pour tout changement de domicile du mineur

88. Quelles sont les possibles voies de recours contre la décision relative au divorce, que celle-ci soit judiciaire ou administrative ?

Ce sont les juges du Tribunal d'instance, des affaires familiale ou de Violence sur la femme qui sont compétents pour prononcer la sentence qui déclare la séparation ou le divorce et approuve la convention régulatrice proposée par les conjoints (consentement mutuel) ou déclare la séparation ou le divorce et établit ses effets (contentieux) et pour connaître la procédure de modification de mesures.

La Audiencia Provincial (Tribunal de Grande Instance/ Tribunal Departamental ?) connaîtra les recours en appel, présentés le cas échéant, contre les sentences définitives qui terminent l'instance, et, dans ce cas aussi, par la voie du régime général du recours en appel des procédures civiles.

La voie de l'accès en cassation des sentences prononcées dans les procédures d'anéantissement, séparation ou divorce s'ouvre à travers l'art. 477.2.3 Lec qui établit que les sentences en cassation prononcées par les Audiencias Provinciales feront l'objet d'un recours en cassation, *lorsque la résolution du recours présente un intérêt en cassation* et l'on considère qu'un recours présente *intérêt en cassation quand la sentence objet du recours s'oppose à la doctrine juridictionnelle de la Cour de Cassation ou statue des points ou des questions sur lesquels il existe une jurisprudence contradictoire des Audiencias Provinciales ou applique des normes qui ne seraient pas plus de cinq ans en vigueur, pourvu que, dans cette dernière hypothèse, il n'existe pas de doctrine jurisprudentielle du Tribunal de Grande Instance relative aux normes précédentes du même contenu ou pareil.* (art.477.3 LEC)

89. Un tiers (ministère public, avocat de l'enfant, service social, service de protection de la jeunesse...) peut-il intervenir
- à l'instance en divorce ;
- à l'instance relative à l'autorité parentale, si elle est distincte de l'instance en divorce ?
Si oui, sur quels fondements ?

Le Procureur de la république intervient par précepte à l'instance en séparation ou divorce quand il existe des enfants ou des incapacités (art.749 Lec) car en Droit espagnol on attribue au Procureur de la République avec un caractère général, la tutelle et la défense des intérêts des enfants et de l'incapacité (art.3.apdo6 y 7 EOMF).

Donc, seulement les conjoints et le Procureur de la République.

Le juge pourra solliciter le rapport des experts qualifiés en due forme et en tout cas, il compte sur le soutien des Equipes Techniques Psychosociaux Assignés aux Tribunaux ; il est fréquent de demander une expertise psychologique pour déterminer l'intérêt de l'enfant dans les cas concrets.

De son côté, le juge devra veiller à l'accomplissement du droit du mineur à être entendu (art.92.2Cc.) et, en ce sens –là l'enfant devra être entendu, en tout cas, dans les procédures contentieuses, personnellement ou moyennant un tiers, ou à la demande du juge dans les procédures de consentement mutuel (vid.infra)

90. L'enfant a-t-il la possibilité de donner son avis dans le cadre de la procédure de divorce, que celle-ci soit administrative ou judiciaire, et dans la procédure relative à l'autorité parentale si elle est distincte ? Le cas échéant quelles sont les modalités de cette audition ? Peut-il être assisté ou accompagné dans son audition et par qui ?

L'article 770.4 Lec signale que *quand il y aurait des enfants mineurs ou incapacités, ils seront entendus s'ils sont capables de discernement et, en tout cas, s'ils sont âgés de plus de douze ans* ; donc, leur audition est obligée dans les procédures contentieuses, laissant au critère du tribunal de décider dans les cas de consensus. Lors des examens le juge garantira que le mineur puisse être entendu dans les conditions adéquates pour la sauvegarde de ses intérêts, sans interférences d'autres personnes, et demandera exceptionnellement l'aide des experts quand cela sera nécessaire. L'audition du mineur ne doit jamais se pratiquer lors de l'audience ni lors de la comparution et il faudra essayer, pour éviter des mises en justice inutiles des mineurs, ne pas solliciter leur présence si ce n'est à la demande expresse du Tribunal. L'audition doit se dérouler de manière séparée et dans un lieu où le mineur se trouve le plus confortable et détendu possible ; en définitive il faut éviter toute formalité qui puisse le déranger. Il ne faut pas non plus la réaliser en présence des parties, seulement le Procureur de la République et le Juge ou magistrat y seront présents (dans quelques cas la présence d'un technicien du cabinet psychosocial est conseillée).

La STC 152/2005, du 6 juin, a déclaré la nullité des actuaciones et la rétroaction des actes le moment antérieur à la signification de la sentence en appel dans une procédure de séparation pour avoir fait abstraction, le Tribunal Départementale (la Audiencia Provincial), de l'audition du mineur.

Par ailleurs, il faut permettre la présence effective du Procureur de la République dans l'examen des mineurs afin qu'il puisse personnellement les écouter ou les interroger, pour connaître s'ils expriment en liberté, leur avis sur le conflit qui concerne leur sphère personnelle et familiale, et intéresser, le cas échéant, l'adoption de mesures de protection qu'il estime nécessaires (STC 17/2006, du 30 janvier).

IV. RECONNAISSANCE DES DÉCISIONS DE DIVORCE PRONONCÉES A L'ÉTRANGER

91. Quelles sont les conditions de reconnaissance des décisions relatives

- k) à la rupture du lien matrimonial ?
- l) aux effets pécuniaires du divorce ?
- m) à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux ?
- n) à la responsabilité parentale ?
- o) aux obligations alimentaires entre parents et enfants ?

Qu'en est-il s'il s'agit d'une décision émanant d'un État tiers à l'Union européenne et dont la reconnaissance est demandée dans votre pays ?

Merci de ne traiter que du droit national général, et non des conventions bilatérales conclues par votre pays.

En synthèse on peut noter que, en Espagne, il existe trois voies de reconnaissance des décisions prononcées relatives au mariage :

1. Décisions prononcées par des Etats membres (sauf le Danemark) : Règlement 220° I/2003, applicable à la rupture du lien, et le cas échéant, aux décisions sur la responsabilité parentale. Règlement 4/2009, applicable aux obligations alimentaires entre parents et enfants.
2. Décisions qui rentrent dans le domaine de Conventions Internationales bilatérales, ce qui est prévu pour cette voie en concret
3. Pour le reste des Prononcés, la voie de l'exequatur prévue dans l'article 954 Lec.

Par rapport à cette procédure il faut faire quelques précisions :

-La reconnaissance et/ou l'exequatur doivent être introduits devant le Tribunal d 'Instance (art.85.5° LOPJ y art.955 LEC 1881).

-en aucun cas, pour la délivrance de l'exequatur, le Chargé du Registre consulaire du domicile à l'étranger des conjoints, n'est compétent (Con.DGRN, 21 novembre 2005).

-seulement après avoir obtenu l'exequatur de la sentence étrangère on pourra saisir l'inscription de la sentence sur le Registre civil espagnol.

-on peut octroyer l'exequatur à une sentence étrangère de divorce même si le mariage auquel il fait référence, n'est pas inscrit sur le Registre civil Espagnol ; dans ce cas-là il faut faire accompagner la demande d'exequatur de la sentence de divorce de la certification du mariage original.

-Si la sentence de divorce n'obtient pas la reconnaissance en Espagne conformément aux procédures légalement fixées, les sujets seront toujours unis par le mariage en Espagne et auprès des autorités espagnoles.

Les conditions de l'article 954 Lec 1881:

- a) Qu'il s'agisse de l'exercice d'une action personnel
- b) Absence de défaut dans la procédure d'origine : la Cour d'appel considère que le défaut qui fait obstacle à la reconnaissance est l'absence motivée, fondamentalement par le manque de notification en temps utile et en due forme du défendeur. En conséquence, le défaut par convenance, propre de celui qui, nonobstant avoir été notifié et assigné en temps utile et en due forme ne se présente pas devant le Tribunal qui le saisi, n'empêchera pas la reconnaissance
- c) Licéité de l'obligation : ce titre comprend la condition de conformité de la sentence, dont la reconnaissance est prétendue, aux principes qui intègrent l'ordre public espagnol.
- d) Authenticité de la décision prononcée dans l'Etat d'origine : on y intègre trois conditions : la force de chose jugée, sa transcription sur document public et son authenticité

92. Dans quels cas une décision étrangère pourrait ne pas être reconnue dans votre pays pour violation de l'ordre public ? Donnez quelques exemples.

La décision n'est pas reconnue si quelques unes des conditions prévues dans l'article 954 Lec ne sont pas accomplies. Concrètement, et pour ce qui est de la condition de conformité

avec l'ordre public espagnol, la Cour d'Appel a eu l'occasion de se manifester à cet égard sur les demandes de reconnaissance de divorce de mariage polygame et de répudiation.

La répudiation suppose une contravention des droits à la défense de l'épouse, parce qu'elle est toujours unilatérale. Cela étant, tout arrêt étranger de répudiation, de manière générale, contrevient l'ordre public international espagnol (art.954.2° et 3° Lec 1881) et, par conséquent, elle n'obtiendra pas la reconnaissance/exequatur et n'aura pas d'effet en Espagne.

Toutefois, une décision étrangère de répudiation, pourrait exceptionnellement avoir des effets en Espagne dans ces cas :

- a) la femme accepte l'anéantissement du mariage par répudiation, et renonce à la protection de ses droits de défense sur la procédure menée à l'étranger, protection qu'elle a le droit de faire valoir aussi lors de l'exequatur en Espagne. Donc, si l'épouse, elle-même, dicte l'exequatur en Espagne de la décision étrangère de répudiation, l'exequatur doit être octroyé (ATS 21 avril 1998)
- b) si la femme demande, pour des raisons économiques et de rapidité procédurale, à être répudiée à l'étranger (répudiation type khole informée par l'épouse après le paiement d'une compensation économique).

Dans les deux cas il est entendu qu'il n'y a pas de « contravention concrète » de l'Ordre public international espagnol.

Comme conclusion, on pourrait signaler qu'il n'existe pas pour autant un refus de la répudiation en tant qu'institution inégalitaire, mais plutôt un contrôle de l'existence de la discrimination dans le cas concret.

La répudiation est dans la majorité des cas révocable; pendant un délai de réflexion (idda) l'homme peut révoquer sa décision de répudier sa femme (Mudawana 3m). Et bien, cette répudiation révocable contrevient le principe de la stabilité de l'Etat civil, et pour cela un Arrêt étranger de répudiation révocable contrevient l'ordre public international espagnol, et pour que celui-ci intervienne il faut qu'il reste révocable au moment d'informer la reconnaissance. Si le délai, pendant lequel le mari pouvait révoquer la répudiation, s'était écoulé sans qu'il l'eût fait, la répudiation deviendrait définitive et l'ordre public international espagnol ne devrait pas intervenir (ATS 18 de mayo de 2004).

93. Les décisions de divorce prononcées à l'étranger relatives à vos ressortissants sont-elles soumises à des modalités de publicité sur vos registres internes (transcription, mention en marge des actes de l'état-civil...) et si oui, quelles sont ces modalités de publicité ?

Les sentences passées en forme de chose jugée prononcées par les Organes Judiciaires Espagnols en séparation, anéantissement ou divorce, seront enregistrées sur le Registre civil apposées en marge de l'inscription de mariage. Sur ces inscriptions on fera figurer la Cour ou le Tribunal qui a prononcé la Sentence, la date de la sentence, le dossier prononcé et la portée de la décision. Ses inscriptions seront réalisées en vertu du témoignage du Secrétaire judiciaire de l'organe qui a prononcé la décision, avec déclaration de force de chose jugée.

A différence de l'inscription, qui a une valeur de preuve privilégiée, sont susceptibles de notation en marge du mariage, les demandes de séparation, anéantissement ou divorce qui auraient été recevables.

S'il s'agit d'une décision prononcée par un organe juridictionnel appartenant à un Etat membre de l'Union Européenne (et sauf s'il s'agit d'un pays qui ne participe pas à l'adoption du Règlement), il sera applicable le Règlement 2201/2003 du Conseil du 27.11.2003 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière matrimoniale et de responsabilité parentale. En conformité avec cette norme on peut réaliser directement l'inscription, pourvu que la demande soit accompagnée du formulaire spécifique prévu dans l'article 39 du Règlement.

S'il s'agit d'une décision prononcée par le tribunal d'un Etat avec lequel il n'existe pas de convention de reconnaissance de prononcés en la matière, il faudra que, au préalable, on ait obtenu l'exéquatur correspondant, ou la reconnaissance d'efficacité, décision qui devra être annexée à la sentence étrangère

On peut apposer en marge de l'inscription de mariage les accords ou conventions que les conjoints stipulent comme valables pour leur relation financière (contrat matrimonial). Son inscription est contenue dans l'article 1.333 du Cc et 266 du RRC. C'est un acte volontaire, car il n'aura lieu qu'à la demande de la personne intéressée.

94. Dans l'affirmative, ces modalités de publicité sont-elles obligatoires ou facultatives et qui doit demander la réalisation de cette publicité ?

Les actes concernant l'état civil des personnes seront inscrits sur le Registre civil (art.325 Cc). Dans les hypothèses où les Tribunaux espagnols interviennent, ces inscriptions seront pratiquées en vertu du témoignage du Secrétaire Judiciaire de l'organisme qui a dicté la décision, avec la déclaration de force de chose jugée. Dans le cas de la mise à jour des actes de l'état civil, prévue dans le Règlement 2201/2003, elles seront réalisées à la demande de la personne intéressée.

95. Quelles sont les effets de cette publicité ou de cette absence de publicité ?

Le jugement de divorce ne portera atteinte à des tiers de bonne foi qu'à partir de son inscription sur le Registre civil (at.89 Cc).

96. Désirez-vous ajouter quelques remarques spécifiques concernant votre droit national ?

Non.

RAPPORT GREC

Pénélope Agallopoulou
Professeur à l'Université du Pirée

I. PARTIE GÉNÉRALE

A. Droit national

1. Quelles sont les principales sources du droit (législatives et/ou jurisprudentielles) actuellement applicable au divorce ?

Les principales sources du droit hellénique actuellement applicable au divorce sont législatives. Spécifiquement : les articles 14-20 et 1438-1446 du Code Civil (CC), les articles 17, 592-613, 681 B du Code de Procédure Civile (CPrC), le règlement 2201/2003

2. Faites un historique rapide des principales évolutions du droit du divorce dans votre pays.

Le droit hellénique du divorce a connu les phases suivantes d'évolution (voir : *I.Deliyannis-A.Koutsouradis*, Droit de la famille, t. II, Thessaloniki 1987 (éd. Sakkoula), p. 234 et s.)

-La *première* avait duré depuis la fondation du nouvel État hellénique, c. à d. après la révolution de 1821 contre l'occupation Turque et jusqu'en 1920. Cette phase était caractérisée par l'application du Novelle 117 de Justinien sur le divorce, laquelle avait pour fondement l'idée de la faute. Il faut aussi noter que de cette époque le divorce était prononcé par décision judiciaire.

-La *deuxième* phase se situe après le vote de la loi 2228/1920. Ladite loi qui concerne le divorce, en plus des causes déterminées basées soit sur la faute, soit sur des faits non fautifs, avait aussi introduit une cause de divorce indéterminée et abstraite, fondée sur la notion générale de trouble violent du rapport conjugal dû à un comportement fautif du défendeur.

-La *troisième* phase est la réglementation du divorce par le Code Civil hellénique entrée en vigueur le 23.2.1946. Notre Code Civil avait adopté le régime de la loi 2228/1920 avec peu de différences. Selon les dispositions de notre Code Civil, les causes du divorce étaient basées soit sur la faute (bigamie, adultère, abandon

malicieux d'un conjoint par l'autre pendant deux ans, attentat à la vie d'un conjoint par l'autre, ébranlement du rapport conjugal dû à la faute du défendeur, à tel point que le maintien de la vie conjugale devient à juste titre insupportable pour le demandeur) soit sur des faits non fautifs (absence, aliénation mentale, lèpre, impuissance de l'homme à accomplir l'acte sexuel, existante lors de la célébration du mariage à l'insu du demandeur, laquelle a duré trois ans depuis la célébration du mariage et continue d'exister au moment de l'introduction de l'instance).

Avant me référer aux dispositions concernant le divorce aujourd'hui en vigueur il faut noter que, puisque le Code Civil ne prévoyait pas « l'altération objectif du lien conjugal » comme cause de divorce, l'impossibilité de dissoudre des mariages profondément ébranlé a entraîné la formation de concubinages de longue durée et par conséquent la naissance d'enfants naturels. C'est alors qu'une *loi transitoire*, la loi 868/1979 sur le divorce pour rupture prolongée de la vie conjugale est entrée en vigueur le 17 février 1979. Sans modifications des dispositions du Code Civil concernant le divorce, cette loi prévoyait qu'un divorce peut être demandé en raison d'une rupture de la vie conjugale ayant duré au moins six ans, indépendamment de toute faute de la part de l'un des conjoints. Selon cette loi l'action en divorce devait être déposée dans un délai préfixé de six mois après l'entrée en vigueur de ladite loi.

-Le droit du divorce a été *radicalement modifié par la loi 1329/1983*, laquelle a apporté plusieurs réformes dans notre Code Civil, spécifiquement au droit de la famille. Le *divorce faillite* a été donc introduit dans notre Code Civil à la place du *divorce sanction*.

L'expression *divorce-faillite* signifie que chacun des époux peut demander le divorce quand, pour des motifs concernant la personne du défendeur ou des deux époux, les rapports entre eux ont été violemment altérés, à tel point que le maintien du rapport conjugal est, à juste titre, insupportable pour le demandeur (art. 1439 al.1 CC). L'altération est présumé de façon irréfragable, selon l'article 1439 al. 3 du Code Civil, lorsque les époux se trouvent en séparation de fait continuellement depuis deux ans au moins (la loi 1329/1983 prévoyait quatre ans au moins de séparation de fait, mais cela a été diminué en deux ans par l'art.14 de la loi 3719/2008).

En outre, le divorce par consentement mutuel est également prévu. Selon l'article 1441 du Code Civil, comme il a été modifié par l'article 3 de la loi 4055/2012, quand les époux sont d'accord pour divorcer, ils peuvent déposer une demande conjointe, qui est jugée selon la procédure de la juridiction gracieuse. Pour que le divorce par consentement mutuel puisse être prononcé il faut que le mariage ait duré, au moins six mois avant la présentation du demande (avant la modification de l'art. 1441 du Code Civil par l'art. 3 de la loi 4055/2012, la loi 1329/1983 prévoyait qu'il fallait que le mariage ait duré au moins un an et que l'accord des époux devait être déclaré en deux audiences séparées entre elles d'un intervalle d'au moins six mois, pour que le divorce par consentement mutuel puisse être prononcé).

3. Existe-t-il à l'heure actuelle un projet de réforme en la matière ?

Non.

4. Le divorce est-il le seul moyen de rompre le mariage ou existe-t-il une/des possibilité(s) de rupture *a minima* (séparation de corps...) ?

Le divorce est-il le seul moyen de rompre le mariage.

5. Donnez les statistiques générales en matière de divorce et de séparation de corps.

Selon les données du Service National de Statistiques de la Grèce, (http://www.statistics.gr/portal/page/portal/ESYE/PAGE-themes?p_param=A0602) ainsi que celles de l'Eurostat, on constate que les taux bruts des divorce en Grèce sont assez faibles en comparaison avec ceux des autres états-membres de l'Union Européenne (UE). En 2010, alors que les taux bruts des divorces en UE étaient de 2,0 pour 1000 habitants, en Grèce ils n'étaient que de 1,2 pour 1000 habitants.

Concernant les divorces prononcés en Grèce, on peut faire les remarques suivantes :

-On y note une importante augmentation des taux bruts des divorces entre les années 1960 et 2010 (en 1960, sur 1000 habitants ils étaient de 0,3 ; en 1970, de 0,4 ; en 1980 de 0,7 ; en 1990 de 0,6 ; en 2000 de 1,0).

-Depuis l'entrée en vigueur de la loi 1329/1983, qui a introduit le divorce par consentement mutuel, entre 65-70% des divorces prononcés sont des divorces par consentement mutuel.

-Le plus grand pourcentage de divorces (55-60%) sont prononcés pour dissoudre des mariages qui ont duré au moins 10 ans.

6. Votre droit admet-il le mariage entre personnes de même sexe (ou le partenariat enregistré entre personnes de même sexe) ? Si oui, les causes et procédures de rupture de l'union sont-elles les mêmes que pour les couples hétérosexuels ?

Le droit hellénique n'admet pas le mariage ni le partenariat enregistré entre personnes de même sexe.

B. Droit international privé

7. Comment est défini le mariage dans votre droit national ?

Le mariage est un contrat entre un homme et une femme, formé par déclaration simultanée des futures époux en exprimant leur accord soit devant l'organe compétent de l'état (mariage civil) soit par cérémonie religieuse (mariage religieux), qui crée une cohabitation permanente entre les époux. Le mariage est une institution et par conséquent est réglé par le droit.

BI. Causes de divorce

a). Rome 3 est applicable

8. Au regard des articles 5 (choix de la loi applicable par les époux) et 7 (validité formelle d'un tel accord sur la loi applicable) du règlement Rome III, quelles sont les conditions de forme imposées par votre droit national pour le choix de la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps ?
9. Au regard de l'article 13 du règlement Rome III, les mariages suivants sont-ils reconnus dans votre droit national comme mariage ? 1° mariage de personnes de même sexe célébré valablement à l'étranger ; 2° mariage privé ; 3° mariage polygame...

b). Rome 3 n'est pas applicable

10. Quelle est la loi applicable au divorce (*lex fori*, loi nationale commune, loi du domicile commun ou de dernier domicile commun...) ? La règle de conflit nationale désigne-t-elle parfois le droit étranger ?

Par la combinaison des articles 16 et 14 du Code Civil le divorce et la séparation judiciaire (le terme « séparation judiciaire » n'est pas reconnu parce que, selon le droit hellénique, le seul cas où le mariage est dissous par décision judiciaire est le divorce) sont régis dans l'ordre suivante :

1. par le droit de leur dernière nationalité commune pendant le mariage, si l'un d'eux la conserve lors de l'ouverture de la procédure du divorce ou de la séparation ;
2. par le droit de leur dernière résidence habituelle commune lors de l'ouverture de la procédure du divorce ou de la séparation ;
3. par le droit auquel les époux sont le plus étroitement rattachés lors de l'ouverture de la procédure du divorce ou de la séparation.

D'habitude les tribunaux grecs prononcent le divorce dans les cas où les motifs prévues par le droit étranger sont prévues aussi par la *lex fori* ou ne sont pas contraire à l'ordre public hellénique. (voir : A.Grammatikaki-Alexiou dans l'œuvre collectif : A.Grammatikaki-Alexiou, Z.Papasiopi-Pasia, E.Vasilakakis, Droit International Privé, 5ème éd, Athènes-Thessaloniki 2012, p. 215).

Bien sûr la règle de conflit nationale peut parfois désigner le droit étranger.

11. Quelle place est faite à la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable ?

Aucune.

12. Si les parties peuvent choisir la loi applicable, comment s'exprime ce choix et à quel moment peut-il être formulé ?

Ils ne peuvent pas le choisir.

B2. Effets du divorce

13. Quelle est la loi applicable aux conséquences pécuniaires du divorce (pensions, prestations, dommages intérêts etc) ? Règles de droit interne, règlement européen, convention internationale ?

Selon l'art. 15 du Code Civil, les rapports patrimoniaux des époux sont régis par le droit qui règle leurs rapports personnels immédiatement après la célébration du mariage. Les rapports personnels des époux sont régis dans l'ordre suivant :

1. par leur droit de leur dernière nationalité commune durant le mariage, si l'un d'eux la conserve ;
2. par le droit de leur dernière résidence habituelle commune durant le mariage ;
3. par le droit auquel les époux sont plus étroitement rattachés.

À première vue on remarque donc que les rapports personnels et patrimoniaux des époux sont réglés de la même manière, mais cela n'est pas le cas, parce que l'art. 15 du Code Civil indique le droit qui règle leurs rapports personnels *immédiatement après la célébration du mariage*. Cela signifie qu'une modification ultérieure de droit qui règle les rapports personnels ne modifie pas les rapports patrimoniaux. On voit donc que les époux ne disposent pas d'autonomie en ce qui concerne le choix de droit à appliquer (voir : *Grammatikaki-Alexiou*, op.cit., p.207).

14. Quelle est la loi applicable à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux (régimes matrimoniaux etc.) ?

La réponse est la même que celle qui est donnée à la question précédente, c. à d. à la question 13. La Convention de la Haye de 1978, concernant le droit applicable aux régimes matrimoniaux n'est pas ratifiée par la Grèce. Cette Convention donne la priorité à la volonté autonome des époux (voir : *Grammatikaki-Alexiou*, op.cit., p.207).

15-Quelle est la loi applicable à la responsabilité parentale ?

Concernant les rapports entre parents et enfants il faut distinguer :
Enfants nés pendant le mariage et enfants nés sans mariage de leur parents.

A. *Enfants nés pendant le mariage*

Selon l'art. 18 du Code Civil les rapports entre parents et enfant sont régis dans l'ordre suivant :

1. par le droit de leur dernière nationalité commune ;
2. par le droit de leur résidence habituelle commune ;
3. par le droit de la nationalité de l'enfant.

B. Enfants nés sans mariage de leur parents

a. Selon l'art.19 du Code Civil, les rapports entre *la mère et l'enfant* né sans mariage de ses parents sont régis dans l'ordre suivant :

1. par le droit de leur dernière nationalité commune ;
2. par le droit de leur dernière résidence habituelle commune ;
3. par le droit de la nationalité de la mère.

Concernant le droit de la nationalité de la mère il faut remarquer qu'il pose quelques problèmes parce que dans l'art. 19 du Code Civil, il n'est pas précisé de quel espace de temps il faut prendre en considération pour la nationalité. En réalité il en résulte un problème de *conflit mobile* et c'est au juge qu'incombe de décider chaque fois en visant l'intérêt de l'enfant (voir : *Papasiopi-Pasia*, dans l'œuvre collectif : A.Grammatikaki-Alexiou, Z.Papasiopi-Pasia, E.Vasilakakis, Droit International Privé op.cit., p 231).

b. Selon l'art.20 du Code Civil les rapports entre *le père et l'enfant* né sans mariage de ses parents sont régis dans l'ordre suivant :

1. par le droit de leur dernière nationalité commune ;
2. par le droit de leur dernière résidence habituelle commune ;
3. par le droit de la nationalité du père.

c. Selon l'art. 21 du Code Civil les rapports entre *la mère et le père de l'enfant*, né sans mariage de ses parents, sont régis par ordre de priorité, par le droit de leur dernière , nationalité, résidence habituelle ou résidence simple communes, durant la grossesse.

d. Puisque la situation juridique des enfants nés hors mariage constitue un problème social aigüé le Conseil de l'Europe a élaboré une Convention sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, laquelle a été signée à Strasbourg le 15 octobre 1975. Ladite convention a été ratifiée par la Grèce par la loi 1702/1987 (en vigueur de 16.9.1988). Les règles énoncées par cette Convention ont pour but d'assimiler le statut juridique des enfants nés hors mariage à celui des enfants nés dans le mariage et de contribuer, par là même, à l'harmonisation des législations des parties dans le domaine dont il est question.

16. Quelle est la loi applicable aux obligations alimentaires entre parents et enfants ?
Règles de droit interne, règlement européen, convention internationale ?

La Grèce, par sa loi 3137/2003 (entrée en vigueur le 1.9.2003) a ratifiée la Convention de la Haye de 1973 concernant la loi applicable aux obligations alimentaires entre parents et enfants. Selon l'art. 4 de ladite loi, applicable aux obligations alimentaires entre parents et enfants, c'est la loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments. En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, c'est la loi interne de la nouvelle résidence habituelle qui s'applique à partir du moment où le changement est survenu.

La plus récente réglementation sur le sujet est le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif aux obligations alimentaires qui vise à garantir le recouvrement effectif et rapide des créances alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance. Selon l'article 15 dudit règlement le droit applicable aux obligations alimentaires est déterminé par le Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires pour les États membres liés par cet instrument (voir A. *Metallinos*, art.14, n. 12 dans l'œuvre collectif « Bref Interprétation du Code Civil » (dir. Ap.Géorgiadès), Athènes (éd. Droit et Economie P.N.Sakkoulas), 2010), *Papasiopi-Passa*, op. cit., p.236.). Voir aussi réponse à la question 91.

Ce Protocole a été approuvé par l'Union Européenne (UE) le 8 avril 2010 et l'UE déclare, conformément à l'article 24 du Protocole, qu'elle a compétence pour toutes les matières régies par celui-ci.

L'art. 76 al. 3 du règlement 4/2009 dispose que, la plupart des dispositions dudit règlement, s'appliquera, à compter du 18 juin 2011, sous réserve que le protocole de La Haye de 2007 soit applicable dans la Communauté à cette date (voir A. *Metallinos*, op.cit., art. 14, n. 12). À défaut, le présent règlement s'appliquera à compter de la date d'application dudit Protocole dans la Communauté. Le Protocole de La Haye de 2007 n'est pas encore entré en vigueur (http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=133).

Enfin il faut noter que dans les rapports entre les États contractants, le Protocole de La Haye de 2007 remplacera la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (art. 18 du Protocole).

B3. Office du juge (ou de toute autre autorité compétente)

17.Le juge doit-il rechercher et appliquer d'office la règle de conflit de lois relative au divorce ?

Oui

18.Si la règle de conflit nationale renvoie parfois au droit étranger, quel est l'office du juge en matière de droit étranger ? Est-il tenu de le rechercher d'office ? Comment peut-être établi le contenu de la loi étrangère ?

Le juge tient en compte et applique le droit étranger ex officio, comme il le fait pour le droit interne. Qu'il connaisse ou non le droit étranger . Dans le cas où il ne le connaîtrait pas, il peut ordonner des preuves ou utiliser tout moyen approprié pour le connaître (art. 337 du Code de Procédure Civile). En Grèce, l'Institut Hellénique de Droit International et Étranger, dont le siège est à Athènes, fournit de précieuses informations juridiques aux juges, avocats et autorités publiques.

II. LE DROIT MATERIEL

A. Les causes de divorce

19. Le mariage doit-il avoir duré pendant un temps minimum avant que le divorce puisse être demandé ?

Seulement pour le divorce par consentement mutuel : il faut que le mariage ait duré au moins six mois avant la présentation de la demande.

20. La perte de capacité juridique d'un époux (régime de protection juridique, aliénation mentale...) a-t-elle une incidence sur sa capacité à introduire une demande en divorce ou à être défendeur à une telle demande ?

Le droit d'intenter une action de divorce est strictement personnelle. Dans le cas où l'époux qui demande le divorce est placé sous « assistance judiciaire privative », en tout ou en partie qui contient le divorce, il est admis par la doctrine (voir *F.Skorini-Paparrigopoulou*, art. 1438 n. 27 dans l'œuvre collectif « Code Civil Commenté » (dir. : Ap.Géorgiadès-M.Stathopoulos), t. VII, 2ème éd., Athènes (éd. Droit et Economie P.N.Sakkoulas), 2007; *E. Kounougéri-Manolédaki*, Droit de la famille, t. I, 5ème éd. Athènes-Thessaloniki, 2012, (éd. Sakkoula), p.400 ; *Th.Papachristou*, Manuel du droit de la famille, 3ème éd. (Athènes - Komotini, 2005 (éd. Ant.N.sakkoulas, p. 166) que son administrateur légal a le droit d'intenter en son nom l'action de divorce, ayant l'autorisation du Conseil de surveillance (art. 1621 al.1 CC en combinaison avec l'art. 1682 al. 1 CC). Dans le cas où l'époux qui demande le divorce est mineur ou placé sous « assistance judiciaire auxiliaire », en tout ou en partie, il peut seul intenter l'action de divorce, sans demander le consentement de l'assistant judiciaire (art 598 du CPrC).

21. Existe-t-il une cause unique ou des causes multiples de divorce dans l'État ?

Selon le droit hellénique les causes de divorce sont multiples

Si le droit de l'État ne connaît qu'une seule cause de divorce (rupture irrémédiable du lien matrimonial) répondre aux questions en A1, si le droit de l'État connaît des causes multiples de divorce répondre aux questions en A2

A1. Le divorce pour altération définitive du lien matrimonial (irretrievable breakdown of marriage)

22. Sur quels fondements l'altération définitive du lien matrimonial est-elle établie ?

23. Donnez les statistiques les plus récentes (si elles existent) relatives nombre de demandes présentées sur chaque fondement.

24. Dans les motifs de rupture, quelle est la place faite au consentement mutuel des époux ?

25. En cas de consentement mutuel des époux, la requête doit-elle être présentée par les deux époux agissant ensemble ou est-il possible pour l'autre d'accepter le principe du divorce en cours d'instance ?

26. En cas de consentement mutuel, les époux doivent-ils également être d'accord sur les effets du divorce ou bien le juge dispose-t-il du pouvoir de statuer sur les effets ?

27. Dans les motifs de rupture, une place est-elle faite à la notion de faute dans la relation conjugale ? Si oui, dans quelle mesure la faute demeure-t-elle prise en compte au titre des motifs de rupture ?

28. Dans les motifs de rupture, quelle place est faite à la séparation des époux ?

a) La séparation est-elle suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ?

b) Combien de temps la séparation doit-elle avoir duré avant de pouvoir être invoquée ? La période doit-elle être continue ?

A2. Le divorce pour causes multiples

29. Donnez les statistiques les plus récentes (si elles existent) sur le nombre de demandes introduites sur le fondement de chacune des différentes causes de divorce.

En droit hellénique existent le divorce contentieux et le divorce par consentement des époux :

Concernant le divorce contentieux on distingue :

- divorce pour altération définitive du lien matrimonial et

- divorce pour absence, c. à d. chacun des époux peut demander le divorce lorsque l'autre a été déclaré absent.

Concernant les statistiques voir réponse à la question 5.

a. Le divorce par consentement des époux

30. Le divorce par consentement existe-t-il à titre autonome ou est-il une forme du divorce pour altération définitive du lien matrimonial ?

Le divorce par consentement existe à titre autonome.

31. Les époux doivent-ils être séparés avant d'introduire la demande ? Si oui depuis combien de temps ?

Non

32. Cette cause de divorce implique-t-elle que la requête soit présentée par les deux époux agissant ensemble ou comprend-elle également la possibilité pour l'autre d'accepter le principe du divorce en cours d'instance ?

L'article 1441 du Code Civil, comme il a été modifié par l'article 3 de la loi 4055/2012 (en vigueur depuis 2.4.2012) dispose que quand les époux sont d'accord pour le divorce, ils peuvent, avec un accord par écrit, résoudre leur mariage sous la condition que leur mariage ait duré au moins six mois avant la formation de leur accord. Cet accord est signé par les contractants et leurs avocats ou seulement par leur avocats détenant des procurations spéciales.

S'il existe des enfants mineurs, il est nécessaire, que l'accord des époux soit accompagné par un autre accord écrit réglant la garde des enfants et leur rapports avec leur parents, laquelle est valable jusqu'à ce qu'une décision judiciaire concernant l'exercice des soins

parentaux (*en droit hellénique on utilise la terminologie « soins parentaux » et non « autorité parentale »*) soit prononcée. L'accord écrit des époux réglant la garde des enfants, leur rapports avec ceux-ci et aussi leur pension alimentaire, si cela a été stipulé, sont soumis au tribunal d'instance, lequel par sa décision, rendu selon la procédure de la juridiction gracieuse, sanctionne, si les conditions légales concourent, les accords et prononce la dissolution du mariage. Le mariage est dissous du moment où la décision devient irrévocable (art 1438 al.2 CC).

La décision du tribunal d'instance qui concerne la garde des enfants mineurs, leur rapports avec leurs parents et leur pension alimentaire constitue un titre exécutoire (art.1441 al.2 CC).

Il faut noter que la récente loi 4055/2012 a beaucoup simplifié la procédure du divorce par consentement mutuel. Auparavant pour que le divorce par consentement mutuel puisse être prononcé il fallait que le mariage ait duré au moins un an et l'accord des époux devait être déclaré au tribunal en personne ou par procuration spéciale en deux audiences séparées entre elles d'un intervalle d'au moins six mois.

33. Dans le cadre de cette procédure, les époux doivent-ils également être d'accord sur les effets du divorce ou bien le juge dispose-t-il du pouvoir de statuer sur les effets ?

Non. Dans le cadre de cette procédure, les époux n'ont pas à être également d'accord sur les effets du divorce. Après que la décision judiciaire du divorce devient irrévocable, le Code Civil prévoit les effets du divorce tant sur les relations personnelles que sur les relations pécuniaires. C'est au tribunal de décider si l'ex-époux doit octroyer une pension alimentaire à l'autre, si, bien sûr, les conditions prévues par l'art. 1442 du Code Civil concourent.

b. Le divorce pour altération définitive du lien matrimonial

34. Sur quels fondements l'altération définitive du lien matrimonial est-elle établie ?

Selon l'art. 1439 al.1 du Code Civil chacun des époux peut demander le divorce quand pour des motifs concernant la personne du défendeur ou les deux époux, les rapports entre eux ont été violemment altérés, à tel point, que le maintien du rapport conjugal est à juste titre insupportable pour le demandeur. L'altération peut être fondée sur un fait fautif ou non-fautif.

Selon l'art. 1439 al. 2 du Code Civil lorsque le défendeur ne prouve pas le contraire, l'altération définitive du lien matrimonial est présumée en cas de bigamie ou d'adultère, d'abandon du demandeur, d'attentat à sa vie par le défendeur ou exercice de violence domestique contre le demandeur par le défendeur. Outre la présomption fondée sur l'exercice de violence domestique par le défendeur contre le demandeur qui a été ajoutée à l'art. 1439 par l'art. 3 de la loi 3500/2006, les autres présomptions, avant la modification de notre Code Civil par la loi 1329/1983, constituaient des motifs fautifs de divorce.

Selon l'art 1439 al. 3 du Code Civil lorsque les époux se trouvent en séparation de fait depuis deux ans au moins, l'altération est présumée de façon irréfragable, et le divorce peut être demandé même si le motif de l'altération concerne exclusivement la personne du demandeur (avant la modification de l'art. 1439 al.3 du Code Civil par l'art. 14 de la loi 3719/2008, pour que l'altération soit présumée de façon irréfragable il fallait que les époux se trouvent en séparation de fait depuis quatre ans au moins).

La doctrine ainsi que la jurisprudence soutiennent le point de vue dominant que « l'altération présumée de façon irréfragable » constitue un motif de divorce autonome, parce que dans ce cas, le tribunal n'est pas obligé de vérifier si le mariage a été altéré, il se limite à la constatation de la séparation de fait depuis deux ans (voir *Koumantos*, Droit de la famille, t. I, Athènes, 1988 (éd. A.P.Sakkoula), p. 270 ; *Skorini-Paparrigopoulou*, op.cit., art. 1438 n. 15; *Kounougéri- Manolédaki*, op.cit., t. I, p. 343 et s.)

35. Dans cette procédure quelle est la place laissée au consentement mutuel des époux ?

Le consentement mutuel des époux est toujours possible.

36. Dans cette procédure, quelle place est laissée la séparation des époux ?

- a) La séparation est-elle suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ?
- b) Combien de temps la séparation doit-elle avoir duré avant de pouvoir être invoquée ? La période doit elle être continue ?

Lorsque les époux se trouvent en séparation de fait continuellement, depuis deux ans au moins, l'altération est présumée de façon irréfragable, et le divorce peut être demandé même si le motif de l'altération concerne exclusivement la personne du demandeur. L'accomplissement du temps de séparation de fait est calculé lors des débats de l'action en justice. La forclusion de délai de la séparation de fait n'est pas réduite par les brèves interruptions qui ont eu lieu dans l'effort de réconciliation entre les époux (art.1439 al.3 CC).

37. Une demande initiale de divorce pour altération définitive du lien matrimonial peut-elle être convertie en divorce par consentement ou en divorce pour faute ? Si oui, quelles sont les passerelles possibles ?

Une demande initiale de divorce pour altération définitive du lien matrimonial ne peut être convertie en divorce par consentement des époux. Cela parce que la demande de divorce pour altération définitive du lien matrimonial est jugé selon la procédure de juridiction contentieux, tandis que le divorce par consentement est jugé selon la procédure de juridiction gracieuse. Bien sûr si les époux ont changé d'avis et préfèrent obtenir un divorce par consentement, l'époux qui a déposé l'action de divorce peut démissionner de la requête (articles 294-295 CPrC). Le droit hellénique ne prévoit pas de divorce pour faute.

c. Le divorce pour faute

38. Quelles sont les fautes qui peuvent être invoquées au soutien d'une demande en divorce ?

39. Existe-t-il des exigences spécifiques relatives à la preuve de la faute ?

40. Le juge dispose-t-il d'une marge de manœuvre pour décider d'un partage des torts bien que la faute ne soit invoquée que par l'un des époux ?

41. La réconciliation des époux a-t-elle un impact sur la possibilité d'invoquer au titre de la faute un comportement antérieur à la réconciliation ?

42. La faute dans le mariage peut-elle engager la responsabilité civile de son auteur et permettre à la victime d'obtenir des dommages et intérêts ? Si oui s'agit-il d'une action spécifique distincte des règles de responsabilité civile de droit commun ?

B. Les effets du divorce

43. Les époux disposent-ils de la possibilité de régler les effets du divorce (et aussi la date d'effet du divorce) au moyen d'une convention

- avant le mariage ;
- pendant le mariage ;
- pendant la procédure de divorce ?

Concernant la date d'effet du divorce, il s'agit de celle où la décision judiciaire devient irrévocable (art. 1438 CC).

En ce qui concerne les effets du divorce, en cas de divorce par consentement des époux ils peuvent être réglé par accord déposé au tribunal, avec leur accord sur l'obtention du divorce, la garde des enfants, leur rapports avec ceux-ci et aussi leur pension alimentaire.

Les époux disposent de la possibilité de régler la pension alimentaire après le divorce par un accord. Cela résulte de l'article 1443 du Code Civil qui contient droit dispositif (jus dispositivum) Voir *Skorini-Paparrigopoulou*, op.cit., art. 1442, n. 11).

44. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur la convention passée par les époux ?

Non

45. Si le juge a un droit de contrôle, quels sont les critères qui lui permettent soit de solliciter une modification, soit de modifier directement l'accord ?

46. Si une procédure de rupture *a minima* (séparation de corps) existe dans l'État, quels en sont les effets tant entre les époux qu'à l'égard des enfants ?

En droit hellénique, il n'existe pas de procédure de rupture *a minima* (séparation de corps).

A. En cas de séparation de fait, les effets entre les époux sont les suivants :

-*Entretien* : Lorsque l'un des époux a interrompu la vie commune pour une raison valable, l'entretien qui lui est dû de la part de l'autre est fourni en argent et payable au mois par anticipation (art. 1391 CC).

-*Réglementation de l'usage du logement familial* : Le tribunal peut, si cela est commandé par des raisons d'équité, en tenant compte des circonstances particulières de chacun des époux et de l'intérêt des enfants, octroyer à l'un des époux l'usage exclusif du tout ou d'une partie de l'immeuble qui leur sert de résidence familiale indépendamment de qui d'entre eux en est le propriétaire ou a le droit de son usage envers le propriétaire (art. 1393 CC).

-*Répartition des meubles*. : Chacun des époux a le droit de prendre les biens et meubles qui lui appartiennent, même s'ils étaient utilisés par les deux ou seulement par l'autre époux (art. 1394 CC) ; les époux partagent des biens qui appartiennent à tous les deux conformément à leurs besoins personnelles (art. 1395 CC).

-*Prétention à la participation aux acquêts* : Dans le cas d'une séparation de fait qui a duré plus de trois ans, la disposition de l'art. 1400 du Code Civil qui concerne la prétention à la participation aux acquêts, en cas où le mariage est dissolu ou annulé, est applicable (voir aussi réponse à la question 62).

Sur ce point il faut noter qu'après la modification de l'art. 1439 al. 3 du Code Civil par l'art. 14 de la loi 3719/2008, où l'altération est présumée de façon irréfutable après une séparation de fait d'au moins deux ans au lieu de quatre comme auparavant, il est nécessaire, selon moi, de modifier aussi de l'art 1400 du Code Civil et de prévoir une séparation de fait d'un an au lieu de trois.

B. En cas de séparation de fait, les effets à l'égard des enfants sont les suivants : Selon l'art. 1514 du Code Civil, concernant les soins parentaux (autorité parentale), les dispositions qui réglementent l'exercice des soins parentaux en cas de divorce ou d'annulation du mariage, sont appliquées (voir réponse à la question 51 et s.).

a. Les effets du divorce en matière extrapatrimoniale

i. Les effets du divorce entre les époux

47.À quelle date le divorce rompt-il définitivement le mariage ?

Le divorce est prononcé lors de la décision judiciaire irrévocable (art.1438 CC).

48.La liberté matrimoniale des ex-époux est-elle soumise à conditions ? (quand sont-ils autorisés à se remarier, peuvent-ils se remarier ensemble...)

La liberté matrimoniale des ex-époux n'est pas soumise à conditions.

49. Dans les États où le mariage produit des effets sur le nom des époux, quels sont les effets corrélatifs du divorce ?

A. Avant l'entrée en vigueur de la loi 1329/1983, la femme prenait le nom de son conjoint par le mariage. Dans le cas donc d'un divorce prononcé pour résoudre un mariage célébré avant l'entrée en vigueur de la loi 1329/1983, la femme qui a pris le nom de son mari, recouvre le sien, sauf si elle souhaite le conserver parce qu'elle a acquis une réputation professionnelle ou artistique sous le nom de son époux.

B. Pour les mariages célébrés après l'entrée en vigueur de la loi 1329/1983, il faut noter que puisque le nom de famille des époux n'est pas modifié par le mariage (art. 1388 al.1 CC), quand à leurs rapports juridiques, le divorce ne produit d'effets sur le nom des époux quant à leurs rapports juridiques. Concernant les rapports sociaux puisque chaque époux peut, si l'autre est d'accord, employer le nom de famille de ce dernier ou l'ajouter au sien, après le divorce il faut cesser de l'utiliser (art. 1388 al. 2 CC).

C. La loi 3719/2008 a ajouté à l'art. 1388 du Code Civil une 3ème alinéa, selon laquelle les époux peuvent décider que l'un d'eux peut ajouter à son nom de famille le nom de famille de son époux, même pour les rapports juridiques. Cette décision, déclarée devant l'officier de l'état civil, peut être révoquée à tout moment devant l'officier de l'état civil. Cette déclaration est considérée comme révoquée par le divorce.

50. Le divorce produit-il des effets

- au regard de la nationalité éventuellement acquise par l'un des époux en raison du mariage ;
- au regard du titre de séjour acquis par l'époux étranger en vertu du mariage ?

Non

ii. Les effets du divorce à l'égard des enfants

51. L'État distingue-t-il la question de l'exercice de l'autorité parentale/*parental responsibility* de celle de la résidence de l'enfant ? Si oui, de quelle façon et quelles en sont les conséquences pour l'exercice de l'autorité parentale ?

En cas de divorce, si les parents ne demandent pas la réglementation de l'exercice des soins parentaux (autorité parentale) par le tribunal, ils continuent de les exercer en commun, c.à.d. comme avant que le divorce soit prononcé par décision judiciaire irrévocable (voir *P. Agallopoulou*, art. 1513-1514 n. 2 dans l'œuvre collectif « Code Civil Commenté » (dir. : Ap. Géorgiadès-M. Stathopoulos), t. VIII, 2ème éd., Athènes (éd. Droit et Economie P.N. Sakkoulas), 2003,).

52. Le divorce produit-il des effets automatiques quant à l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants ?

Non (voir réponse à la question précédente, c. à d. n.51).

53.L'exercice de l'autorité parentale peut-il être déterminé par une convention parentale ?

En cas de divorce par consentement mutuel, l'accord écrit des époux pour résoudre leur mariage, ainsi que leur accord réglant la garde des enfants, leur rapports avec ceux-ci ou aussi leur pension alimentaire sont soumis au tribunal d'instance, lequel par sa décision, rendu selon la procédure de la juridiction gracieuse, sanctionne les accords et prononce la dissolution du mariage. Ces accords continuent à être valables jusqu'à ce qu'une décision soit prononcée, conformément à l'art. 1513 du Code Civil qui concerne la réglementation des soins parentaux en cas de divorce. Il faut aussi noter que ces accords continuent d'être valables même dans le cas où une décision conformément à l'art. 1513 du Code Civil n'aurait pas lieu (voir *Agallopoulou*, op.cit., art. 1513-1524, n. 5-7).

En cas de divorce pour altération définitive du lien matrimonial il est possible, pour les parents, de conclure une convention pour l'exercice des soins parentaux visant toujours l'intérêt de l'enfant. Dans les cas de désaccord entre eux c'est le tribunal qui doit décider (voir *Chr.Kousoulas*, Les soins parentaux en cas d'évolution anormale de la vie conjugale des parents, Thessaloniki, 1987, p.49-50).

54.Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

Voir réponse à la question précédente, c. à d. n.53.

55.Le juge peut-il aménager l'exercice de l'autorité parentale ? Si oui, doit-il être obligatoirement saisi d'une telle demande par l'un ou l'autre des parents ?

Oui, selon l'art. 1513 du Code Civil, le tribunal peut aménager l'exercice des soins parentaux (l'autorité parentale), mais il doit obligatoirement être saisi d'une telle demande par l'un ou l'autre des parents. L'exercice des soins parentaux peut être confié :

- à l'un des parents ;
- aux deux parents en commun si ceux-ci sont d'accord et fixent en même temps le lieu de la résidence de l'enfant ;
- aux deux parents qui partagent l'exercice des soins parentaux entre eux. Le partage peut être fonctionnel (par ex. à l'un parent est confié la garde de l'enfant et sa représentation et à l'autre l'administration de son patrimoine) ou temporel (par ex. pendant l'hiver les soins parentaux seront exercées par la mère et pendant l'été par le père)
- à une tierce personne, c. à d. à un tuteur (voir *Agallopoulou*, op.cit., nos 45-88).

56.Quels sont les critères qui permettent au juge de fonder une décision d'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale ? Un parent peut-il se voir privé de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit d'autorité parentale en raison d'un comportement conjugal ?

La décision du tribunal doit viser l'intérêt de l'enfant. Les critères de spécialisation de l'intérêt de l'enfant sont les suivants : les liens que l'enfant a eu jusqu'alors avec ses parents et ses frères et sœurs et les accords éventuels que les parents de l'enfant ont conclus concernant la garde de l'enfant et l'administration de son patrimoine (art. 1513 al. 2 CC). Il faut aussi souligner que, selon l'art. 1511 al.3 du Code Civil l'opinion de l'enfant, selon l'état de sa maturité, doit être demandée et prise en considération (voir *Agallopoulou*, op. cit., art.1511, nos 22-42 et art 1513-1514 nos 34-44).

Un parent ne peut se voir privé de l'exercice des soins parentaux (l'autorité parentale) ou du droit des soins parentaux (d'autorité parentale) en raison d'un comportement conjugal (voir *Agallopoulou*, op. cit., articles 1513-14, nos. 56-57).

57Un parent privé de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit d'autorité parentale peut-il néanmoins obtenir un droit de contact, de visite et/ou d'hébergement avec l'enfant ?

Celui des parents qui ne réside pas avec l'enfant (d'habitude c'est le parent qui n'a pas la garde de l'enfant) conserve le droit d'entretenir avec lui des rapports personnels (art. 1520 al. 1 CC). Il s'agit d'un droit personnel qui découle du lien du sang et du sentiment d'affection entre parent et enfant (voir *S. Koukouli-Spiliotopoulou*, Introduction aux articles 1505-1541, dans l'œuvre collectif « Code Civil Commenté » (dir. : Ap.Géorgiadès-M.Stathopoulos), t. VIII, 2ème éd., Athènes (éd. Droit et Economie P.N.Sakkoulas), 2003). Il est soutenu que ce droit ne dispose pas seulement le parent a qui n'a pas été confié l'exercice des soins parentaux, mais même le parent qui a été déchu des soins parentaux (voir *Koukouli-Spiliotopoulou*, op. cit., n. 153 ; *Th.Pouliadis* , art. 1520, n. 84 dans l'œuvre collectif « Code Civil Commenté » (dir. : Ap.Géorgiadès-M.Stathopoulos), t. VIII, 2ème éd., Athènes (éd. Droit et Economie P. N. Sakkoulas), 2003). Il faut quand même noter que tout ce qui concerne les rapports personnels entre parents et enfant est réglé plus spécialement par le tribunal. Cela veut dire que le tribunal a le droit dans des cas extrêmes d'exclure l'un des parents de ce droit (voir *Pouliadis* , op. cit., n. 15).

58.Quelles sont les modalités de résidence de l'enfant qui peuvent être légalement envisagées ? (Résidence habituelle, résidence alternée, enfant confié à un tiers...)

Plusieurs possibilités sont prévues : Résidence habituelle, résidence alternée, enfant confié à un tiers, enfant confié à une institution appropriée.

59.Les modalités de résidence de l'enfant, le droit de contact, de visite et/ou d'hébergement avec l'enfant, peuvent-ils être déterminés par une convention parentale ? Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

Oui. Le tribunal n'est pas lié à cette convention mais, visant l'intérêt de l'enfant, peut ordonner une réglementation différente (voir *Pouliadis*, op. cit., art. 1520, n. 37).Voir aussi la réponse à la question n. 57.

60.Des mesures sont-elles à la disposition du juge afin de garantir les liens entre l'enfant et chacun de ses parents après divorce ? Si oui, lesquelles ? Des sanctions sont-elles prévues si un parent ne respecte pas son obligation de maintenir les relations avec l'enfant ?

Dans les cas de mauvais exercice des soins parentaux, selon les articles 1532 -1533 du Code Civil, le tribunal peut ordonner toute mesure appropriée, si ceci est demandé par l'autre parent ou les parents les plus proches de l'enfant ou le procureur, ou d'office. Le tribunal a la possibilité de retirer à l'un des parents l'exercice des soins parentaux (l'autorité parentale), en tout ou en partie, et la confier à l'autre ou confier les soins réels ou même la garde de l'enfant, en tout ou en partie, à un tiers c. à d. à une famille nourricière, (voir *Pouliadis*, op. cit., art. 1532, n. 39) ou nommer un tuteur (voir *Kounougéri-Manolédaki*, op.cit., t. II, p.367).

En tout cas, il faut noter que si les circonstances ont changé depuis qu'une décision judiciaire concernant les soins parentaux a été rendue, le tribunal doit, selon l'article 1536 du Code Civil, après demande de l'un ou des deux parents, les parents les plus proches de l'enfant ou le procureur, adapter sa décision aux nouvelles circonstances en la révoquant ou la réformant, conformément à l'intérêt de l'enfant, et notamment rendre aux parents l'exercice des soins parentaux qui leur avait été retiré.

b. Les effets patrimoniaux du divorce

61.Le règlement des effets patrimoniaux du divorce doit-il s'effectuer dans le cadre d'une instance unique en divorce ou bien peut-il faire l'objet d'une procédure distincte qui serait concomitante ou consécutive ?

Toutes les deux solutions sont possibles

i. Les effets entre les époux

62.Au moment de la rupture du mariage, les ex-époux bénéficient-ils d'un droit à obtenir l'un de l'autre

- une compensation financière,
- une créance alimentaire,
- une compensation de droits à pension de retraite,
- des dommages-intérêts
- ou d'autres sommes ou droits patrimoniaux ?

Selon le droit hellénique *le mariage n'entraîne pas de changement sur l'autonomie patrimonial des époux* (art. 1397 CC). En cas de divorce, les articles 1394-1395 du Code Civil concernant la répartition des meubles, ne sont plus appliqués (voir réponse à la question 46). Chacun des ex-époux dispose, sans restrictions, des droits réels ou d'obligation qu'ils avaient sur ces meubles. Aussi la disposition de l'article 1393 du Code Civil concernant l'usage du logement familial (voir réponse à la question 46) n'est pas applicable en cas de divorce.

Pour les éléments patrimoniaux qui ont été acquis par l'un des époux durant le mariage, naît une prétention de participation de l'autre, dans le cas, où il a contribué d'une manière quelconque à cet accroissement. Il est même prévue que cette contribution est présumée s'élever au tiers de l'accroissement (articles 1400-1401 CC). Il faut ici ajouter que, selon l'art. 1262 n. 4 du Code Civil, chaque époux a, en vertu de la loi, un titre pour obtenir une hypothèque pour sa créance dérivant de l'accroissement du patrimoine de l'autre, selon l'art. 1400 du Code Civil.

Les époux peuvent avant le mariage ou pendant sa durée *choisir* au lieu du régime de l'autonomie patrimonial, *un régime de communauté* par indivision à parts égales sur les éléments de leur patrimoine (art. 1403 al. 1CC). En cas de régime de communauté, celui-ci prend fin avec le divorce et chacun des époux prend ce qui lui correspond en vertu des dispositions sur la cessation de l'indivision et le partage des biens (art. 1411 en combinaison avec les articles 795 et s. CC).

Au moment de la rupture du mariage, les ex-époux bénéficient d'un droit à obtenir l'un de l'autre une créance alimentaire, sous certaines conditions. Voir réponses aux questions 65-77).

Si oui merci de répondre aux questions suivantes :

63.Cette demande doit-elle être faite dès l'introduction de l'instance ou peut-elle être demandée en cours d'instance ?

Cette demande doit être faite dès l'introduction de l'instance.

64.La demande peut-elle être introduite par l'un ou l'autre des époux après le prononcé du divorce ? Si oui, cette action est-elle enfermée dans un délai ?

Cette demande peut se faire en même temps que l'action en divorce. Il s'agit des réunion d'actions (art. 592 al. 2 CPrC)

65.L'un des époux peut-il être dispensé de fournir cette compensation (ou indemnisation, aliments ...)? Si oui, pour quels motifs ?

L'aisance financière de l'époux qui doit octroyer une pension alimentaire à l'autre, est la condition essentielle pour qu'il puisse la fournir (voir art. 1443 CC en combinaison avec art. 1487 CC).

Pour que l'autre époux puisse avoir le droit de réclamer une pension alimentaire, il faut que ses revenus ou son patrimoine ne lui permettent pas d'assurer son entretien. En plus, pour avoir le droit de réclamer une pension alimentaire de son ex-époux il faut que certains critères concourent : Concernant les critères pris en compte pour évaluer le montant dû pour l'octroie de la pension alimentaire voir réponse à la question n. 76.

66. L'un des époux peut-il être privé du droit d'obtenir cette compensation (ou indemnisation, aliments...) ? Si oui pour quels motifs ?

La pension alimentaire peut être exclue ou réduite, si cela est imposé pour des motifs graves, et notamment si le mariage avait été de courte durée ou si le bénéficiaire est responsable du divorce ou s'il a provoqué volontairement son indigence. Le droit à la pension alimentaire cesse si le bénéficiaire se remarie ou s'il vit en permanence avec une autre personne en concubinage, et avec la mort du bénéficiaire (art. 1444CC).

67. L'établissement ou le rétablissement d'un équilibre financier entre les situations patrimoniales respectives des ex-époux est-il recherché ?

Oui.

68. Les règles en matière de compensation financière, d'aliments ou autres obligations patrimoniales après divorce sont-elles connectées à celles qui organisent la liquidation du régime matrimonial ou à celles de droit des biens (*property law*) équivalentes ?

Les règles en matière de compensation financière, d'aliments ou autres obligations patrimoniales après divorce sont connectées à celles de droit des biens.

69. Les causes de divorce ont-elles une incidence sur les conséquences du divorce en matière patrimoniale ? Si oui dans quelle mesure ?

Non

70. Quelles formes les obligations patrimoniales entre ex-époux peuvent-elles prendre ? Si les formes sont multiples, sont-elles déterminées par la cause de divorce ?

La pension alimentaire a un caractère moral, elle est indépendante de faute et joue le rôle de prévoyance pour l'ex-époux qui ne peut assurer son entretien à partir de ses revenus ou de son patrimoine.

71. Votre droit permet-il à l'autorité compétente d'attribuer à un des époux la propriété, la jouissance ou le bail du logement familial ? Si oui, à quelles conditions ?

La disposition de l'art. 1393 du Code Civil concernant l'usage du logement familial (voir réponse à la question 46) n'est pas applicable en cas de divorce (voir réponse à la question 62). Cela veut dire que le conjoint a qui, pendant la séparation de fait l'autre conjoint avait octroyé l'usage exclusif du tout ou d'une partie de l'immeuble qui leur sert de résidence familiale, indépendamment de qui d'entre eux en est le propriétaire ou a le droit de son usage envers le propriétaire, est obligé de changer du logement. Selon mon avis puisque le logement familial, même après le divorce, est un lieu d'équilibre pour les enfants, qui d'habitude sont les plus affectés par le divorce, il fallait que notre droit prévoit une certaine protection, variable, si le parent qui n'a pas la garde des enfants est le locataire ou le propriétaire du logement familial.

72. Le montant et les modalités des obligations patrimoniales entre ex-époux peuvent-elles être déterminés par une convention matrimoniale ?

Oui, les conventions conclues avant ou après le divorce qui concernent la pension alimentaire sont valables parce que les dispositions concernant la pension alimentaire après le divorce sont de droit dispositif (*jus dispositivum*). (Voir *Skorini-Paparrigopoulou*, op.cit., art 1442, n.11 ; *Kounougéri-Manolédaki*, op.cit. t. I, p. 492 et s.).

72. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

Non. Ces conventions peuvent être nulles si elles contiennent des termes contraires aux bonnes mœurs et peuvent même devenir nulles pour cause de défaut de la volonté des contractants (voir *Skorini-Paparrigopoulou*, op.cit., art. 1438, n.22).

74. Afin de calculer le montant dû, les époux sont-ils tenus de révéler l'intégralité des éléments qui constituent leur patrimoine (revenus, capital, biens, pensions, allocations...) ou bien peuvent-ils en être dispensés ?

Les époux sont tenus de révéler l'intégralité des éléments qui constituent leur patrimoine. Selon l'art. 1445 al. 1 du Code Civil chacun des ex-époux est obligé de fournir à l'autre des renseignements exacts sur son patrimoine et ses revenus lorsqu'ils sont utiles pour la fixation du montant de la pension alimentaire.

75. Si aucune dispense n'est prévue, quelles sont les conséquences d'un refus de délivrer ces éléments ?

Sur demande de l'un des ex-époux, transmise par l'intermédiaire du procureur compétent, l'employeur, le service compétent et l'inspecteur des finances compétent sont obligés de fournir tout renseignements utiles sur la situation patrimoniale de l'autre époux et surtout sur ses revenus (art. 1445 al. 2 CC). Par « service compétent » est entendue tout service ou organisme public ou personne juridique de droit public, auquel l'obligé ou le demandeur fournit ses services touchant des rémunérations. Ayant une décision judiciaire fixant une pension alimentaire, il est possible pour le demandeur d'en arriver à une saisie-arrêt contre le fisc, jusqu'à un certain pourcentage du salaire ou de la pension de l'obligé ex-époux, pour que la pension alimentaire, due par l'obligé ex-époux soit payée (voir *Skorini-Paparrigopoulou*, op.cit., art. 1445, n. 5)

76. Quels sont les critères pris en compte pour évaluer le montant dû ? (le train de vie du ménage avant divorce, les besoins des ex-époux qu'ils soient présents et/ou futurs, l'âge, l'état de santé, l'employabilité, le principe selon lequel chaque époux devrait satisfaire à ses propres besoins ...)

Les critères pris en compte pour évaluer le montant dû pour l'octroi de la pension alimentaire sont, selon l'art. 1442 du Code Civil, les suivants :

1.si, au moment de la prononciation du divorce et après celui-ci, l'ex-époux qui demande la pension alimentaire se trouve en âge ou en état de santé qui ne lui permettent pas d'être obligé à commencer ou à continuer l'exercice d'une profession adéquate, afin d'assurer son entretien ;

2.si, l' ex-époux qui demande la pension alimentaire a la garde d'un enfant mineur et de par ce fait est empêché d'exercer une profession adéquate ;

3. si l' ex-époux qui demande la pension alimentaire ne trouve pas une profession adéquate stable ou s'il a besoin de formation professionnelle, mais toutefois, dans les deux cas, pour une période qui ne peut pas dépasser trois ans, à dater de la prononciation du divorce ;

4. dans tout autre cas où il est considéré nécessaire d'allouer une pension alimentaire lors de la prononciation du divorce, pour des raisons d'équité.

77.Le montant de la compensation ordonnée peut-il être révisé ? Si oui pour quels motifs et à quelle échéance (régulière, en fonction des besoins...).

Oui. Si les conditions de l'entretien ont changées, depuis qu'a été rendu la décision qui a fixé l'entretien, le tribunal peut modifier sa décision ou même ordonner la cessation de l'entretien (art. 1443 al. 1 en combinaison avec l'art. 1494 CC). (voir *Kounougéri-Manolédaki*, op. cit., p.482 et s.)

ii. Les effets à l'égard des enfants

78.L'obligation d'entretenir financièrement l'enfant est-elle liée à l'autorité parentale, à la résidence de l'enfant, à un autre critère ?

L'obligation d'entretenir financièrement l'enfant est liée aux soins parentaux (à l'autorité parentale). Les parents sont tenus à l'entretien de leur enfant en commun, chacun selon ses possibilités (art. 1489 al.2 CC).

L'enfant mineur même s'il possède un patrimoine a droit à l'entretien de la part de ses parents, lorsque les revenus de son patrimoine ou le produit de son travail ne suffisent pas à son entretien (art. 1486 al. 2 CC), c. à d l'enfant mineur n'est pas obligé de liquider son patrimoine (voir *I.Androulidaki-Dimitriadi*, art. 1486, n.7 dans l'œuvre collectif « Code Civil Commenté » (dir. : Ap.Géorgiadès-M.Stathopoulos), t. VII, 2ème éd., Athènes (éd. Droit et Economie P.N.Sakkoulas), 2007). Cela ne concerne pas seulement les enfants non mariés mais aussi les enfants mariés (voir *Kounougéri-Manolédaki*, op.cit., t.II, p. 227).

79.Par quels moyens l'État organise-t-il le maintien de cette obligation à l'égard du parent qui ne vit pas avec l'enfant (pension alimentaire, mise à disposition de biens ou de capital ...)

Dans les cas d'interruption de la vie commune des parents ou de divorce, les prétentions à l'entretien que l'enfant a envers celui de ces parents qui n'a pas la garde de sa personne, peuvent, selon l'art. 1516 al 2 du Code Civil, être exercées par celui qui a la garde et, si aucun des deux n'a la garde, par celui avec qui l'enfant réside (voir Agallopoulou, op.cit., art. 1516, nos 19 et s.)

80. Les modalités de l'exercice de cette obligation d'entretien, peuvent-elles être déterminées par une convention parentale ?

Oui. Il n'est pas nécessaire que ces conventions soient dressées par certaines formules d'écrit et peuvent être prouvées par tout moyen (voir *Androulidaki –Dimitriadi*, op. cit., Introduction aux articles 1485-1504, n. 66).

En plus il faut noter que bien que, selon l'art. 1496 du Code Civil, l'entretien est fourni en argent, l'art. 1497 du Code Civil pose une exception concernant l'entretien que les parents sont tenus d'assurer à leur enfant mineur non marié, c. à d. qu'ils ont le droit de régler la manière (par ex. versement en espèces) dont il l'obtiendra et les intervalles auxquelles seront effectués les versements par anticipation (art. 1497 al. 1 CC). Le parent qui ne possède pas les soins parentaux doit effectuer les versements en argent parce que il n'a pas le droit de déterminer la manière de vivre de l'enfant puisque il ne peut pas vivre avec l'enfant.

Le parent qui possède les soins parentaux, mais pas la garde de l'enfant, peut seulement fixer les intervalles auxquelles seront effectués les versements, mais il ne peut pas verser l'entretien en espèces, parce que le parent qui a la garde de l'enfant a aussi le droit de déterminer les moyens par lesquels seront couverts les besoins de l'enfant (voir *Androulidaki-Dimitriadi*, op.cit., art. 1497, n. 7).

81. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

Le juge ne dispose pas d'un droit de regard sur cette convention, mais ces conventions peuvent, selon l'art. 1494 du Code Civil, être modifiées par décision judiciaire dans le cas où il y a changement des conditions de l'entretien (voir *Androulidaki-Dimitriadi*, op.cit., Introduction aux articles 1485-1504, n. 71).

Dans le cas où les parents ont réglé la manière ou les intervalles auxquels seront effectués les versements, le tribunal peut en décider autrement, à la demande de l'enfant, s'il existe des motifs particuliers (art.1497 CC).

III. LE DROIT PROCEDURAL

82. Le divorce et le règlement de ses conséquences peut-il être obtenu en dehors d'une instance judiciaire ?

Non

83. Si oui, quels sont les organes compétents pour connaître de la demande ? La procédure administrative est-elle la seule possibilité offerte au couple ou bien s'agit-il d'une alternative à une procédure judiciaire ?

84. Dans le cadre d'une procédure judiciaire en divorce, quelle est la juridiction nationale compétente pour statuer ? Cette juridiction est-elle également compétente pour statuer sur les effets du divorce ? Une compétence juridictionnelle particulière est-elle prévue dans l'hypothèse d'un divorce transnational ?

A. Pour le *divorce par consentement mutuel* est compétent le tribunal d'instance (art. 17 n.1 CPrC) de la dernière résidence commune des époux (art. 39 CPrC), en parallèle avec le tribunal d'instance de la compétence générale c. à d. du domicile du défendeur (art. 22 CPrC). Le tribunal juge selon la procédure de la juridiction gracieuse (art. 1441 al.2 CC).

Pour le *divorce contentieux* est également compétent le tribunal d'instance (art. 17 n.1 CPrC) de la dernière résidence commune des époux (art. 39 CPrC), en parallèle avec le tribunal d'instance de la compétence générale c. à d. du domicile du défendeur (art. 22 CPrC). Le tribunal d'instance juge selon la procédure de la juridiction contentieuse (art. 592 al.1 CPrC).

B. Pour les différends concernant la pension alimentaire après le divorce, est aussi compétent le tribunal d'instance (art. 17 n.1 CPrC) du dernier domicile ou de la résidence du bénéficiaire de la pension alimentaire (art. 39 A CPrC) en parallèle avec le tribunal d'instance de la compétence générale c. à d. du domicile du défendeur selon la procédure de la juridiction contentieuse (art. 681A CPrC).

Aux affaires urgentes, la procédure de mesures provisoires est suivie (articles 682 et s. et 728 al.1 a CPrC).

Pour les différends concernant l'entretien et la garde des enfants est aussi compétent le tribunal d'instance (art. 17 n.2 CPrC) et peuvent être jugés :

- par le tribunal d'instance selon la procédure spéciale des articles 681B et 681Γ du Code de Procédure Civile, qui est une procédure relativement accélérée, dans laquelle la fixation de la date d'audience est plus brève par rapport à d'autres différends et la décision judiciaire est prononcée en général plus rapidement.

- par le tribunal d'instance selon la procédure de divorce (art. 592 al.1 CPrC).

Aux affaires urgentes la procédure de mesures provisoires est suivie (articles 682 et s. et 735 CPrC).

C. Selon la clause générale de l'art 3 al.1 du CPrC « A la juridiction des tribunaux civils grecs sont soumis grecs et étrangers, sous la condition que le tribunal hellénique soit compétent ».

Les tribunaux helléniques ne sont pas compétents pour juger les différends qui concernent le divorce dans le cas où les deux époux étaient étrangers au moment de la demande de divorce et selon les droits de leurs nationalités n'est pas reconnue aux tribunaux helléniques la compétence de juger leur différend. Quand même Les tribunaux helléniques sont compétents à juger des demandes de divorce quand le mariage est valable selon le droit hellénique, mais nul ou inexistant selon le droit de la nationalité du conjoint (art. 611 al.1 CPrC).

Quand même les tribunaux helléniques sont compétents à juger des différends qui concernent le divorce, si l'un des conjoints est Grec, même dans le cas où il n'a pas son domicile ou sa résidence en Grèce ou bien a perdu sa nationalité hellénique à cause du mariage mais était Grec au moment de la célébration du mariage (art. 612 al.1 CPrC).

85. Après l'introduction de l'instance les époux sont-ils tenus de respecter une période de réflexion ? Si oui, quelle en est la durée ?

Non

86. Les époux sont-ils tenus ou incités avant l'instance ou en cours d'instance à s'orienter, à titre préalable, vers un mode alternatif de règlement des conflits ?

Dans le cas où le tribunal en cours d'instance est persuadé que les époux se trouvant en séparation peuvent se réconcilier, il peut, après demande de l'un d'eux ou d'office, essayer de les concilier ou d'ajourner la poursuite du procès mais seulement pour une fois et pour un espace de temps qui ne dépasse pas les trois mois (art. 602 CPrC)

87. L'autorité compétente peut-elle, pendant la procédure de divorce, prendre des mesures provisoires relatives

- au logement familial,
- aux enfants,
- à l'obligation alimentaire entre époux,
- aux conséquences de violences conjugales ?

Oui. Le tribunal peut, selon la procédure des mesures provisoires, prendre des mesures provisoires imposés par les cas concrets relatives au logement familial, aux relations entre époux, aux relations entre parents et enfants, aux conséquences de violences conjugales (art. 735 CPrC) et à l'obligation alimentaire entre époux (art. 728 al. 1 CPrC).

88. Quelles sont les possibles voies de recours contre la décision relative au divorce, que celle-ci soit judiciaire ou administrative ?

Un appel ou un recours en cassation peuvent être interjetés contre la décision judiciaire relative au divorce, dans un délai de trente jours de la signification du jugement. Dans le cas où le jugement ne serait pas signifié, le délai pour interjeter un appel ou un recours en cassation est de trois ans du moment où le jugement a été prononcé (articles 518 et 564 CPrC).

Les jugements rendus selon une procédure des mesures conservatoires ne peuvent être attaqués par aucun moyen de recours (art. 699 CPrC). Ces jugements peuvent seulement être révoqués par le tribunal qui les a rendus (art.696 CPrC).

89.Un tiers (ministère public, avocat de l'enfant, service social, service de protection de la jeunesse...) peut-il intervenir

- à l'instance en divorce ;

- à l'instance relative à l'autorité parentale, si elle est distincte de l'instance en divorce ?

Si oui, sur quels fondements ?

Non

90.L'enfant a-t-il la possibilité de donner son avis dans le cadre de la procédure de divorce, que celle-ci soit administrative ou judiciaire, et dans la procédure relative à l'autorité parentale si elle est distincte ? Le cas échéant quelles sont les modalités de cette audition ? Peut-il être assisté ou accompagné dans son audition et par qui ?

L'enfant n'a pas la possibilité de donner son avis dans le cadre de la procédure de divorce. Dans la procédure relative aux soins parentaux (à l'autorité parentale) l'opinion de l'enfant, selon l'état de sa maturité, doit être demandée et prise en considération avant toute décision relative aux soins parentaux, dans la mesure où la décision concerne ses intérêts (art. 1511 al.3 CC et art. 681F CPrC).

En ce qui concerne la manière dont le juge demande l'avis de l'enfant, deux stades sont prévus par l'article 681F du Code de Procédure Civile : Le stade de procédure préliminaire obligatoire et le stade principale de la procédure.

Le stade de procédure préliminaire comprend d'une part une enquête concernant les conditions de vie de l'enfant par le Service Social compétent et d'autre part un effort de la part du tribunal pour trouver une solution conciliatoire du différent. Pendant le principal stade le tribunal écoute les parties et tient compte l'opinion de l'enfant selon son degré de maturité. La communication du juge avec l'enfant se fait en particulier sans rédiger de compte rendu sur le contenu de l'entretien.

IV. RECONNAISSANCE DES DÉCISIONS DE DIVORCE PRONONCÉES A L'ÉTRANGER

91.Quelles sont les conditions de reconnaissance des décisions relatives

a) à la rupture du lien matrimonial ?

b) aux effets pécuniaires du divorce ?

c)à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux ?

d) à la responsabilité parentale ?

e) aux obligations alimentaires entre parents et enfants ?

Qu'en est-il s'il s'agit d'une décision émanant d'un État tiers à l'Union européenne et dont la reconnaissance est demandée dans votre pays ?

A. Les décisions étrangères rendues aux différends, lesquelles selon le droit hellénique sont soumises à la juridiction contentieuse, acquièrent en Grèce *force de chose jugée*, si les conditions prévues par l'art. 323 du Code de Procédure Civile concourent. Les conditions requises pour cela sont les suivantes :

- a. la décision doit avoir force de chose jugée selon le droit de l'État où elle a été rendue ;
- b. l'affaire contentieuse devait, selon le droit hellénique, être soumise à la juridiction des tribunaux de l'État à qui appartient le tribunal qui a déclaré la décision ;
- c. la partie succombée a eu le droit à sa défense et en général, a participé au procès ;
- d. la décision ne doit pas être contraire à une décision d'un tribunal hellénique, laquelle a été prononcée pour la même affaire entre les mêmes parties ;
- e. la décision ne doit pas être contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Concernant *l'exécution forcée* de ces décisions l'art. 905 du Code de Procédure Civile est appliqué. Selon l'art. 905 al. 4, les alinéas 1-3 dudit article qui concernent l'exécution forcée d'un titre étranger sont applicables pour reconnaissance de la force jugée d'une décision d'un tribunal étranger qui concerne la situation personnelle.

L'alinéa 1 de l'article 905 al.1 du Code de Procédure Civile prévoit que, sous la réserve de ceux que les Conventions Internationales, ainsi que les règlements de l'Union Européenne prévoient, l'exécution forcée d'un titre étranger peut se faire en Grèce du moment que ce titre a été déclaré comme exécutoire par un jugement provenant du tribunal d'instance du lieu de domicile ou de la résidence du débiteur.

L'alinéa 2 de l'article 905 du Code de Procédure Civile prévoit que le tribunal d'instance déclare comme exécutoire un titre étranger, dans le cas où ce titre est exécutoire selon le droit de l'Etat où elle a été rendue et n'est pas contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

L'alinéa 3 de l'article 905 du Code de Procédure Civile prévoit que dans le cas où le titre étranger serait un jugement, pour qu'il soit déclaré comme exécutoire il faut le concours des conditions prévues à l'art. 323 nos 2-5 du Code de Procédure Civile (les conditions prévues à l'art. 323 nos 2-5 du CPrC sont déjà noté).
(Voir *Grammatikaki-Alexiou*, op.cit., p.411 et s.)

B. Dans le cas où s'agit d'un divorce par consentement mutuel est appliqué l'art. 780 du Code de Procédure Civile qui concerne la reconnaissance des décisions judiciaires rendues par la procédure de la juridiction gracieuse, sous la réserve de ceux que les Conventions Internationales prévoient. La décision du tribunal étranger a en Grèce la vigueur que lui a reconnu le droit de l'État où était le tribunal qui l'a rendu, mais seulement si les conditions suivantes ont été respectées :

1. Si la décision a appliqué la loi du fond qui aurait du être appliqué selon le droit hellénique et si elle a été rendue par un tribunal compétent selon le droit de l'État dont la loi a été appliquée .

2. S'il n'est pas contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

(Voir *Grammatikaki-Alexiou*, op.cit.,p. 413)

C. S'il s'agit d'une décision émanant d'un État membre de l'Union Européenne (sauf le Danemark) le Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en *matière matrimoniale* et en *matière de responsabilité parentale*, est applicable.

La reconnaissance et l'exécution des décisions provenant d'un État-membre de l'Union Européenne qui sont relatives aux *obligations alimentaires* découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance sont réglées par le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif aux obligations alimentaires. Ledit règlement vise à garantir le recouvrement effectif et rapide des créances alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance. Selon l'article 15 du règlement(CE) n° 4/2009 le droit applicable aux obligations alimentaires est déterminé par le Protocole de la Haye de 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires pour les États membres liés par cet instrument (voir *Papasiopi-Passa*, op. cit., p. 236). Voir aussi réponse à la question 16.

Merci de ne traiter que du droit national général, et non des conventions bilatérales conclues par votre pays.

92.Dans quels cas une décision étrangère pourrait ne pas être reconnue dans votre pays pour violation de l'ordre public ? Donnez quelques exemples.

Une décision de divorce provenant d'une autorité compétente islamique laquelle a dissout le mariage par l'institution du « repudium » -talaq- et sous la condition que la femme a été expulsée par son mari de leur logement familial sans son consentement ou même sans qu'elle soit écouté devant l'autorité compétente, n'est pas reconnue en Grèce parce que elle est contre l'ordre public. Par contre il est soutenue que dans le cas où de la décision de divorce résulte que la femme a consenti à cette expulsion on peut assimiler le « repudium » à un divorce par consentement mutuel et par conséquent une telle décision de divorce n'est pas contre l'ordre public et peut être reconnue en Grèce (*Z.Papasiopi-Passa*, La loi applicable en divorce aux conflits de lois helléniques et étrangers , Thessaloniki, 1997 (éd. Sakkoula), p. 238-239).

93. Les décisions de divorce prononcées à l'étranger relatives à vos ressortissants sont-elles soumises à des modalités de publicité sur vos registres internes (transcription, mention en marge des actes de l'état-civil...) et si oui, quelles sont ces modalités de publicité ?

Oui. Les Grecs qui habitent à l'étranger sont obligés de déclarer à l'autorité consulaire compétente tous les actes d'état civil qui sont nécessaires d'être inscrits au bureau d'état civil (art. 42 de la loi 344/1976 concernant les actes d'état civil). Un de ces actes est le divorce. Par conséquent la personne qui a reçu l'acte d'état civil (dans notre cas la décision judiciaire irrévocable de divorce) est obligée d'expédier, au bureau d'état civil d'Athènes, la copie de cet acte (art 44 de la loi 344/1976).

94. Dans l'affirmative, ces modalités de publicité sont-elles obligatoires ou facultatives et qui doit demander la réalisation de cette publicité ?

Ces modalités de publicité sont obligatoires

95. Quelles sont les effets de cette publicité ou de cette absence de publicité ?

Les actes de l'état civil ont force probante.

96. Désirez-vous ajouter quelques remarques spécifiques concernant votre droit national ?

RAPPORT HONGROIS

Zsófia LELE

Institut de droit comparé de l'Université de Szeged – doctorant

Tribunal de Grande Instance de Szeged - vice-magistrat

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Loi sur la famille : **Loi VI de 1952 sur le mariage, la famille et la tutelle**

Code de la procédure civile : **Loi III de 1952 sur la procédure civile**

Décret-loi sur le droit international privé: **Décret-loi 13 de 1979 sur le droit international privé**

I. PARTIE GÉNÉRALE

A. Droit national

1. Quelles sont les principales sources du droit (législatives et/ou jurisprudentielles) actuellement applicable au divorce ?

Textes réglementant le droit de famille

- f) **Loi VI de 1952 sur le mariage, la famille et la tutelle** 1952. évi IV. törvény a házasságról, a családról és a gyámságról
- g) **Décret-loi 13 de 1979 sur le droit international privé** (1979. évi 13. tvr. a nemzetközi magánjogról)
- h) La Constitution nouvellement adoptée, appelée: „**Loi fondamentale de la Hongrie**” (Magyarország Alaptörvénye) publié dans Le Journal Officiel de la Hongrie le 25 avril 2011
- i) **Loi XXIX de 2009 sur le concubinage enregistré** (2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról)
- j) **Loi CCXI de 2011 sur la protection de la famille** (2011. évi CCXI. Törvény a családok védelméről)
- k) **Loi III de 1952 sur la procédure civile**
- l) **Loi LV de 2002 sur la médiation**
- m) **Loi LXXII. de 2009 sur la mise à l'écart**
- n) Décret gouvernemental n° 149/1997 (IX. 10.) relatif à l'autorité de tutelle ainsi qu'aux services de tutelle et de protection de l'enfance

2. Faites un historique rapide des principales évolutions du droit du divorce dans votre pays.

„Avant 1952¹⁷⁰⁶, le texte fondamental en matière de droit du mariage était la loi XXXI de 1894. C'est elle qui a introduit en Hongrie l'institution du mariage civil obligatoire et qui a établi pour les procès en matière de mariage la compétence des tribunaux civils. Auparavant, il n'existait pas de droit commun en cette matière, le droit variait suivant la confession des époux et les procès en question relevaient de la compétence des tribunaux ecclésiastiques.

La loi de 1894 a réglementé le droit du mariage à proprement parler, à savoir la formation (conditions et formalités), la nullité et la dissolution du mariage. Sur ce dernier point, elle a été complétée, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, par un texte important, le décret-loi 6.800-1945 M.E. qui a ajouté au système existant des causes de divorce trois nouvelles causes.

¹⁷⁰⁶ Zajtay Imre. Le droit du mariage dans le nouveau Code hongrois de la famille. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 6 N°3. Juillet-septembre. pp. 491-503.

doi :

10.3406/ridc.1954.8635

url : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1954_num_6_3_8635

Or, ni la loi de 1894, ni le décret-loi de 1945, n'ont réglementé la matière des rapports personnels et patrimoniaux des époux, matière dont les règles se trouvaient dans les sources écrites du droit coutumier et dans la jurisprudence. Cette situation n'a été modifiée que partiellement par la loi XII de 1946. Jusqu'à cette date, la matière des régimes matrimoniaux était caractérisée par une dualité du régime légal : le régime légal des nobles était différent de celui des roturiers. La loi XII de 1946 a supprimé ce vestige suranné de l'ancienne distinction des classes sociales.”

La loi actuellement applicable au divorce est la loi hongroise IV de 1952 sur le mariage, la famille et la tutelle qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1953.¹⁷⁰⁷ L'exécution de cette loi, appelée Code de la famille, a été prévue par le décret-loi 23 de 1952. Depuis sa création, la loi a été modifiée à de nombreuses reprises et se divise en trois parties. La première est relative au mariage, et comprend quatre chapitres : I. De la célébration du mariage (art. 2 à 6) ; II. De la nullité du mariage (art. 7 à 16) ; III. De la dissolution du mariage (art. 17 à 22) ; IV. Des droits et des devoirs des époux (art. 23 à 33). La deuxième partie traite de la famille et se divise également en quatre chapitres (les chapitres V à VIII) : V. Du statut juridique de la famille (art. 34 à 45) ; VI. De l'adoption (art. 46 à 59) ; VII. De l'entretien des parents (art. 60 à 69), et VIII. De la surveillance exercée par les père et mère (art. 70 à 93). Enfin, la troisième partie porte sur la tutelle et comprend les chapitres IX à XI : IX. Du rétablissement de la tutelle (art. 94 à 101) ; X. De l'exercice de la tutelle (art. 102 à 106) et XI. De la cessation de la tutelle et des fonctions de tuteur (art. 107 à 111).

3. Existe-t-il à l'heure actuelle un projet de réforme en la matière ?

Aspects de la codification en matière de droit de la famille¹⁷⁰⁸

Le travail de codification portant sur le code civil hongrois est en cours depuis près de 15 ans. L'une des étapes majeures de ce processus de codification a été marquée par le décret n° 1050/1998 (IV.24.), entré en vigueur le 24 avril 1998, qui a prévu la refonte complète du droit civil, y compris le code civil. Le débat parlementaire du code civil a lieu pendant l'automne 2012, et le projet sera voté par le parlement au cours du mois de novembre 2012, avec une entrée en vigueur prévisible pour le début de l'année 2014. A l'intérieur du code civil, le droit de la famille constitue le 4^e tome.

Les modifications essentielles du code sont les suivantes du point de vue de la présente étude :

Les règles qui régissent le divorce par consentement mutuel et le divorce sans consentement mutuel seront distinguées d'une manière plus nette que dans le code actuellement en vigueur.

Dans le nouveau texte, le divorce par consentement mutuel sera conçu sur le plan de sa définition juridique et de ces conditions en partie différemment par rapport au texte actuellement en vigueur. Selon la nouvelle approche, à l'inverse de celle actuellement en application, le consentement mutuel ne sera plus considéré comme une preuve de la rupture complète, irréversible et irrémédiable du lien matrimonial. De même que dans le droit

¹⁷⁰⁷ (I) La loi IV de 1952 fut promulguée dans le Journal Officiel hongrois, n° 48, du 6 juin 1952. Des traductions, en langue française, de la loi ont été publiées dans le recueil Textes législatifs étrangers, Bruxelles, Ministère des affaires étrangères et du commerce extérieur, 1953, n° 3, p. 31 et s., et dans la Revue de la législation hongroise, Budapest, Ministère de la justice, 1953, n° 2, p. 34 et s.

¹⁷⁰⁸ **Hegedűs Andrea: Le droit de famille hongrois dans le nouveau Code Civil** -A magyar családi jog az új Ptk-ban, A jogterületet érintő főbb változások In.: Vajdasági Magyar Tudományos Társaság Konferencia kiadványa. Újvidék (Szerbia).

d'autres pays, le consentement mutuel sera dorénavant considéré comme une option, en quelque sorte comme un motif de divorce, et rendra possible de prononcer le divorce sans examiner les causes et le processus au cours duquel la relation conjugale s'est altérée. Le tribunal aura comme seule compétence d'examiner le caractère définitif et non imposé des déclarations d'intention de divorce des parties (soit l'accord sur le divorce qui fait l'objet du consentement mutuel). La validité des déclarations sera vérifiée au cours d'auditions¹⁷⁰⁹ auxquelles les parties seront soumises. Une autre nouvelle condition pour le divorce par consentement mutuel concernera l'accord au sujet des conséquences du divorce. Ainsi, le partage des biens communs des époux n'est plus requis comme condition préalable d'un divorce par consentement mutuel¹⁷¹⁰.

La deuxième variante du divorce par consentement mutuel, actuellement en vigueur, sera supprimée. Pour prononcer un divorce par consentement mutuel de ce type, il était exigé d'une part que les parties aient vécu séparément pendant trois ans et d'autre part qu'elles prouvent ou attestent qu'elles ont convenablement réglé les questions du placement et des obligations alimentaires de leur(s) enfant(s) mineur(s) dans le respect des intérêts de ce(s) dernier(s).

Une nouvelle loi régit la médiation. La codification de la médiation sous forme d'une loi se produit pour la première fois sur le plan du divorce. La médiation interviendra à l'initiative des parties ou du juge, mais sur une base optionnelle dans les deux cas.¹⁷¹¹

Les obligations alimentaires des époux restent les mêmes, mais il sera attribué une plus grande importance à la durée de la vie commune des parties. Ainsi, le législateur plafonne la durée de l'obligation alimentaire des époux pour les mariages sans enfant d'une durée inférieure à un an, en mettant à égalité la durée de la pension alimentaire et la durée du mariage. Il sera toutefois possible de déroger à cette règle dans des cas particulièrement délicats¹⁷¹².

La reconnaissance de **l'union libre** aura une incidence directe sur les obligations alimentaires des parties vu que le droit à une pension alimentaire sera supprimé si la partie bénéficiaire se met à vivre en union libre avec un nouveau partenaire. Jusqu'ici, c'est uniquement le remariage de la partie bénéficiaire qui mettait fin à l'obligation alimentaire.¹⁷¹³

La réglementation du droit des biens patrimoniaux sera beaucoup plus détaillée qu'elle ne l'était auparavant. Le projet fait une distinction entre, d'une part, les biens nécessaires à la bonne conduite de la vie quotidienne et, d'autre part, les biens de caractère professionnel ou commercial qui sont nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle des ou d'une des parties (au cas où l'époux ou l'épouse aurait un statut d'entrepreneur individuel, d'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, ou un statut d'associé dans une société, une entreprise ou une coopérative). Cette distinction concernera l'usage, la gestion, l'exercice du droit de disposition et le partage de ces biens.

On s'attend à ce que les frais et charges des biens séparés¹⁷¹⁴ soient définis et que la présomption de l'appartenance aux biens communs soit explicitement définie, car actuellement cette définition peut seulement être obtenue par déduction alors que les juges sont souvent amenés à appliquer cette déduction.

¹⁷⁰⁹ Nouveau code civil hongrois, 4e tome sur le droit de la famille. 4:21. § (2)

¹⁷¹⁰ Nouveau code civil hongrois, 4e tome sur le droit de la famille. 4:21. § (3)

¹⁷¹¹ Nouveau code civil hongrois, 4e tome sur le droit de la famille. 4:22. §

¹⁷¹² Nouveau code civil hongrois, 4e tome sur le droit de la famille. 4:29. § (3)

¹⁷¹³ Nouveau code civil hongrois, 4e tome sur le droit de la famille. 4:33. §

¹⁷¹⁴ Nouveau code civil hongrois, 4e tome sur le droit de la famille. 4:39. §

Autre changement important sur le plan pratique : le droit de disposer seul des biens immobiliers incluant le domicile commun des époux sera exclu. Le texte stipule explicitement qu'il n'est plus possible de présumer l'accord de la partie absente. Nouveauté en matière d'usage des logements par les époux : les catégories existantes ont été élargies et englobent désormais l'usufruit. Néanmoins, le nouveau texte ne contient pas de dispositions nouvelles concernant le règlement des logements locatifs ou propres. Par contre, les appartements de service ne feront plus l'objet de la nouvelle réglementation.

La reconnaissance de l'union libre en tant que forme familiale apparaît pour la toute première fois de son histoire dans la nouvelle législation sur la famille. L'union libre est reconnue, soutenue et acceptée au sens juridique, mais pas autant que le mariage.

Le code de la famille refondu va introduire la notion de l'union libre enregistrée et agréée (une sorte d'équivalent du PACS) qui ne peut être conclue que par des personnes de même sexe. Les règles détaillées qui portent sur cette forme de vie commune nouvellement reconnue sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2009. De ce fait, le nouveau code de la famille contient des dispositions laconiques à son égard, en portant surtout sur le fait que l'enregistrement à l'état civil se déroule à la mairie devant l'officier de l'état civil et en présentant ses conséquences juridiques. Ces dispositions mettent en valeur les différences fondamentales par rapport au mariage qui relèvent nécessairement du „caractère” de la relation homosexuelle des intéressés¹⁷¹⁵. Vu la place attribuée à cette forme de vie commune dans le système, il semble qu'elle vient en troisième position après le mariage et l'union libre.

4. Le divorce est-il le seul moyen de rompre le mariage ou existe-t-il une/des possibilité(s) de rupture *a minima* (séparation de corps...) ?

Le mariage se dissout soit par la mort de l'un des époux, soit par le divorce prononcé par le tribunal (art. 17, al. 1 du Loi sur la famille.). Il n'existe pas d'autre moyen pour rompre le mariage.

La dissolution du mariage du fait de la mort de l'un des époux peut être invoquée sur la base d'une inscription au registre des décès ou d'une déclaration judiciaire de décès ayant acquis force de chose jugée. Si, après l'inscription de la mort de l'époux sur le registre des décès, l'autre époux contracte un nouveau mariage, le mariage antérieur continuera d'être considéré comme dissous même si l'inscription ou la déclaration en question sont annulées. Cependant, cette règle ne s'applique pas au cas où, lors du nouveau mariage, l'une des parties sait que le conjoint du mariage antérieur est vivant (art. 17, al. 2): en effet, dans ce cas, le nouveau mariage est nul.

En ce qui concerne le deuxième mode de dissolution du mariage, le divorce est prononcé à la suite d'une procédure judiciaire par le tribunal d'instance, ayant examiné les intérêts de l'enfant mineur. Le tribunal est saisi soit par une demande par l'un des époux soit par une demande conjointe. Il n'existe qu'une seule cause de divorce : la rupture totale et irrémédiable de la vie commune (art. 18. Loi sur la famille.)

Quand le divorce est demandé conjointement, le tribunal peut, dès la première audience, prononcer le divorce si les époux ont exprimé leur volonté libre, concordante et définitive de divorcer, l'échec irréversible du mariage étant présumé et

¹⁷¹⁵ Nouveau code civil hongrois, 4e tome sur le droit de la famille. 4:102-104. §

- o) qu'ils n'ont pas d'enfants mineurs communs
- p) ou qu'ils se sont mis en accord sur l'exercice de l'autorité parentale et l'entretien des enfants mineurs communs, sur l'obligation alimentaire entre époux, sur le sort du logement familial commun et sur le partage des biens mobiliers, et que le tribunal a approuvé cet arrangement,
- q) ou s'ils vivent séparément depuis trois ans et s'ils se sont mis d'accord sur l'exercice de l'autorité parentale et l'entretien des enfants mineurs.

5. Donnez les statistiques générales en matière de divorce et de séparation de corps.

Voir annexe I ¹⁷¹⁶

6. Votre droit admet-il le mariage entre personnes de même sexe (ou le partenariat enregistré entre personnes de même sexe) ? Si oui, les causes et procédures de rupture de l'union sont-elles les mêmes que pour les couples hétérosexuels ?

Le mariage entre personnes de même sexe n'est pas admis dans le droit hongrois. La nouvelle Constitution de la Hongrie (datée de 2011) qui définit le mariage comme l'union entre un homme et une femme (article L) était largement critiqué concernant le mariage homosexuel ¹⁷¹⁷. La Hongrie, en effet, a déjà un "PACS" (depuis 2009) ¹⁷¹⁸ dans son système juridique et c'est le seul moyen de l'union enregistrée pour les couples homosexuels. En effet, la loi reconnaît l'égalité entre le "concubinage enregistré" et le mariage du point de vue de la situation matérielle et de la succession des conjoints.

Bien que la loi vise l'égalité, elle comprend quelques paragraphes ambivalents. Par exemple, l'adoption d'un enfant par l'un ou les deux partenaires n'est pas permise aux concubins, même si c'est l'enfant de l'un des deux. Ils n'ont pas le droit de participer dans une procédure de reproduction médicalement assistée et ne peuvent pas porter le nom de leur concubin au contraire des personnes mariées. Le rapport de concubinage enregistré peut être rompu par le souhait de l'un ou des deux partenaires ou par leur mariage. Cela sous-entend que le mariage est toujours un rapport d'un niveau supérieur.

B. Droit international privé

7. Comment est défini le mariage dans votre droit national ?

L'article L de la nouvelle Constitution contient une garantie constitutionnelle pour la défense de l'institution du mariage, définie comme une « union de vie fondée sur un engagement

¹⁷¹⁶ Le diagramme a été fait à la base des statistiques officielles de la Hongrie par Központi Statisztikai Hivatal (KSH)

http://www.ksh.hu/docs/hun/xstadat/xstadat_hosszu/h_wdsd001b.html?692

¹⁷¹⁷ Sur cette question voir aussi: Amnesty International: Document - Hongrie. La Constitution nouvellement adoptée ne respecte pas les droits humains, Déclaration publique, Index AI : EUR 27/006/2011 (Public), AILRC-FR, 20 avril 2011

¹⁷¹⁸ Loi XXIX de 2009 sur le concubinage enregistré (2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatáról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról)

volontaire entre un homme et une femme », ainsi que de la famille « comme base de la survie de la nation ». Cette définition du mariage a été critiquée, car elle pourrait être interprétée comme excluant l'union entre personnes de même sexe.¹⁷¹⁹

B1. Causes de divorce

a). Rome 3 est applicable

8. Au regard des articles 5 (choix de la loi applicable par les époux) et 7 (validité formelle d'un tel accord sur la loi applicable) du règlement Rome III, quelles sont les conditions de forme imposées par votre droit national pour le choix de la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps ?

Le système et le contenu des solutions juridiques du règlement Rome III n'étaient pas cohérents avec les articles 40 et 41 du Décret-loi 13 de 1979 sur le droit international privé (*Décret-loi sur le droit international privé*) préalablement en vigueur qui ont, par conséquent, été rendus caducs par le législateur hongrois lors de la ratification de ce règlement. L'art. 40 du Décret-loi sur le droit international privé actuellement applicable stipule uniquement que les époux peuvent bénéficier du choix applicable au divorce, prévu par les articles 5 à 7 du règlement Rome III, seulement avant la date limite que le juge fixe lors de la première audience de la procédure de divorce. L'accord y relatif est valable en respectant les règles formelles fixées dans l'al. (1) de l'art. 7 dudit règlement. La loi hongroise ne prévoit aucune autre disposition spécifique au sujet des divorces entre époux originaires d'autres pays (divorce international), les juges saisis des dossiers de divorce doivent appliquer les dispositions du règlement d'une manière directe.

9. Au regard de l'article 13 du règlement Rome III, les mariages suivants sont-ils reconnus dans votre droit national comme mariage ? 1° mariage de personnes de même sexe célébré valablement à l'étranger ; 2° mariage privé ; 3° mariage polygame...

Non.

b). Rome 3 n'est pas applicable

10. Quelle est la loi applicable au divorce (*lex fori*, loi nationale commune, loi du domicile commun ou de dernier domicile commun...) ? La règle de conflit nationale désigne-t-elle parfois le droit étranger ?
11. Quelle place est faite à la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable ?
12. Si les parties peuvent choisir la loi applicable, comment s'exprime ce choix et à quel moment peut-il être formulé ?

B2. Effets du divorce

¹⁷¹⁹ Commission Européenne pour la Démocratie par le droit (Commission de Venise) Avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie, adopté par la Commission de Venise lors de sa 87e session plénière (Venise, 17 - 18 juin 2011)

<http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD%282011%29016-f.pdf>

13. Quelle est la loi applicable aux conséquences pécuniaires du divorce (pensions, prestations, dommages intérêts etc) ? Règles de droit interne, règlement européen, convention internationale ?
14. Quelle est la loi applicable à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux (régimes matrimoniaux etc.) ?
15. Quelle est la loi applicable à la responsabilité parentale ?
16. Quelle est la loi applicable aux obligations alimentaires entre parents et enfants ? Règles de droit interne, règlement européen, convention internationale ?

Réponses 13-16 :

Quant à la loi applicable aux conséquences pécuniaires du divorce, les dispositions du protocole de La Haye restent applicables en vertu de l'art. 14 du règlement 4/2009/CE. Les dispositions du protocole de La Haye sont d'une application universelle : elles doivent être appliquées dans tous les cas même si ces cas ne relevaient pas de l'application du droit de l'État signataire du protocole de La Haye. De ce fait, la loi n°CXXVII de 2010 a rendu caduques les dispositions spécifiques portant sur les obligations alimentaires. (Ces dispositions faisaient partie de celles de Décret-loi n° 13 de 1979 (*Décret-loi sur le droit international privé*) sur le droit international privé qui définissaient la loi applicable.) Le décret-loi contient les règles suivantes dans le domaine des conséquences pécuniaires du divorce :¹⁷²⁰

Quant à la loi applicable aux conséquences pécuniaires du divorce, les dispositions du protocole de La Haye restent applicables en vertu de l'art. 14 du règlement 4/2009/CE. Les dispositions du protocole de La Haye sont d'une application universelle : elles doivent être appliquées dans tous les cas même si ces cas ne relevaient pas de l'application du droit de l'État signataire du protocole de La Haye. De ce fait, la loi n°CXXVII de 2010 a rendu caduques les dispositions spécifiques du *Décret-loi sur le droit international privé*, portant sur les obligations alimentaires. (Ces dispositions faisaient de celles de décret-loi n° 13 de 1979 sur le droit international privé qui définissaient la loi applicable.) Le décret-loi *Décret-loi sur le droit international privé*, contient les règles suivantes dans le domaine des conséquences pécuniaires du divorce :

C'est le droit personnel de l'enfant qui prévaut pour ce qui est des conditions juridiques familiales entre les parents et l'enfant (les enfants), et en particulier, du nom, du placement, de l'éducation, de la représentation juridique et de la gestion des biens, à l'exception de la pension alimentaire. L'énumération précédente ne fait qu'évoquer des exemples et ne comprend pas l'ensemble des cas de figure possibles.

Pour les enfants ressortissants hongrois (de nationalité hongroise) ou résidant en Hongrie, le droit hongrois doit être applicable aux conditions juridiques existant entre l'enfant et ses parents, mis à part l'obligation alimentaire, à condition d'être plus avantageux pour l'enfant.

¹⁷²⁰ **Nagy Csongor István** : Droit international privé – Nemzetközi magánjog, Budapest, 2012. HVG-ORAC Lap,-és könyvkiadó Kft. p.155-174

S'il est nécessaire de prendre des mesures urgentes dans l'intérêt du placement ou de la prise en charge d'un enfant de nationalité hongroise ne résidant pas en Hongrie, c'est le droit hongrois qui est applicable.

Quant aux conditions juridiques personnelles et patrimoniales des époux – y compris l'usage du nom de famille et les contrats de mariage sur le partage ou la séparation des biens conjugaux – le droit applicable est le droit personnel commun des époux au moment du jugement. Si le droit personnel des époux est différent au moment du jugement, il faut prendre en compte leur dernier droit personnel commun, ou, à défaut, le droit du pays où ils avaient leur dernier domicile commun. Si les époux n'avaient pas de domicile commun, c'est le droit du tribunal saisi du divorce ou celui d'autres autorités saisies du divorce qui doit être appliqué. Les changements du droit personnel des époux n'ont d'incidence ni sur le port du nom de famille établi en fonction d'un droit préalable, ni sur les conditions patrimoniales préalablement établies, y compris sur le contrat de mariage.

B3. Office du juge (ou de toute autre autorité compétente)

17. Le juge doit-il rechercher et appliquer d'office la règle de conflit de lois relative au divorce ?

Il incombe au juge hongrois qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger.

Il existe une exception à l'application du droit étranger : si les parties demandent conjointement d'éviter le droit étranger et d'appliquer le droit hongrois ou le droit choisi.

18. Si la règle de conflit nationale renvoie parfois au droit étranger, quel est l'office du juge en matière de droit étranger ? Est-il tenu de le rechercher d'office ? Comment peut-être établi le contenu de la loi étrangère ?

La possibilité de principe d'appliquer le droit étranger est reconnue. Les règles générales formulent les principes directeurs relatifs au choix, à l'application ou à la non application des règles de droit qui régissent une situation de droit international privé. Les règles fixées par le décret-loi sur le droit international privé¹⁷²¹ ne sont pas applicables aux questions réglées par des conventions internationales. En ce qui concerne la qualification juridique des faits et rapports à juger, le décret-loi en prescrit l'interprétation d'après les règles et notions du droit hongrois. Toutefois, conformément à la pratique législative et judiciaire, il énonce que si le droit hongrois ne connaît pas une institution juridique ou bien s'il la connaît mais sous un contenu ou un nom différents, et qu'on ne peut l'interpréter selon les règles du droit hongrois, on doit tenir compte du droit étranger réglementant cette institution. C'est le rejet du principe de la discrimination à l'encontre des autres systèmes de droit qui se traduit dans cette règle.

En ce qui concerne la question très discutée du renvoi, le décret-loi adopte une solution de compromis. Il édicte notamment que si aux termes du décret-loi un droit étranger doit être appliqué, il faut appliquer dans ce cas les dispositions qui règlent directement le fond de la

¹⁷²¹ décret-loi 13 de 1979 sur le droit international privé, articles 4-9

question posée. Mais si le droit étranger renvoie au droit hongrois, celui-ci doit être appliqué (renvoi au premier degré). Par contre, c'est le droit étranger indiqué par le décret-loi qu'il faut appliquer si les règles du droit étranger renvoient au droit d'un autre Etat (renvoi au second degré).

L'application du droit étranger ne dépend pas de la réciprocité. Si une règle de droit fait dépendre l'application du droit étranger de la réciprocité, celle-ci doit être regardée — jusqu'à preuve du contraire — comme existante (la réciprocité doit être donc présumée).

Il y a des cas où le droit étranger n'est pas applicable. Ces cas sont déterminés par le décret-loi en harmonie avec la pratique internationale. Ce sont : la violation de l'ordre public, la fraude à la loi et la demande commune d'inobservation par les parties.¹⁷²²

II. LE DROIT MATERIEL

A. Les causes de divorce

19. Le mariage doit-il avoir duré pendant un temps minimum avant que le divorce puisse être demandé ?

Il n'y a pas de temps minimum quant à la durée de mariage, le divorce peut être demandé sans limitation du temps.

20. La perte de capacité juridique d'un époux (régime de protection juridique, aliénation mentale...) a-t-elle une incidence sur sa capacité à introduire une demande en divorce ou à être défendeur à une telle demande ?

Le conjoint doit faire lui-même la demande en divorce. Le conjoint dont la capacité est limitée peut lui aussi demander le divorce, sans le consentement de son représentant légal. Cependant, s'il est placé sous une curatelle, entraînant la pleine incapacité, le représentant légal est recevable à présenter la demande en son nom avec l'autorisation de l'autorité tutélaire. (art.19 du Loi sur la famille.)

21. Existe-t-il une cause unique ou des causes multiples de divorce dans l'État ?

Il n'existe qu'une seule cause de divorce : la rupture totale et irrémédiable de la vie commune (art. 18. Loi sur la famille.).

Si le droit de l'État ne connaît qu'une seule cause de divorce (rupture irrémédiable du lien matrimonial) répondre aux questions en A1, si le droit de l'État connaît des causes multiples de divorce répondre aux questions en A2

A1. Le divorce pour altération définitive du lien matrimonial (irretrievable breakdown of marriage)

22. Sur quels fondements l'altération définitive du lien matrimonial est-elle établie ?

¹⁷²² Zoltan Odon. La nouvelle réglementation hongroise du droit international privé. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 32 N°1, Janvier-mars 1980. pp. 87-100. doi : 10.3406/ridc.1980.3638
http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1980_num_32_1_3638

Voir la question 28.

23. Donnez les statistiques les plus récentes (si elles existent) relatives nombre de demandes présentées sur chaque fondement.

Il n'y a pas de statistiques sur cette question.

24. Dans les motifs de rupture, quelle est la place faite au consentement mutuel des époux ?

Lorsque le divorce est demandé sur la base du consentement mutuel, le tribunal n'examine pas les causes qui ont entraîné la dissolution du mariage car le consentement mutuel implique la présomption de la rupture irrévocable du mariage. Cependant, la décision de divorce par consentement mutuel n'est prononcée qu'en cas d'accord complet entre les parties sur les questions principales.(voir la question 27.)

25. En cas de consentement mutuel des époux, la requête doit-elle être présentée par les deux époux agissant ensemble ou est-il possible pour l'autre d'accepter le principe du divorce en cours d'instance ?

La requête peut être présentée par les deux époux agissant ensemble, mais il est aussi possible pour l'autre d'accepter le principe du divorce en cours d'instance.

26. En cas de consentement mutuel, les époux doivent-ils également être d'accord sur les effets du divorce ou bien le juge dispose-t-il du pouvoir de statuer sur les effets ?

Oui, en cas de consentement mutuel, les époux doivent être d'accord sur les effets du divorce, notamment:

- r) sur la garde de l'enfant commun, contacts entre les père ou mère et l'enfant (droit de visite), entretien de l'époux, utilisation du logement commun, ainsi que – à l'exception de la suppression et la propriété commune de l'immeuble – le partage des biens communs et que le tribunal a approuvé cet arrangement,
- s) ou s'ils vivent séparément depuis trois ans et s'ils se sont mis d'accord sur l'exercice de l'autorité parentale et l'entretien des enfants mineurs.

27. Dans les motifs de rupture, une place est-elle faite à la notion de faute dans la relation conjugale ? Si oui, dans quelle mesure la faute demeure-t-elle prise en compte au titre des motifs de rupture ?

La législation hongroise ne connaît pas le divorce-sanction. Néanmoins, la faute continue à jouer un rôle considérable en matière d'effets du divorce, notamment dans les questions accessoires de l'action en divorce. Parmi les questions accessoires, la faute des époux, ou plutôt leur faute grave peut avoir une importance – mais elle n'entre pas nécessairement en ligne de compte – pour la réglementation de l'entretien de l'époux, de l'utilisation du

logement des époux, de la restitution des cadeaux donnés à l'occasion du mariage, soit avant la célébration du mariage, soit pendant le mariage, ainsi que la garde de l'enfant.¹⁷²³

28. Dans les motifs de rupture, quelle place est faite à la séparation des époux ?

- a) La séparation est-elle suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ?
- b) Combien de temps la séparation doit-elle avoir duré avant de pouvoir être invoquée ? La période doit elle être continue ?

Si le divorce est demandé par consentement mutuel, le tribunal n'examine pas les causes qui ont entraîné la dissolution du mariage, ainsi seule la question de savoir si la déclaration de volonté des époux est définitive et exempte d'influence est examinée. La déclaration des époux est considérée comme définitive si les époux sont tombés d'accord sur la dissolution du mariage et ses conséquences. Si la communauté de vie entre les époux a cessé depuis trois ans au moins et ils vivent en résidence séparée, il suffit de justifier au cours de l'action en divorce qu'ils ont réglé le placement et l'entretien de l'enfant conformément à ses intérêts.

Si la dissolution du mariage n'est pas demandée par consentement mutuel des époux, le tribunal doit examiner les causes de la détérioration de la vie conjugale et la question de savoir si ces causes ont vraiment entièrement et irréparablement ruiné le mariage. La loi ne lie ni la présentation de la demande ni la dissolution du mariage à la résidence séparée pendant une durée déterminée^{1724 1725}.

A2. Le divorce pour causes multiples

29. Donnez les statistiques les plus récentes (si elles existent) sur le nombre de demandes introduites sur le fondement de chacune des différentes causes de divorce.

a. Le divorce par consentement des époux

- 30. Le divorce par consentement existe-t-il à titre autonome ou est-il une forme du divorce pour altération définitive du lien matrimonial ?
- 31. Les époux doivent-ils être séparés avant d'introduire la demande ? Si oui depuis combien de temps ?
- 32. Cette cause de divorce implique-t-elle que la requête soit présentée par les deux époux agissant ensemble ou comprend-elle également la possibilité pour l'autre d'accepter le principe du divorce en cours d'instance ?
- 33. Dans le cadre de cette procédure, les époux doivent-ils également être d'accord sur les effets du divorce ou bien le juge dispose-t-il du pouvoir de statuer sur les effets ?

¹⁷²³ **WEISS Emilia**: Hongrie.= Legislation Comparée. Techniques - Juris> Classeur, 1993. 1-33. Paris, sur feuillets mobiles, point 46

¹⁷²⁴ **WEISS Emilia** point 40

¹⁷²⁵ sur cette question voir aussi: **NAGY Veronika** – Le logement dans les procédures de divorce (France/Hongrie), Allocations familiales, Dossier d'études, 2011 numéro 138. http://www.caf.fr/sites/default/files/cnaf/Documents/Dser/dossier_etudes/dossier_138_-_logement_dans_procedures_divorce.pdf

b. Le divorce pour altération définitive du lien matrimonial

34. Sur quels fondements l'altération définitive du lien matrimonial est-elle établie ?
35. Dans cette procédure quelle est la place laissée au consentement mutuel des époux ?
36. Dans cette procédure, quelle place est laissée la séparation des époux ?
 - a) La séparation est-elle suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ?
 - b) Combien de temps la séparation doit-elle avoir duré avant de pouvoir être invoquée ? La période doit elle être continue ?
37. Une demande initiale de divorce pour altération définitive du lien matrimonial peut-elle être convertie en divorce par consentement ou en divorce pour faute ? Si oui, quelles sont les passerelles possibles ?

c. Le divorce pour faute

38. Quelles sont les fautes qui peuvent être invoquées au soutien d'une demande en divorce ?
39. Existe-t-il des exigences spécifiques relatives à la preuve de la faute ?
40. Le juge dispose-t-il d'une marge de manœuvre pour décider d'un partage des torts bien que la faute ne soit invoquée que par l'un des époux ?
41. La réconciliation des époux a-t-elle un impact sur la possibilité d'invoquer au titre de la faute un comportement antérieur à la réconciliation ?
42. La faute dans le mariage peut-elle engager la responsabilité civile de son auteur et permettre à la victime d'obtenir des dommages et intérêts ? Si oui s'agit-il d'une action spécifique distincte des règles de responsabilité civile de droit commun ?

B. Les effets du divorce

43. Les époux disposent-ils de la possibilité de régler les effets du divorce (et aussi la date d'effet du divorce) au moyen d'une convention
 - avant le mariage ;
 - pendant le mariage ;
 - pendant la procédure de divorce ?

Avant le mariage :

Avant la conclusion du mariage et pendant l'existence du mariage, les futurs époux peuvent fixer d'une autre manière que la loi quels biens feront partie de la communauté et lesquels seront propres¹⁷²⁶. La pratique interprète cette disposition dans un sens large. Est admis même un contrat de mariage qui exclut totalement la communauté de biens des époux et également un contrat qui fixe la participation aux biens communs d'une autre manière que par moitié. Certains contrats de mariage n'ont pour but que de déterminer par contrat les biens propres apportés par chacun des époux dans le mariage. Les contrats d'achat et de vente, d'échange, de donation et de prêt conclus entre les époux pendant l'existence du mariage sont considérés comme un contrat de mariage. Par contre, le contrat conclu entre les époux après la cessation de leur vie commune en vue de la répartition de leurs biens communs n'est pas considéré comme un contrat de mariage.

¹⁷²⁶ Emilia WEISS points 31-32

Pendant le mariage et la procédure de divorce :

Pour toutes les questions relevant du droit familial qui sont liées au divorce, les époux peuvent conclure un accord à l'exception de la date d'effet du divorce parce que celle-ci est identique à la date d'effet du jugement qui prononce le divorce.

Voir aussi des réponses : 53., 59., 72., 80.

44. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur la convention passée par les époux ?

Si la convention passée entre les époux est conforme à la législation en vigueur, il n'est plus nécessaire d'examiner si les intérêts légitimes des époux ont été pris en compte. Par contre, le juge doit examiner d'office si cette convention tient compte des intérêts d'un enfant mineur (placement, droit de visite, pension alimentaire, usage du logement).

45. Si le juge a un droit de contrôle, quels sont les critères qui lui permettent soit de solliciter une modification, soit de modifier directement l'accord ?

Si la convention conclue par les parties n'est pas approuvée par le juge, le divorce peut intervenir seulement après avoir mis en évidence les causes qui ont conduit à l'altération irrémédiable du lien conjugal. Autrement dit, le juge ne peut pas modifier directement l'accord. Il est cependant possible de modifier un accord préalablement approuvé par le juge. Seule limite d'une telle modification : les parties peuvent solliciter une modification seulement dans un délai de deux ans et seulement dans les cas suivants : a) cette modification est dans l'intérêt de leur(s) enfant(s) mineur(s) commun(s), b) l'accord préalablement établi lèse grièvement les intérêts d'une des parties du fait d'un changement important du contexte et des conditions.

46. Si une procédure de rupture *a minima* (séparation de corps) existe dans l'État, quels en sont les effets tant entre les époux qu'à l'égard des enfants ?

La rupture *a minima* n'existe pas dans le droit hongrois.

a. Les effets du divorce en matière extrapatrimoniale

i. Les effets du divorce entre les époux

47. À quelle date le divorce rompt-il définitivement le mariage ?

Le divorce rompt définitivement le mariage le jour où le jugement entre en force de chose jugée. Si l'un des époux décède avant que le jugement devienne exécutoire, le tribunal doit arrêter l'instance et doit abroger la décision rendue. (art 19 et 20 du Loi sur la famille.)

48. La liberté matrimoniale des ex-époux est-elle soumise à conditions ? (quand sont-ils autorisés à se remarier, peuvent-ils se remarier ensemble...)

Les ex-époux peuvent se remarier sans limitation de temps et ils peuvent se remarier l'un avec l'autre.

49. Dans les États où le mariage produit des effets sur le nom des époux, quels sont les effets corrélatifs du divorce ?

En général, le divorce n'affecte pas l'usage du nom des époux. S'ils veulent en changer, ils peuvent le faire dans une déclaration devant l'officier de l'état civil. (art 26. du Loi sur la famille)

En outre, à la demande de l'époux, le juge peut interdire à l'épouse de continuer à porter le nom de son ex-conjoint quand elle a été condamnée à une peine de prison pour crime. Si l'épouse se marie à nouveau, elle n'a pas le droit de porter le nom de son époux divorcé.

Les effets corrélatifs du divorce :

- Si lors du divorce, l'un des époux n'a pas dix-huit ans révolus, il conserve la capacité juridique d'un majeur qu'il avait acquise par le mariage. (art 12 du Code civil.)

- L'enfant qui naît dans les 300 jours suivant la dissolution du mariage bénéficie de la présomption de paternité du mari sauf si la mère s'est remariée avant la fin de cette période. Dans ce cas, l'enfant a pour père le nouveau mari. (art. 35 du Loi sur la famille.)

- Les ex-époux peuvent se remarier sans limitation de temps. Lorsqu'un remariage est entaché de nullité pour cause de bigamie mais que ce mariage n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive, la dissolution du mariage précédent met fin « ex nunc » à l'irrégularité qui affectait la validité du deuxième mariage. (art 7 al 2 du Loi sur la famille.)

50. Le divorce produit-il des effets

- au regard de la nationalité éventuellement acquise par l'un des époux en raison du mariage ;
- au regard du titre de séjour acquis par l'époux étranger en vertu du mariage ?

Une personne ayant acquis la nationalité hongroise par le mariage ne la perd pas du simple fait de divorcer. La nationalité hongroise n'est retirée qu'à une personne qui l'a acquise d'une manière frauduleuse (en commettant une infraction à la loi, en fournissant des renseignements faux quant à son identité, en induisant en erreur les autorités du pays, etc),

la confiscation de la nationalité pouvant intervenir dans ce cas au plus tard dans les 10 années qui suivent son acquisition.¹⁷²⁷

Le droit de séjour des époux et membres de famille ressortissants des pays de la CEE est supprimé dès qu'ils ne remplissent plus les conditions nécessaires à son exercice. Le droit de séjour des époux originaires d'un pays tiers reste valable malgré un divorce ou l'annulation du mariage si¹⁷²⁸

- a) le mariage a duré pendant au moins deux ans avant l'annulation et l'ex-époux (l'ex-épouse) a séjourné au minimum un an en Hongrie pendant la durée du mariage en tant que membre de la famille d'un(e) Hongrois(e) ou d'une personne originaire d'un pays de la CEE ;
- b) en vertu d'une décision judiciaire ou d'un accord entre les époux, l'époux (épouse) venant d'un pays tiers exerce l'autorité parentale sur un enfant qu'il a en commun avec une personne originaire d'un pays de la CEE ;
- c) c'est justifié par des circonstances particulières qui doivent être prises en compte ;
- d) en vertu d'une décision judiciaire ou d'un accord entre les époux, l'ex-époux (l'ex-épouse) a un droit de visite pour voir son enfant sur le territoire hongrois.

Le tribunal compétent en matière de divorce n'a pas d'obligation de déclaration : tout changement de nationalité doit être déclaré par la personne concernée qui doit également justifier qu'elle remplit les conditions nécessaires pour poursuivre son séjour en Hongrie lorsqu'elle fait la demande d'un titre de séjour auprès des autorités compétentes (soit à la police des étrangers).

ii. Les effets du divorce à l'égard des enfants

51. L'État distingue-t-il la question de l'exercice de l'autorité parentale/*parental responsibility* de celle de la résidence de l'enfant ? Si oui, de quelle façon et quelles en sont les conséquences pour l'exercice de l'autorité parentale ?

Les enfants mineurs se trouvent placés sous l'autorité parentale ou sous tutelle.(art 70 du Loi sur la famille) Les principes fondamentaux de l'exercice de l'autorité parentale est qu'elle doit être exercée selon les intérêts de l'enfant et que les parents l'exercent en commun. Les parents vivant séparément ont un droit de visite (droit de maintenir des rapports), un droit de prise de décisions en commun avec l'autre parent exerçant l'autorité parentale sur les questions importantes concernant l'enfant, notamment: soins et éducation, gestion des biens de l'enfant, représentation légale de l'enfant, droit de désigner le tuteur et l'exercice de la tutelle. L'intervention de l'État dans l'exercice de l'autorité parentale ne peut être qu'exceptionnelle. Une telle intervention ne peut avoir lieu que si les parents la demandent parce qu'ils ne peuvent pas se mettre d'accord sur l'exercice des droits ou si les parents les exercent d'une manière qui n'est pas conforme aux intérêts de l'enfant.

Au lieu de résidence de l'enfant, le droit hongrois utilise l'expression garde de l'enfant. La résidence de l'enfant est chez le parent qui a le droit de garde.

¹⁷²⁷ Loi LV de 1993. sur la nationalité hongroise

¹⁷²⁸ art 14 de la loi I. de 2007. sur l'entrée sur le territoire et le séjour des personnes ayant la nationalité d'un pays tiers

Voir aussi la question 58.

52. Le divorce produit-il des effets automatiques quant à l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants ?

Oui. Selon la règle principale, en cas de dissolution du mariage, l'autorité parentale revient principalement au parent ayant la garde de l'enfant de telle sorte que l'autorité parentale de l'autre parent est suspendue. Les parents peuvent demander d'exercer en commun l'autorité également dans le cas de divorce ou de la séparation définitive. (art. 72. par. 2 du Loi sur la famille.) Cependant, même si le tribunal ordonne l'exercice de l'autorité parentale en commun, il faut décider de la garde de l'enfant par le père ou la mère.

53. L'exercice de l'autorité parentale peut-il être déterminé par une convention parentale ?

Après la dissolution du mariage ou la rupture de la vie commune, l'autorité parentale peut être exercée en commun sur la base de l'accord ou de la demande de parents aptes à l'exercer, de manière à ce que le tribunal approuve l'accord des parties ou, sur demande des parties, ordonne par son jugement l'exercice de l'autorité parentale en commun. Au cours de la soumission de la demande, les parents sont tenus de déclarer de quelle manière ils désirent coopérer lors de l'exercice de l'autorité parentale en commun, particulièrement en matière de prise en charge et de l'éducation.

54. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

Le juge n'a pas le droit de modifier l'accord, mais s'il est contraire à l'intérêt de l'enfant, il refuse de l'approuver.

55. Le juge peut-il aménager l'exercice de l'autorité parentale ? Si oui, doit-il être obligatoirement saisi d'une telle demande par l'un ou l'autre des parents ?

Au cas où la disposition à coopérer à l'égard de l'enfant des parents exerçant l'autorité parentale en commun cesse pour quelque raison que ce soit, par la demande de l'un ou de l'autre des parents le tribunal met fin à l'autorité parentale exercée en commun si l'intérêt de l'enfant le nécessite.

56. Quels sont les critères qui permettent au juge de fonder une décision d'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale ? Un parent peut-il se voir privé de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit d'autorité parentale en raison d'un comportement conjugal ?

Le juge retire aux parents l'autorité parentale : (art 88 Loi sur la famille)

a, Si le père ou la mère par son conduite met manifestement en danger ou heurte gravement les intérêts de l'enfant, notamment son bien-être physique ou son développement intellectuel ou moral

b, Si le juge a confié l'enfant à un tiers à titre temporaire et pendant cette période le parent refuse la collaboration avec cette personne, ne contacte pas son enfant et ne fait pas d'efforts pour changer sa manière de vivre qui a conduit le juge à suspendre l'exercice de l'autorité parentale.

c, Si le père ou la mère a été condamné par une juridiction pénale à une peine de réclusion pour un crime commis intentionnellement contre la personne de l'un de ses enfants

Si le juge considère que le comportement conjugal a mis en danger les intérêts de l'enfant (son bien-être physique, son développement intellectuel ou moral) le parent peut se voir privé de l'exercice de l'autorité parentale.

57. Un parent privé de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit d'autorité parentale peut-il néanmoins obtenir un droit de contact, de visite et/ou d'hébergement avec l'enfant ?

Celui des parents dont le droit de l'exercice de l'autorité parentale a été retiré ou suspendu a toujours le droit de voir l'enfant. En cas de contestation relative aux modalités de ces visites, celles-ci sont déterminées par l'autorité de tutelle qui, dans l'intérêt de l'enfant, peut limiter ou même retirer ce droit de visite. (art 93 Loi sur la famille)

Les formes juridiques de l'exercice de l'autorité parentale sont les suivantes : maintien de rapports continus et périodiques – avec le droit d'emmener et l'obligation de remettre l'enfant –, visite de l'enfant à son domicile, échange des lettres, contacts par téléphone, envoi de cadeaux et colis.

58. Quelles sont les modalités de résidence de l'enfant qui peuvent être légalement envisagées ? (Résidence habituelle, résidence alternée, enfant confié à un tiers...)

Au lieu de résidence de l'enfant, le droit hongrois utilise l'expression garde de l'enfant. Dans les cas de dissolution du mariage ou de la rupture définitive de la vie commune des parents vivant en mariage ou en union libre, la garde des enfants est confiée généralement à l'un des parents. Il en est ainsi même si l'autorité parentale est exercée en commun par les parents séparés. Contrairement au droit français, le droit hongrois ne rend pas possible la résidence (garde) alternée de l'enfant.

Ce sont en premier lieu les parents qui décident de la garde de l'enfant – cette décision constitue l'une des conditions légales du divorce par consentement mutuel. En absence d'accord des parents, le juge décide de la garde de l'enfant et la confie à celui des père et mère qui lui assurera le développement corporel, intellectuel et moral le plus avantageux. Si la garde de l'enfant par le père et par la mère risque de compromettre les intérêts de l'enfant, le tribunal peut exceptionnellement confier la garde de l'enfant à une tierce personne. La condition en est que cette personne demande elle-même que la garde de l'enfant lui soit confiée. La personne tierce à qui la garde de l'enfant est confiée par le juge, est nommée tuteur de l'enfant par l'autorité tutelle et c'est elle qui exercera en tant que tuteur les droits de l'autorité parentale.¹⁷²⁹

¹⁷²⁹ Emilia WEISS point 86.

59. Les modalités de résidence de l'enfant, le droit de contact, de visite et/ou d'hébergement avec l'enfant, peuvent-ils être déterminés par une convention parentale ? Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

Oui, ces questions peuvent être déterminées par une convention parentale. Le juge n'a pas le droit de modifier l'accord, mais si celui-ci est contraire à l'intérêt de l'enfant, il refuse de l'approuver.

60. Des mesures sont-elles à la disposition du juge afin de garantir les liens entre l'enfant et chacun de ses parents après divorce ? Si oui, lesquelles ? Des sanctions sont-elles prévues si un parent ne respecte pas son obligation de maintenir les relations avec l'enfant ?

L'exercice du droit de visite accordé par le tribunal n'est pas garanti par le juge, mais par la Protection des mineurs (art. 92, par. 6 de la loi sur la famille). Cependant, la vie montre que les mesures – ou sanctions - qui peuvent être prises pour garantir les liens entre l'enfant et chacun de ses parents ne sont pas aptes à faire respecter au parent fautif son obligation de maintenir les relations avec son enfant.

Les sanctions à la disposition de la Protection des mineurs sont les suivantes :

- une injonction peut être adressée au parent qui empêche les liens entre l'enfant et l'autre parent en lui demandant de ne pas dresser l'enfant contre l'autre parent. Les frais engagés sont portés à sa charge.
- on peut faire intervenir un médiateur spécialisé à la protection d'enfants
- si les injonctions restent sans résultat, on peut faire intervenir le service spécialisé dans les relations du Service du Bien-être des Enfants. Si le maintien des liens est chargé de conflits, s'il est en permanence entravé, ou si les parents ont du mal à communiquer, le Service de Bien-être des Enfants peut être saisi et intervenir en demandant une mise sous protection.
- On peut introduire une demande au tribunal pour retirer la garde de l'enfant
- Une plainte pénale peut être portée pour mise en péril de l'enfant.

b. Les effets patrimoniaux du divorce

61. . Les effets entre les époux

62. Au moment de la rupture du mariage, les ex-époux bénéficient-ils d'un droit à obtenir l'un de l'autre

- une compensation financière, : NON
- une créance alimentaire, : OUI
- une compensation de droits à pension de retraite, : NON
- des dommages-intérêts : NON
- ou d'autres sommes ou droits patrimoniaux ? NON

Si oui merci de répondre aux questions suivantes :

La pratique hongroise, comparée avec les règles et la pratique de nombreux autres pays européens, l'entretien de la femme revêt lui aussi une **importance sensiblement moindre**.

Le droit hongrois prévoit une pension alimentaire en cas de la dissolution du mariage. L'article 21 du Code de la famille régissant la pension en cas de dissolution stipule : En cas de la dissolution du mariage, la personne qui a besoin d'une pension alimentaire sans qu'il y ait faute de sa part, peut la réclamer à son ex-conjoint, sauf si, au cours du mariage, par son comportement, elle s'est rendue indigne de la recevoir. La somme de la pension ne peut être réclamée que dans la mesure où elle ne met pas en danger les conditions d'existence de l'ex-conjoint et de toute personne envers qui l'ex-conjoint a un devoir d'entretien au même titre que le demandeur de la somme.

La Loi sur la Famille, dans son esprit, mais aussi par ses dispositions de droit positif, conformément à ce qui figure dans les principes fondamentaux (§1 de la Loi sur la Famille), défend l'institution du mariage. Cette défense se manifeste également par le fait qu'elle ne considère pas que la responsabilité mutuelle des conjoints cesse d'exister dans tous les domaines à la suite de la dissolution du mariage, mais elle l'étend même dans une certaine mesure à la période postérieure à la dissolution du mariage (à la rupture de la vie commune). Ainsi, elle réglemente, en tant qu'obligation juridique, le devoir d'entretien à la charge du conjoint divorcé afin d'assurer les conditions d'existence de l'ex-conjoint, conformément aux prescriptions de la loi.

63. Cette demande doit-elle être faite dès l'introduction de l'instance ou peut-elle être demandée en cours d'instance ?

64. La demande peut-elle être introduite par l'un ou l'autre des époux après le prononcé du divorce ? Si oui, cette action est-elle enfermée dans un délai ?

La demande peut être faite à l'introduction de l'instance, en cours d'instance et après le prononcé du divorce. Le fait qu'au moment de la dissolution du mariage l'époux se trouve dans le besoin n'est pas une condition préalable absolue du droit de l'entretien. Toutefois l'ancien époux qui ne se trouve pas dans le besoin que plus de cinq ans après la dissolution du mariage, ne peut réclamer son entretien que dans des cas particulièrement dignes d'être pris en considération.

65. L'un des époux peut-il être dispensé de fournir cette compensation (ou indemnisation, aliments ...)? Si oui, pour quels motifs ?

66. L'un des époux peut-il être privé du droit d'obtenir cette compensation (ou indemnisation, aliments...) ? Si oui pour quels motifs ?

La loi sur le droit de famille fixe les aspects qui doivent être pris en considération sur la base de la loi. Cependant, les époux peuvent convenir par contrat de l'entretien envers l'époux même à défaut de ces conditions légales, ou dans une mesure dépassant celle prescrite par la loi, ou l'un des époux, généralement le mari, peut assumer une telle obligation par une déclaration unilatérale.

Du côté de l'ayant droit, l'obligation d'entretien envers l'époux est subordonnée à deux conditions préalables aux termes de la loi : il doit se trouver dans le besoin sans faute de sa part, et il ne doit pas être indigne de l'entretien. L'indignité suppose un comportement qui lèse d'une manière plus grave les bases morales du mariage que la faute ayant entraîné la

dissolution du mariage. Il est assez rare que le tribunal constate que l'époux (l'épouse) est indigne de la pension alimentaire.¹⁷³⁰

67. L'établissement ou le rétablissement d'un équilibre financier entre les situations patrimoniales respectives des ex-époux est-il recherché ?

Non.

68. Les règles en matière de compensation financière, d'aliments ou autres obligations patrimoniales après divorce sont-elles connectées à celles qui organisent la liquidation du régime matrimonial ou à celles de droit des biens (*property law*) équivalentes ?

La pension alimentaire est réglée entre les droits et devoirs des époux, indépendamment de la liquidation du régime matrimonial et des règles de droit des biens.

69. Les causes de divorce ont-elles une incidence sur les conséquences du divorce en matière patrimoniale ? Si oui dans quelle mesure ?

Les causes de divorce n'ont pas effet direct ni sur la compensation financière ni sur les autres conséquences en matière patrimoniale. En ce qui concerne la pension alimentaire, l'indignité de la recevoir n'est pas identique à la faute ayant entraîné la dissolution du mariage.

70. Quelles formes les obligations patrimoniales entre ex-époux peuvent-elles prendre ? Si les formes sont multiples, sont-elles déterminées par la cause de divorce ?

71. Votre droit permet-il à l'autorité compétente d'attribuer à un des époux la propriété, la jouissance ou le bail du logement familial ? Si oui, à quelles conditions ?

Le droit hongrois ne donne pas de définition des obligations patrimoniales entre ex-époux. En dehors du partage des biens, de la pension alimentaire, et du règlement de l'utilisation du logement par les ex-époux, il n'y a pas d'autres formes d'obligation patrimoniale.

Lors de la cessation de la vie commune, la communauté de biens prend fin et chacun des époux peut exiger le partage des biens communs. Les biens communs – en l'absence d'un contrat de mariage d'un contenu contraire – reviennent aux époux par moitié. Les biens doivent être remis si possible en nature. Si cela n'est pas possible ou entraîne une dépréciation considérable des biens, en cas de litige, le mode de la répartition est déterminé par le tribunal.

En ce qui concerne l'utilisation du logement, en l'absence d'accord des parties, le tribunal prend la décision sur demande. Lors de la prise de décision, l'intérêt de l'enfant commun mineur va primer. Ce n'est pas la nature de l'appartement en propriété ou locatif qui est décisive selon la loi, mais la question de savoir si le logement faisait partie des biens propres de l'un des époux ou était son appartement locatif, ou s'il était commun des époux. Si l'appartement où vivent les époux est le bien propre ou est un logement loué par l'un des époux, le droit de l'utilisation du logement revient en général à cet époux après la dissolution du mariage. Le juge ne peut autoriser qu'exceptionnellement l'utilisation partagée ou exclusive du logement par l'autre époux si l'enfant ayant droit à l'utilisation du logement est placé chez lui et si le droit de l'enfant à l'utilisation du logement l'exige. Si le logement est

¹⁷³⁰ Emilia WEISS points 23-26

un appartement de fonction, le locataire de fonction ne peut pas être obligé de quitter l'appartement.

72. Le montant et les modalités des obligations patrimoniales entre ex-époux peuvent-elles être déterminés par une convention matrimoniale ?

Oui. Voir aussi les réponses 65-66.

73. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

Non, le juge n'a pas un droit de regard sur la convention et sans demande il ne peut pas solliciter une modification.

74. Afin de calculer le montant dû, les époux sont-ils tenus de révéler l'intégralité des éléments qui constituent leur patrimoine (revenus, capital, biens, pensions, allocations...) ou bien peuvent-ils en être dispensés ?

75. Si aucune dispense n'est prévue, quelles sont les conséquences d'un refus de délivrer ces éléments ?

76. Quels sont les critères pris en compte pour évaluer le montant dû ? (le train de vie du ménage avant divorce, les besoins des ex-époux qu'ils soient présents et/ou futurs, l'âge, l'état de santé, l'employabilité, le principe selon lequel chaque époux devrait satisfaire à ses propres besoins ...)

Le montant de la pension alimentaire est en fonction des besoins de l'ayant droit et de la capacité du débiteur, mais ni la loi ni la directive de la Cour suprême ne donnent à cet égard d'instructions précises.

77. Le montant de la compensation ordonnée peut-il être révisé ? Si oui pour quels motifs et à quelle échéance (régulière, en fonction des besoins...).

La pension alimentaire est accordée pour une durée déterminée ou indéterminée, en fonction de la prévisibilité ou de l'imprévisibilité de la durée supposée des besoins. Elle est d'une durée déterminée si on peut supposer que le besoin à l'entretien de l'ayant droit cessera après un certain temps, par exemple au moment où il achèvera ses études.

Le montant de la pension alimentaire peut être modifié à la demande du débiteur si les changements dans les circonstances servant de base à la fixation de l'entretien sont survenus.

Le droit à l'entretien cesse si le bénéficiaire :

- se remarie
- en devient indigne en raison de son comportement ou
- n'en a plus besoin.

ii. Les effets à l'égard des enfants

78. L'obligation d'entretenir financièrement l'enfant est-elle liée à l'autorité parentale, à la résidence de l'enfant, à un autre critère ?

L'obligation d'entretenir financièrement l'enfant est liée à la garde de l'enfant.

79. Par quels moyens l'État organise-t-il le maintien de cette obligation à l'égard du parent qui ne vit pas avec l'enfant (pension alimentaire, mise à disposition de biens ou de capital ...)

Le père et la mère à qui la garde de l'enfant est confiée doit fournir l'entretien en nature alors que le parent vivant séparément doit verser une pension alimentaire en numéraire. Lors de la fixation du montant de la pension alimentaire due à l'enfant, il faut prendre en considération

- a, les besoins effectifs de l'enfant,
- b, les revenus et les conditions de vie matérielles des deux parents
- c, le nombre d'enfants qui sont à charge dans le ménage des parents et
- d, le revenu propre de l'enfant.

L'ensemble des pensions alimentaires à payer par une personne ne peut excéder 50% de son revenu.

80. Les modalités de l'exercice de cette obligation d'entretien, peuvent-elles être déterminées par une convention parentale ?

Oui. Ce sont en premier lieu des parents qui décident de la garde de l'enfant et de la pension alimentaire. Ces décisions constituent –entre autres- des conditions légales du divorce par consentement mutuel. En l'absence d'accord des parents, le juge fixe le montant de la pension alimentaire.

81. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

Le juge n'a pas le droit de modifier l'accord, mais il refuse de l'approuver si celui-ci est contraire à l'intérêt de l'enfant ou au vu des revenus des parents.

III. LE DROIT PROCEDURAL

82. Le divorce et le règlement de ses conséquences peut-il être obtenu en dehors d'une instance judiciaire ?

Le divorce ne peut être prononcé que par une décision judiciaire. En ce qui concerne les conséquences, dans la procédure de divorce, c'est le juge qui décide d'office sur la garde de l'enfant mineur et sur sa pension alimentaire. Cependant, les époux peuvent se mettre d'accord sur d'autres conséquences devant un avocat ou un notaire, mais dans la plupart des cas, ils demandent de régler toutes les conséquences du divorce dans le cadre de la procédure judiciaire.

83. Si oui, quels sont les organes compétents pour connaître de la demande ? La procédure administrative est-elle la seule possibilité offerte au couple ou bien s'agit-il d'une alternative à une procédure judiciaire ?

Sans objet

84. Dans le cadre d'une procédure judiciaire en divorce, quelle est la juridiction nationale compétente pour statuer ? Cette juridiction est-elle également compétente pour statuer sur les effets du divorce ? Une compétence juridictionnelle particulière est-elle prévue dans l'hypothèse d'un divorce transnational ?

Compétence d'attribution

En règle générale, les procédures judiciaires en divorce relèvent des juridictions locales. Des procédures judiciaires concernant le partage des biens patrimoniaux peuvent être engagées dans le cadre de la procédure de divorce, mais également en dehors de celle-ci. Dans les deux cas, c'est du tribunal local qu'elles relèvent si la valeur des biens matrimoniaux en question dépasse 30 millions de HUF¹⁷³¹. (art 22 al I de la loi sur la procédure civile – Code de procédure civile.)

Compétence territoriale

Ce sont les règles générales de la compétence territoriale qui prévalent dans le cas des procédures judiciaires en divorce. Ainsi, le tribunal compétent du point de vue territorial est celui dont relève le domicile ou, à défaut, le lieu de résidence du défendeur. Si le lieu de résidence du défendeur n'est pas connu ou qu'il se trouve à l'étranger, c'est son dernier lieu de résidence sur le territoire hongrois qui doit être pris en compte. S'il n'est pas possible d'établir son dernier lieu de résidence en Hongrie ou s'il n'en a jamais eu du fait de vivre à l'étranger, c'est le domicile ou le lieu de résidence du demandeur qui va déterminer quel sera le tribunal compétent du point de vue territorial. (art 29 Code de procédure civile)

Compétence alternative :

A, Le demandeur peut choisir le tribunal ayant la compétence territoriale du fait du dernier lieu de résidence commun des époux.

B, Il est possible d'engager une procédure portant sur la suppression du droit de garde des ou d'un des parents en saisissant le tribunal territorialement compétent selon le domicile ou le lieu de résidence de l'enfant mineur. (art 302 Code de procédure civile)

Si la procédure de divorce ne relevait d'aucun tribunal hongrois compétent ni selon les règles générales ni selon celles de la compétence territoriale, la procédure devrait être engagée auprès de Tribunal Central de Pest (*Pesti Központi Kerületi Bíróság*).

¹⁷³¹ Environ 100 000 euros

Compétence exclusive :

Si une procédure de divorce est déjà en cours, toute autre procédure portant sur le mariage ou les biens communs doit avoir lieu au même tribunal. (art 277 al 4 Code de procédure civile)

85. Après l'introduction de l'instance les époux sont-ils tenus de respecter une période de réflexion ? Si oui, quelle en est la durée ?

Après l'introduction de l'instance, le défendeur est tenu de réagir au cours de la première audience au plus tard. Dans le même délai, il doit présenter, pour sa défense, les faits et ses preuves. (art 126. Code de procédure civile)

Quand le divorce est demandé par l'un des époux, le tribunal tente de réconcilier les époux lors de la première audience. En cas d'échec, la demande en divorce doit être renouvelée par l'un ou l'autre des époux dans un délai de trois mois. Si la demande n'est pas renouvelée, la procédure est close (art 285 al 4 et 5 Code de procédure civile). Si elle l'est, le tribunal statue sur le fond.

86. Les époux sont-ils tenus ou incités avant l'instance ou en cours d'instance à s'orienter, à titre préalable, vers un mode alternatif de règlement des conflits ?

Médiation extrajudiciaire

Conformément à la Loi n° LV de 2002 sur la médiation (a közvetítői tevékenységről szóló 2002. évi LV. törvény), c'est le ministre de l'Administration publique et de la Justice qui est responsable de l'enregistrement des médiateurs et des personnes morales qui les emploient.

Une médiation est possible si les époux se mettent d'accord sur cela sous réserve que la loi ne l'interdise. Dans les cas de différends juridiques familiaux, une médiation est tout à fait souhaitable. Le médiateur peut prétendre à une rémunération et à un défraiement des charges dont le montant peut être librement négocié entre les parties et le médiateur. Un accord établi au cours de la médiation n'affecte pas le droit des parties d'intenter un procès pour faire valoir leurs droits. La législation permet à des médiateurs agréés en Hongrie ou dans d'autres pays de la CEE d'intervenir au cours d'une procédure qui se déroule en Hongrie.

Les parties peuvent obtenir l'exécution du contenu de l'accord résultant d'une médiation. Elles doivent alors demander au tribunal ou à un notaire (közjegyző) d'intégrer l'accord dans une ordonnance ou dans un acte authentique (közokirat), qui pourra ensuite faire l'objet d'une exécution forcée.

Médiation judiciaire

Depuis le 1^{er} octobre 2012, nombreux tribunaux permettent de recourir à une médiation. La médiation rend possible de régler plus rapidement et plus efficacement les différends au moment de l'ouverture ou pendant la durée de la procédure. La demande pour bénéficier d'une médiation doit être introduite conjointement par les parties dans l'un des tribunaux où

une médiation est à disposition. Les médiateurs sont nommés par le président de l'Office National de la Magistrature.

Actuellement, ce sont des magistrats à la retraite, ayant une très grande expérience, qui remplissent cette fonction, mais les auxiliaires de justice peuvent également exercer ce métier. La procédure de médiation judiciaire est gratuite à l'inverse de la médiation extrajudiciaire. La médiation n'est qu'un outil limité vu que le divorce doit être prononcé par un tribunal. Les questions du placement, de la modification du placement des enfants et des demandes de pensions alimentaires peuvent dans tous les cas faire l'objet d'une médiation. Si celle-ci réussit, les parties arrivent à un accord dont la réalisation dépend évidemment de leur volonté, mais elles peuvent toujours demander au tribunal d'intégrer leur accord dans la décision. Si cette intégration a lieu, l'accord devient exécutoire en ayant la même force que la décision de divorce et peut faire l'objet de l'application par un huissier de justice.

Médiation en matière de protection de l'enfance par l'autorité de tutelle

Le décret gouvernemental n **149/1997 (IX. 10.)** relatif à l'autorité de tutelle ainsi qu'aux services de tutelle et de protection de l'enfance rend possible une procédure de médiation depuis le 1^{er} janvier 2005 pour gérer les situations où les parents ou toute autre personne autorisée à entretenir des contacts avec le mineur ne peuvent pas s'accorder sur les modalités ou le calendrier des visites. La procédure est engagée par une demande conjointe des parties à un médiateur chargé de la protection de l'enfance. Le registre de ces médiateurs est tenu par l'Institut national de la politique familiale et sociale. Il peut être consulté auprès du siège officiel du bureau des tutelles ou des services de protection de l'enfance.

87. L'autorité compétente peut-elle, pendant la procédure de divorce, prendre des mesures provisoires relatives
- au logement familial,
 - aux enfants,
 - à l'obligation alimentaire entre époux,
 - aux conséquences de violences conjugales ?

Pendant la procédure de divorce, le tribunal peut prendre des mesures provisoires soit d'office, soit à la demande d'une des parties.

Une demande de mesures provisoires doit avoir lieu si des préjudices ou des dommages immédiats peuvent être évités par leur biais ou s'il est ainsi possible de maintenir certaines conditions sans lesquelles la mise à disposition des preuves deviendrait impossible ou des préjudices risqueraient de se produire. Des mesures provisoires peuvent être ordonnées en vue de protéger certains des droits de la partie menacée qui doivent être pris en compte.

Des mesures provisoires peuvent être demandées dans les cas suivants :

le placement de l'enfant,

les obligations alimentaires,

les visites entre l'enfant et ses parents,

le logement familial,

la mise à disposition ou la restitution des biens mobiliers personnels à celui des époux qui a quitté le domicile familial.

Une décision doit être prise concernant le placement et les pensions alimentaires de l'enfant mineur commun des époux même en l'absence d'une demande d'action judiciaire. Les mesures provisoires peuvent être ordonnées d'office dans les cas du placement de l'enfant, des obligations alimentaires, de la limitation ou de l'expansion de l'autorité parentale, l'exercice du droit de visite et l'usage du domicile familial par les époux.

Afin de réduire les conséquences et le nombre de cas de violences conjugales et familiales, une nouvelle loi est entrée en vigueur en instituant la mise à l'écart. Cette loi vise à gérer les violences au sein de la famille avant qu'un acte criminel, soit un acte aux effets irréversibles, ne soit commis.

Il existe deux formes de mise à l'écart :

- mise à l'écart provisoire dans un but préventif,
- mise à l'écart préventive

La mise à l'écart préventive provisoire est imposée par la police alors que la mise à l'écart préventive est imposée par le juge afin de limiter la liberté de séjour, la liberté d'élection d'un lieu de résidence, l'autorité parentale ou l'exercice du droit de visite d'une personne violente auteur de maltraitances.

88. Quelles sont les possibles voies de recours contre la décision relative au divorce, que celle-ci soit judiciaire ou administrative ?

Un recours peut être déposé contre la décision relative au divorce au tribunal ayant la compétence territoriale, et ceci dans un délai de 15 jours à compter de la réception de celle-ci. Aucun recours administratif n'est possible.

La décision du tribunal peut être attaquée dans un cadre limité. Aucun recours ne peut avoir lieu concernant la décision de divorce ou contre la décision prononçant l'approbation de l'accord de divorce, ainsi que dans le cas où le tribunal de deuxième instance a confirmé la décision de la première instance au sujet du placement ou de la modification du placement de l'enfant et des modalités de l'exercice du droit de visite. (Code de procédure civile. art. 217)

Après la prise d'effet de la décision de divorce, les ex-époux peuvent contracter un nouveau mariage. Il est impossible de remettre en question la décision de divorce par un recours afin d'éviter les cas de bigamie. Cependant, il est tout à fait possible de déposer un recours concernant les autres aspects du divorce qui font l'objet d'une action en justice, c'est-à-dire les questions du placement de l'enfant (l'autorité parentale), les pensions alimentaires et le partage des biens

89. Un tiers (ministère public, avocat de l'enfant, service social, service de protection de la jeunesse...) peut-il intervenir

- à l'instance en divorce ;
 - à l'instance relative à l'autorité parentale, si elle est distincte de l'instance en divorce ?
- Si oui, sur quels fondements ?

Les procédures relatives à l'autorité parentale (cf. placement de l'enfant, modification du placement, suppression ou restitution du droit de garde) peuvent être à l'initiative d'un des parents, du service de protection de la jeunesse ou du procureur de la République (Code de la procédure civile. art. 90, al. 1). De plus, le procureur peut saisir le tribunal pour ce qui est de la pension alimentaire de l'enfant dans l'intérêt de l'enfant ou de celle du parent concerné toujours dans l'intérêt de l'enfant. Le procureur peut intervenir dans toute procédure, sous réserve de tenir compte du droit de disposition des parties, si une personne en droit d'intenter un procès n'est pas à même de défendre ses intérêts. Cependant, il ne peut pas saisir le tribunal pour des droits que seules des personnes nommées par la loi peuvent faire valoir (p. ex. une instance de divorce).

Pour obtenir la suppression ou la restitution de l'autorité parentale, c'est le représentant légal qui peut saisir le tribunal, avec l'accord du service de protection des mineurs, si l'enfant ou le parent concerné se trouvent empêchés du fait de leur incapacité juridique totale. L'enfant ou le parent dont la capacité juridique est limitée peut saisir le tribunal lui-même avec l'aide de son représentant légal (Code de procédure civile. art. 90, al. 2).

Administrateur : voir la question 90.

90. L'enfant a-t-il la possibilité de donner son avis dans le cadre de la procédure de divorce, que celle-ci soit administrative ou judiciaire, et dans la procédure relative à l'autorité parentale si elle est distincte ? Le cas échéant quelles sont les modalités de cette audition ? Peut-il être assisté ou accompagné dans son audition et par qui ?

La loi sur la famille stipule que le juge doit entendre l'avis de l'enfant par le biais d'une audition directe ou d'un intermédiaire dans tous les cas justifiés au cours des procédures portant sur la garde, le placement ou la modification du placement de l'enfant. L'enfant peut également solliciter une audition. (cf. art. 74 de ladite loi). C'est en tenant compte de toutes les circonstances du cas précis que le juge doit décider si la participation personnelle ou l'audition de l'enfant est nécessaire.

Si l'enfant est âgé de plus de 14 ans, les décisions concernant son placement (relative à l'autorité parentale) ne peuvent être adoptées qu'avec son accord, sauf si le placement qu'il a choisi constitue un risque pour son développement équilibré.

Règles procédurales de l'audition de l'enfant par le juge

Si le juge a décidé de procéder à une audition de l'enfant, il nomme simultanément un administrateur d'office chargé de la représentation de l'enfant mineur dans les cas justifiés. Le juge peut également décider de faire cette audition en l'absence des époux et de leurs représentants juridiques. Le tribunal envoie une convocation à l'audition de l'enfant âgé de moins de 14 ans par l'intermédiaire du représentant légal de ce dernier. L'audition doit se dérouler dans un climat et dans un langage adaptés à l'âge de l'enfant. En fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant, le juge demande à l'enfant de lui indiquer ses renseignements personnels au début de l'audition. Ensuite, il lui demande d'exprimer son avis. Si

l'administrateur ou les époux souhaitent lui poser des questions, c'est le juge qui décide si elles sont nécessaires et c'est lui qui les pose.¹⁷³²

IV. RECONNAISSANCE DES DÉCISIONS DE DIVORCE PRONONCÉES A L'ÉTRANGER

91. Quelles sont les conditions de reconnaissance des décisions relatives

- 15. à la rupture du lien matrimonial ?
- 16. aux effets pécuniaires du divorce ?
- 17. à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux ?
- 18. à la responsabilité parentale ?
- 19. aux obligations alimentaires entre parents et enfants ?

Qu'en est-il s'il s'agit d'une décision émanant d'un État tiers à l'Union européenne et dont la reconnaissance est demandée dans votre pays ?

Merci de ne traiter que du droit national général, et non des conventions bilatérales conclues par votre pays.

Les dispositions du droit hongrois quant à la reconnaissance des décisions prononcées à l'étranger et à la liquidation des intérêts patrimoniaux ne sont applicables que dans les affaires qui ne tombent pas sous le coup de la réglementation européenne ou d'une convention internationale.

Le droit hongrois ne prévoit pas de dispositions spécifiques en ce qui concerne la reconnaissance des décisions relatives à la rupture du lien matrimonial, à la liquidation des intérêts et aux conséquences du divorce. Ainsi, ce sont les règles de droit générales qui sont à appliquer :

En matière de reconnaissance et d'application de décisions étrangères, la loi stipule des règles différentes en fonction des motifs sur lesquels repose la juridiction de l'autorité étrangère.

En règle générale, si les quatre conditions suivantes sont simultanément remplies, toute décision émanant d'un pays tiers doit être automatiquement reconnue :

- 1. La décision prononcée par le tribunal étranger ou l'autorité judiciaire étrangère a été bien fondée du point de vue des règles juridictionnelles hongroises,
- 2. la décision est entrée en force de la chose jugée dans le pays où elle a été prononcée.
- 3. il existe une réciprocité entre la Hongrie et l'État où opère le tribunal ou l'autorité judiciaire qui a prononcé la décision.
- 4. aucun motif de refus ne survient.

La reconnaissance et l'application de la décision doit être refusée si

- B. elle portait atteinte à l'ordre public hongrois,
- C. si la personne contre qui la décision a été prononcée n'a pas participé à la procédure parce que la convocation et l'acte introductif d'instance ne lui avaient pas été

¹⁷³² les règles relatives à l'audition de l'enfant mineur ont été modifiées par la loi n° LXII de 2012, en vigueur depuis le 29 juin 2012

distribuées à son domicile ou à l'adresse de son lieu de résidence habituel dans les règles et dans des délais lui permettant de préparer sa défense.

- D. la décision a été adoptée au terme d'une procédure qui portait grièvement atteinte aux principes fondamentaux du droit hongrois de la procédure civile
- E. avant d'engager la procédure dans le pays étranger, un procès a été intenté sur le même fondement, en vue de l'obtention des mêmes droits et sous les mêmes conditions (litispendance)
- F. la question est une chose déjà jugée.

Les décisions prononcées à l'étranger ne peuvent pas être reconnues en Hongrie si le tribunal hongrois a une autorité exclusive au sujet de l'affaire.

Les décisions adoptées dans des affaires où l'autorité judiciaire du tribunal hongrois est exclue doivent être reconnues sauf si elles mettent en péril l'ordre public hongrois, si elles portent atteinte au droit à la défense ou si elles portaient atteinte à la mise en oeuvre des principes fondamentaux du droit hongrois de la procédure civile.

La reconnaissance des décisions émanant d'un pays étranger est automatique si les conditions préalables sont remplies. Dans ce cas, les décisions doivent être appliquées en conformité avec les règles de la loi sur la mise en application des décisions judiciaires. La question de la reconnaissance est examinée par les tribunaux ou les autorités administratives au cours de la procédure desquels la question de la reconnaissance a été posée. La partie concernée peut solliciter une procédure à part, prévue à cet effet, pour obtenir la reconnaissance d'une décision émanant d'un pays étranger qui le concerne.

Le droit hongrois exclut la révision au fond, ainsi les décisions prononcées par une autorité étrangère ne peuvent pas être revues quant au fond.

92. Dans quels cas une décision étrangère pourrait ne pas être reconnue dans votre pays pour violation de l'ordre public ? Donnez quelques exemples.

D'après la conception en vigueur, l'application d'un droit étranger doit être écartée s'il se heurte à l'ordre public hongrois. Dans ce cas, il faut appliquer le droit hongrois à la place du droit étranger écarté. Le droit étranger ne peut pas être écarté pour la seule raison que le système socio-économique de l'Etat étranger diffère de celui de la Hongrie. (art 7 Décret-loi sur le droit international privé.)

En ce qui concerne la violation de l'ordre public, le système de droit hongrois estime qu'elle est de caractère exceptionnel et défensif, sert à la protection de l'ordre juridique existant et n'est pas utilisable à des fins discriminatoires.

On peut mentionner comme exemple la disposition du Code civil hongrois aux termes de laquelle la capacité de jouissance est générale, égale et sans condition, ou la disposition selon laquelle le contrat et l'acte unilatéral restreignant la capacité d'exercice de même que le droit de la personnalité sont nuls. Dans de tels cas, le décret-loi n'empêche l'application du droit étranger que dans l'affaire concrète.

93. Les décisions de divorce prononcées à l'étranger relatives à vos ressortissants sont-elles soumises à des modalités de publicité sur vos registres internes (transcription, mention en marge des actes de l'état-civil...) et si oui, quelles sont ces modalités de publicité ?

L'enregistrement des naissances, des mariages et des décès à l'étranger auprès des autorités hongroises est géré par la Direction Générale des affaires de la citoyenneté du Département de l'immigration et de l'identité nationale. Les ex-époux vivant à l'étranger peuvent aussi initier au consulat l'enregistrement en Hongrie d'une dissolution de mariage prononcée à l'étranger.

Le seul moyen de publicité est l'acte de mariage qui porte une mention en marge sur le divorce et l'annulation du mariage. Le divorce ne fait pas l'objet de mentions sur d'autres actes de l'état civil.

A défaut de mention sur l'acte de mariage, la preuve du divorce est apportée par une copie du jugement muni de la clause « définitive », délivrée par le tribunal compétent.

94. Dans l'affirmative, ces modalités de publicité sont-elles obligatoires ou facultatives et qui doit demander la réalisation de cette publicité ?

La publicité n'est pas obligatoire.

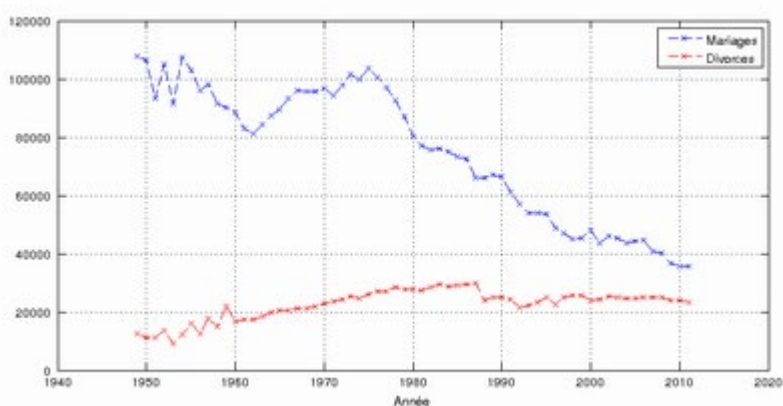
95. Quelles sont les effets de cette publicité ou de cette absence de publicité ?

Sans objet.

96. Désirez-vous ajouter quelques remarques spécifiques concernant votre droit national ?

Annexe I

<i>Année</i>	<i>Mariages</i>	<i>Divorces</i>	<i>Année</i>	<i>Mariages</i>	<i>Divorces</i>
1949	107,820	12,556	1981	77,131	27,426
1950	106,261	11,263	1982	75,550	28,587
1951	93,362	11,262	1983	75,969	29,337
1952	104,836	13,514	1984	74,951	28,711
1953	91,621	9,021	1985	73,238	29,309
1954	107,368	12,144	1986	72,434	29,557
1955	103,020	15,989	1987	66,082	29,856
1956	96,133	12,479	1988	65,907	23,868
1957	97,992	17,854	1989	66,949	24,952
1958	91,439	14,916	1990	66,405	24,888
1959	90,313	21,927	1991	61,198	24,433
1960	88,566	16,590	1992	57,005	21,607
1961	83,072	17,480	1993	54,099	22,350
1962	81,354	17,410	1994	54,114	23,417
1963	84,387	18,364	1995	53,463	24,857
1964	87,581	19,700	1996	48,930	22,590
1965	89,611	20,363	1997	46,905	24,992
1966	93,230	20,631	1998	44,915	25,763
1967	96,199	21,078	1999	45,465	25,605
1968	95,613	21,265	2000	48,110	23,987
1969	95,614	21,855	2001	43,583	24,391
1970	96,612	22,841	2002	46,008	25,506
1971	94,202	23,560	2003	45,398	25,046
1972	97,710	24,190	2004	43,791	24,638
1973	101,614	25,354	2005	44,234	24,804
1974	99,962	24,517	2006	44,528	24,869
1975	103,775	25,997	2007	40,842	25,160
1976	100,472	27,075	2008	40,105	25,155
1977	97,015	27,167	2009	36,730	23,820
1978	92,438	28,407	2010	35,520	23,873
1979	87,172	27,606	2011	35,812	23,335
1980	80,331	27,797	-	-	-



BIBLIOGRAPHIE

- **Weiss Emilia**: Hongrie.= Legislation Comparée. Techniques - Juris> Classeur, 1993. 1-33. Paris, sur feuillets mobiles
- **Wopera Zsuzsa** : Droit de famille européen – Európai családi jog - Hvg orac Lap- és könyvkiadó, 2009 Budapest
- **Kőrös András** : Communauté des biens et logement commun des époux - Házastársi közös vagyon, közös lakás - Hvg orac Lap- és könyvkiadó, 2002 Budapest
- **Bencze Lászlóné** : Placement et pension alimentaire de l'enfant - Gyermekelhelyezés, gyermektartás - Hvg orac Lap- és könyvkiadó, 2001 Budapest
- **Bencze Lászlóné, Csánitzné dr. Csíky Ilona, dr. Csíky Ottó** : Célébration et cessation du mariage, la pension alimentaire de l'ex-époux - A házasság megkötése, felbontása, a házastársi tartás - Hvg orac Lap- és könyvkiadó, 1999 Budapest
- **Bencze Lászlóné, Brávác Ottóné, Csíky Ottó** : Manuel de droit de famille - A Családjog kézikönyve I-II- Hvg orac Lap- és könyvkiadó, 2007 Budapest
- **Nagy Csongor István** : Droit international privé – Nemzetközi magánjog, Budapest, 2012. HVG-ORAC Lap,- és könyvkiadó Kft.
- **Zoltan Odon**. La nouvelle réglementation hongroise du droit international privé. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 32 N°1, Janvier-mars 1980. pp. 87-100. doi : 10.3406/ridc.1980.3638
http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1980_num_32_1_3638
- **Zajtay Imre**. Le droit du mariage dans le nouveau Code hongrois de la famille. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 6 N°3. Juillet-septembre. pp. 491-503.
doi : 10.3406/ridc.1954.8635
url : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1954_num_6_3_8635
- **Hegedűs Andrea**: Le droit de famille hongrois dans le nouveau Code Civil -A magyar családi jog az új Ptk-ban, A jogterületet érintő főbb változások In.: Vajdasági Magyar Tudományos Társaság Konferencia kiadványa. Újvidék (Szerbia).
- **Bernard Dutoit, Raphaël Arn, Beatrice Sfondylia, Camilla Taminelli** : Le Divorce en droit comparé , Volume 1: Europe, Droz – Comparativa, Pages 197-203
<http://books.google.hu/books?id=VGoA2Gg8AwIC&pg=PA197&lpg=PA197&dq=hongrie+divorce&source=bl&ots=gZHR7GxZwF&sig=VgQYmMHwqDMj8EwGAsyobOawSJc&hl=hu&sa=X&ei=JAdIT82WLYHtsgakoZSzBQ&ved=0CD8Q6AEwAw#v=onepage&q=hongrie%20divorce&f=false>
- **NAGY Veronika** – Le logement dans les procédures de divorce (France/Hongrie), Allocations familiales, Dossier d'études, 2011 numéro 138.
http://www.caf.fr/sites/default/files/cnaf/Documents/Dser/dossier_etudes/dossier_138_-_logement_dans_procedures_divorce.pdf
- **Commission Européenne pour la Démocratie par le droit** (Commission de Venise) Avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie, adopté par la Commission de Venise lors de sa 87e session plénière (Venise, 17 - 18 juin 2011) <http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD%282011%29016-f.pdf>
- **Guide pratique international de l'Etat civil- Hongrie**
<http://www.ciecl.org/GuidePratique/Pays/etatsmembres/Hongrie/Hongrie4-5-6.pdf>

RAPPORT ITALIEN

Maria Donata Panforti
Professeur à l'Université de Modane

I. GENERAL

1. The main sources are:

- the law 1 December 1970, n. 898 (so called Law on Divorce) as modified by the law 1 August 1978, n. 436 and more extensively by the law 6 March 1987, n. 74;
- the law 14 May 2005, n. 80;
- and the law 8 February 2006, n. 54.

A reference to dissolution of marriage (*scioglimento del matrimonio*) is made in art. 149 of the Civil code (issued in 1942). Separation is regulated by art. 150 ff. of the Civil Code as modified in 1975 (thorough the law 19 May n. 151) and in 2006 (8 February 2006, n. 54).

2. The Italian Civil code passed in 1942 - still in force, although extensively modified - did not envisage divorce but only personal separation, in the framework of a very traditional conservative family model. In 1948 the Italian Constitution came into force, introducing equality between spouses and between legitimate and natural offspring - principles which openly clashed with the Code rules. Divorce was introduced in 1970, arousing a huge debate in both society and politics, and was followed by a referendum won by a majority of "no" to the abrogation of the law amounting to 59,3% of the voters. In 1975 a comprehensive reform of family law was passed (law 19 May n. 151) not directly concerning divorce law - which was not however inserted in the Civil code - but altering the old rules of the Civil Code and providing for a family model where was much more coherent with the Constitution.

The Italian law on divorce was altered for the first time in 1978 (1 August 1978, n. 436); then in 1987 (shortening the time spouses had to be legally separated before applying for divorce – from five to three years: law 6 March 1987, n. 74); in 2005 (thorough the law n. 80 of 14 May, introducing new procedural rules); and in 2006 (law 8 February 2006, n. 54 introducing new rules for children custody in separation and divorce).

In the Italian statutory law the word "divorce" (*divorzio*) is never employed. Rather than that, it is used the expression "*scioglimento del matrimonio*" which includes both the dissolution of a civil marriage and the cessation of the civil effects of a marriage stipulated according to the Concordat (*cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario*). To understand this, please remember that the Italian legal system includes a Concordatarian marriage beside the civil marriage. A Concordatarian marriage at one time produces its binding effects in both the legal systems of Italy and of the Holy Seat, which however considers marriage to be indissoluble. Therefore, a "*scioglimento del matrimonio*" declared by a civil Italian court can only dissolve the civil Italian part of the marriage, leaving the two spouses still married against the Catholic Church.

3 The Italian Parliament is currently considering two law projects which should shorten from three to one year or to six months the length of the personal separation before the divorce. As we will see later (answer n.29), separation is in far most cases the necessary condition to obtain divorce.

4 Divorce is the only ground envisaged by the Italian legislation. However, the *exequatur* (*delibazione*) of a decision of an Ecclesiastical Court declaring the marriage to be null can also have the effect of dissolving the marriage. Of course this may concern only Concordatarian marriages (see before answer 2).

5 The most recent data supplied by the Italian Central Institute for Statistics (Istat) are referred to 2010 (data published on 12 July 2012). In that year separations were 88.191 and divorces 54.160, with an increase of 2,6% as for separation and a decrement of 0,5% as for divorces in comparison to the year before. On the whole, however, separations and marriages increase steadily: in 1995, every 1.000 marriages there were 158 separations and 80 divorces; in 2010 we find 307 separations and 182 divorces (approximately one third of the marriages). A sensible difference in the number of applications exists between the North and the South of the country.

The medium length of a marriage ending in a separation is 15 years (18 in the case of divorce). The medium age of those applying for separation is 45 for the husband and 41 for the wives. The medium age at the petition for divorce is 47 for the husbands and 44 for the wives. These values are growing because Italians tend to marry when they are more and more grown up: only one marriage out of four nowadays concerns spouses who are both under 30 (precisely 22,9% of the marriages in 2010).

It is worthwhile to note that one of the newest phenomenon in Italy in this field is the increase of the number of separations involving at least one spouse over sixty: from 2000 to 2010 these separations have passed for men from 5,9% to 9,9% of the total number of separations, and for women from 3,6% to 6,4%.

Most of the proceedings are consensual (in 2010, 85,5% of the separations and 72,4% of divorces had such character). Judicial contentious separations are more frequent in the South and when both spouses have low level of education. Cases involving children were 68,7% of the separations and 58,5% of the divorces.

With reference only to separation (as I have no similar data for divorce) I may add that people with a high level of education have a more distinctive propensity to separate than those who have low levels. For instance, in 2010 Istat has registered 4,4 separations out of 1.000 men who have a university or a high school degree, and 1,3 separations out of 1.000 men having only basic school degree. Similar proportion can be found among women (4,5 among women with university or a high school degree, and 0,7 among the others). It is however interesting to note the high percentage of homogamy showed by the Italian couples: 60,8% of the separated pairs have the same school degree.

Marriages between an Italian citizen and a person of different nationality, after many years where their number has been steadily growing, have begun to decrease: in 1995 they were 4,8% of the total number of marriages, in 2008 they were 15%, and in 2009 (latest available data) 13,9%. This must be connected with the passing of a rule (law 2009, n. 94) requiring the would be spouse to exhibit not only the traditional permission to marry (*nullaosta*), but also a document stating that the holder is staying regularly in Italian territory. But this rule has later on been declared unconstitutional by the Constitutional court (sentence n. 245 of 2011). We will see, as soon as more up to date data will be available, if the growing upward trend in marriages of spouses of different nationality has just been interrupted for a while or a new trend has established.

At present, data on separations in this kind of couples show a slow tendency to grow, with a drop in 2010: separations were 4.226 in 2000 (9,2% of the total number of separations), and 7.536 in 2005, with an increase of 76,7%. In 2010 separations of mixed couples were 7.173 (8,1% of the whole). Divorce, on the contrary is rising (1.940 divorces in 2000, 4.163 in 2010 (equal to 7,7% of the total)).

More data – some dating back to 1862, when Italy was politically unified - can be found at the address: <http://seriestoriche.istat.it/> (in Italian and in English).

Finally and of course according to my opinion, however, in order to understand the actual meaning and role of both marriage and divorce in the Italian society, statistic data on marriage and divorce should be linked to the massive increase of the number of cohabitations and the big decrease of the number of Concordatarian marriages.

6 Marriage is not allowed to same sex couples. The Italian national law does not even provide for a register of partnership (same sex or different).

7 Italian national law does not define marriage, not even in the 1942 civil code.

8 The law 31 May 1995, n. 218 on international private law regulates the choice of the law applicable to spouses. Under its art. 31, legal separation and divorce are governed by the national law of both spouses; if they are of different nationalities, separation and divorce are governed by the law of the State in which the couple is mainly located, with the exception that, if the foreign law (i.e., the law of the State where the couple resides) does not provide for legal separation or divorce, the Italian law shall prevail and be applied. The Italian law is anyway always applicable in the case one party is Italian, or the wedding was celebrated in Italy (art. 32).

Therefore, the Italian discipline not only meets the uniform rules set up by Art. 5 of the Rome III Regulation, but also expands its range of application by providing the spouses the chance of applying the Italian law whenever the wedding took place within the Italian territory, regardless of any other international private or EU rule.

It is fundamental to underline that the law n. 218 resolves at first hand the conflict of laws above, with the result that spouses can not designate any law but the one detected by its articles 31 and 32.

In conclusion, and to answer question n. 8, since under the Italian international private law the choice of the applicable law is not upon the spouses, no compulsory form is prescribed. Art. 7 of the Roma III Regulation is therefore the only valid and binding rule applicable in accordance with the Italian legal system.

Consent to the agreement must in any case be free from the usual vices of consent (violence, mistake, malice).

9 All these three kinds of marriage are void under Italian law, as they are considered against public order.

~~10-11-12~~

13 The financial consequences of divorce are disciplined by law 1970 n. 898 as modified by the law 1987, n. 74; by the Hague Conventions 2 October 1973 and 23 November 2007, and the Protocol 23 November 2007; and by the Regulation (CE) n. 4/2009.

14 Matrimonial assets settlements are disciplined by the same sources listed in answer 13.

15. Parental responsibility is ruled by the Italian Law 31 May 1995, n. 218 (which in the art. 31 refers to the national law of the child) and by the Hague Convention of 5 October 1961.

16 The same sources listed in answer 15 apply to answer 16.

17 Yes, he is obliged to follow the conflict of law rule.

18. The issue of coming to know the foreign law rules which the Italian judge should apply is a debated issue nowadays in the country. There is actually no central information agency, and therefore each judge must look for the foreign rule, making use for instance of the web sites of the states which have them. In other cases he or she can make private researches.

Foreign judges who need to know the Italian statutory law now in force can refer to the site www.normattiva.it, whose language however is unfortunately only Italian.

II. SUBSTANTIVE LAW

19 Divorce can be applied for directly only in some very specific cases (see later answer n. 21). When those conditions apply, there is no time limit to file a petition for divorce.

However, the far most common condition to apply for divorce is personal separation, which must have lasted for three years (starting to count from the hearing the spouses have first appeared in front of the judge in the separation proceeding). Personal separation can be asked for any time after the marriage, without any limitation.

The three years period is nowadays under discussion, and there are bills in Parliament aiming at reducing it.

20 Consent to the separation expressed by a person who has been declared interdict for medical reasons (*interdetto giudiziale*) can be annulled by the court, while persons who have been declared interdict for other reasons (*interdetto legale*) can effectively consent to their own separation.

Disabled persons (*inabilitati*) and emancipated minors can effectively apply for personal separation. Only if separation includes agreements exceeding ordinary administration, the guardian will have to be involved.

21 According to the law on divorce (art. I law 1 December 1970, n. 898), grounds for divorce are: "the impossibility of keeping or reconstructing the community between the spouses", AND the presence of one of the following conditions:

(civil grounds:) a) personal separation

b) unconsummated marriage

c) change of sex (after a judicial decision ordering to modify the Civil Status Register

d) divorce obtained by the other spouses who is a foreign citizen

(criminal grounds:) e) sentence to life imprisonment or to detention for more than 15 years

f) conviction to sexual crimes

g) attempted, committed or repeated crimes against one's own family members

h) when the spouse has been discharged for being totally insane (*vizio totale di mente*) or for prescription from the crimes listed above under letter f) and g).

For the effect of this rule, divorce in the Italian legal system follows the evaluation of more than one criteria. Therefore, it is not correct to say that irretrievable breakdown is the sole ground for divorce, because it is a necessary condition of it, and it must in any case be associated to other factual requisites, namely those listed in letters from a) to h) of the article above.

Ground for divorce are instead multiple, although the alternative is not between "Divorce by consent", "Divorce on the ground of irretrievable breakdown of marriage", and "Divorce on the ground of fault" as it seems implied by questions 29-42 of the questionnaire. I will then answer only the questions which make sense as for the Italian legal system, trying to let the whole framework to stand out.

~~22 23 24 25 26 27 28~~

29 In the years 1980-1999, according to Istat, 98,3% of the total number of divorce were based on personal separation. I have not found more recent data on this.

30 Divorce by consent is not envisaged by the Italian law. Divorce is always the result of a court decision issued when the judge has determined that the community of life between the spouses is irretrievably broken (the wording of the Italian statute is slightly different from this) (see before answer 21).

31 Separation is one of the pre-requisites of divorce (see above, answer 21). Spouses must have been separated for three years, starting to count from the hearing the spouses have first appeared in front of the judge in the separation proceeding.

32 and 33 do not apply to Italian law.

34 The law on divorce does not address the issue of the means through which the judge must satisfy himself or herself that the breakdown is irretrievable. It is prescribed however that during the first hearing the judge will listen to both parties, separately and then together. This will allow him or her to decide on that point.

Vast part of the legal doctrine, anyway, is convinced that the very fact of introducing a petition for divorce (even if this is the act of only one of the two separated partners) shows that "the community between the spouses" cannot be kept or reconstructed.

35 Consent is not taken into account as such. But of course if the petition is a joint one, then consent of both spouses is to be implied.

36 a) As said before (answer 21), separation is one of the pre-requisites of divorce, but it is not sufficient to allow divorce. Beside that it is in fact necessary that the judge checks "the impossibility of keeping or reconstructing the community between the spouses".

b) Spouses must have been separated for three years, starting to count from the hearing the spouses have first appeared in front of the judge in the separation proceeding. This period of time is not interrupted by a momentary reconciliation of the parties, even if there are sexual intercourses between them (there are many decisions in this sense).

On the contrary, when the separated spouses start living together in permanency and they "reconstruct their family society" (thus Cassazione civ. 9 January 87, n. 72), if they separate a second time, then the period of three years starts running again from their second separation.

De facto separation is irrelevant to ground a divorce cause.

37 This question does not apply to Italian law, as - see above answer 21 - divorce by consent is not foreseen and fault is not, as such, a ground for divorce. Faulty behaviour is however surely relevant in ascertaining that the community between the spouses is broken irretrievably, and in the personal separation proceeding can lead to the establishing of an "addebito" (a charge) on the part of the faulty spouse.

It might be added here that the Italian law provides for two different kinds of proceedings for divorce: a contentious one, where the plaintiff is only one of the spouses, and a joint one, which is applied for by the two spouses jointly. In consideration of this, it may well be that a contentious proceeding is converted into a joint one or viceversa: for instance in 2009, 13,4% of the separations, and 14,7% of the divorces changed their nature, more frequently from contentious to joint than the other way round.

38 As said before (answer 37) fault is not, in itself, a ground for divorce. Faulty behaviour is however surely relevant in ascertaining that the community between the spouses is broken irretrievably, and in the personal separation can lead to the establishing of an "addebito" (a charge) on the part of the faulty spouse.

The maintenance issue in the divorce (see later answer 62) is not related to fault but to the need of the ex-spouse.

39, 40, 41 do not apply to Italian legal system.

42 If the behaviour of a spouse causes a damage to the other, according to the art. 2043 of the civil code (concerning general civil responsibility) that behaviour may be considered as a tort, and can ground a cause of action for damages. In other words, fault is irrelevant in the divorce proceeding, but if it causes a damage then, according to the general law of civil responsibility, this must be compensated through a different legal proceeding having the characteristics of a classical action in tort. These provisions have been very recently introduced by the Italian case law (among many decisions, I will only quote Cass. civ. 15 September 2011, n. 18853).

43 Before marriage or during marriage, Italian spouses can not settle the consequence of their separation or divorce, as prenuptial agreements are void.

When however the spouses have actually decided to separate, it is possible for them to write down an agreement regarding the consequences of their separation. The judge will then control the agreement especially with regards to the involved children's rights. If he or she approved it, then the agreement will be endorsed in the separation sentence (art. 155 paragraph II of the Civil code).

As for divorce, the separated spouses in the joint procedure for divorce can propose a settlement which may be different from their separation agreement. Here again the judge will have full power of control over the provisions.

44 The judge is under a statutory duty to control the agreement.

45 The judge can directly alter the spouses agreements in the interest of the couple's children and whenever he or she thinks that the provisions or some of them are against the interest of the weaker ex-spouse.

46 Between spouses, separation causes a suspension of all the duties deriving from marriage, with the exception of the obligation to financial support which may originate to a duty to maintenance

or to alimony. Rules have been worked out in a very detailed way mainly through judicial decisions.

Italian laws (both statutory law and case law) on the subject of economic solidarity between ex-spouses are on the whole quite diverse in the case of personal separation and in that of divorce. On the contrary, rules about parent-child relation are the same in separation and divorce. The law 8 February 2006 n. 54, in fact, providing rules on shared custody (*affidamento condiviso*) in personal separation, expressly applies also to divorce (art. 4 of that law).

47 Marriage is broken when the decision is passed. That decision must then become *res iudicata* (*sentenza passata in giudicato*), which means that it cannot be appealed and is therefore definitive. The divorce sentence must be delivered to the Registry of the Civil Status to be registered.

48 After divorce the ex spouses become free again, and the Register of the Civil Status refers to them as holder of "stato civile: libero" (free). The man can remarry as soon as he wishes, while the woman must wait three hundred days counted from the sentence date. This time limit does not apply when the divorce has been granted on the reason that the marriage had not been consummated, or the divorce has been applied for after a personal separation (art. 3 n. 2. lett. b and f) of the Law on divorce 1970, n. 898. In these cases the woman can remarry at once. Ex-spouses can surely remarry each other. But it not clear - because the legislator is silent about this - whether a bond of affinity continues to exist between one ex spouse and the relatives of the other. This might be relevant to the existence if a duty to support. The case law on this subject is not consistent.

49 According to the civil code (art. 143 bis) the married woman "adds" the husband's surname to her own. She should thus bear two names. This rule is not followed in real life because Italian women nowadays just go on using only their own family name.

Anyway, the Law on divorce, as altered in 1987, declares that: the divorce woman loses the right to use the man's name; she can however ask the Tribunal to be allowed to use her ex-husband's name when there is an interest to that or her or of the issue which is worth of protection; this decision can be reformed for particularly serious reasons, when asked by any of the interested parties (art. 5 law 1970, n. 898).

50 A) *Citizenship*. Lacking statutory rules and case law, the answer to this question is uncertain. The prevailing legal doctrine thinks that divorce does not cause the loss of citizenship, as marriage with an Italian citizen is not the unique condition to gain Italian citizenship. According to the art. 5 of the law 5 February 1992, n. 91, in fact, the spouse of an Italian citizen acquires citizenship:

a) after having legally resided for at least six months in the Republic territory or
b) three years after the marriage, provided there has been no legal separation or dissolution of marriage between the spouses.

B) *Residence permit*. According to the art. 12 n. 1 of the Dlgs 6 February 2007, n. 30, the divorce or the annulment of the marriage of a citizen of the Eu have no effect on the residence permit of the members of his or her family who are citizen of a member state, provided they have gained the right to a permanent stay (art. 14 of the Dlgs), or are able to fulfil the detailed conditions established in art. 7 of the same text (for instance, they are self-employed or salaried workers, or they have sufficient means to maintain themselves).

Similarly, the divorce or the annulment of the marriage of a citizen of the Eu have no effect on the residence permit of the members of his or her family who are NOT citizen of a member state, provided they have gained the right to a permanent stay, or are able to fulfill one of the following conditions:

- a) marriage has lasted at least three years, one of which in the national territory;
 - b) the spouse who is not Eu citizen has custody of the couples' children;
 - c) the interested person is the victim of a crime against the person which has been perpetrated within the family;
 - d) the spouse who is not Eu citizen holds a right to visit a minor child.
- (Please note that the actual text of these rules is very detailed and I have summarized them in the interest of clarity and brevity.)

51 Parental responsibility and residence are not connected in the Italian law of divorce. The law 8 February 2006, n. 54, on the theoretical basis that the minor has to right to preserve a relation with both his or her parents even if separated or divorced (the so called "diritto alla bigenitorialità"), has introduced the new institution of "shared custody" (*affidamento condiviso*). It is not fully clear what is the difference between the *affidamento condiviso* and the former institution of *affidamento congiunto* (joint custody), especially given that judges are applying the same precedents to both.

According to the art. 155 paragraph I of the Civil code, as altered by the cited law, "even in the case of personal separation of the parents, the minor had the right to maintain a balanced, prolonged relation with both of them, to receive care, education and schooling from both, and to keep meaningful relations with the ascendants and the relatives of both family branches".

Coherently, "parental authority (*potestà genitoriale*) is exercised by both parents...The decision of bigger interests for the children are taken by joint agreement by the parents, taking into account the abilities, the aptitudes, and the ambitions of the children" (art. 155 paragraph III quoted before). In case of disagreement of the parents, the judge will take the appropriate decision.

In the year 2010, according to the statistics of the Istat, shared custody has been granted in 89,9% of the separation cases obviously involving couples with children under age, and in 73,8% of divorces.

52 Divorce does not produce any automatic effect on parental responsibility or authority. On the contrary, all the effects must be issued by the judge taking into account the peculiarities of each case.

53. No. Decisions in the matter of parental responsibility are taken by the judge. Parents can however make agreements which the judge will "take into account" as for the exercise of parental authority (art. 155 paragraph II) and the child maintenance (art. 155 paragraph IV civil code).

54

55 The judge is positively vested with power to organise the exercise of parental responsibility, but only in limited way. It is the law - not the request of any of the parents - which give him or her such power.

According to art. 155 paragraph II of the Civil code, the judge "makes provisions about children with exclusive regard to their moral and substantial interest. He or she gives priority to the possibility to put minor children into both parents' custody; otherwise the judge decides to which of them the child is entrusted; the judge determines the times and the modalities of the child's stay with each parent, establishing the way and the amount of their contribution to maintenance, care, instruction and education of the children. The judge takes into account the parents agreements if they are not contrary to the children's interest".

It must be noted that art. 155 applies both to separation and to divorce (ex art. 4 of the law 8 February 2006, n. 54).

56 Given that the law imposes shared custody to both parents as a general rule, entrustment to only one parent is nowadays not frequent in Italy. In 2010 (four years after the passing of the law), shared custody was granted in 89,8% of the cases.

Any modification to the shared custody rule must be justified with serious reasons. According to art 155 bis paragraph I, the judge may allow custody to one parent when he or she is convinced that it is against the child's interest to be entrusted also to the other parent. In the same sense, the Court of Cassation: "in order to depart from the rule of shared custody, it is necessary that one of the parents shows open deficiencies in his or her education competencies so that the granting of custody to that parent would result in a damage to the child" (Cass, civ. 17 December 2009, n. 26587). In this context, the behaviour of one parent toward the other - as well as their high level of conflict - has no relevance (there are many concurring decisions on this point).

57 Yes, not only they can, but they must (see the text of art. 115 paragraph II quoted in answer 55). The judge will settle the matter with exclusive regard to the children's moral and substantial interest.

58 The actual Italian law envisages only shared custody, allowing custody to one parent when the judge is convinced that it is against the child's interest to be entrusted also to the other parent. Therefore the parents, both having custody of the child, will decide together where the child will have residence.

It is important to note that the actual Italian law gives a special place to family home. Art. 155 quater of the Civil code, as modified by the law 8 February 2006, n. 54, states that "the enjoyment of the family home is attributed taking into primary account the children's interest". This rule applies also to unmarried couples. In this way, the law establishes a link between the child and his or her home, which bears on the decision on child's residence.

59 Parents may make arrangements which the judge will eventually follow if "they are not against the children's interest" (art. 155 paragraph II, already quoted). The judge has full power however to disregard them, or to change them.

60 Yes, there are. The more severe of them is foreseen by art. 330 of the Civil code: "the judge may declare to be decayed from parental authority the parent who violates or neglects the duties connected to it, or abuses of the related powers to his or her son's prejudice". In other cases "when the conduct of one of both the parents is not such to cause the decay foreseen in art. 330, but it is however harmful for the child, then the judge, according to the circumstances of the case, may take convenient measures. The judge may also arrange for the child's removal from home or the removal of the parent or the cohabitant who mistreat or abuses of the child" (art. 333 of the Civil code).

Recently, the law 2006 n. 54 has introduced art 709 ter of the Code of civil procedure which runs: "in case of serious breaches [of the rules on custody] or in case of acts which causes damage to the child, or hinder the correct execution of custody, the judge can modify the actual provisions [on custody] and

can: 1) warn the parent in default;

2) order the parent in default to pay compensation in favour of the minor;

3) order the parent in default to pay compensation in favour of the other parent;

4) order the parent in default to pay a disciplinary sum varying from 75 Euros to 5.000".

Apart from these statutory rules, it may be interesting to note that in the last years the Italian case law has been very active in promoting new categories of damages which can lead to a

compensation, even in the field of the parent-child relation: non-patrimonial damage, biological damage, existential damage.

61 The personal and the financial consequences of the marriage breakdown are dealt with in the same proceeding.

62 In the requested conditions exist, in the Italian legal system spouses may be entitled to:

- maintenance
- a right to live in the family home
- a rights on reversionary pensions
- a right on the severance pay (*indennità di fine rapporto*)

No compensation or damages are allowed in the divorce proceeding. Of course it is possible to claim damages in a different action based on civil responsibility.

In 2010, maintenance has been assessed only in 5,9% of the total number of divorces in favour of the spouse, in 31,6% in favour of the issue, and in 5,8% in favour of both spouse and issue.

The medium amount of the contribution - referred to the same year - is 444,9 Euros per month for the spouse and 458,7 Euros for each son or daughter. In practice, the amount is lower in the South and higher in the North. Just to give an idea, the maintenance for one child is 520,3 Euros in the North-West and 413,4 Euros in Sicily and Sardinia.

On the whole, 56,6% of the divorces (30,2 of the divorces with children) do not include any economic contribution.

63 The request of maintenance can be claimed both in the original petition for divorce and in the course of the proceeding.

64 After divorce, maintenance may be claimed only when, according to art. 9 of the Law on divorce, justified reasons have turned up. These reasons may only be connected with the fact that the claimant has lost adequate means for life or it is now impossible for him or her to earn them for objective reasons (see for instance Court of Cassation 24 September 2002, n. 13860).

65 Maintenance must be specifically petitioned for (for instance Cass. civ. 26 September 1991, n. 7203). If none of the parties does so, the judge will not grant it.

According to the case case, the judicial decision on maintenance consists of two steps. The first is the evaluation of the applicant's requisites, following the art. 5 of the Law on divorce: maintenance can be granted only when the spouse has "no adequate means or it is anyway impossible for him or her to earn them for objective reasons". Adequate means has been constructed as meaning "adequate means to keep up a standard of living which is similar to the one enjoyed during marriage" (many decisions in this sense).

The second step - according to the same article - is the estimate of the amount of maintenance: to this aim, the judge has to consider "the conditions of the spouses; the reasons of the decision; the personal and economic contribution given by each of them to the family running and to the building of a personal or a common patrimony; the income of both". These elements must be related to "the marriage length" and may lead to a refusal of the maintenance petition and therefore to discharging a spouse from providing allowance to the other (for instance see, among many other concurring decisions, Cass. civ. 11 November 2009, n. 23906).

66 Maintenance can be refused if the applicant does not possess the requisites listed in art 5 of the Law on divorce (see answer 65).

67 Not directly. Personal assets are relevant in the decision about the existence of "adequate means" or the possibility to acquire them (again art. 5 of the Law on divorce), in relation to the standard of live enjoyed during marriage (see also answer 65).

68 The liquidation of matrimonial assets is not a direct effect of divorce because in the Italian legal system the dissolution of the community property regime takes place at the moment of the personal separation of spouses. On the contrary, rules on family home following divorce and property law rules are strictly interrelated (see later answer to question 71).

69 Grounds for divorce do not impinge on the awarding of the maintenance, but only in the determination of its amount ("having taken into account the reasons of the decision" so runs art. 5 of the Law on Divorce).

70 Maintenance usually takes the shape of a periodic assignment of money from one ex-spouse to the other but the two can agree that a lump sum of money is paid one and for all by the obliged ex-spouse. In this case, no other economic request can be presented in the future. The judge must be satisfied that this is an equitable (*equa*) solution (art. 5 Law on divorce).

Payment in one solution depends on the agreement of the parties, and is not related to grounds for divorce.

71 In the Italian legal system of today the allocation of the family home is probably the most controversial, debated issue of the law of divorce. This is probably rooted in the peculiarities of the housing market and policies of the country.

Art. 6 n. 6 of the Law of divorce states that the "occupancy (*abitazione*) of the family home is due to the parent who has the custody of the children or with whom they are living after having reached majority. In any case, to the aim of the assignment, the judge will have to evaluate the economic conditions of the spouses and the reason of the decision, and will have to favour the weaker spouse".

This provision - with its bulky case law - is still in force, although the subsequent law 8 February 2006, n. 54, introducing shared custody of the children, has issued new rules based on a different hierarchy of value. Thus, art. 155 quater of the Civil code now states that "the enjoyment of the family home is attributed taking primary account of the children's interest. When regulating the economic relation between the parents the judge will take into account that attribution, also considering the title of ownership, if there is any. The right to enjoyment of the family home expires if the assignee does not live or stops living permanently in the home, or cohabits, or gets married again".

In the new provision, therefore, the family home is bound to the interests of the children who, by the way, must be sons and daughters of the divorcing partners together (Cass.civ. 2 October 2007, n. 20688). It may be added that according to the Constitutional Court the loss of the family home does not follow automatically from a new cohabitation or a re-marriage of the assignee, but must be subordinated to a judgement of its conformity to the children's interest (Constitutional Court 30 July 2008, n. 308).

The allocation of family home is not part of the maintenance allowance (according to several decisions of the Cassation, see e.g. Cass. civ. 17 December 2007, n. 26574). The expenses related to the home, including the expenses for the condominium administration, must be paid by the assignee.

The assignment must be registered following art. 2643 Civil code, and it is an overriding right toward third parties after art. 2644 of the Civil code.

The meaning of family home is not defined by any statutory instrument, but case law constructs these words as referring to the home where the spouses had their last residence together.

In conclusion, the answer to the question is that Italian law does allow the judge to allocate the family home for property or renting, but for the use and personal enjoyment of the ex-spouses and the couple children's.

As for statistics, data referred to 2010 show that the family home is allocated to the man in 14,2% of divorces and to the woman in 36,3% of the cases; most of people, however (amounting to 48,5%) go and live in two different homes. Another 1% of cases find other non specified solutions. It might be added that, according to Istat data referred to 2009 (but published in 2011) those who have changed their homes after divorce have gone back to their parents' home (32,5% of the men and 39,3% of the women) or have rented a flat or a house (36,8% of men and 30,5% of women).

72-73 Yes, spouses can determine by agreement both the amount and the modes of fulfilling their financial obligations, but the agreement must be ratified by the judge decision. This happens usually in the proceeding for divorce based on joint application (see art. 4 paragraph XVI of the Law on divorce).

The judge, "having heard the spouses, having verified the existence of the legal requisites and having controlled that the conditions [proposed by the spouses] meet the children's interest, decides through sentence" (*sentenza*): art. 4 quoted before.

74-75 Spouses are under a duty of full disclosure. Art. 5 paragraph IX of the Law on divorce states in fact that "spouses, at the hearing in front of the President of the tribunal, must present their own income tax declaration, and any document about their income and their personal and common patrimony". In some cases "the Tribunal orders investigations on the income, the patrimony and the life standard, if necessary with intervention of the Tributary police".

Case law confirms that the tax income declaration does not amount to full evidence of the real economic condition of a person, and that other parameters must be considered, like the standard of life (Trib. Novara, 23 September 2009).

76 The judge must first satisfy himself or herself that one of the spouses "has no adequate means or it is anyway impossible for him or her to earn them for objective reasons" (art. 5 paragraph VI of the Law on divorce) considering that "adequate means" has been interpreted as means to keep up a standard of living similar to the one enjoyed during marriage (see for instance, among plenty of decisions in the same sense, Cass. civ., united section, 29 November 1990, n. 11490).

When the judge is convinced that a right to maintenance is founded, then he or she must assess the amount of the maintenance. To this aim, the judge has to consider "the conditions of the spouses; the reasons of the decision; the personal and economic contribution given by each of them to the family running and to the building of a personal or a common patrimony; the income of both". These elements must be related to "the marriage length" (art. 5 cited before). According to a uniform case law, the judge will not have to take into account all these elements in every case, but only those which are relevant.

Legal doctrine notes that the criteria listed in art. 5 are not sufficiently defined. The meaning of "the conditions of the spouses" is anyway identified in the whole of their condition, not only economic, but with reference also to their health, age, social position, capacity of work, qualification (Cass. civ. 4 September 2004, n. 17901). The "reasons of the decision", which is also unclear, implies, according to Cass. civ. 9 September 2002, n. 13060, an investigation over the whole of the family life and not only over the decision to divorce. As for "the contribution of both" the spouses, it must be evaluated taking into consideration the patrimony and not only the income of both. This parameter is especially important to assess the maintenance allowance (for instance Cass. civ. 16 July 2004, n. 13169).

In any case, the right to maintenance expires when the assignee remarries (art. 5 par. X Law on divorce).

77 Yes. The amount of maintenance as fixed in the divorce sentence is automatically revised year by year according to the index of devaluation (art. 5 par. 7 Law on divorce).

Apart from this, in other cases the judge may be asked to alter the amount of the allowance because the economic conditions of one or both the ex-spouses has changed. According to the art. 9 par. I of the Law on divorce, in fact, the amount may be altered "when justified reasons overcome after the sentence". Here, again, this provision must be coordinated with the criterion of the standard of life during the marriage (Cass. civ. 3 August 2007, n. 17041) and to the need to keep a balance between the conditions of the spouses (Cass. civ. 21 January 2008, n. 1761). This applies both to the improvements as well as to the worsening in the conditions, even when the latter is due to a choice of the obliged person who, for instance, has decided to change his or her job to a less paid occupation (e.g. Cass. civ. 11 March 2006, n. 5378).

It may be interesting to note that many decisions have given relevance - in the silence of the law - to the position of an assignee who benefits of contributions from a cohabitant. In these cases, courts have reduced or even excluded maintenance from the ex-spouse (Cass. civ. 20 January 2006, n. 1179, among many others).

78 The obligation to maintain the child is not expressly related to any of these criteria but rests on parents because of their relation with the issue. According to art. 155 paragraph IV of the Civil code (as amended by the Law 2006, n. 54) each parent must maintain the issue in a way "which is proportional to his or her income; the judge may impose to one of the parents to pay a regular allowance (*assegno di mantenimento*) in order to ensure that the proportionality principle is respected". The allowance amount must consider:

- 1) the actual need of the child;
- 2) the standard of living of the child when the parents lived together;
- 3) how long the child lives with each parent;
- 4) the economic resources of both parents;
- 5) the economic value of the tasks fulfilled by each parent at home and in the child's support.

If the information about his or her own economic condition given by one parent to the judge do not appear sufficiently documented, the judge can order the Tributary Police to verify the real situation (art 155 paragraph VI Civil code). In the case of breach of the duty to pay, it is possible for the Tribunal to order the employer of the parent in breach to pay a portion of his or her income directly to the other parent (art. 148 paragraph II of Civil code).

The duty to maintain a son or a daughter does not expire when he or she comes of age, but only when he or she are able to maintain themselves with their own income, or when they are at fault for not having put themselves in the condition of earning their own living (several decisions of the Cassation Court in this sense).

The amount of the *assegno di mantenimento* can be altered at any time.

79 The means provided by the law is the periodical allowance of money, but it might possible, according to art. 155 paragraph IV, to propose different agreements which, anyway, the judge must approve of .

80-81 Agreements between the parents must always be controlled by the judge, who has the power to alter them directly (art 155 par. IV Civil code).

III. PROCEDURE

82 No. The court is the only place where the consequences of divorce can be settled with legal effects.

83

84 The court legally competent is the ordinary Tribunal, composed by three judges. Criteria to indicate the Tribunal competent by territory are: domicile or resident of the defendant; when the defendant is untraceable, domicile or resident of the petitioner; if petitioner resides abroad, any Tribunal of the Republic. Joint applications for dissolution of marriage can be presented to the Tribunal where one or the other spouse has residence or domicile. No special court is provided for transnational proceeding.

85 No.

86 Alternative dispute resolution is not allowed. As for mediation - according to the art 5 par. III, D.lgs. 2010/28 - the judge can invite the parties to a non judicial attempt to mediate. In practice, this does not happen frequently.

87 Yes. After the first hearing "having heard the spouses, their lawyers, and - when it appears strictly necessary also in consideration of their age - the minor children of the couple, the judge, even without being requested by the parties, through ordinance, takes the temporary and urgent measures he or she thinks fit in the couple's and the children's interest" (art. 4 par. VIII of the Law on divorce).

These measures may concern the family home, provisions on children or spouse maintenance, children custody, and their meetings with the other parent.

The judge may also take measures in case of marital abuse or abuse against children. According to the articles 342 bis and 342 ter of the Civil code (added by the Law 4 April 2001, n. 154), the judge can make protection orders varying from the imposition to stop the faulty behaviour, to the removal from the family home of the same person, and to the prohibition to approach the place where the rest of the family lives.

88 Yes. The sentence declaring the dissolution of marriage in the contentious procedure can be appealed in front of the Court of Appeal and then before the Court of Cassation. Those who are legitimated to contest the judgement are the spouses and the Public Ministry, the latter only with reference to the part of the decision concerning the patrimonial rights of the minors or of the persons who are legally incapable.

The sentence issued in the joint procedure can be appealed too, but only when the judge has altered the conditions presented together by the two spouses and concerning them.

The Public Ministry can also appellate but again only with reference to the part of the decision regarding the patrimonial rights of the minors or the persons legally incapable.

89 The only third party legitimated to intervene is the Public Ministry, who must be informed of the proceeding by the President of the Tribunal from its very beginning, i.e. the deposit of the petition (*ricorso*). If this does not happen, then the proceeding for dissolution of marriage will be null.

The Public Ministry must be notified that an appeal has been presented, but this does not apply when there are no children or they are over the majority age (Cass. civ. 13 June 1985, n. 3552).

90 According to art. 155 sexties of the Civil code (introduced by the law 2006, n. 54), in the proceeding for divorce the judge "disposes...the audition of the minor child who is almost twelve or less provided the child is capable of discernment".

This rule is debated. Some scholars write that it is not clear whether the judge is under a positive duty to hear the child or this is just a possibility. This opinion should no longer be justified as decision n. 22238 of the 21 October 2009 of the Court of Cassation has stated that not to have listened to the minors' opinion amounts to "a violation of the rules on the contradictory and the rules on fair process".

It appears however that minors are not always heard, especially in joint application, where parents agree on their custody and its conditions. The methods of the hearing - as there is no statutory provision on this point, nor any Directive, say from the Ministry of Justice - differ from court to court.

IV. RECOGNITION OF FOREIGN DIVORCE DECISIONS

91 According to the art. 64 of the law 31 May 1995, n. 218, foreign decisions - also those from states which are not members of the Eu - can be recognized when:

a - the judge who pronounced the decision was competent according to the Italian rules on judicial competence;

b - the petition was brought to the defendant's knowledge according to the law of the place when the case was discussed and the essential rights of the defence have not been violated;

c - parties have appeared in court following the law of the place where the action was discussed or the proceeding was declared to be *in absentia* according to the same law;

d - the decision become final according to the law of the place where it was pronounced;

e - the decision is not contrary to any other decision of an Italian judge, which has become final;

f - in front of any Italian judge a proceeding is not pending concerning the same issue and between the same parties, having started before the proceeding in front of the foreign court;

g - the content of the decision does not produce effects which are conflicting with the Italian public order.

If all these conditions are satisfied, the foreign sentence is immediately effective in Italy (see also answer n. 93).

92 Public order is a very important debated limit to the recognition of foreign decisions. It is expressly stated by art. 16 n. 1 of the law 31 May 1995, n. 218: "The foreign law is not applied if its effects are contrary to the Italian public order".

The notion of public order has been interpreted by the Italian courts in different ways with the passing of time. Just after the introduction of divorce (1970), courts only recognized foreign decisions which assessed divorce for reasons which were similar to those admitted by the Italian law. After the passing of the law 10 June 1985, n. 301 enforcing the Hague Convention 1 July 1970, public order has been restricted to mean only "the principles which are fundamental and inderogable in the inner Italian legal system". In particular, most courts have chosen to recognize all the decisions which prove that the couple bond has irreversibly broken, even in case when the divorce has been granted on the reason of mutual consent, which is not admitted in the Italian legal system.

Public order acts as a barrier against the recognition of decision which would introduce rules or institutions which are against fundamental principles of the Italian legal system. For instance, in the case of unilateral repudiation foreseen by many Islamic countries, courts have excluded its applicability in Italy, the main reason being that it infringes the rule of equality between the

spouses (see for instance the decisions of the Appellate Court of Milan 17 December 1991, and the Tribunal of Milan 24 March 1994). The judge, therefore, in these case can do nothing else than applying the Italian legislation, namely the law 1970, n. 898.

More recently, this line has been reaffirmed at the highest court level in a case not concerning divorce but personal status. In the case in point, the Italian judge should have applied, for reasons of greatest connection, the Egyptian law which only allows to recognize one's own legitimate sons, with the exclusion of natural offspring. This rule is openly against the Italian principle which allows anyone who has been conceived to be recognized, irrespective of the existence of a marriage between his or her parents. According to the decision 28 October 2006, n. 27592 of the Court of Cassation, therefore, the judge must apply the Italian rule on the subject.

93 To be effective towards third parties, foreign decisions on dissolution of marriage must be registered on the citizen's Act of marriage by the Official of the Civil Status. No other publicity is required.

In case the Official refuses, it is then possible to start a proceeding to recognize the foreign decision (*procedimento di delibazione*).

94 - 95 Registration is mandatory. In not registered, the divorce will not have effect in the Italian legal system. The Official of the Civil Status (*Ufficiale di Stato Civile*) is in charge of the proceeding.

96 I do not think there are meaningful points in the Italian law on divorce which have not emerged in the answers before. I may however add that from a social point of view the whole of the machinery is time consuming and cause of quarrels between the partners. The need to have recourse to a double step procedure including two different and expensive legal proceedings in court, the requirement to wait three years, the fact that mediation is rare do not help couples to part in the most peaceful way. Maintenance toward the ex-spouse, moreover, consists in most cases of a periodical payment and not in a lump sum, resulting in a continuous source of contacts and discussions.

Another point deserving more attention is related to the condition of women after divorce, who risk poverty in a higher percentage of case (24%) than males (15,3%). According to Istat data referred to 2009 (published in December 2011), most women after divorce live in a family unit with one of more children (35,8% against 7,3% of men), while ex-husbands usually live alone (43% against 25,4 of women) or start a new partnership (32% against 23,3 of women). From the social and economic point of view, women are underprivileged: their economic position after divorce worsens in 50,9% of cases (against 40,1% of men). The percentage is higher for those having children (52,9%).

As for children in divorced couples, the majority of mothers state that their children have not slept at their father's home in the two years following the separation (52,8%); and the 20,1% of them declare that beside that children have not seen their father at all. The relation of the child to the parents and the relatives of the divorced spouse becomes more occasional too, but they are closer to the mother's connections: in 18,6% of cases children's closeness to father's relatives have decreased, while the same applies only in 8,7% of cases in relation to the mother's. It appears also that in 20,7% of the case children's performance at school drops.

In conclusion, these date show, I think, that, apart from legal technicalities which should make divorce easier and more coordinated to the procedure of other countries of the EU, many provisions should be taken by the Italian legislator to let people divorce in less controversial way, easing the task of the ex-partners - also in their capacity as parents - and especially of the women to go on with their lives.

RAPPORT NÉERLANDAIS

Paul Vlaardingerbroek
Professeur à l'Université de Tilburg

I. GENERAL

A. *National law*

1. What are the current sources of law for divorce (case law, statutes, ...)?

In case of national divorce the legislation with regard to divorce is laid down in Book I of our Civil Code and in the Code of Civil Procedural Law. Besides these two statutes, we do have specific Court Regulations in the procedural regulations, made by the presidents of the family courts and the family sections of the Courts of Appeal (www.rechtspraak.nl/landelijke-regelingen). Dutch law is originally based at a combination of old traditional, roman and (from 1804) French law. The Dutch Civil Code dates from 1838. Since World War II all aspects of family law, including Book I of the Civil Code, have undergone drastic changes. New foreign law systems have greatly influenced Dutch family law, especially human rights conventions. In particular, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) has, in addition to other important Conventions and treaties, been of great importance in the development of modern family law. The direct and extensive applicability of Article 8 (the right to respect for private and family life) of the ECHR has been of paramount importance. Since several year our law, especially case law, has also been influenced by the United nations Convention on the Rights of the Child and by European treaties as well as the Hague Conventions. Dutch law is mainly statutory law, but particularly since 1979 and the decision of the European Court of Human Rights in *Marckx v. Belgium*, judge-made law has become more and more important. The impact of decisions from the European Court of Human Rights and the International Court of Justice is great, although our Supreme Court (Hoge Raad) in the past years has also reached many very modern and interesting decisions in the field of juvenile law and the law of affiliation, parental authority, child protection measures and custody cases. Judges set aside our law if they thought it was not in accordance with the ECHR or other international instruments.¹⁷³³

2. Give a brief history of the main developments of your national divorce law.

A Brief Dutch history on Marriage and Registration of partnership

After the French occupation (by the emperor Napoleon; from 1804 till 1813) the Dutch legislator wished to make a new civil code. In 1838 the new legislation in The Netherlands entered into

¹⁷³³ See also: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_net_en.htm

force. Book I of the Civil Code contains family law. This new Dutch family law has been greatly influenced by the French Civil Code, so the separation of religion and state is one of the main principles. According to Dutch family law only civil law marriages are valid (Art. 1:30); religious marriages may only be solemnized after the wedding before a public registrar has taken place. But family law also contains Roman influences and ancient law. Although this code has been changed several times since 1838, the main changes with regard to marriage are the introduction of the no fault divorce in 1971 and – from 1st April 2001 – the introduction of the possibility for couples from the same sex to marry. So, since that date two (heterosexual, lesbian or homosexual) persons are allowed to marry if they meet the other demands in our family law (see below). It is not allowed to be married with more than one person, although there are several persons in the Netherlands who are married with more than one spouse (polygamy), but officially this is not allowed.

Now, the Netherlands have a total population of 16.730348 inhabitants in 2012. The total number of marriages and registered partnerships in 2011 was 81.571, mostly between men and women (79.681). In 2011 811 marriages/registered partnerships of two males and 1000 marriages/registered partnerships of two females were solemnized.¹⁷³⁴

In practically all respects marriages for same sex couples are the same as marriage of a man and a woman, but the marriage between a same sex couple will have no effects upon the consequences of affiliation in case a child is born during a marriage of a lesbian couple. However, there is a new bill which – after enactment - will make it possible for the non-biological mother to become legal parent of the child of her female spouse after the birth of her baby or by acknowledgement.¹⁷³⁵ Another difference between heterosexual and homosexual marriages is that the international effects of the marriage between a same sex couple differ from the effects of a marriage between a man and a woman.

Since 1st January 1998 the rules for marriage are also applicable for the rules with regard to the registered partnership. The registration of partnership is also possible for two (heterosexual, lesbian or homosexual) persons. The age of consent as regards marriage is 18 for both men and women (Art. 1:31 para 1). An exception is made for those who wish to marry and who have reached the age of 16 and:

- if the woman can show a medical statement of her pregnancy; or
- if she has already given birth to a child (Art. 1:31 para 2).

Dispensation by the minister of Justice is possible in all other circumstances (e.g. in the case of a younger person), though in practice it is seldom granted (Art. 1:31 para 3). It is not possible to marry if the person involved is mentally disabled and if he is incapable of determining his or her free will or of understanding the meaning of the statement (Art. 1:32).

A minor (i.e. a person under the age of 18) cannot marry without the parents' consent (Art. 1:35). But if the parents(s) refuse(s) consent, the minor can request the (Family)Court for substitute consent (Art. 1:36).

A person under tutelage for reason of mental handicap is only allowed to marry with the consent of the Kantonrechter (Art. 1: 38). If this person is put under tutelage for reasons of dissipation or alcoholism, he has to get the consent of his guardian in order to marry. If he refuses, the Kantonrechter may be requested to give substitute consent (Art. 1:37 paras 1 and 2).

¹⁷³⁴ (Statistics Netherlands: [http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLen&PA=37943eng&DI=399-440&D2=\(1-16\)-I&LA=EN&VW=T](http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLen&PA=37943eng&DI=399-440&D2=(1-16)-I&LA=EN&VW=T)

¹⁷³⁵ The Second Chamber of the Dutch parliament accepted this bill at 30th October 2012. The bill is now open for discussion in the First Chamber (Senate). It is almost certain that it will be accepted in the year 2013.

If two persons who are related to each other within the prohibited degrees of consanguinity in the ascending (or descending) line they may not marry. The same absolute prohibition holds well for brothers and sisters. Dispensation by the minister of Justice can be granted for a brother and sister related to each other by adoption (Art. 1:41 paras 1 and 2), but this never occurs.

In the Netherlands marriages (and also registered partnerships) are solemnized in public in the official municipal town hall in the presence of the Registrar and at least two or at most four adult witnesses (Art.1 :63). If one of the parties cannot go to the town hall (e.g. because of illness or imprisonment) the marriage may be solemnized in a 'special building' (hospital or prison). In that case six witnesses have to be present at the wedding, although this is a rather old fashioned rule. It is more and more common that the partners choose to marry not in the town hall of their city, but in a special home, such as a castle, another old building or restaurant. This is possible with the agreement of the local authorities. The Minister of Justice can give permission for a marriage by proxy under special circumstances (Arts. 1:65 and 66). This request for permission hardly ever happens anymore.

The same rules with regard to the solemnization of marriage are applicable in the case of a registration of partnership.

In The Netherlands religious confirmations of marriages can only take place after the solemnization of the civil marriage in the town hall (Art. 1:68). If the priest, reverend, imam or pundit will solemnize a marriage without a previous civil marriage, he can be prosecuted. Of course, it is allowed to marry in the church or mosque after the official solemnization of the marriage has taken place by the Registrar.

New legislation on the rules to marry

It must be noted that the government has sent a new bill (Kamerstukken II, 2012/13, 33 488, nrs. 1-3) to Parliament with regard to the rules to marriage and the registration of partnership. In case this bill will be accepted by both Chambers of Dutch Parliament it will be no longer allowed to marry under the age of 18, unless the pregnant woman of ≥ 16 years old¹⁷³⁶ has received a declaration from the judge in which she has been declared major. Marriages and registration of partnerships between relatives in the third and fourth degree (so between uncles, aunts, cousins and nieces) will then only be allowed if they by oath will declare that they wish to marry voluntarily and without pressure of others, such as family members.

The solemnization of the marriage

Once the marriage has been solemnized, it can be dissolved in 4 different ways.

According to Art. 1:149 Dutch Civil Code a marriage is terminated by:

- the death of one of the spouses or both spouses;
- by a divorce;
- by a legal separation eventually followed by the dissolution of the marriage;
- by the new marriage or registration of partnership of the surviving partner in case the court has decided that the missing husband/partner is presumed to be dead.

Most marriages are dissolved by the death of one of the spouses, but the divorce rate in the Netherlands has gradually increased in the latter part of last century. These days almost one in every three marriages ends in divorce (approx. 33.755 in 2011; about 35.000 children are annually involved).

Almost the same rules are applicable in the case of a registration of partnership. The differences between them are that in case of the registration of partnership the legal separation is not allowed

¹⁷³⁶ Or in case the 16 year old girl does already have a child.

and that the registered partnership can be ended on mutual request by the Public Registrar of the local community of both partners. A solicitor or notary must also sign this request, and the partners must have made an agreement with regard to the consequences of the ending of their registration of partnership.

At 1st march 2009 an end has been put to the so called 'flash divorces'. Converting a marriage into a registered partnership through the Registrar of Births, Deaths and Marriages (followed by an ending on mutual request) is since then no longer an option.¹⁷³⁷ Registered partners can end their relationship without going to court, unless they have the joint parental power of the children.

Divorce of the married couple

A divorce may be sought by both partners (on mutual request) or by one of them by petition (Art. 1:150 Dutch civil code). There is only one ground for divorce: the permanent disruption of marriage (Art. 1:151). This ground for divorce does not have to be proved. The courts accept the allegation without evidence. If one of the spouses objects to this, because he or she thinks that the marriage can still be continued, the judge will investigate whether the marriage is "really" permanently disrupted. This will almost never lead to the rejection by the judge of the demand for divorce. The last decade not the divorce itself, but the legal consequences have drawn more attention, such as questions of alimony, joint parental authority, access rights and pension rights.

The marriage in the Netherlands is not terminated by the divorce decision of the court, but by the official registration in the civil Registers. Either parties or one of them can request this registration. After a period of six months without registration the divorce is no longer held valid, which means that the spouses will still be married and – at the wish of one or both of them – new divorce proceedings must take place (Art. 1:163).

Alimony rights after divorce

Where one of the ex-spouses does not have sufficient income to provide him- or herself with the necessities of life, nor is in a position to obtain such income, the court can give an alimony order. It has to take into account the needs of the person claiming maintenance and the financial strength of the other party (Art. 1:157).

The present alimony-limit is 12 years¹⁷³⁸ after registration of the divorce decision, but in hard cases the court can lengthen this period at the request of the person in need (Art. 1:157 paras 3-5). If the marriage lasted less than 5 years and there are no children born from this marriage, the maintenance-obligation lasts exactly as long as the marriage existed (art. 1:157 paras 1 and 6). The maintenance payments are indexed yearly (Art. 1:402a).

The entitlement to maintenance ceases when the person who has this right remarries, registers as partners or starts living together with another person as in marriage or registered partnership (Art. 1:160). Of course it also ends if the persons involved remarry, or if one of them dies.

The legal Separation and Dissolution of Marriage

For those who believe marriage to be an unassailable institute (e.g. on religious grounds) a legal separation has for a long time been the only solution if the situation at home had become unbearable for the spouses. The legal separation makes an end to the rights and duties of the spouses (art. 1:92a) and makes an end to the total community of goods system, but the marriage still exists. Both parties together or one of them may request legal separation on the same ground

¹⁷³⁷ This administrative procedure of 'flash divorces' was ended because it causes considerable practical problems, as such a 'divorce' was not recognised in other countries and it could also lead to alimony problems.

¹⁷³⁸ Until 1995 the ex-partner had to pay maintenance to the other party all his/her life.

as divorce i.e. permanent disruption of the marriage (Art. 1:169). Due to secularisation, the legal separation is hardly used in practice.

At the request of one or both spouses, the judge will decide which one of them will exercise parental authority over the minor children of the couple. The other parent does, in principle, not lose his authority and he/she has an access arrangement. The maintenance rules in case of a divorce also apply in case of a legal separation (Art. 1:169 paras 2 and 3). The legal separation will have its legal effects from the moment the legal separation has been inscribed in the registers of matrimonial acts, held at the district court. After a period of six months without registration, the legal separation is no longer held valid (Art. 1:173 para 3).

If the spouses reconcile, the legal separation ceases to exist and the (sleeping) marriage and its legal consequences revive from the moment they have registered this reconciliation in the register held at the district court (Art. 1:176). Although after such a registration the marriage revives, the validity of legal acts performed during the separation and reconciliation are judged according to the moment they took place (Art. 1:176 para 2).

The dissolution of the Marriage After a Legal Separation

The marriage of legally separated spouses can be dissolved at any time on communal request (Art. 1:181). The same may happen at the request of one of the spouses if the separation has lasted for a period of three years without conciliation (Art. 1:179 para 1). This term may be shortened to one year if one spouse cannot be expected to continue the marriage (e.g. in case of misbehaviour; Art. 1:179 para 2). About future pension rights arrangements must be made prior to the dissolution (Art. 1:180).

Whatever the intentions of the spouses were when they requested a legal separation, the situation is no longer a cul-de-sac, but simply a detour of three years maximum to reach the definite termination of an unsuccessful marriage.

New trends in other relationships than marriage

The number of singles is still growing, which can have several causes, such as the choice of people to live as a single, a growing number of divorced persons, widows and widowers, etcetera. As said before, in the Netherlands there are already more than 1 million single parent families and there is a widespread tolerance in our society for unmarried couples. As for people of the same sex who prefer to live together, more homosexual and lesbian couples are living together — unmarried, married or as registered partners — on a durable basis, also caring for children. Since 2001, same-sex marriages are officially recognized. In recent years, more lesbian than homosexual couples have got married: nearly 800 versus 600 in 2010. The number of homosexual and lesbian couples living together totalled 57,000 thousand in 2010 (in 2002: about 30,000). One in three couples had their relationships officially registered. Nearly 11,000 thousand homosexual couples were married and more than 6,000 thousand had registered partnerships.

New legislation since 1st March 2009

In 2005 two new Bills have been sent to Parliament. One by mr. Luchtenveld, who was member of the liberal party in parliament. The other Bill was from our Minister of Justice. Parents who would like to divorce would be obliged to draw up a so-called 'parenting plan', specifying arrangements concerning care, development and education of their children. In this way, the number of problems arising in relation to divorce and parental access, can be reduced. The Bill, submitted by mr. Luchtenveld, would also make it possible to divorce without going to court in case the two spouses do not have the parental authority of minor children. With both Bills it was assumed that both parents would remain jointly responsible for their children after the divorce. If they should share parental responsibility it is important that well-functioning, verifiable agreements would be

made to prevent any future problems from arising. A mediator may be of assistance in drawing up a parenting plan. Such a plan will also provide a framework for the parental obligation to promote closer ties between the minor and the other parent. It is in the child's interest that contact is maintained with both parents. In that Bill it was also proposed that the parent who has no parental authority should also have a right of access to his or her child, according to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC). After all, both conventions call on governments to promote contact between children and their parents. The parenting plan is part of the divorce application process.

When parents are unable to reach an agreement during their divorce, the court can refer them to a mediator. This will only take place when the court believes that there is a possibility that both parties can reach an agreement. This new development is consistent with the Minister's policy of applying mediation as a way of resolving conflicts for cases where it has a real chance of success.

Not all parents are able to make arrangements on their divorce or to solve conflicts arising after their divorce. In such cases, third party assistance may be required. This can be a known type of mediation. Results from pilot projects on divorce and parental access mediation have shown that mediation has a positive influence on both the handling of the divorce and on solving conflicts concerning the access to children.

Costs involved for spouses in the event of a court referral will be the same as when a mediator is engaged privately. Persons of limited means will have to pay a contribution that will be determined according to the Dutch Legal Aid Act (Wrb). Regardless of income, spouses are entitled to receive two and a half hours if a court referral had been involved. If they need more hours of mediation, that must pay it themselves. Probably this is the reason why mediation is not used in all cases where it might be useful.

With regard to the near future it is expected that we will have the administrative divorce, because the new government announced in their government program that they will come to the possibility to end the marriage by administrative law, so that the judge will no longer have to decide upon the dissolution of marriage by divorce in case both spouses agree on their divorce and they do not have minor children. The question however is how they will allow the ending of marriage in case they still have children older than 18 years, but younger than 21 years, because in that case both parents must support the child till its 21st anniversary. Of course, they can agree (in their divorce agreement) to continue the support their child because of its study.

3. Are prospective reforms currently under consideration?

Yes, the new government (Rutte II) pronounced in their coalition agreement ("Bruggen slaan", Kamerstukken 2011/12, 33 410, nr. 15, p. 27) that it will enable the administrative divorce for married couples if there are no children involved and the partners have reached an agreement.

At present, it is not possible to divorce without a decision by the judge. Besides this, new initiatives have been taken by members of Parliament and by the Section of the Council for the Judiciary to change the system to decide upon the alimony for former partners and for the children. (the berekening of the alimony for children and former spouses/partners).

4. Is divorce the only ground for marriage dissolution or is there any other possibility to enforce marriage breakdown?

According to article 1:149 Dutch Civil Code a marriage is terminated by:

1. the death of one of the spouses or both spouses;
2. a divorce;
3. a legal separation eventually followed by the dissolution of the marriage;

4. the new marriage or registration of partnership of the surviving partner if the court has decided that the missing husband/partner is presumed to be dead.

Actually, most marriages are dissolved by the death of one of the spouses, but the divorce rate in the Netherlands has gradually increased in the latter part of last century. These days one in every three marriages ends in divorce (approx. 31,000 in 2012).

A divorce may be sought by both partners (on mutual request) or by one of them by petition (article 1:150 CC). In the Netherlands there is only one ground for divorce: the permanent disruption of marriage (irretrievable breakdown of marriage; article 1:151 CC). This ground for divorce does not have to be proved. The courts will accept the allegation without evidence. In the last decade not the divorce itself, but the legal consequences have drawn much more attention, such as questions on alimony, joint parental authority, access rights and pension rights.

The marriage is not terminated by the divorce decision of the court but by the official registration in the civil registers. Either parties or one of them can request this registration. The divorced partners must do this in time, because after a period of six months after the court's decision on divorce without registration the divorce is no longer held valid (article 1:163 BW).

5. If any, provide statistical data regarding divorce and legal separation?

Marriage and registered partnership may be dissolved by death or by divorce. In 2011, a total of 87,756 marriages were dissolved, 55,246 by death and 32,510 by divorce. Dissolution is a straightforward matter since The Netherlands embraces no-fault divorce. The permanent disruption of marriage is the only ground for divorce (Art. 1:151 Civil Code), which does not have to be proved. It is not important how long the marriage has lasted or who is the initiator for the divorce. The courts simply accept the allegations without evidence. Over the last decade, while divorce itself has been relatively uncontested, attention has focussed on the legal thereof, including alimony, joint parental authority, access rights and pension rights. Marriage is terminated by the official registration of the divorce decision in the civil registers within six months after the court decision came into force. Either parties or one of them may request this registration, but registration is essential, since after a period of six months without registration the divorce is no longer valid (Art. 1:163 Civil Code). There is a whole range of agencies and voluntary workers to help the couple and family during and after the divorce, e.g. with legal, financial, social and/or pedagogic help.

At present (November 2012), it is not possible in The Netherlands to get divorced without a judge's decision. However, registered partners who wish to separate can ask the registrar of the local community to dissolve their partnership. This is not possible if they have minor children together. Recently, MP's indicated that they would favour dissolution of marriage by mutual consent if the spouses do not have minor children. It is likely that this reform will be effected in the future since it is consistent with the social-liberal view of the present government and because it will save on judicial costs. In its government plan the new government Rutte II has declared that it will come to the administrative divorce for couples with no minor children.

6. Does your national law admit marriage (or registered partnership) for same-sex couples? If yes, are the grounds for divorce and divorce proceedings identical to the ones for heterosexual couples?

Yes, it does. Dutch Family law has originally (1838) been greatly influenced by the French Code Civil, so the separation of religion and state is one of the main principles. Only civil law marriages

are valid (Article 1:30 BW). Before 2001 some (protestant) churches already allowed a kind of solemnization of the partnership of homosexual and lesbian couples. However, this was not a real marriage, because according to Dutch law only a civil marriage is valid.

Since 1 April 2001 the Dutch legislation with regard to marriage has changed, so that since that date two (heterosexual, lesbian or homosexual) persons can marry. In practically all respects marriages for same sex couples are the same as the marriage of a man and a woman, but the marriage between a same sex couple will have no effects upon the consequences of affiliation if a child is born during a marriage of a lesbian couple. The lesbian partner of the mother will – from the moment of the child's birth - have joint custody if she was married or registered partner from the mother of that child. Another difference between heterosexual and homosexual marriages is that the international effects of the marriage between a same sex couple differ from the effects of a marriage between a man and a woman.

A man or woman can only be married to one other person at a time. The rules for marriage are also applicable for the rules with regard to registered partnership

B. Conflict of Laws

7. How is marriage defined in your national law?

Although our Civil Code gives many regulations on the solemnization of the marriage, the law does not give a definition of marriage. However, marriage can be defined as the solemnization of the marriage and as the legal status of two partners. Actually, marriage can be defined as the official regulation of the partnership of two persons (a man and a woman, two women or two men). Bigamy and polygamous marriages are not allowed in The Netherlands, although people who came from abroad may have two or more official partners, they are not entitled to take more than one official partner into The Netherlands.

B1. Grounds for divorce

8. With regard to Art. 5 (choice of the applicable law by spouses) and 7 (formal validity of the agreement on the choice of applicable law) of Rome III Regulation, what are the formal requirements set by your national law for the choice of the applicable law for divorce or legal separation?

a) The Rome III Regulation is not applicable in The Netherlands.

9. With regard to Art. 13 of Rome III Regulation, are the following marriages considered as valid ones under your national law? 1° marriage between same sex persons, validly celebrated abroad; 2° private marriage; 3° polygamous marriage ...

The Netherlands have not accepted the Rome III Regulation. Since 1st April 2001 the Netherlands it is allowed for homosexuals and lesbian couples to marry each other. Bigamous and polygamous marriages are not allowed, although the Dutch administration has to accept that foreigners who live in the Netherlands may be married with more than two spouses. However, according to the Dutch regulation it is not allowed to bring more than one spouse to the Netherlands, so the person who is married with more than one spouse, must make a choice, which one of them he will bring to the Netherlands.

b) Rome III is not applicable in The Netherlands.

10. What is the applicable law for divorce (lex fori, common national law, common residence or last common residence law...) ? Do the national conflict of law rules refer sometime to foreign law ?

According to Article 3 of Brussels II-bis a foreigner may file for a divorce¹⁷³⁹ in The Netherlands in one of the following circumstances, irrespective of his/her nationality or the country where he/she married, in case:

- both spouses are habitually resident in The Netherlands;
- both spouses were last habitually resident, and one still resides in The Netherlands;
- the defender is habitually resident in The Netherlands;
- The pursuer is habitually resident, and either has resided there for at least a year preceding the application or is domiciled (or a national) in The Netherlands and has resided in The Netherlands for at least six months preceding the application;
- both spouses are domiciled (or nationals).

According to Dutch law the courts in The Netherlands do not have jurisdiction in case:

- both married in the Netherlands, but neither party now resides here;
- one of the spouses is a Dutch national but neither party now resides here (Art. 3 Brussel II-bis).

If the Dutch court is entitled to deal with the case and to dissolve marriage, the court is also allowed to deal with the demands and objections of the other spouse. As we saw before, divorce can be either petitioned jointly by both spouses or individually by one of the spouses. In both cases a lawyer is mandatory for filing the divorce petition. The only ground for divorce in The Netherlands is that the marriage has irretrievably broken down. As said before, the proof of this is no longer demanded by the Dutch judges. If one of the parties claims that the marriage has irretrievably broken down, the courts assume that such is the case and will hear the divorce.

11. Is parties' will taken into account in order to determine the applicable law for divorce?

Yes, according to Art. 3 etc. Brussel II-bis and Dutch Law (Art. 4 and 814-828 etc. Code of Civil Procedure).

12. If parties may choose the applicable law, how shall this choice be expressed and when?

In their request for divorce the parties must mention this to the court.

B2. Consequences of divorce

13. What is the applicable law for financial consequences of divorce (maintenance, compensation, damages etc.)? National legal provisions, EU regulation, international convention?

¹⁷³⁹ Including the entertaining of an action for legal separation, or nullity.

The applicable law is the Civil Code, especially Articles 1:157-160 and 1:392-408 Civil Code, but we do also have judge made law, which has been laid down in the Alimentatienormen 2012 (Rules for the counting of the needs and support of the person in need and the possibility to pay alimony for the other one).

14. What is the applicable law for matrimonial assets settlement (matrimonial regimes etc.)

The applicable law is the Dutch Civil Code (Art. 81 – 143) and other (international) regulations.

15. What is the applicable law for parental responsibility?

Title 14 of Book I of the Civil Code is the applicable law. Both legal parents are entitled to have joint parental authority with regard to their minor children, and in case both parents have been divorced, the joint parental authority will be continued till the children have reached the age of majority. In case both or one of the parents wishes to have the parental authority for him/herself the judge may order that the parental authority will be given to one of them, although this is only allowed if it is in the best interests of the child and there is really no other possibility to continue the joint parental authority. The judge must really take a close look to see if there is not another way for both parents to continue their authority.

16. What is the applicable law for maintenance regarding children? National legal provisions, EU regulation, international convention?

The Dutch Civil Code; Brussel II-bis; several international conventions.

B3. Role of the judge (or any competent authority)

17. Is the judge under compulsory obligation to look for the applicable conflict of law rule and is he abided by it?

Yes, he is obliged to control whether there is no conflict with other laws. Divorce proceedings always commence with a petition, which must give the surname, first names and place of domicile or residence of the spouses. If there are minor children, the same details must also be supplied for those children. In The Netherlands divorce proceedings always commence with a petition, which must give the surname, first names and place of domicile or residence of the spouses. If there are minor children, the same details must also be supplied for those children. In addition to this petition for divorce, one or more ancillary provisions may also be requested. This is a petition connected with the divorce. Matters in respect of which the court may make an ancillary provision include: custody of and access to minor children, maintenance for one of the ex-spouses and/or for the children, the division of community property or the settlement of the system agreed upon in the prenuptial agreement, the use of the marital home, pension equalisation, etc.

The petition must be filed with the court by the lawyer. If the petitioner lives in the Netherlands, the petition may be filed with the court for the district in which the petitioner lives.

If the petitioner does not live in the Netherlands, but the other spouse does, the petition is sent to the court for the district in which the other spouse lives. If both spouses live outside the Netherlands, the petition must be sent to the court in The Hague.

18. If the national conflict of law rule refers to the application of foreign law, what is the role of the judge regarding foreign law rules? Shall he research the applicable foreign law rule? How is the content of this rule established?

Yes. The judge must look at the applicable foreign law rules and in case he is not allowed to deal with the case, he must refer parties to the other country. He is also not allowed to deal with the case when he finds out that a judge in another country has already given a decision on this matter.

II. SUBSTANTIVE LAW

A. Grounds for divorce

9. Must marriage have last for a specific period of time before divorce can validly be claimed?

No, it is possible to divorce within a short period after the wedding ceremony. The sole ground for divorce is the irretrievable breakdown of marriage.

20. Does the lack of legal capacity of one spouse (protection regime, mental illness...) have consequences on his/her legal capacity to introduce a divorce claim or to defend to the proceedings validly?

If one of the spouses is not capable to perform his opinion or in case he is under curatelle (which leads to the total incapacity to perform legal acts), it is not possible for him/her to start divorce proceedings. The curator or representation of the spouse involved is not allowed to start this proceeding. On the other hand, in case the other spouse starts the proceedings and the other spouse is not capable to perform his legal opinion, the court will order the appointment of a solicitor for the defence of the incapable one.

21. Does your national law provide for a sole ground or for multiple grounds for divorce?

If national law provides for sole ground for divorce (irretrievable breakdown of marriage) answer part A1, if not answer part A2 only

A1. In The Netherlands the sole ground for divorce is the irretrievable breakdown of the marriage.

22. How is irretrievable breakdown established, and if any what are the grounds for irretrievable breakdown?

Actually, the ground for divorce is established if one of the spouses has the feeling that he or she wishes to end the marriage. There are no other grounds or a certain time period that has to be taken into account.

23. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on the different grounds for breakdown.

There is only one ground for divorce or legal separation. It is not known how many spouses deny the claim of the other that marriage has irretrievably been broken down. Since 1st October 1971 we do not longer know the guilt (adultery, serious maltreatment, serious penal sanction, or leaving the other spouse) in the grounds for divorce. The irretrievable breakdown is for more than 40 years the sole ground for divorce.

24. How is consent between spouses taken into account regarding the grounds of irretrievable breakdown?

If both spouses agree with this ground, the marriage will be ended by the judge. If the other spouse argues that there is still love between them, the judge will confront the other spouse with

this opinion. However, if the other spouse argues that the love is really over, the judge will end the marriage. So, actually the saying of one of the spouses that the marriage must be ended, will also lead to a divorce.

25. In case of mutual consent of the spouses, shall the divorce application be made by both spouses acting together or is it possible for one spouse to accept the divorce during the course of proceedings?

Both possibilities are allowed. But in case both spouses do have minor children together they must add a parenting plan to their request for divorce.

26. In case of mutual consent of the spouses, are the spouses required to agree on the consequences of divorce or is the judge entitled to decide on these consequences?

In case the parents do both have minor children, they must (try to) make a parenting plan (on the care of the children, child support and information/consultation), that must be linked to the divorce request. In case they cannot reach an agreement, they must inform the judge on the reason why they could not reach an agreement on the parenting plan and ask the judge to take a decision on the issues that divide the parties involved.

27. Is fault between spouses taken into account regarding the grounds for irretrievable breakdown of marriage? If yes to what extend?

No, since 1st October 1970 we do have the no-fault divorce and there are no other grounds than that one or both spouses believe that the marriage is irretrievably broken down.

28. How is separation between spouses taken into account regarding grounds for irretrievable breakdown?

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?

Yes, separation can be seen as a ground for irretrievable breakdown. De facto separation is not the same as legal separation. A legal separation is a means of ceasing to live together without the marriage itself coming to an end. A legal separation is of interest to spouses who wish to separate and regulate the legal consequences of that, but who want to remain married, perhaps for religious reasons. A legal separation offers a possibility of conciliation, but can also be a “stepping stone” towards dissolving the marriage. However, also due to the secularization of The Netherlands legal separation has lost its ‘popularity’. Legal separations have consequences in regard to the law on matrimonial property, custody (access arrangements) of the children, maintenance and pension. The marriage continues to exist. However, if both spouses, having (been) legally separated, decide that they do want to fully separate, they can request the dissolution of the marriage after legal separation. So, they cannot start a divorce procedure. A petition for the dissolution of the marriage subsequent to legal separation cannot be made at any time. Joint petitions for dissolution are not subject to a waiting period. Unilateral petitions, however, are subject to a 3-year waiting period, which the court may reduce to one year in certain cases. The 3-year period starts to run once the legal separation is recorded in the register .

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

There is no certain length for the duration of separation.

A2. Multiple grounds for divorce

29. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on every different ground for divorce.

As Dutch law does not know specific grounds for divorce and no-fault divorce is the only ground, all divorces are based on this legal ground.

a. Divorce by consent

30. Does divorce by consent exist as an autonomous ground for divorce or is it a specific form of divorce for irretrievable breakdown of marriage?

It is just a specific form of divorce for irretrievable breakdown of marriage.

31. Must the spouses be separated before introducing the claim? If yes, for how long?

No, in The Netherlands we do not have a rule that spouses must be separated before they can ask for divorce. Even at the moment of divorce or after the divorce they can live together.

32. Does divorce by consent imply mutual consent and joint request or is it possible for one spouse to introduce the claim against the other who will be invited to consent in the course of proceedings?

Both possibilities exist in The Netherlands. At the request for divorce from one of the spouses the other spouse may give a declaration that he refers the decision to the court. However, in case both spouses do have joint parental authority they must (try to) make a parenting together.

33. Does divorce by consent imply general consent on every of its aspects and consequences or does it leave a margin of appreciation to the judge to hold about its consequences?

In case of divorce by mutual consent both spouses will usually present an agreement to the court on the different issues/consequences of their divorce (house, matrimonial property, alimony, pension rights, etc.). If the judge has given his decision he can add this agreement – if it has been requested by the parties involved - to his decision in order to give it the full consequence of the divorce (so the agreement can be executed).

b. Divorce on the ground of irretrievable breakdown of the marriage

34. How is irretrievable breakdown established?

Just by the declaration of one or both spouses that their marriage is over. In Dutch law, there is only one ground for divorce: the irreparable breakdown of the marriage. The marriage can be said to have irretrievably broken down if to continue living together has become unbearable for one or both spouses and there is no prospect of a restoration of proper marital relations. In the case of a unilateral petition, the petitioning spouse must assert the irretrievable breakdown and, if it is denied by the other spouse, prove it. The court must determine whether the marriage has irretrievably broken down.

35. How is consent between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

Consent between both spouses is not necessary to decide upon the dissolution of the marriage by divorce. The claim of one or both spouses that the marriage is over will usually be followed by the judge's decision that their marriage is dissolved.

36. How is separation between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

According to Dutch law the (legal) separation or de facto separation of the spouses is not a ground for divorce. Of course, the fact that the spouses do not live together since a while may show that the marriage between them is irretrievably broken down.

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?
It is not necessary.

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

Separation is not a ground for divorce in The Netherlands. After the court's decision with regard to the request for legal separation both spouses, having (been) legally separated, wish to fully separate, they can request the dissolution of the marriage after legal separation. So, they cannot start a divorce procedure after the legal separation. A petition for the dissolution of the marriage subsequent to legal separation cannot be made at any time. Joint petitions for dissolution are not subject to a waiting period. Unilateral petitions, however, are subject to a 3-year waiting period, which the court may reduce to one year in certain cases. The 3-year period starts to run once the legal separation is recorded in the official register of the court.

37. Can an initial claim on the ground of irretrievable breakdown be converted into a divorce by consent or in a divorce on the ground of fault in the course of proceedings? If yes what are the bridges between these proceedings?

Yes, during the divorce proceedings both partners can reach an agreement (e.g. by mediation) on the divorce and its consequences. Judges will usually try to reach such an agreement between the partners or – in case both are willing to start negotiations or wish to be mediated – send both spouses to a mediator. This can all belong to the same divorce procedure. During the mediation the judge will decide that his decision will be postponed for several months, in order to give parties the possibility to reach an agreement. If they will report to the judge that the mediation has not been successful, the judge will continue the process and will finally give his decision.

c. Divorce on the ground of fault

38. What are the fault grounds for divorce?

The irretrievable breakdown of marriage is the only ground for divorce.

39. Are there some specific requirements regarding proof of fault in this proceeding?

No, although the other spouse can try to prove that their marriage can still be repaired. If the petitioner stays to his opinion that the marriage is 'over', the judge will decide that marriage will be dissolved by divorce. There are only a few cases in which the judge did not agree with the irretrievable breakdown of the marriage.

40. Does the judge keep a margin of appreciation to pronounce a judgement against both parties when fault is claimed by only one party?

No.

41. Does parties' reconciliation prevent them to invoke earlier facts as ground for divorce?

No, even after one or more reconciliations one or both spouses can still petition for divorce on the ground of irretrievable breakdown. The starting of mediation between both partners, does not

influence their possibilities to start a new procedure for divorce on the only ground of irretrievable breakdown of marriage. Of course, it possible to appeal against a court decision relating to divorce, legal separation, or a marriage annulment.

42 Can fault between spouses be considered as a tort and open a claim for damages to the benefit of the innocent spouse? If yes, is the claim for damages on the ground of fault between spouses distinct from a 'classical' tort law action?

No, although fault can play an important role in the decision of the court on the legal consequences of the divorce, e.g. alimony, access rights, etc.

B. Consequences of divorce

43. Do spouses have the possibility to settle the consequences of divorce (as well as the date at which the divorce will be effective) by an agreement

- Before marriage;
- During marriage;
- During the divorce proceedings?

No, in The Netherlands it is not allowed for to settle all consequences of divorce (apart from the matrimonial consequences) before the parties get married. The settlements with regard to alimony (after divorce) are void if these settlements were made before the parties married together. During their marriage¹⁷⁴⁰ and after marriage both parties are allowed to make an agreement with regard to all consequences of their divorce.

44. If yes, may the judge scrutinize the spousal agreement?

Yes, that's allowed in Dutch law, although the judge plays a passive role in civil law cases. E.g. in the case that the judge finds that there is an unbalance in the agreement or in case the agreement is against the law or good morals.

45. If the judge has a power of scrutiny, which elements allow the judge either to require the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The judge may decide that the agreement is void when it is against the law. In case the judge has the impression that the agreement is not in the best interests of the children he may ask further information. He can also ask the Child Protection Board to give advice in this matter.

In case the judge thinks that there is an unbalance in the spousal agreement, he can invite both parties (and their lawyers) to inform him and to show that they both have understood what will be the consequences of this agreement for one party or both parties, e.g. in the case spouses have agreed upon the financial consequences of the divorce and this might lead to serious negative position for one of them.

46. If a proceeding of legal separation (without dissolution of marriage) exists in your system, what are its consequences regarding spouses and their common children?

¹⁷⁴⁰ See Art. 1:159, Para 2 of the Dutch Civil Code, which states the agreement is void if the agreement contains the rule that the agreement cannot be changed by a decision of the court in case of change of circumstances.

a. The personal consequences of divorce

Legal separation has consequences in regard to the law on matrimonial property, access arrangements of the children, maintenance and pension, although the marriage between the spouses continues to exist. This means that if the woman gives birth to a child during the legal separation, her husband (with whom she is still married) will be the legal father of that child. In case he is not the begetter of the child, his fatherhood may be denied by a court's decision at the request of the mother, the father or the child (not by the begetter of the child). starts to run once the legal separation is recorded in the register. The legal separation makes an end to the rights and duties of the spouses (art. 1:92a) and makes an end to the total community of goods system (if the spouses were married on that basis), but the marriage still exists. The matrimonial property will also have to be divided between the two spouses. Both parties together or one of them may request legal separation on the same ground as divorce i.e. permanent disruption of the marriage (irretrievable breakdown of marriage (Art. 1:169).

In case both spouses are the parents of the children involved, they will continue to exercise their parental authority over their minor children. Both parents will have the parental authority of their children, born during their marriage (so even if they were born after the legal separation of the parents). They must make a parenting plan with regard to the education of the children (including access), child support and information/consultation rights. The maintenance rules in case of divorce also apply in case of a legal separation (Art. 1:169 paras 2 and 3). The legal separation will have its legal effects from the moment the legal separation has been inscribed in the registers of matrimonial acts, held at the district court. After a period of six months without registration, the legal separation is no longer held valid (Art. 1:173 para 3).

If the spouses reconcile, the legal separation ceases to exist and the (sleeping) marriage and its legal consequences revive from the moment they have registered this reconciliation in the register held at the district court (Art. 1:176). Although after such a registration the marriages revives, the validity of legal acts performed during the separation and reconciliation are judged according to the moment they took place (Art. 1:176 para 2).

i. The consequences of divorce between spouses

47. When does divorce officially break off the marriage?

The divorce takes effect upon the recording of the court ruling in the register of marriages. This can only be done once the ruling has become irreversible ("become final and conclusive"). The divorce must be registered within six months of the ruling becoming irreversible, otherwise the ruling ceases to have any effect and the divorce can no longer be registered (Art. 1:163). If the marriage was solemnized abroad and the foreign marriage certificate has not been filed in the Dutch registers, the (Dutch) divorce ruling is recorded in the special register of marriages in The Hague.

48. Is matrimonial freedom of the ex-spouses subjected to limitations? (when are they authorized to remarry, can they remarry each other ...)

Spouses are entitled to remarry. Until 1997 partners had to wait one year after the dissolution of their previous marriage before they could remarry each other. It was allowed to remarry another, immediately after the divorce. Besides this, until 1997 it was only possible to remarry the same

person twice. So, in those days partners were not allowed to remarry a third time with each other. This moral code had been left aside and now one can remarry as often as possible, but of course within the other rules for marriage.

49. If marriage has consequences on the family name of spouses, what are the correlative effects of divorce?

According to Dutch Law spouses are entitled to use their own surname or the surname of the other and also in combination with the other's name. If Mr. Patrick Jansen marries with Pamela Mooij, he and she may use the following names: Jansen, Mooij, Jansen-Mooij or Mooij-Jansen. After their divorce or termination of registered partnership, the ex-partner can complaint and stop his former spouse/partner continuing to use his or hers surname. The district court is entitled to decide upon this petition, but there have to be important grounds for this complaint. This complaint is only possible if there are no (more) living descendants from this marriage (art. 1:9 para 2).

Parents have the right to choose either the father's surname or the mother's. However, the choice for the first child of these two parents is binding for the surname of the other children of the parents together. The choice has to be made before the registration of birth of this (first) child and is done at the registrar's office. In case the parents cannot choose between their two surnames, the Dutch Civil Code makes a difference between children born in and out of wedlock. In case the child is born during the marriage of the parents, the child will receive his father's name, unless the parents choose for mothers' name. If the child is born out of wedlock and the child is recognised by the father or in case of judicial establishment of parenthood and the parents cannot choose, the child will automatically keep his mother's surname (Art. 1: 5). It is possible to change one's surname by obtaining a Royal Decree on recommendation of the Minister of Security & Justice (Art. 1:7). The consent of the child in question, if he is twelve years old or older, is compulsory.

The Rules(on changing the surname) also create the possibility to change an indecent, dirty or ridiculous surname. The same applies for extremely frequent surnames (such as Jansen and Petersen).

A few years ago the Committee on liberalization of the law on surnames had been appointed by the minister and gave advise, but could not find a good solution in case the parents do not agree with the family name. In that case the judge should decide, according to the committee.¹⁷⁴¹ The Minister's proposals adopt part of the recommendations of this committee. The first proposal regards the procedure for choosing a name. Until so far, married parents, wanting to give the child the last name of the mother, or unmarried parents, wishing to pass on the name of the father, had to appear in person before the registrar of births, deaths and marriages. The proposal is to make this possible by means of a written declaration. The second proposal regards the possibility to change this first choice. If the parents agree that the child should have the last name of the other parent after all, they should, from now on, have a non-recurring opportunity to arrange this in a simple manner by means of a joint request to the registrar of birth, deaths and marriages. This should be done before the child's first birthday. Should the parents have a serious difference of opinion concerning the last name acquired by the child, they should be able to present their dispute to the courts within the same period. A legislative amendment will be required to realize these plans.

¹⁷⁴¹ Report "Bouwstenen voor een nieuw naamrecht", Werkgroep liberalisering naamrecht, mei 2009.

50. Does divorce have effects regarding

- Citizenship eventually granted to the foreign spouse by marriage;
- Residence permit granted to the foreign spouse by marriage?

Yes, it does. A person who does not have the Dutch nationality can submit an application for naturalisation after 3 years of marriage or registered partnership (possibly abroad) and uninterrupted cohabitation. If the person has cohabited in the Netherlands with a Dutch man or woman (both partners unmarried) for an uninterrupted period of 3 years, he/she can also submit an application.

The Netherlands wants EU member states to have the scope to impose stricter rules on prospective family migrants, according to the Government's response to the European Commission's questions about the Netherlands' experience with the Family Reunification Directive. The (last) Cabinet has approved the response on the recommendation of the former (till November 2012) Minister for Immigration, Integration and Asylum Policy, Mr. Gerd Leers. The Government wants to impose stricter requirements on immigrants before they come to the Netherlands, so that they are better equipped to integrate into Dutch society. This should mean fewer immigrants relying on social benefits and fewer children growing up in deprivation. The present government (Rutte II) announced stricter conditions for obtaining Dutch nationality, because this government (Cabinet) wants everyone to do their best to participate in society before giving them the right to acquire Dutch nationality. To achieve this, the government is tightening up the requirements for those wishing to acquire Dutch nationality. Four measures are proposed:

- All those wanting to acquire Dutch nationality must give up the nationality of their country of origin. Certain exceptions apply: recognised refugees and people who cannot give up their original nationality. The latter group includes Moroccan nationals who cannot renounce their Moroccan passports.
- Those who wish to acquire Dutch nationality through the option procedure must also take a Dutch language test.
- In future, someone cohabiting with a partner must spend five years becoming integrated into Dutch society before being eligible for naturalisation, instead of three years, as now. The rule will not change for those who are married, for whom the period of three years will continue to apply.
- In future, foreign nationals must have a household income equal to at least the minimum wage in the Netherlands. In addition, they must have spent two years attending some form of professional or vocational training or in work experience.

The foreigner who is older than 21 years old and who has not the Dutch nationality, but who is married to (or registered partner of) a Dutch person can obtain a residence permit. In case the person is married to (or registered with) more than one person, may only obtain for one spouse or registered partner.

ii. The consequences of divorce regarding children

51. Does your system distinguish the exercise of parental responsibility from the issue of residence of children? If yes, how and what are the consequences on the exercise of parental responsibility?

Yes, during marriage the parents exercise parental authority jointly and after their divorce the parents will continue their joint parental authority. However, each of them may request sole custody. If one or both parents did request this, the court decides which of the parents will be entrusted with the authority (Article 1:251 BW). The court can also decide that the joint parental authority will not be changed, but that the child will have its habitual residence with only one from its parents. Parents who are not married or have not even lived together can jointly exercise parental authority if they have registered their combined request in the custody register (Article 1:244 and 1:252 BW). After their separation their parental authority will usually be continued as in the case of divorced parents.

So, after divorce both parents can have parental authority at the same time, although the children may have their residence with one of the parents. Actually, the parent with whom the children have their habitual residence can take all the appropriate (daily) measures that are necessary for the education and raising of the children. However, the other parent with parental authority must give his/her permission too for legal decisions in case of medical care, choice of school, removal, etc.

In the case of conflicting interests, the court can appoint a third person as a 'special guardian' (the so-called 'specialcurator' according to Article 1:250 C.C) to represent the minor and to look after his interests. If the two parents with joint parental authority do not agree on specific issues with regard to the education of their child(ren), they can ask the juvenile judge to mediate between them or to give a decision himself, e.g. in the choice of a school.

Parenting Plan in case of divorce

In cases of divorce, termination of registered partnership, or legal separation, parents are obliged to record agreements about their children in a so-called parenting plan (art. 815 Rv¹⁷⁴²). This obligation also applies to cohabiting parents who have joint custody over their children. This new parenting plan has been provided for in the Promotion of Continued Parenting and Proper Divorce Act, which took effect on 1 March 2009. This also led to the end of the so-called 'flash divorce'¹⁷⁴³.

The new legislation proceeds on the principle that both parents remain jointly responsible for the children after the divorce. If they continue to have joint custody, it is essential that proper and verifiable agreements are made to avoid future problems. A mediator may be of help in drawing up the parenting plan. This parenting plan forms a part of the petition for a divorce. The plan should, in any case, include agreements made by the parents on three key subjects:

- division of care and parenting tasks;
- child maintenance; and
- exchange of information on important issues with regard to their children's personalities and assets.

Proper agreements may prevent future conflicts, and this is essential to the children, as divorce-related conflicts may be detrimental to a child's development. Not all parents are capable of

¹⁷⁴² Code of Civil Procedure.

¹⁷⁴³ This was the procedure of converting a marriage into a registered partnership at the registry of births, death and marriages, and subsequently terminating this partnership. This flash divorce was allowed from 1 January 1998 till 1 March 2009.

making agreements about their divorce or resolving conflicts arising after their divorce. In those cases, help from third parties is desirable. The court may refer these parents to a mediator, but only if it sees possibilities for the parties to reach agreement. Results from experiments with divorce and access mediation show that mediation has a positive influence on both the settlement of the divorce and the resolution of a conflict about access to the children. Of course, it is important that this parenting plan will be evaluated between the former partners after a certain period (e.g. six months and then every year) or in case of important changes in the life of the parents or children (removal; new partner, illness, etc.).

52. Does divorce produces automatic effects regarding parental responsibility?

No, parental authority of the two parents will usually be continued, unless the court will decide differently.

53. Can the exercise of parental responsibility be subject to a parental agreement?

Yes and no, because usually joint parental authority will be continued after the divorce of the parents, but the parents must make a parenting plan to regulate all other issues with regard to the children involved. In their parenting plan the parents may agree upon the education of the children (including access), child support and information/consultation rights.

54. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

Yes, he may scrutinize the agreement made by the parents, e.g. in the case when he thinks that the agreement is against the best interests of the children or against the moral order, e.g. when the parents agree that the father will not have to pay child support. The judge may also advise the parents to reconsider their original agreement and to change some parts of the agreement

55. Is the judge vested with the power to organise the exercise of parental responsibility? If yes, does he compulsorily need to be requested to hold on this issue by one or the other parents?

No, he will usually not reorganise the exercise of parental rights himself, but he will do so at the request of (one of) the parent(s) or at demand of the Child Protection Board.

56. What are the elements enabling the judge to hold a modification of the exercise/right of parental responsibility? May one parent be deprived of his/her exercise of parental responsibility considering his/her misbehaviour toward the other parent?

No, this is only allowed at the request of the Child Protection Board. However, the judge can postpone his decision in order to have the situation of the children investigated by the board or to give parents the chance to make a better plan, which fits more to the best interests of the children.

57. May parent(s), once deprived of the exercise/right of parental responsibility, still be vested with contact, visit and/or residence of his/her/their children?

Yes, by law, children and parents have a right of access to each other. When parents divorce, this is often a difficult issue to resolve. The best thing of course is for parents to make arrangements on access together with the children. According to Dutch law, parents are obliged to send in a parenting plan together with their petition for divorce. In this parenting plan they must make arrangements with regard to the care and education of the child, access and information rights and

child support. During divorce proceedings, the parents may ask the court, either jointly or alone, to make access arrangements (Article 1:377a C.C.).

Even if the parents have never been married to each other, the parent who does not have responsibility for the child can ask the court to make access arrangements, but here too the court may first ask them to make a parenting plan before the parents can come to the court. A parent may ask the court to deny the other parent access rights.

The court will do this only if:

- access would be seriously damaging to the child's psychological or physical development;
- the parent in question is unsuited to or incapable of access to the child;
- the child is 12 or older and has serious objections him/herself to access;
- access would conflict with the child's best interests on other grounds.

Denial of access is often a temporary measure. According to the decision of our Supreme Court a parent is always entitled to ask for access again after at least one year after the last request to the court. People who have close ties with the child ('family life') may also apply to the court for access. For example, a parent's ex-partner, a former guardian, foster parents, step-parents or grandparents may all apply for access according to Article 1:377a BW.

If access has been arranged, the terms of the arrangement must be complied with. If there are problems, the parents should contact a welfare agency. The agency will examine the options for resolving the conflict, the most radical being instituting injunction proceedings against the person refusing access. To do this, the parent seeking access will have to apply to the president of the district court and they will need the assistance of a lawyer.

The parent with responsibility must keep the other parent – at his or her request – informed of important matters that concern the child. For example, his/her health and what is happening at school. What is more, the parent with responsibility must consult the other on important decisions affecting the child. Of course, the parent with responsibility is the one who ultimately decides in such matters. In the child's interests, the court may decide that the parent with responsibility is no longer required to inform or consult the other parent about the child. Either the parent with responsibility may request the court to take this step, or the court may act on its own initiative.

People such as teachers who are, because of their profession, in possession of important information about the child, are also obliged to give such information to the parent without responsibility if he/she asks for it. This has to take the form of a specific question. A parent who does not exercise responsibility may for example ask the school for information about the child's performance. It may then be reasonable for the school to invite the parent to attend a parents' evening at school. There are exceptions to this obligation to provide information. Someone may be exempted if:

- he/she may not even give the information in question to the parent with responsibility because of professional confidentiality (e.g. a family doctor);
- providing the information would conflict with the child's best interests.

Of course the rules about access and information can be amended if the circumstances have changed (Art. 1:377e C.C.).

58. Which arrangements are legally available to parents in order to organise residence of children after divorce? (Usual residence with visit and contact, shared residence, residence granted to a third party...)

All possibilities between the parents are allowed, as long as the arrangements are in the best interests of the child and not against moral or public order.

59. May arrangements regarding the residence of the child be decided by a parental agreement? If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

Yes, this is allowed, although the judge is allowed to confront the parents with this arrangement in case he thinks that the agreement is not in the best interests of the child, or in case the agreement cannot be fulfilled because the parent with whom the child has its natural residence moves to another place and the other parent does not agree in this. The judge can speak the parents during the court hearing, advise them to address themselves to a mediator, appoint a special curator for the child involved, or the judge may ask the Child Protection Board to investigate the situation and report this to the court. He can also decline the request in which the court is asked to agree with the arrangements.

The court may make changes to an arrangement, irrespective whether it is one made by the parents themselves or established by court. One or both parents may apply to the court to have the arrangement altered. The court will agree to do this only if the circumstances have changed or if the original arrangement was based on inaccurate or incomplete information.

Children aged twelve and over may apply to the courts, by writing a letter or making a telephone call. Children under the age of twelve may also do so. In the latter case, the court will decide whether the child is capable of making a reasonable assessment of his/her own interests. Children may ask the court to make or to alter an access arrangement, or to change joint responsibility into sole responsibility. The court will then decide if it is necessary to start official proceedings. This is not always necessary. Sometimes the question may be settled in other ways.¹⁷⁴⁴

60. Are legal provisions available to the judge to guarantee the relationships between parents and child after divorce? If yes, what are they? Are sanctions provided if one parent does not fulfil his/her duty to maintain relationship with his/her child?

No, if parents have made an agreement, the judge cannot get guarantees that his decision will be fulfilled. However, the former spouses themselves may ask the judge to change his decision or to change the agreement, if one of them or both do not longer wish this agreement. In case the best interests of the children involved are infringed, the State may interfere. There are several situations in which state intervention in the family is necessary, because parental authority is not exercised according to principles of accepted morals and public order. For example, if a child grows up under circumstances which threaten him in his moral, mental or physical interests and other non-compulsory measures to change this situation have failed, the court can order a family guardianship (Article 1:254). This means that an organization for family guardianship is appointed which will advise the parents and the minor and help them with the educational problems for the time of one year (Article 1:256 and 1:257 BW). This term can be extended. The family-guardianship-society (Bureau Jeugdzorg or Youth Care Agency) may give (written) instructions that have to be followed by the parents and the minor (Article 1:258 BW). The court can suspend, abrogate or withdraw the instructions (Article 1:259 and 1:260 BW). If necessary the court may authorize the organization to place the child in residential care for the duration of one year at most, but an extension of one year is always possible (till the child becomes adult; Article 1:261, 1:262 and 1:263 BW). During the family guardianship the Youth Care Agency can take all kinds of measures e.g. concerning access to or contracts of the minor with third persons or concerning medical treatment (Article 1:263a, 1:263b and 1:264 BW).

These Youth Care Agencies are private organizations (but fully subsidized by the state). They have the special task to care of and educate the children of released or dismissed parents.

¹⁷⁴⁴ <www.rvdk.nl/brochures>: When parents get a divorce. About the Child Protection Board.

The Agencies have to be accepted as such by the Government. They receive subsidies from the local and provincial authorities but they mainly rely on private initiative (Article 1:295, 1:302 and 1:306 BW; Wet op de Jeugdzorg).

Dutch law (still¹⁷⁴⁵) knows two ways of ending parental authority: relief and dismissal. If a parent is unfit or unable to fulfil his/her parental duties the court can order the parent to be relieved of his/her authority over the underage children. The parent has to sign a declaration of no-objection (Article 1:266 and 1:268 section 1 BW). In a few cases, the court can order relief even if the parent(s) object(s), e.g. in the situation where the parent is mentally so disturbed that he/she would not be able to make up his/her mind or understand the meaning of the declaration of no-objection (Article 1:268 section 2 sub c BW). A third party guardian, usually a family-guardianship society (Youth Care Agency), will take care of the children in the period during which the parent(s) is (are) relieved or dismissed of their parental authority.

The second way to lose parental authority is by a dismissal ordered by the court. The grounds are:

- abuse of the authority or serious neglect of the care for one or more of the children;
- misconduct;
- a conviction for committing a crime with the minor, or for committing a crime against the minor.

b. Post-marital financial consequences

61. Does the settlement of financial consequences of marriage breakdown is made in a single divorce proceeding or can it be dealt through a distinct one, either concomitant or subsequent?

According to Dutch law both possibilities are allowed, but usually spouses will try to deal with their divorce and its consequences in one legal proceeding. The parenting plan with regard to the children of both parents must always be sent to the court in case of divorce. Later, (parts of) this parenting plan can be changed. In addition to a petition for divorce, one or more ancillary provisions may also be requested. This is a petition connected with the divorce. Requests with regard to changes of the former decision of the court can be sent to the court after the divorce proceedings in case the situation of (each of) both spouses or the child(ren) has changed.

i. Consequences between spouses

62. At the time of marriage breakdown are ex-spouses entitled the one regarding the other to :

- Compensation,
- Maintenance,
- Compensation of rights to pension benefits,
- Damages
- Any other payment or property rights?

Compensation and damages are not usual in the Netherlands, unless for pension rights. The maintenance obligation between spouses remains effective after the marriage is dissolved. Either in the divorce ruling or in a subsequent ruling, the court may award a maintenance allowance payable

¹⁷⁴⁵ New legislation will change this. There is a draft-bill with regard to an new organization of the laws with regard to youth care (change is foreseen not sooner than 2015) and a bill, which is dealt with by the Senate at this moment, with regarding tot the child protection measures (Kamerstukken 32 015).

by the other ex-spouse to an ex spouse who does not have sufficient income to support him/herself and cannot reasonably obtain sufficient income to do so, at the request of that spouse. In determining the amount of maintenance, the court takes account of the needs of the ex-spouse who will be receiving the payment and the capacity (financial means) of the other ex-spouse. Non-financial factors may also have a bearing, such as the length of the marriage and for how long the spouses lived together or misbehavior of the former spouse (e.g. an attempt to kill the other spouse). If the court does not set a time-limit on the maintenance obligation, it will cease after 12 years. In circumstances of acute need, this period may be extended by the court at the request of the ex-spouse in need of maintenance payments. After a short (i.e. no longer than 5 years) childless marriage, the maintenance obligation will not, in principle, exceed the length of the marriage. If the (ex-) spouses reach mutual agreement about maintenance, they can record this in a divorce agreement. There is a discussion in legal literature and in the House of Parliament with regard to the length of the time-limit for alimony for the former spouses. Proposals have been made to shorten this time-limit from 12 years to a maximum of 8 or even 5 years.

The maintenance payments are indexed yearly (Art. 1:402a). The entitlement to maintenance ceases when the person who has this right remarries, registers as partners or starts living together with another person as in marriage or registered partnership (Art. 1:160).

If yes, please answer the following questions:

63. Does the maintenance/compensation/damage issue must be claimed at the time of the initial request or can it be made in the course of divorce proceeding?

Either in the divorce ruling or in a subsequent ruling, the court may award a maintenance allowance payable by the other ex-spouse to an ex spouse who does not (any longer) have sufficient income to support him/herself and cannot reasonably obtain sufficient income to do so, at the request of that spouse.

The Netherlands has a fairly unusual system for income and assets during marriage. The statutory system is the general community property regime, whereby, in principle, all property of the spouses, acquired both before and during the marriage, form part of the community (including all debts). Both sets of assets are combined to form one joint set of assets. In principle, all debts contracted both before and during the marriage also form part of the community, regardless of which of the spouses contracted the debt. Each of the spouses' creditors may seek to recover their claim from the entire community. The community property is dissolved by divorce and must then be divided up. The basic premise in law is that each of the spouses is entitled to half. The spouses may deviate from this and agree different arrangements, either in a divorce agreement or at the time of division (Arts. 1-93, 94-114 C.C.). This means that the community is divided in two equal parts, one half going to one spouse (or registered partner) or his/her heirs and one half going to the other spouse or his/her heirs (Art. 1:100). However, after the dissolution each of the spouses remains liable for the total of the common debts for which he or she was liable previously and each spouse or registered partner is still liable for half of the other debts (Art. 1:102).

After the dissolution of the community each of the spouses has the right to buy the clothes he/she used wear and the jewelry. The same applies to his/her professional tools and the papers and documents belonging to his/her family (Art. 1:101). The money for the personal clothes and jewelry falls into the community of goods.

However, there are only a few exceptions to this before-mentioned complete community of property: firstly it does not include those objects for which the donor or testator decided that they should be excluded from the community. Secondly, it does not cover those goods and debts

that are specially attached to one of the spouses (Art. 1:94 pars 1 and 3).¹⁷⁴⁶ Lastly, since the new law on the equalization of pension rights came into force in 1994, the pensions do not fall in the community of goods (anymore) (Art. 1:94 para 4). The equalization of pensions forms a rather tough and complicated legal problem field just now.

64. Can the maintenance/compensation/damages claim be introduced by one or the other spouse after the divorce being granted? If yes, is this action enclosed in a specific period of time?

Yes, the court will decide upon this request as soon as possible. There are no specific time limits for the proceeding on these questions.

65. May one of the spouse be discharged from providing for maintenance/ compensation/damages, to the other? If yes, on which grounds?

Yes, in case a maintenance allowance payable by the other ex-spouse to an ex spouse who does not have sufficient income to support him/herself and cannot reasonably obtain sufficient income to do so, at the request of that spouse. In determining the amount of maintenance, the court takes account of the needs of the ex-spouse who will be receiving the payment and the capacity (financial means) of the other ex-spouse. Non-financial factors may also have a bearing, such as the length of the marriage and for how long the spouses lived together or misbehavior of the former spouse (e.g. an attempt to kill the other spouse). If the court does not set a time-limit on the maintenance obligation, it will cease after 12 years.

66. May one of the spouses be deprived from obtaining maintenance/ compensation/damages, from the other? If yes, on which grounds?

Yes, a maintenance allowance payable by the other ex-spouse to an ex spouse who does not have sufficient income to support him/herself and cannot reasonably obtain sufficient income to do so, can be limited, or ended at the request of that spouse, e.g. in the case that there is no longer need for alimony, the paying spouse does not any longer have the capacity to pay (the whole) amount of alimony (e.g. by a new situation of unemployment, a new family). In case the former spouse who received alimony gets a (new or better paid) job, the amount can be reduced. In case of a new marriage, the alimony may be ended.

67. According to legal provisions or case law, is balance between the two ex-spouses personal assets sought?

No, but in case of a total community of goods system the community is divided in two equal parts, one half going to one spouse (or registered partner) or his/her heirs and one half going to the other spouse or his/her heirs (Art. 1:100). However, after the dissolution each of the spouses remains liable for the total of the common debts for which he or she was liable previously and each spouse or registered partner is still liable for half of the other debts (Art. 1:102).

68. Are the rules organising compensation/maintenance/damages, connected to the rules organising the liquidation of matrimonial assets, or to equivalent ones relating to property law?

No, although the division of the matrimonial assets may lead to a situation in which both former spouses can afford to live from (the income of) their assets.

¹⁷⁴⁶ So, this means that although the spouses are married in a total community of goods system, each of them may have private assets, that do not have to be divided after the dissolution of marriage.

69. Do the grounds for divorce have an incidence on an award of compensation/maintenance after marital breakdown? If yes, to what extent?

No. The amount of alimony will depend from the needs and income of both spouses.

70. What shape compensation/maintenance or other financial obligations between the spouses may take? If multiple shapes are available, are they determined according to the grounds for divorce?

It depends upon the answer to the question whether the spouses during or after their divorce proceedings succeed in reaching an agreement upon this matter. If they do not agree (any longer) they may ask the court to decide upon this (again). The judge will deal with the alimony according to the national rules of law and the calculation schemes, made by specialised family judges that are published at the website from the Council for the Judiciary.

71. Does your national law allow the competent authority to allocate the family home to one spouse for property, use or renting?

The judge may decide which of the spouses is allowed to stay in the house/family home. This is mostly dependent from the question with whom the children will have their habitual residence and the question whether that parent is able to pay the costs of that specific house. Usually parents will reach an agreement upon this.

72. May amount and modes of fulfilling the financial obligations between spouses be determined by spousal agreement?

Yes, this is possible, e.g. by spousal agreement or divorce agreement. Of course the house-owner of the bank must agree with this. In case they cannot reach an agreement, the judge may decide upon this matter at the request of the person(s) involved.

73. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

Yes, see the answers above. In case the former spouses agreed that their divorce agreement cannot be changed (e.g. in the case of alimony), then their agreement can only be changed or revoked when the original agreement was made with serious neglect of the legal standard (Art. 1:401 Para 5).

According to Art. 401, Para 4, the legal decision can be changed or revoked by the court in case the decision from the start on did not comply with the legal standards or in case the judgment was based on wrong or incomplete information.

74. In order to evaluate the amount of compensation/maintenance/damages, are the spouses under duty to fully disclose the elements making up their assets (incomes, capital, assets, pension, benefit...) or can they be discharged from full and frank disclosure?

Yes, in alimony cases and in case of the division of the matrimonial property (former) spouses are obliged to give full disclosure of their income and assets. In case it is a fact that one of them is not open (there must be evidence of that), the judge may calculate as if these assets are still there.

75. If no discharge does exist, what are the consequences of the refusal by one of the spouses to disclose financial elements of his/her assets?

See the answer to question 74.

76. What are the criteria taken into account in order to evaluate the amount of the due compensation/maintenance/damages? (former household way of life, needs of the ex-spouses either actual and/or future, age, health or ability to find a job, self-sufficiency ...).

For the calculation of the needs of the former spouses the judge will calculate with the former household way of life\ For the capacity to take care for oneself and the former spouse, the judge will calculate with the former and present incomes, the possibility to find A better or more paid job, the health conditions et cetera. The Council for the Judiciary publishes the calculation schemes for alimony at their website (<http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/sector-familie-en-jeugdrecht/Pages/Werkgroep-Alimentatienormen.aspx>).

77. May the amount of compensation/maintenance/damages be revised? If yes, on which grounds and to which term (regularly, considering the needs of the petitioner ...)?

Yes, the amount can be changed at the request of the person in need (who needs more money for living) or at the request of the person who is obliged to pay in case he or she does no no longer the capacity to pay (the full amount of) alimony. If the former spouses do not reach an agreement upon this, the court will be asked to give a (new) decision.

ii. Consequences regarding children

78. Is the obligation to maintain the child linked either to parental responsibility, or to the residence of the child, or to any other element?

No, both parent are obliged to support the child, irrespective with whom the child lives. Parents, legitimate and natural children, children-in-law and stepparents are legally obliged to support one another (Art. 1:392). This obligation is always compulsory for parents and stepparents with regard to their minor children. In all other cases the obligation exists only in case of need of the person concerned (Art. 1:392) and dependent on the financial capacity of the supporting party.

This civil law obligation lost some of its importance, because of the public (administrative) Wet Werk en Bijstand (WWB) i.e. the state support of the needy and poor. The local authority must undertake the task of providing financial support to meet the cost of living of those who could not do so themselves. But this 'welfare state' principle hardly exists anymore. So the civil law family support rules are gaining new importance.

A very important regulation has been the 'indexing' of maintenances.¹⁷⁴⁷ Every year the minister of Security & Justice changes the fixed amounts of maintenance by a certain percentage (for 2013: 1.7 %), corresponding to the raise in wages. The stepparent too has the duty to keep his/her stepchildren, but only during the time of marriage to the biological parent (Art. 1:395). The man, who is the begetter of a child, without being married to the mother and without having recognized the child, can be forced via a court order to pay the costs of living while the child is under age (Art. 1:394). If the child is (mentally) handicapped the obligation to support continues when the child reaches majority (Art. 1:405). Parents of all children are obliged to support their children till they reach majority, i.e. the age of 18. But the duty to provide maintenance continues for three more years till their young adult children reach the age of 21 (Art. 1:395a).

79. By which means does your system organise maintenance of the child by the parent who is not usually living with him/her (maintenance order, supply of assets for the benefit of the child, supply of capital, trust...)?

¹⁷⁴⁷ Law of 6 July 1972, Stb. 390; since then the law was changed several times.

See the answer to question 78.

The National Institute for the Collection of support Contributions (Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen, LBIO; since 1997) has two financial tasks:

- To claim the costs which have been made for the minor (e.g. when it was placed in a foster family or in a children's home) from the parents; and
- To pay out sums of (received) money to the party, e.g. the divorced mother, who is entitled to such a sum of money.

This Bureau has its registered office in Rotterdam.

80. May methods provided to carry out maintenance obligation regarding children be determined by parental agreement?

Usually parents will agree (in their parenting plan) or by a later agreement what amount of child support must be paid and when must be paid (usually just before the new month starts). In case the other spouse neglects his duty to pay, the parents who educates the children may ask the judge to intervene or he/she can ask the LBIO (see answer 79) to sue the other parent.

81. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the parents to reconsider the agreement, or to directly modify it?

Yes, the judge may do so at the request of one or both parents.

III. PROCEDURE

82. May divorce be granted and its personal and financial consequences settled outside legal proceedings?

No, divorce may (until now) only be judged by the courts, although people are allowed to make other arrangements with regard to the other aspects of the divorce. In case the divorcing parents have the parental authority of their children they must make an parenting plan.

83. If yes, which is the competent authority to know about these issues? Is that administrative proceeding the sole one or it is an alternative to legal proceedings?

Not relevant.

84. In your system, which is the court legally competent to grant divorce? Is that Court equally competent to hold about its consequences? Do transnational divorce proceedings fall within the competence of a particular Court?

The district court is competent to order divorce. Until 1st January 2012 we had 19 district courts. From that date till 1st April 2012 we had 10 district courts and 4 courts of appeal. Since 1st April 2012 the number of district courts has increased to 11 courts, because one court in the east was too big. We do not have specific courts for divorce or special cases. However, since 1st January 2012 the only competent court in case of international abduction by one of the spouses are dealt with by the district court in The Hague and the court of appeal in The Hague.

85. After the petition for divorce is presented, must the spouse respect a cooling-off period? If yes, how long is that period of time?

No, there is no cooling-off period in Dutch divorce law. The request for divorce of one or both spouses will be dealt with by the court as soon as possible.

86. Are the spouses under duty or invited, when divorce proceeding is initiated or afterward in the course of process, to turn to alternative dispute resolution?

Since divorce mediation is very common and popular in the Netherlands the spouses will usually try, with the help of a mediator and, if necessary, their lawyers, to reach agreement about the divorce and its consequences. These agreements are laid down in a divorce agreement, which is a written document. The agreements might, for instance, relate to the division of property, the maintenance commitments between the ex-spouses, and childcare. The court may include the agreement in its ruling. Proper agreements may prevent future conflicts, and this is essential to the children, as divorce-related conflicts may be detrimental to a child's development. Not all parents are capable of making agreements about their divorce or resolving conflicts arising after their divorce. In those cases, help from third parties is desirable. The court may refer these parents to a mediator, but only if it sees possibilities for the parties to reach agreement. Results from experiments with divorce and access mediation show that mediation has a positive influence on both the settlement of the divorce and the resolution of a conflict about access to the children. Therefore, judges are willing to advise the divorcing spouses/parents to a mediator. In the past ten years mediation has become increasingly important in the practice of dispute resolution. Between 2006 and 2008 the number of referrals from the Legal Aid Desk increased from 1,412 to 2,419. The courts also showed an increase: 2,133 referrals in 2006 compared to 3,708 in 2008.

The association of family lawyers and divorce mediators (the Vereniging van Familierechtadvocaten en Scheidingsbemiddelaars; visit: www.vfas.nl) has specialised lawyers in especially divorce, parental authority, maintenance and in divorce mediation.

Family mediation has become very popular in the majority of all European countries, which is probably also due to the Recommendation of the European Council in terms of Family Mediation, which surely will have promoted mediation in the different countries of Europe. There are many different models of family mediation, especially phasing emphasis upon the need for the couple to "evolve" and upon the superior interest (relationship right) of the children."¹⁷⁴⁸ Reaching agreements in mediation will be a vital component in making and maintaining co-operative relationships between divorcing parents: it reduces conflict, and encourages continuing contact between children and both their parents. Therefore, mediation will be in the best interests of the children of the divorcing parents and will also strongly help the parties themselves to overcome the disputes.¹⁷⁴⁹ Because of the possible positive consequences for the parties involved particular attention should be paid to the issue of providing equal access to mediation. The application of legal aid schemes will be of assistance in those cases. In the case of out of court mediation, the parties may enter mediation in order to prevent judicial proceedings from arising or to overcome problems, due to the separation or divorce. Mediation can be used for all sorts of family conflicts. In many countries the judge will recommend divorcing couples, without any sanction, that they should make use of the mediation facilities. Sometimes these facilities will be offered by the courts, in most cases however parties must pay (at least part of) the mediator themselves. Besides the out court mediation it is import to notice that also in-court mediation is a possibility to deal with and to resolve family disputes. The court related mediation does exist, but in The Netherlands not many judges try to mediate themselves, because of the risks (e.g. privacy, the judge must give an objective decision without knowledge of private knowledge of the parties, etc.). However, many Dutch judges will try to bring the parties to an agreement by discussing with the parties what divides them.

¹⁷⁴⁸ Family Mediation in Europe, p. 8.

¹⁷⁴⁹ Recommendation No. R (98) I of the Committee of Ministers to member states on family mediation (Adopted by the Committee of Ministers on 21 January 1998 at the 616th meeting of the Ministers' Deputies).

87. May the competent authority during the course of divorce proceeding make interim orders on

- the family home,
- the children,
- maintenance between the spouses,
- the consequences of marital abuse ?

Yes, according to Art. 821-824 of the Code for Civil Procedure the court may give interim orders. In addition to a petition for divorce, one or more ancillary provisions may also be requested. This is a petition connected with the divorce. Matters in respect of which the court may make an ancillary provision include:

- custody of and access to minor children;
- maintenance for one of the ex-spouses and/or for the children;
- the division of community property or the settlement of the system agreed upon in the prenuptial agreement;
- the use of the marital home;
- pension equalization;
- other provisions.

Almost the same provisions are possible as an temporary measure during the divorce procedure, such as the use of the marital home (the court may order that the other husband must leave the house and may not enter the house), the deliverance of goods for the daily use of the other husband and the goods for the daily use of the children), an arrangement with regard to the custody of the children, access rights, support etc.

88. Is appeal available against the divorce order or against an out of court divorce decision?

Yes, appeal is allowed against the divorce order, but not against the interim orders. In case the situation of the spouses has changed during the period of the interim orders (so before the court decided upon the divorce) one of the spouses or both spouses may demand the court to change the interim order (Art. 824 Rv¹⁷⁵⁰).

89. Does a third-party (public prosecutor, child's solicitor, social services, institution aiming at protecting children...) have the right to intervene

- in divorce proceeding,
 - in proceedings on parental responsibility if separated from the divorce proceeding?
- If yes, on which grounds?

No, it is not allowed for third parties to interfere in the divorce proceedings. The only agency that is allowed to interfere in the divorce proceeding is the Child Protection Board, e.g. in case there might be an infringement of the children's interests.

90. Are the child's views assessed in legal proceeding for divorce (and/or parental responsibility) or in out of court divorce processes? If yes, what are the methods used for assessing the child's views? May he/she be assisted in this assessment and by whom?

There is a growing tendency to ask the child's opinion in cases where the child is involved in questions of religious education, school career, medical treatment, etc. Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child guarantees that States Parties shall assure to the child who is capable of performing his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child. Parents, legal guardians or other persons legally responsible for the child, must provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate

¹⁷⁵⁰ Rv : Dutch abbreviation for Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering = Code of Civil Procedure.

direction and guidance in the exercise by the child of his rights. And, in the case of (any) judicial and administrative proceedings affecting the child, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

In The Netherlands every child that has reached the age of twelve years old will (usually) receive a written invitation by the court to be heard (Art. 809 Rv). This child hearing is behind closed doors. The child may be guided by a special curator (a guardian ad litem) or another person (e.g. a social worker), but not by his parent(s). Usually children come alone. The child younger than 12 years that is capable to be heard, can also be invited to be heard by the court. Children do have this right in any court proceeding affecting the child.

IV. RECOGNITION OF FOREIGN DIVORCE DECISIONS

91. What are the conditions for legal recognition of foreign decisions about :

- u) the termination of marriage,
- v) financial consequences of divorce,
- w) the settlement of matrimonial assets,
- x) parental responsibility,
- y) children's maintenance?

What are the conditions for legal recognition in your country of divorce decisions from a Third State (= outside the European Union) ?

Please only mention the national general rules and not bilateral conventions signed by your country.

The Brussels II-bis Regulation applies to divorce, legal separation and marriage annulment. On the grounds of this Regulation, divorces pronounced in the other EU Member States (except Denmark) are recognised in the Netherlands without any judicial process (Article 21, 1 of the Regulation). Nor is any special procedure required to amend the relevant certificates, for instance if a marginal note relating to the divorce has to be placed on the marriage certificate.

According to Art. 10:57 C.C. a foreign decision from a non-EU country can be recognised in case there has been a fair procedure before a court or any other authority with the legal power to decide upon divorce in that particular country. In case one of this criteria is not met, the court may nevertheless decide to recognise the foreign decision in case the other party explicitly or implicitly agreed with the foreign decision or resigned to this decision after the procedure. Nevertheless a foreign decision cannot be recognised in case it is against Dutch public order.

Divorces based at a unilateral repudiation of one of the spouses (usually the male husband) will only be recognised in The Netherlands when the four following criteria are met:

- the dissolution of marriage must be according to the national law of the husband who unilateral repudiated the other spouse;
- the dissolution of marriage will have legal consequences in the state where the repudiation took place;
- it must be obvious that the other spouse explicitly or implicitly agreed with the foreign decision or resigned to this decision after the procedure Art. 10:58 Rv).

Nevertheless the dissolution of the marriage by unilateral repudiation cannot be recognised in case it is against Dutch public order (Art. 10:59 Rv).

92. Can a foreign divorce decision be denied recognition in your country because of violation of public order? Please provide some examples.

Yes. Any interested party may institute judicial proceedings in order to establish whether or not a decision will be recognised, e.g. in case the recognition of the divorce would be contrary to (Dutch) public order. The judge will also control whether the respondent (the party who did not file a petition for divorce) was properly informed of the proceedings. The accuracy of the decision, however, may not be verified.

On the basis of the Brussel II-bis Regulation, the court of a Member State in which the decision was pronounced will, at the request of each interested party, issue a certificate regarding that decision (according to a standard format).

93. Are the foreign divorce decisions related to the citizens of your country subject to publicity measures (registration in official register, registration in official documents : birth certificate, marriage certificate or any others ...)? If yes, what are the publicity requirements?

Yes, the divorce will at the request of the parties involved be inscribed in the registers of the public registrar in The Hague if all criteria are met.

94. If yes, is registration a facultative or mandatory requirement? Who is in charge of this necessary procedure?

It is completely facultative, but it may have legal consequences for the legal position of the persons involved. E.G. if one of the divorced spouses wishes to remarry in The Netherlands he/she must give evidence of the foreign divorce decision.

95. What are the consequences of registration or lack of registration?

This may have consequences for the legal status of the person(s) involved as they can still be seen as married.

96. Are there any special remarks you would you like to add with regard to your national law about marriage breakdown?

It is in discussion in Parliament whether the laws with regard to divorce and alimony (for children and former spouses) should be changed/modernised, e.g. by the introduction of an administrative procedure for divorce for spouses with no (minor) children and a shorter period for alimony for the former spouse and another (easier) way to calculate the financial needs of each spouse and the financial ability of each spouse to meet those needs.

RAPPORT POLONAIS

Dr Anna Stępień-Sporek

Assistant Professor

University of Gdańsk

A. National law

1. What are the current sources of law for divorce (case law, statutes, ...)?

The main source of law for divorce in Poland is The Family and Guardianship Code of February 25, 1964 (hereinafter **k.r.o.**)¹⁷⁵¹, which came into force on January 1, 1965. This code is not part of the Polish Civil Code of April, 23 1964¹⁷⁵², but is treated as part of the civil law. The introduction of a separate statute for family law (and divorce) was prompted by political and ideological reasons rather than theoretical ones¹⁷⁵³.

Articles 56-61 of the k.r.o. address divorce, and they are part of section IV (entitled “Termination of marriage”) of title one (entitled “Marriage”) of the Code. Article 56 states the prerequisites of divorce. Articles 57-58 regard the contents of divorce judgments. Article 59 deals with the impact of divorce on the names of ex-spouses who had acquired marital names. Articles 60-61 concern the maintenance of former spouses.

Procedural issues regarding divorce are found in articles 436-446 of Code of Civil Procedure of November 17, 1964 (hereinafter **k.p.c.**)¹⁷⁵⁴. This legislation came into force on January 1, 1965.

Both statutes were introduced during the former political system of Poland. Although the statutes have been amended numerous times since they came into force, the general prerequisites of divorce have not changed.

2. Give a brief history of the main developments of your national divorce law.

After becoming an independent country in 1918, Poland had various divorce regulations that were the legacies of the different countries that had partitioned Poland. The aim of the newly

¹⁷⁵¹ Dz. U. 2012, no 788.

¹⁷⁵² Dz. U. 1964, no 16, position 93.

¹⁷⁵³ Tadeusz Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, p. 14.

¹⁷⁵⁴ Dz. U. 1964, no 43, position 296.

independent Poland was to prepare legislation on divorce that applied to the entire country. In order to achieve this goal, the Codification Commission was established. In 1929, the Commission enacted a draft of law regarding divorce and legal separation, but it did not become a statute and did not enter into force.

The first uniform regulation for the entire territory of Poland was prepared in 1945. The decree was entitled Matrimonial Law of September 25, 1945¹⁷⁵⁵ and came into force on January 1, 1946. Pursuant to this regulation, divorce was permitted on the basis of the decision of a state court. The decision could be granted in cases of “permanent disintegration of matrimonial life”¹⁷⁵⁶. The Act provided a few examples that could cause such a disintegration: adultery, threats against a spouse’s life, debauched or dissolute conduct, commitment of a heinous crime, chronic drunkenness, drug addiction, infectious venereal disease, mental disease lasting for more than one year, and impotence. A judicial decision of divorce could not be granted, however, when it would be contrary to the welfare of minor children. During the divorce proceeding, furthermore, the court was obliged to decide which of the spouses was guilty of the breakdown of the marriage¹⁷⁵⁷. Importantly, separation was not a prerequisite of divorce. One of the provisions of the decree allowed divorce upon a unanimous motion of the spouses. There was, however, one condition – the marriage must have lasted at least three years.

A subsequent regulation was the Family Code June 27, 1950, which came into force on October 1, 1950. Instead of a casuistic enumeration of prerequisites, it introduced a general one: “if, because of important reasons, a complete and permanent disintegration of matrimonial life has occurred between the spouses, each of them may request that the court dissolves their marriage by divorce”¹⁷⁵⁸. Under this regulation, a divorce could not be granted in two situations: 1) when it was proved that the divorce would be to the detriment of the spouses’ minor children and 2) when the divorce was sought by a guilty spouse solely responsible for the breakdown of matrimonial life. In the latter case, however, divorce was possible when the other spouse consented. Despite the lack of consent, however, divorce was also allowed if it aligned with the social interest and the spouses were in actual and permanent separation. According to the regulation, furthermore, the court was obliged to establish who was guilty for the disintegration of matrimonial life. However, spouses might decide that they did not want to have a decision rendered regarding guilt, and the court would then omit this issue from its decision granting divorce.

The current regulation of divorce is the Family and Guardianship Code (articles 56-61), which has been binding law since January 1, 1965 and was last amended in 2009.¹⁷⁵⁹ This regulation concerns the agreement of the spouses regarding how to exercise parental authority and maintain contact with the child after divorce. It also added a provision that a court granting divorce may delegate the exercise of parental authority to one of the parents, limiting the parental authority of the other parent to specific rights and duties related to the child. Alternatively, the court may leave parental authority with both parents at the unanimous application of the parents, if presented with such an agreement by the parents and if it would be reasonable to expect that they would co-operate in matters concerning the child.

¹⁷⁵⁵ Dz. U. 1945, no 48, position 270.

¹⁷⁵⁶ In other words, the irretrievable breakdown of marriage.

¹⁷⁵⁷ This obligation of the court was excluded in cases of mental disease and impotence.

¹⁷⁵⁸ The translation prepared by Andrzej Mączyński & Tomasz Sokołowski, National Report for CEFL – Ground for Divorce and Maintenance Between Former Spouses, 2002, p. 3.

¹⁷⁵⁹ Statute of November 6, 2008 (Dz. U. no 200, position 1431), which came into force on June 13, 2009.

3. Are prospective reforms currently under consideration?

There are no drafts of statutes that would change the regulation regarding divorce.

4. Is divorce the only ground for marriage dissolution or is there any other possibility to enforce marriage breakdown?

Divorce is the only ground for marriage dissolution. However, the termination of marriage also occurs if one of the spouses dies or if there is a declaration of death regarding one of the spouses.

According to Polish law, legal separation is possible if there has been an irretrievable breakdown of matrimonial life between the spouses. However, the decision to separate does not cause the end of the marriage and separated spouses cannot remarry (article 61⁴ § 2 k.r.o.).

5. If any, provide statistical data regarding divorce and legal separation?

Between 2001 and 2010, there were 593.900 divorces. Approximately 83% of them were of spouses who lived in cities and towns rather than in the countryside. From 2001 to 2005, the number of divorces grew from 45.300 divorces in 2001 to 67.600 divorces in 2005. In 2010, there were 61.300 divorces, which was less than in 2009 (65.300 divorces).

Divorces in Poland 2001–2010¹⁷⁶⁰

Year	Number of divorces	Rate of divorces for 10.000 people			Rate of divorces for 1.000 new marriages		
		Total	towns	countryside	total	towns	countryside
2001	45308	11,7	16,1	4,7	232,2	323,2	91,5
2002	45414	11,8	16,2	4,7	237,2	330,4	93,1
2003	48632	12,7	17,4	5,2	248,8	344,3	99,9
2004	56322	14,7	19,6	7,0	293,2	394,8	136,4
2005	67578	17,7	23,0	9,3	326,6	426,7	170,3
2006	71912	18,9	24,6	9,3	317,9	422,2	155,1
2007	66586	17,5	22,6	8,7	277,7	354,3	131,6
2008	65475	17,2	22,4	8,8	254,0	335,3	127,0
2009	65345	17,1	22,2	9,0	260,6	336,7	137,1
2010	61300	16,1	20,4	9,0	268,5	345,4	147,3

The largest group of divorced people, regardless of gender, consists of those who entered into marriage between the ages of 20-24. Furthermore, the majority of divorces concerned marriages that lasted between 5 and 9 years. The next group of divorces was of those who were together between 10 and 14 years. In the vast majority of cases, the petition for divorce is initiated by the wife. The most common causes of divorce, as reported in the judgments, are the infidelity of a spouse, alcoholism, and clashes of personalities.

¹⁷⁶⁰ See http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/bip/BIP_raport_2010-2011.pdf.

Legal separation was introduced in 1999 as an alternative for divorce. In 2000, there were only 1.340 legal separations. Over the next few years, the number of separations grew to 11.600 verdicts on separation in 2005. The current trend is the decrease of legal separations. In 2010, there were only 2.789 legal separations. Notably, however, the number of separations in the countryside is increasing. These figures suggest that the role of separation is different from that assumed by the introduction of separation to Polish family law: separation is not a substitute for or a transition to divorce.

6. Does your national law admit marriage (or registered partnership) for same-sex couples? If yes, are the grounds for divorce and divorce proceedings identical to the ones for heterosexual couples?

There is no regulation that permits marriage or registered partnership for same-sex couples. More than half of society (56%) is against the introduction of marriage or registered partnership for same-sex couples¹⁷⁶¹. However, there were two drafts of an Act regarding partnerships prepared in 2012¹⁷⁶² that provide rules regarding the conclusion and dissolution of partnerships, as well as the rights and duties of partners. According to one of the drafts, partners are able to dissolve the partnership agreement by mutual consent. Alternatively, one partner may terminate the partnership in front of a registry officer and the partnership will expire after six months. The second draft states the possibility of partnership dissolution by the mutual consent of the partners, as well as dissolution by the court in cases of permanent and irretrievable breakdown of the bonds between partners.

B. Conflict of Laws

7. How is marriage defined in your national law?

Marriage is defined by the Constitution of the Republic of Poland as a permanent relationship between a man and a woman. The Family and Guardianship Code articulates the conditions for a valid marriage, which occurs when a man and a woman are both present in front of a head of registry office (or a cleric) and state that they are entering into marriage with each other¹⁷⁶³.

BI. Grounds for divorce

a). Rome III is applicable

8. With regard to Art. 5 (choice of the applicable law by spouses) and 7 (formal validity of the agreement on the choice of applicable law) of Rome III Regulation, what are the formal requirements set by your national law for the choice of the applicable law for divorce or legal separation?

¹⁷⁶¹ See article from July 2012: <http://spoleczenstwo.newsweek.pl/ponad-polowa-polakow-przeciwko-zwiazkom-partnerskim,94443,1,1.html>.

¹⁷⁶² See <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9436A1BBFEDA2278C1257A370043EC9D/%24File/554.pdf>. and <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/97A9C9C40D26CB7CC1257A370043EC84/%24File/552.pdf>.

¹⁷⁶³ Art. 1 § 1-2 k.r.o.

9. With regard to Art. 13 of Rome III Regulation, are the following marriages considered as valid ones under your national law? 1° marriage between same sex persons, validly celebrated abroad; 2° private marriage; 3° polygamous marriage ...

b). Rome III is not applicable

Rome 3 is not applicable in Poland.

10. What is the applicable law for divorce (*lex fori*, common national law, common residence or last common residence law...)? Do the national conflict of law rules refer sometime to foreign law?

The applicable law for the dissolution of marriage is the common national law of spouses at the time the divorce proceedings were started¹⁷⁶⁴. Failing that, the applicable law is that of the state where the spouses were resident at the time the claim for divorce was filed. Otherwise, the applicable law is that of the state where the spouses resided if one of the spouses still resided in that state¹⁷⁶⁵. Lastly, Polish law applies¹⁷⁶⁶.

There are a few bilateral treaties between Poland and other countries (e.g., Bulgaria, France, Cuba, Lithuania, Estonia, and Russia). These conventions have priority before national law¹⁷⁶⁷.

11. Is parties' will taken into account in order to determine the applicable law for divorce?

The will of the spouses is not taken into account.

12. If parties may choose the applicable law, how shall this choice be expressed and when?

Spouses are not able to choose the applicable law.

B2. Consequences of divorce

13. What is the applicable law for financial consequences of divorce (maintenance, compensation, damages etc.)? National legal provisions, EU regulation, international convention?

National law applies to the financial consequences of divorce.

14. What is the applicable law for matrimonial assets settlement (matrimonial regimes etc.)

For matrimonial assets, spousal common law applies first¹⁷⁶⁸. Failing that, the law of the state of the common habitual residence of the spouses applies. Failing that, the law of the state where the

¹⁷⁶⁴ Art. 54 ust. 1 p.p.m. (Act of February 4, 2011 – Private international law).

¹⁷⁶⁵ Art. 54 ust. 2 p.p.m.

¹⁷⁶⁶ Art. 54 ust. 3 p.p.m.

¹⁷⁶⁷ See, e.g., Maksymilian Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2012, p. 253.

spouses reside applies. Failing that, the law of the state with which the spouses have the closest connections applies¹⁷⁶⁹.

15. What is the applicable law for parental responsibility?

The law applicable to parental responsibility and contacts with children is stated by the Convention of October 19, 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. Polish private international law cross-references this convention¹⁷⁷⁰.

If the habitual residence of the child changes to a state that is not party to the convention, from the time of the change in residence does the law of that state (the new habitual residence) govern the conditions of application of the measures taken in the state of the former habitual residence¹⁷⁷¹.

16. What is the applicable law for maintenance regarding children? National legal provisions, EU regulation, international convention?

The law applicable to maintenance is stated by Council Regulation (EC) no 4/2009 of December 18, 2008 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations. Polish private international law cross-references this regulation¹⁷⁷².

B3. Role of the judge (or any competent authority)

17. Is the judge under compulsory obligation to look for the applicable conflict of law rule and is he abided by it?

The court *ex officio* is obliged to look for and apply applicable foreign law. The applicable law should be established and applied in every instance and this rule does not depend on the motions of the parties¹⁷⁷³. The court may consult with the Minister of Justice to receive the text of foreign law and explanations regarding foreign practice¹⁷⁷⁴.

18. If the national conflict of law rule refers to the application of foreign law, what is the role of the judge regarding foreign law rules? Shall he research the applicable foreign law rule? How is the content of this rule established?

See question 17. The court has an obligation to establish what law should be applied in a particular case. Apart from the information provided by the Minister of Justice, the court may use other measures to establish the content of foreign law. For example, an opinion of an expert may be useful. It is also possible to receive an opinion of a group of experts in foreign law. If it is not possible to establish the circumstances on which the application of foreign law depends, the law

¹⁷⁶⁸ Art. 51 ust. 1 p.p.m.

¹⁷⁶⁹ Art. 51 ust. 2 p.p.m.

¹⁷⁷⁰ Art. 56 ust. 1 p.p.m.

¹⁷⁷¹ Art. 56 ust. 2 p.p.m.

¹⁷⁷² Art. 63 p.p.m.

¹⁷⁷³ See decision of the Supreme Court of 9th May 2007, II CSK 60/07, OSNC 2008/5/53.

¹⁷⁷⁴ Art. 1143 § 1 k.p.c.

most closely connected with the particular legal relationship should be applied. If it is impossible to establish the content of foreign law in a reasonable timeframe, Polish law is applied¹⁷⁷⁵.

II. SUBSTANTIVE LAW

A. Grounds for divorce

19. Must marriage have last for a specific period of time before divorce can validly be claimed?

There is no special provision stating the period for which a marriage should last before divorce. However, in practice, if the marriage only lasted a few months or years, judges are more cautious in examining whether there has been a total and irretrievable breakdown of the marriage.

20. Does the lack of legal capacity of one spouse (protection regime, mental illness...) have consequences on his/her legal capacity to introduce a divorce claim or to defend to the proceedings validly?

A spouse who is partially or wholly incapacitated is unable to initiate a lawsuit for divorce¹⁷⁷⁶. A guardian appointed for the wholly incapacitated person is not permitted to initiate a lawsuit for divorce¹⁷⁷⁷. In the case of a partially incapacitated person, a lawsuit for divorce can be initiated by a curator.

A guardian or a curator can defend the rights of an incapacitated person in divorce proceedings because the spouse of an incapacitated person is permitted to initiate a divorce claim in the court¹⁷⁷⁸.

21. Does your national law provide for a sole ground or for multiple grounds for divorce?

According to article 56 § 1 k.r.o., the basic prerequisite for divorce is an irretrievable and total breakdown of matrimonial life between the spouses. A total breakdown of marriage means a lack of any spiritual, physical and economic bonds between the spouses.

If national law provides for sole ground for divorce (irretrievable breakdown of marriage) answer part A1, if not answer part A2 only

A1. Divorce on the sole ground of irretrievable breakdown of the marriage

22. How is irretrievable breakdown established, and if any what are the grounds for irretrievable breakdown?

¹⁷⁷⁵ Art. 10 ust. 2 p.p.m.

¹⁷⁷⁶ Art. 65 k.p.c.

¹⁷⁷⁷ Marek Andrzejewski [in] Henryk Dolecki, Tomasz Sokołowski (eds), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, LEX 2010.

¹⁷⁷⁸ See decision of the Supreme Court of April 17, 1948, C 493/47, OSNC 1948/2/28.

The irretrievable breakdown of matrimonial life means that the spouses will never return to each other or reconcile. Whether the spouses will reconcile must be established by the circumstances of each divorce case. According to one recent judgment, an irretrievable breakdown takes place if the bonds between the spouses ceased so long ago that, according to the principles of life experience, a return to matrimonial life will not happen¹⁷⁷⁹.

There is no presumption regarding the irretrievable breakdown of marriage, which means that the specific circumstances of the case are examined very carefully. The court establishes these circumstances using the same evidence as in other civil cases. However, a few exceptions should be mentioned.

First, a decision of the court may not be solely based on the admission of the claim or certain facts by the defendant¹⁷⁸⁰. The examination of the evidence in these cases cannot be simplified this way and must instead be carried out carefully and thoroughly¹⁷⁸¹.

Second, the court must hear the testimony of both parties¹⁷⁸². When the court can hear only the evidence of one spouse due to the facts or the law, the court should decide whether to hear only one spouse or omit this evidence entirely. It is assumed that in such a situation, the court should hear only one spouse¹⁷⁸³.

Third, if the defendant admits the claim and the spouses have no common minor children, the court may limit the evidence to the testimony of the parties¹⁷⁸⁴. This does not mean, however, that the divorce is not permitted if the spouses have common minor children and other evidence is not provided to the court¹⁷⁸⁵.

The main aim of the divorce proceedings is to establish the circumstances of the breakdown of matrimonial life, as well as to establish the circumstances regarding the children of the spouses and their situation. In case of a spouse's admission of a claim in the divorce case, the court also seeks to establish the reasons for the defendant's admission of the claim¹⁷⁸⁶.

23. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on the different grounds for breakdown.

As the only formal prerequisite of divorce is the total and irretrievable breakdown of the marriage, there are a few concrete reasons for it that are mentioned in the various decisions of the courts. Among these reasons are adultery, chronic drunkenness, and incompatibility, which have remained unchanged for many years¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁷⁹ Decision of the Appellate Court of Katowice of March 12, 2010, I ACa 51/10, LEX no 1120376.

¹⁷⁸⁰ Art. 431 k.p.c.

¹⁷⁸¹ See decision of the Supreme Court of July 7, 1995, I CRN 89/95, LEX no 1110740.

¹⁷⁸² Art. 432 k.p.c.

¹⁷⁸³ See decision of the Supreme Court of September 17, 1946, III C 719/45, LEX no 160843.

¹⁷⁸⁴ Art. 442 k.p.c.

¹⁷⁸⁵ See decision of Appellate Court of Łódź of December 13, 1995, I ACr 557/95, OSA 1997/3/19.

¹⁷⁸⁶ Art. 441 k.p.c.

¹⁷⁸⁷ Compare Andrzej Mączyński & Tomasz Sokołowski, National Report for CEFL – Ground for Divorce and Maintenance Between Former Spouses, 2002, p. 7.

In 2001, the main cause of divorce was adultery (30,9%). The next ones were drunkenness (28,1%) and incompatibility (24,5%)¹⁷⁸⁸. In 2010, on the other hand, the main cause of divorce was incompatibility (34,8%). The second one was adultery (25,4%) and the third one was drunkenness (19,8%). The last cause has decreased in importance and is likely connected to societal change. However, it should be noted that “incompatibility” is ambiguous. It can be hard to assess to what extent it reflects the differences in behavior, attitudes and aspirations of the spouses, and how often it is used only as an alleged cause of fictitious divorces¹⁷⁸⁹. Financial differences between the spouses play an increasingly important role each year. In 2010, it was the cause of 7,3% of divorces.

24. How is consent between spouses taken into account regarding the grounds of irretrievable breakdown?

According to article 56 § 3 k.r.o., divorce is not permitted if it has been requested by the spouse who is solely guilty for the breakdown of marriage unless the other spouse consents to the divorce, or the refusal to consent to the divorce is, under the circumstances, contrary to the principles of social coexistence. Lack of this consent precludes divorce.

The court should determine the motives of the consenting spouse. The court should also examine whether the consent was freely given, without pressure or threats by the other spouse¹⁷⁹⁰.

A spouse's consent for the divorce should be expressed in front of the court during the divorce proceedings.

25. In case of mutual consent of the spouses, shall the divorce application be made by both spouses acting together or is it possible for one spouse to accept the divorce during the course of proceedings?

The application for divorce should be made by one spouse. The consent of the other spouse for divorce does not mean the acknowledgement of the petition for divorce. If the defendant admits the claim and the spouses have no common minor children, the court may limit the evidence to the testimony of the parties. The court is always obliged to establish whether there is a total and irretrievable breakdown of marriage.

26. In case of mutual consent of the spouses, are the spouses required to agree on the consequences of divorce or is the judge entitled to decide on these consequences?

The judge is entitled to decide the consequences of divorce. There are a few elements of each divorce ruling, which are mentioned in article 58 k.r.o. The court takes into account the agreement of the spouses on how to exercise parental authority and how to maintain contact with the child after the divorce. However, such an agreement should be compatible with the welfare of the child. It is also important that siblings should be brought up together, unless the welfare of the child requires otherwise.

¹⁷⁸⁸ See http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/bip/BIP_raport_2010-2011.pdf.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*

¹⁷⁹⁰ Decision of the Supreme Court of May 14, 1956, I CR 746/55, OSN 1956, poz. 120.

27. Is fault between spouses taken into account regarding the grounds for irretrievable breakdown of marriage? If yes, to what extent?

In a divorce ruling, the court decides whether there is fault and which spouse is at fault for the breakdown of the marriage¹⁷⁹¹. Upon joint motion of the spouses, the court may waive a ruling on fault. In this situation, neither of the spouses is considered to be at fault. Otherwise, in regard to fault, there are three possible rulings: 1) sole guilt is attributed to one spouse, 2) both spouses are guilty, or 3) neither of the spouses is deemed to be guilty.

The part of the ruling regarding fault is important not only in light of article 56 § 3 k.r.o.,¹⁷⁹² but also weighs heavily in whether maintenance is required and to what extent.

28. How is separation between spouses taken into account regarding grounds for irretrievable breakdown?

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?

Separation¹⁷⁹³ can be evidence of an irretrievable breakdown of the marriage, but it is insufficient to establish the irretrievable breakdown of the marriage. For example, separation can result from changes in employment when one spouse must leave the family to get a job. In this case, other circumstances are necessary to show that there has been an irretrievable breakdown of marriage.

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

Time matters in assessing whether there is an irretrievable breakdown of marriage, but the Supreme Court has pointed out that it is not crucial¹⁷⁹⁴. In its older decisions, the Supreme Court has mentioned a five-year separation period,¹⁷⁹⁵ but this statement is no longer maintained by the courts. All cases are instead analyzed separately and in the scope of the individual characteristics of each marriage. A helpful criterion can be the comparison between the length of the marriage and the length of the separation. Specifically, the longer the marriage lasts, the less chance there is for the irretrievable breakdown of marriage in cases of misunderstandings between spouses¹⁷⁹⁶.

A2. Multiple grounds for divorce

29. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on every different ground for divorce.

See question 23.

¹⁷⁹¹ Art. 57 § 1 k.r.o.

¹⁷⁹² As previously mentioned, a divorce is not permitted if it has been requested by the spouse who is solely guilty for the breakdown of the marriage.

¹⁷⁹³ Factual, not legal separation. Legal separation is not mandatory before divorce.

¹⁷⁹⁴ See decision of the Supreme Court of December 14, 1984, III CRN 272/84, OSNC 1985/9/135.

¹⁷⁹⁵ Decision of the Supreme Court of April 26, 1952, C 798/51, OSN 1952/1/1.

¹⁷⁹⁶ Decision of the Supreme Court of December 12, 1955, I CR 1889/54, OSN 1957/2/44.

a. Divorce by consent

30. Does divorce by consent exist as an autonomous ground for divorce or is it a specific form of divorce for irretrievable breakdown of marriage?

There is no special form of divorce known as divorce by consent. In all cases, courts are obliged to establish total and irretrievable breakdown of marriage. If the defendant admits the claim and there are no common minor children, the court may limit the evidence to the testimony of the parties¹⁷⁹⁷. The rule is that the decision of the court cannot be based only on the acknowledgement of the claim or confirmation of facts¹⁷⁹⁸.

31. Must the spouses be separated before introducing the claim? If yes, for how long?

As a rule, spouses are not obliged to live separately for a certain period of time before initiating a claim for divorce. However, a factual separation is seen as evidence for the total and irretrievable breakdown of the marriage. Nonetheless, because many people cannot afford to buy or rent separate apartments, the lack of separation cannot be the only reason for the denial of a grant of divorce¹⁷⁹⁹.

32. Does divorce by consent imply mutual consent and joint request or is it possible for one spouse to introduce the claim against the other who will be invited to consent in the course of proceedings?

There is no divorce by mutual consent of spouses. See question 30.

33. Does divorce by consent imply general consent on every of its aspects and consequences or does it leave a margin of appreciation to the judge to hold about its consequences?

If there is consent for divorce by both spouses, the court is still obliged to establish all of the consequences of divorce. The court takes into account the agreement of the spouses on how to exercise parental authority and how to maintain contact with the child after the divorce, if is compatible with the welfare of the child¹⁸⁰⁰.

b. Divorce on the ground of irretrievable breakdown of the marriage

34. How is irretrievable breakdown established?

Total¹⁸⁰¹ and irretrievable breakdown of the marriage means a lack of spiritual, physical and economic bonds between the spouses. These bonds are important because spouses are obliged to live together, assist each other and remain faithful, and work together for the good of the family their marriage has created¹⁸⁰². According to previous decisions of the Supreme Court, however,

¹⁷⁹⁷ Art. 44 I k.p.c.

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹⁹ See decision of the Supreme Court of May 28, 1955, I CO 5/55, LEX no I 17989.

¹⁸⁰⁰ Art. 58 § 1 k.r.o.

¹⁸⁰¹ Pursuant to art. 56 k.r.o., the breakdown of marriage must be both total (complete) and irretrievable.

¹⁸⁰² Art. 23 k.r.o.

because of extraordinary circumstances, some elements of the economic bond may remain despite the initiation of divorce. For example, spouses may not be able to afford to buy or rent another apartment and must therefore still live together. In such a case, the court should establish whether there is a complete lack of spiritual and physical bonds between spouses.

There is no presumption regarding the total and irretrievable breakdown of marriage. The court uses the general rules of civil proceedings, but the court should take into account some differences in divorce proceedings. The court's decision cannot be based on the acknowledgement of the claim or facts made by the defendant. The court is obliged to hear the testimony of both parties. In the case of an acknowledgement of the claim by defendant, if the spouses do not have common minor children, the evidence proceedings can be limited to the testimony of the spouses. This testimony of the spouses aims to establish the circumstances regarding the question of whether total and complete breakdown of marriage occurred, as well as the question regarding the situation of the children. If the defendant has acknowledged the claim, the court is obliged to establish reasons why the acknowledgement took place.

35. How is consent between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

Consent is important but not decisive. In the case of an acknowledgement of the claim by the defendant, there are some changes in the general rules of divorce proceedings. See question 34.

36. How is separation between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

Separation is not required before the initiation of divorce proceedings. However, the period of separation can be evidence for the irretrievable breakdown of marriage.

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?

Separation is significant evidence of the irretrievable breakdown of the marriage, but it is not decisive. As previously mentioned, spouses can be granted divorce even if they occupy the same house because they cannot afford to buy or rent separate apartments. On the other hand, it is possible that spouses live separately, but such separation is insufficient to establish the irretrievable breakdown of the marriage.

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

There is no specific period of separation that can be recognized as an irretrievable breakdown. Courts take into account the length of the marriage and all of the circumstances of the case in establishing whether irretrievable breakdown occurred. Separation does not need to be a continuous period of time, but breaks in separation can be evidence of the lack of irretrievable breakdown. The irretrievable breakdown of marriage means that spouses will not return to each other at any time.

37. Can an initial claim on the ground of irretrievable breakdown be converted into a divorce by consent or in a divorce on the ground of fault in the course of proceedings? If yes what are the bridges between these proceedings?

There is only one proceeding. In each divorce case, the court is obliged to establish that a total and irretrievable breakdown of marriage occurred. See also question 30.

c. Divorce on the ground of fault

38. What are the fault grounds for divorce?

Pursuant to article 57 § 1 k.r.o., in each divorce case, the court must rule on whether there is fault and which spouse is at fault for the breakdown of the marriage. There is one exception: by joint motion of the spouses, the court may waive a ruling on fault, which has the effect that neither of the spouses is considered at fault.

However, fault is not a prerequisite for divorce, but it is an important aspect of divorce proceedings. There are three possible situations: 1) one of the spouses is at fault, 2) both spouses are at fault, or 3) neither spouse is at fault.

Establishing guilt is important for the grant of divorce, as well as for the existence and scope of the duty to pay maintenance.

39. Are there some specific requirements regarding proof of fault in this proceeding?

There are no special rules regarding proof of fault. Spouses can use different evidence.

The basis for establishing fault is the behavior of each spouse. If the court comes to the conclusion that the behavior of a spouse affected the total and irretrievable breakdown of the marriage, that spouse is at fault and it is irrelevant that the fault of the other spouse is greater. The differing extent of each spouse's guilt is not an obstacle to finding them both at fault¹⁸⁰³. The court's ruling on the sole guilt of one spouse should be preceded by the establishment that only one of the spouses caused the total and irretrievable breakdown of the marriage¹⁸⁰⁴.

40. Does the judge keep a margin of appreciation to pronounce a judgment against both parties when fault is claimed by only one party?

The court is able to rule that both spouses are at fault for the breakdown of the marriage even if the plaintiff wants a ruling that the defendant is solely guilty¹⁸⁰⁵. It is the obligation of the court to rule on whether there is guilt and which spouse is guilty. Only a joint motion of the spouses waives this obligation.

¹⁸⁰³ See, e.g., the decision of the Supreme Court of June 29, 2000, V CKN 323/00; the decision of the Supreme Court of September 22, 1997, II CKN 329/97.

¹⁸⁰⁴ See decision of the Supreme Court of May 13, 1997, II CKN 140/97.

¹⁸⁰⁵ Bronisław Czech [in] Kazimierz Piasecki (ed.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2006, p. 390.

41. Does parties' reconciliation prevent them from invoking earlier facts as ground for divorce?

The Family and Guardianship Code does not recognize spouses' reconciliation as a factor that erases guilt. Nonetheless, reconciliation is one of the circumstances taken into account when assessing the state of matrimonial life and the breakdown of the marriage. The subsequent change of behavior by one spouse does not mean that the previous misbehavior cannot be treated as a factor causing the breakdown of the marriage¹⁸⁰⁶. According to the decisions of the Supreme Court, reconciliation is deemed to occur after the subsequent improvement of the spouse's behavior, but a spouse can refer to previous misconduct even if it has been forgiven¹⁸⁰⁷.

42 Can fault between spouses be considered as a tort and open a claim for damages to the benefit of the innocent spouse? If yes, is the claim for damages on the ground of fault between spouses distinct from a 'classical' tort law action?

A spouse's fault cannot be considered a tort, but the acts underlying the fault can be torts and therefore a source of claims for damages. In such cases, the general rules of tort law apply.

B. Consequences of divorce

43. Do spouses have the possibility to settle the consequences of divorce (as well as the date at which the divorce will be effective) by an agreement

- **Before marriage;**
- **During marriage;**
- **During the divorce proceedings?**

Spouses are not able to decide the date at which the divorce becomes effective. A marriage is dissolved at the moment the court's judgment becomes final and cannot be appealed.

Spouses also cannot settle the consequences of the divorce before or during the marriage. However, in the course of divorce proceedings, spouses can conclude an agreement on how to exercise parental authority and maintain contact with their child after the divorce. This agreement is taken into account by the court. The property consequences of the divorce can also be settled by spouses after divorce. If there is disagreement in this matter, the court will decide how to distribute the property between the spouses. The maintenance obligation towards children, as well as between the spouses, can also be the subject of agreement between the spouses.

44. If yes, may the judge scrutinize the spousal agreement?

The judge may scrutinize spousal agreements regarding the exercise of parental authority and children. Spousal agreements on marital property or maintenance obligations are not subject to judicial decision as long as they are made outside the court. If those agreements are concluded in front of the court, they are examined as to whether they are contrary to the law and principles of social coexistence or whether they aim to circumvent the law¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰⁶ See decision of the Supreme Court of March 23, 1956, III CR 347/55, OSN 1956/4/114.

¹⁸⁰⁷ See decision of the Supreme Court of December 19, 1950, C 347/50, OSN 1951/2/55.

¹⁸⁰⁸ See art. 184 k.p.c.

45. If the judge has a power of scrutiny, which elements allow the judge either to require the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The judge examines spousal agreements on how to exercise parental authority or maintain contact with the child based on whether they are compatible with the welfare of the child¹⁸⁰⁹. It is also important that siblings be brought up together unless the welfare of the child requires otherwise. See also question 44.

46. If a proceeding of legal separation (without dissolution of marriage) exists in your system, what are its consequences regarding spouses and their common children?

Legal separation exists in Poland. A ruling on separation has the same effect as the dissolution of marriage by divorce unless law provides otherwise¹⁸¹⁰. The most significant difference between separation and divorce is that separated spouses cannot remarry¹⁸¹¹. One of the results of separation is a new matrimonial property regime: separation of property replaces community of property as the default regime. In a ruling on separation, the court rules on joint parental authority over minor children of both spouses and on parental contact with the child, as well as alimony for the children. However, if the ruling is the result of a joint motion of the spouses and is judged in a special proceeding, the court does not rule on parental authority because a prerequisite of that special proceeding is the lack of common children.

a. The personal consequences of divorce

i. The consequences of divorce between spouses

47. When does divorce officially break off the marriage?

Marriage is broken off when the ruling on divorce becomes final. This occurs when the ruling cannot be appealed because either the timeframe for appeal has expired or the appealed proceedings have ended with the ruling of the upper court.

48. Is matrimonial freedom of the ex-spouses subjected to limitations? (when are they authorized to remarry, can the remarry each other ...)

There are no limitations on the freedom of the ex-spouses. They can remarry as soon as the ruling on divorce is final. Ex-spouses can remarry each other.

49. If marriage has consequences on the family name of spouses, what are the correlative effects of divorce?

Spouses may change their surnames upon marriage. Pursuant to article 25 § 1 k.r.o., the surname that the spouses use during marriage must be submitted in a statement. The statement is made in front of the head of the registry office and may be submitted immediately after the wedding, as well as before the head of the registry office who draws up a statement that there are no hindrances to the marriage. The latter approach is chosen more often.

¹⁸⁰⁹ See art. 58 § 1 k.r.o.

¹⁸¹⁰ See art. 61⁴ § 1 k.r.o.

¹⁸¹¹ See art. 61⁴ § 2 k.r.o.

There are a few possibilities regarding surnames. First, one spouse may adopt the surname of the other. Second, each spouse may retain their current surname. Finally, spouses may combine their surname with that of the other spouse. A surname which is made as a combination of surnames may not be composed of more than two elements.

If spouses have not made any statements regarding surnames, each of them will retain their existing surname.

There is a special provision in the law concerning surnames after divorce. Within three months after the ruling on the divorce becomes final, a divorced spouse who changed a surname as a consequence of the marriage may submit a statement before the head of the registry office to revert back to the previous surname¹⁸¹². The ex-spouse cannot demand from the other ex-spouse a change in the surname¹⁸¹³.

50. Does divorce have effects regarding

- **Citizenship eventually granted to the foreign spouse by marriage;**
- **Residence permit granted to the foreign spouse by marriage?**

Divorce does not affect citizenship, but has some consequences for residence permits. A tenable residence permit can be granted to a foreigner who has married a Polish citizen¹⁸¹⁴. This permit may be disaffirmed when the marriage comes to an end unless there are other circumstances which are prerequisite of granting a residence permit (e.g., an ex-spouse has permission to work in Poland).

ii. The consequences of divorce regarding children

51. Does your system distinguish the exercise of parental responsibility from the issue of residence of children? If yes, how and what are the consequences on the exercise of parental responsibility?

The residence of the child is either the common residence of the parents or the residence of the parent who has the sole power to exercise parental responsibility. If both parents have power to exercise parental authority, the residence of the child is the residence of the parent with whom the child stays. If the child stays with both of the parents, the residence of the child is established by a court¹⁸¹⁵.

52. Does divorce produces automatic effects regarding parental responsibility?

In its ruling on divorce, the court should rule on parental responsibility. On this issue, the court takes into account the agreement of the spouses on how to exercise parental responsibility insofar as it is compatible with the welfare of the child. Divorce does not produce automatic effects regarding parental responsibility.

¹⁸¹² Art. 59 k.r.o.

¹⁸¹³ See decision of the Supreme Court of February 2, 1978, IV CZ I I/78, LEX no 8065.

¹⁸¹⁴ Art. 53 ust. 1 pkt 6 Act of June 13, 2003 on foreigners.

¹⁸¹⁵ Art. 26 k.c. (Civil Code of April 23, 1964).

53. Can the exercise of parental responsibility be subject to a parental agreement?

Parental responsibility can be subject to a parental agreement. However, the court is able to influence parental responsibility to ensure the welfare of the child.

54. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The judge is vested with the power to scrutinize the agreement of the parents on how to exercise parental responsibility and maintain contact with the child after divorce. The judge may leave parental responsibility with both parents at their joint motion if they presented such an agreement and if it is reasonable to expect that they will co-operate in matters concerning the child. The judge may also ask parents to reconsider their agreement or to modify it. If there is no agreement between the spouses or if the agreement is incompatible with the welfare of the child, the judge may give the power to exercise parental responsibility to one parent, limiting the parental responsibility of the other parent to specific rights and duties.

55. Is the judge vested with the power to organize the exercise of parental responsibility? If yes, does he compulsorily need to be requested to hold on this issue by one or the other parents?

The court can organize the exercise of parental responsibility. The court should ask parents about their agreement regarding the exercise of parental responsibility. The agreement of the parents regarding maintenance of contact with the child after divorce does not permit the court to leave this matter out of the ruling on divorce¹⁸¹⁶.

56. What are the elements enabling the judge to hold a modification of the exercise/right of parental responsibility? May one parent be deprived of his/her exercise of parental responsibility considering his/her misbehavior toward the other parent?

The judge should take into account all the circumstances of the case and the welfare of the child. The judge can modify the exercise of parental responsibility. One parent can be deprived of parental responsibility to ensure the welfare of the child. Misbehavior of one parent toward the other can result in the modification of parental responsibility as it is assumed that this misbehavior can be dangerous for a child. On the other hand, infidelity to the other parent is not a reason to limit parental responsibility.

57. May parent(s), once deprived of the exercise/right of parental responsibility, still be vested with contact, visit and/or residence of his/her/their children?

Contact with children is not an element of parental responsibility (parental authority¹⁸¹⁷). Regardless of parental authority, parents and children have the right and obligation to maintain

¹⁸¹⁶ See decision of the Supreme Court of June 5, 2012, III CZP 72/11, Biuletyn SN 2012/6/7.

¹⁸¹⁷ In the Family and Guardianship Code, the term used is „władza rodzicielska” (which translates as „parental authority”) instead of „odpowiedzialność rodzicielska” (which translates as „parental responsibility”).

contact with each other¹⁸¹⁸. Contact with the child specifically includes spending time with the child, direct communication, maintaining correspondence, and using other means of communication, including electronic communication¹⁸¹⁹.

The parent deprived of parental responsibility can still be vested with contact with the child if necessary for the child's welfare. However, the court may prohibit meetings with the child, prohibit taking the child outside the child's place of residence, allow one parent to meet with the child only in the presence of the other parent, limit contacts to specific kinds of communication or even prohibit communication. The court may entirely limit or even prohibit contact with the child if it seriously endangers or violates the child's welfare.

The residence of the child is the residence of the parent who has exclusive parental authority. If both parents have equal parental authority and have separate residences, the residence of the child is with the parent with whom the child permanently resides. If the child does not reside permanently with one of parents, the court decides the child's place of residence.

58. Which arrangements are legally available to parents in order to organize residence of children after divorce? (Usual residence with visit and contact, shared residence, residence granted to a third party...)

There is no shared residence in Poland. The general rule is that a person can have only one domicile. If one parent is deprived of parental authority, the child should not reside with that parent because it would be very difficult for the other parent to exercise parental authority. If both parents have parental authority, the court should establish the residence of the child in the ruling on divorce.

59. May arrangements regarding the residence of the child be decided by a parental agreement? If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

In cases when both parents want to have parental authority, they should consider the residence of the child. However, the court is vested with the power to scrutinize the parental agreement. Although the court takes the agreement into account, its ruling can differ from the agreement.

60. Are legal provisions available to the judge to guaranty the relationships between parents and child after divorce? If yes, what are they? Are sanctions provided if one parent does not fulfill his/her duty to maintain relationship with his/her child?

There are no special provisions regarding the guaranty of the relationships between the parents and the child after the divorce, other than general rules regarding parental authority and contact with the child. In particular, the guardianship court may amend a decision on parental authority and how it is exercised after a ruling on divorce, separation or annulment of the marriage. The guardianship court may also establish the custody of the child¹⁸²⁰. Parental authority may be

¹⁸¹⁸ Art. 113 § 1 k.r.o.

¹⁸¹⁹ Art. 113 § 2 k.r.o.

¹⁸²⁰ Art. 106 k.r.o.

limited, suspended or deprived. Contact between the parents and child may also be limited or prohibited.

b. Post-marital financial consequences

61. Does the settlement of financial consequences of marriage breakdown is made in a single divorce proceeding or can it be dealt through a distinct one, either concomitant or subsequent?

The rule is that by motion of either spouse, the court may divide the joint property in the ruling on divorce, as long as carrying out the division does not cause undue delay to the proceedings¹⁸²¹. In practice, the distribution of property does not occur very often because of a lack of suitable motion or because the spouses are not unanimous in determining the common property and its division. In the last instance, it is possible to divide common property in divorce proceedings only if evidentiary proceedings are not time-consuming. If they are, the court decides to neglect the motion for division because the division would cause undue delay. Spouses can divide their common property in an agreement and if it is not possible to conclude the agreement, they are able to make a motion to the court. The condition of division of common property is that the ruling on divorce is final¹⁸²².

i. Consequences between spouses

62. At the time of marriage breakdown are ex-spouses entitled the one regarding the other to :

- **Compensation,**
- **Maintenance,**
- **Compensation of rights to pension benefits,**
- **Damages**
- **Any other payment or property rights?**

Under a few conditions mentioned in the Family and Guardianship Code, spouses may be entitled to maintenance. The property rights of the spouses depend on the marital property regime applicable in a particular marriage.

If yes, please answer the following questions:

63. Does the maintenance/compensation/damage issue must be claimed at the time of the initial request or can it be made in the course of divorce proceeding?

The maintenance issue can be subject to a ruling on divorce. Request for maintenance can be made subsequently, and the scope and time of the maintenance obligation towards an ex-spouse depends on guilt. There are two general rules.

¹⁸²¹ Art. 58 § 3 k.r.o.

¹⁸²² Spouses are able to divide common property if they conclude a marital property agreement introducing separation of property or if this regime is the compulsory one.

First, a divorced spouse who has not been found exclusively guilty in the breakdown of the marriage and who finds himself without means may demand that the other spouse provide the means for upkeep as appropriate in light of the needs of the entitled spouse and the earning capacity and assets of the obliged spouse¹⁸²³.

According to the second rule, if one spouse has been exclusively guilty for the breakdown of the marriage and the divorce results in a significant deterioration in the standard of living of the innocent spouse, at the motion of the innocent spouse, the court may decide that the guilty spouse is obliged to contribute as appropriate to satisfy the needs of the innocent spouse, even if the innocent spouse is not destitute¹⁸²⁴.

64. Can the maintenance/compensation/damages claim be introduced by one or the other spouse after the divorce being granted? If yes, is this action enclosed in a specific period of time?

Claims for maintenance as discussed in question 63 can be introduced after the divorce. There is no time limit for initiating an action in this regard. However, the obligation to provide maintenance for an ex-spouse ceases if the entitled ex-spouse remarries. If the obliged spouse was not found exclusively guilty of the breakdown of marriage, the obligation also ceases five years after the ruling on divorce, unless extended by the court at the request of the entitled spouse due to exceptional circumstances¹⁸²⁵.

65. May one of the spouse be discharged from providing for maintenance/compensation/damages, to the other? If yes, on which grounds?

An ex-spouse may be discharged from providing maintenance when the entitled spouse remarries. The obligation also ceases five years after the ruling on divorce. According to the general rule regarding the maintenance obligation, a change in the relationship may require a change in the ruling or agreement concerning the maintenance obligation¹⁸²⁶. For example, if the needs of the entitled spouse are lowered, the obliged spouse may demand cutting the payments for the ex-spouse. The same is possible if the earning capacity of the obliged spouse is decreased. On the other hand, the entitled spouse may demand higher payments as well.

66. May one of the spouses be deprived from obtaining maintenance/compensation/damages, from the other? If yes, on which grounds?

The entitled spouse can be deprived from obtaining maintenance if the circumstances on which the maintenance obligation is based have ceased. For example, this can occur if the entitled spouse is not without means and there is no significant deterioration in the standard of living of the innocent spouse.

The maintenance obligation ceases if the entitled spouse remarries. However, cohabitation is not treated the same way as remarriage¹⁸²⁷.

¹⁸²³ Art. 60 § 1 k.r.o.

¹⁸²⁴ Art. 60 § 2 k.r.o.

¹⁸²⁵ Art. 60 § 3 k.r.o.

¹⁸²⁶ Art. 138 k.r.o.

¹⁸²⁷ See decision of the Supreme Court of July 10, 1998, I CKN 788/97, LEX no 34443.

67. According to legal provisions or case law, is balance between the two ex-spouses personal assets sought?

The termination of the marriage means the end of the default property regime, which is community of property. When the community of property regime ceases, the shares of spouses in the common (joint) property are equal, unless their marital property agreement provides otherwise. This rule is one of the guarantees of the balance between the ex-spouses. The majority of couples do not conclude a marital property agreement and the rules on the default property regime are applied.

Balance between the ex-spouses can be sought by way of a maintenance obligation. Deterioration in the standard of living can be the reason for claiming maintenance if the claimant has not been found exclusively guilty for the breakdown of the marriage. This rule is significant particularly for long-lasting marriages in a traditional family, wherein the husband is the bread-winner and the wife takes care of the children and the household.

68. Are the rules organizing compensation/maintenance/damages connected to the rules organizing the liquidation of matrimonial assets, or to equivalent ones relating to property law?

Division of common (joint) property is an issue independent from the maintenance obligation. However, the results of the division of common property can influence the maintenance obligation.

The general rule is that if the relationship changes, the ruling or agreement concerning maintenance may also be changed¹⁸²⁸. As soon as the ruling regarding division of property is final, the obliged spouse may demand changing the ruling on maintenance. If the ruling on maintenance is made after the ruling on property division, the court takes into account the amount of property obtained by the plaintiff as a result of the property division.

69. Do the grounds for divorce have an incidence on an award of compensation/maintenance after marital breakdown? If yes, to what extent?

Grounds for divorce do not have a direct influence on maintenance. The maintenance obligation between former spouses is connected with the guilt for the breakdown of the marriage. The particular grounds for divorce are taken into account by the divorce court ruling on whether there is fault and which spouse is at fault for the breakdown of marriage.

There are two types of maintenance claims between former spouses: the “narrow” and the “broad” type. The broad type can exist only between a solely guilty spouse and a wholly innocent spouse.

¹⁸²⁸ Art. 138 k.r.o.

70. What shape compensation/maintenance or other financial obligations between the spouses may take? If multiple shapes are available, are they determined according to the grounds for divorce?

In practice, maintenance takes the form of periodical monetary payment, not lump sums. Compensation cannot be claimed by former spouses and maintenance does not act as compensation.

The amount of periodical payments is calculated taking into consideration the justified needs of the entitled person and the economic and earning capacity of the obliged person.

71. Does your national law allow the competent authority to allocate the family home to one spouse for property, use or renting?

The family home is not treated in any special way in the sense that the most important aspect is the legal title to it (ownership). The rules of matrimonial property regimes are applied. If the home is part of the separate property of a spouse, it is not subject to division. Once it is part of common property, it is divided by the spouses or the court based on the rules of the division of common property.

If the spouses share an accommodation such as a family home, the court also rules on the use of that residence for as long as the divorced spouses share the accommodation¹⁸²⁹. In exceptional cases, when one spouse's blameworthy behavior makes such cohabitation impossible, the court may order an eviction on the suitable motion of the other spouse.

72. May amount and modes of fulfilling the financial obligations between spouses be determined by spousal agreement?

Spouses are not able to conclude an agreement on maintenance in the case of an eventual divorce. Furthermore, while the default regime of community of property exists, neither of the spouses can demand the division of the common (joint) property. They may also not dispose of or undertake to dispose of particular assets belonging to them, or the share of common property that they would receive if the default regime ceased¹⁸³⁰.

However, spouses can conclude an agreement on maintenance between themselves during the actual divorce proceedings and after the divorce. After the default regime of community of property ceases, spouses may divide their common property.

73. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

¹⁸²⁹ This is the obligation of the court to rule on this issue. However, if the spouses have decided on this issue and the court finds their agreement on this subject not dangerous either to the welfare of the children or to the spouse who has parental responsibility, the court may leave this issue out of the ruling of divorce. It is also unnecessary to include this issue in the ruling of divorce when one spouse has left the family home (see the decision of the Supreme Court of July 18, 2002, IV CKN 1249/00, LEX no 80269). The burden of proving that one spouse has left the family home lies with that spouse.

¹⁸³⁰ Art. 35 k.r.o.

Once the agreements on maintenance or division of property are concluded after divorce, and neither of the spouses questions them, the court is not vested with the power to scrutinize these agreements.

74. In order to evaluate the amount of compensation/maintenance/damages, are the spouses under duty to fully disclose the elements making up their assets (incomes, capital, assets, pension, benefit...) or can they be discharged from full and frank disclosure?

Spouses are obliged to provide information on their assets. The court can demand such information¹⁸³¹ and can order all those concerned to provide information regarding the financial situation of spouses.

While it is not possible to estimate the financial situation of the spouses, the court will take into account the age, profession, and the earning capacity of the debtor.

75. If no discharge does exist, what are the consequences of the refusal by one of the spouses to disclose financial elements of his/her assets?

See question 74. Spouses are obliged to give all of the necessary information¹⁸³². The finances of the spouses can be established by ordering tax offices, banks and other institutions to provide sufficient information and documents that would help the court¹⁸³³.

76. What are the criteria taken into account in order to evaluate the amount of the due compensation/maintenance/damages? (former household way of life, needs of the ex-spouses either actual and/or future, age, health or ability to find a job, self-sufficiency ...)

The criteria depend on the type of maintenance between the former spouses. There are two types of maintenance: the narrow type and the broad type.

The narrow one is regulated by article 60 § 1 k.r.o. The entitled spouse should prove that he or she finds himself or herself without means. The first criterion is the lack of means. The other criterion is the earning and economic ability of the obliged spouse. The general rule regarding all maintenance is that the scope of the maintenance depends on the earning capacity and assets of the obliged person¹⁸³⁴.

The broad type of maintenance requires proof of a significant deterioration in the standard of living. The court takes into account the present standard of living and the standard of living during the marriage. Justified needs of the innocent spouse should be satisfied, even if the entitled spouse is not completely without means. The general rule regarding earning capacity is also applied.

¹⁸³¹ See art. 433 k.p.c.

¹⁸³² See art. 3 k.p.c. Pursuant to this regulation, parties are obliged to act according to good practice. They must provide explanations of the circumstances of the case as well as the true evidence without hiding anything.

¹⁸³³ See art. 248 k.p.c.

¹⁸³⁴ Art. 135 § 1 k.r.o.

77. May the amount of compensation/maintenance/damages be revised? If yes, on which grounds and to which term (regularly, considering the needs of the petitioner ...)?

If the circumstances have changed, the amount of maintenance can be adjusted. One spouse can initiate a new claim and the court must decide whether to increase or reduce the amount of the maintenance. Former spouses are also able to conclude an agreement and adjust this amount to their new situation.

ii. Consequences regarding children

78. Is the obligation to maintain the child linked either to parental responsibility, or to the residence of the child, or to any other element?

The obligation to maintain the child is not linked to parental responsibility or the residence of the child. Even though the child lives with one parent does not mean that the other parent is not obliged to participate in the costs of caring for the child. Parents are obliged to provide maintenance to a child who cannot provide for himself or herself, unless the income from the child's property is sufficient to cover his or her maintenance and upbringing¹⁸³⁵.

79. By which means does your system organize maintenance of the child by the parent who is not usually living with him/her (maintenance order, supply of assets for the benefit of the child, supply of capital, trust...)?

The parent who does not live with the child covers half of the maintenance or upbringing costs of the child.

One of the elements of a divorce ruling can be the decision on the amount of maintenance. It is possible to adjust the amount of the alimony either by a subsequent decision of the court or by an agreement between the parents of the child¹⁸³⁶.

80. May methods provided to carry out maintenance obligation regarding children be determined by parental agreement?

The methods provided to carry out the maintenance obligation regarding children may be determined by parental agreement. Although there is no developed regulation on agreements regarding the maintenance obligation, such an agreement is mentioned in article 138 k.r.o.: if the relationship changes, a change in the ruling or agreement concerning the maintenance obligation may be required.

By such agreements, parents are not allowed to terminate their maintenance obligations. Their agreement is subsidiary in the sense that parents may establish the amount of the maintenance or the time of payment by the agreement, but they should take into account the justified needs of the child and the earning capacity of the obliged parent.

¹⁸³⁵ Art. 133 § 1 k.r.o.

¹⁸³⁶ Art. 138 k.r.o.

81. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the parents to reconsider the agreement, or to directly modify it?

The court is not bound by the agreement of the parents if the relationship has changed after the conclusion of the agreement. In such a case, the court may modify the rules on the maintenance obligation by, for example, waiving the amount of maintenance. The court does not ask the parents to reconsider the agreement and simply rules on the maintenance obligation.

III. PROCEDURE

82. May divorce be granted and its personal and financial consequences settled outside legal proceedings?

Articles 57-58 k.r.o. are relevant because they mention the mandatory elements of the ruling on divorce. These elements can be divided into three groups:

- 1) elements put into the ruling *ex officio* without any motion by the spouses,
- 2) elements introduced to the ruling because of a motion by at least one spouse,
- 3) elements introduced to the ruling on the joint motion of the spouses¹⁸³⁷.

The first group includes fault in the breakdown of marriage¹⁸³⁸, parental responsibility (authority), the maintenance obligation towards children, and the temporary use of shared accommodations¹⁸³⁹.

The second group includes an eviction from shared accommodation, division of common property¹⁸⁴⁰, and maintenance between spouses¹⁸⁴¹.

The third group includes the division of the common home, i.e., a home belonging to the common property of the spouses.

Issues which are not the mandatory elements of the ruling on divorce or those not necessary by motion of one or both of the spouses can be subject to agreements between ex-spouses.

83. If yes, which is the competent authority to know about these issues? Is that administrative proceeding the sole one or it is an alternative to legal proceedings?

There is no special register of agreements on the consequences of divorce. If real estate is the subject of an agreement between the ex-spouses, information about ownership of the real estate should be entered into the land register.

¹⁸³⁷ See Tadeusz Smoczyński [in:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, p. 147.

¹⁸³⁸ The court may waive a ruling on fault by joint motion of the spouses. Such a ruling has the effect that neither of the spouses is guilty.

¹⁸³⁹ The ruling has temporary effect. If one of the ex-spouses leaves the shared accommodation, the ruling loses its power.

¹⁸⁴⁰ The division of common property can be made so long as carrying it out does not cause undue delay to the proceedings.

¹⁸⁴¹ This issue can be subject to separate proceedings after divorce, which is very often the case.

84. In your system, which is the court legally competent to grant divorce? Is that Court equally competent to hold about its consequences? Do transnational divorce proceedings fall within the competence of a particular Court?

Divorces are granted by regional courts¹⁸⁴² acting as courts of the first instance. The higher courts in these cases are the courts of appeal. The regional courts are on the second level in the structure of Polish courts and they are both the courts of the second instance for the majority of cases and the courts of the second instance for the cases mentioned in the Code of Civil Procedure¹⁸⁴³, which include divorce cases.

The regional courts are authorized to decide all issues that could be the elements of a divorce ruling¹⁸⁴⁴. However, if the division of property is not made in divorce proceedings and is instead made later, the competent court is the district court. This court also has competence to decide cases on maintenance between the parents and children and between ex-spouses. If the ruling on divorce establishes the amount of maintenance, it can be changed by the district court if the circumstances subsequently change.

In regard to transnational divorce proceedings, Council Regulation (EC) no 2201/2003 of November 27, 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and of parental responsibility is applied. Where no court of a Member State has jurisdiction, jurisdiction is determined by article 1103¹ § 1 k.p.c. Pursuant to this article, jurisdiction over matrimonial matters shall lie with Polish courts:

- if both spouses have the last common habitual residence or residence in Poland, provided that at least one spouse has a habitual residence or residence in Poland, or
- when the plaintiff spouse has a habitual residence or residence in Poland for at least one year, or
- when the plaintiff spouse who is a Polish citizen has a habitual residence or residence in Poland for at least six months, or
- both spouses are Polish citizens.

If jurisdiction lies with the Polish courts, the case is considered in the regional courts.

85. After the petition for divorce is presented, must the spouse respect a cooling-off period? If yes, how long is that period of time?

There is no cooling-off period. Mediation in divorce cases is not mandatory. However, the court is able to refer the parties to mediation.

86. Are the spouses under duty or invited, when divorce proceeding is initiated or afterward in the course of process, to turn to alternative dispute resolution?

Spouses are not under a duty to turn to alternative dispute resolution. If there is potential for maintaining the marriage, the court may direct the spouses to mediation,¹⁸⁴⁵ but mediation is not mandatory. The main aim of mediation is the return of the spouses to common living.

¹⁸⁴² Art. 17 pkt 1 k.p.c.

¹⁸⁴³ See art. 17 k.p.c.

¹⁸⁴⁴ See question 82.

¹⁸⁴⁵ Art. 436 § 1 k.p.c.

Mediation can also be used in divorce proceedings to secure an agreement of the spouses regarding disputed issues such as how to meet the needs of the family, alimony, how to exercise parental authority, problems relating to contacts with the children, and other financial issues, which are subject to the ruling on divorce¹⁸⁴⁶.

87. May the competent authority during the course of divorce proceeding make interim orders on

- **the family home,**
- **the children,**
- **maintenance between the spouses,**
- **the consequences of marital abuse ?**

There are no interim orders during divorce proceedings. However, the court may make temporary orders on the issues of parental responsibility, maintenance of contact with the children, how to meet the needs of the family, and alimony. These orders are valid until the ruling on divorce is final.

88. Is appeal available against the divorce order or against an out of court divorce decision?

An appeal of the ruling on divorce is possible and is heard by the court of appeal. The decision of the court of the second instance is final.

89. Does a third-party (public prosecutor, child's solicitor, social services, institution aiming at protecting children...) have the right to intervene

- **in divorce proceeding,**
 - **in proceedings on parental responsibility if separated from the divorce proceeding?**
- If yes, on which grounds?**

A public prosecutor and an ombudsman have the right to take part in divorce proceedings and the proceedings on parental responsibility. They are not entitled, however, to initiate divorce proceedings because the right to initiate a petition for divorce is personal and exclusively connected to the spouses. There are no special prerequisites for taking part in the proceedings. The prosecutor should take part in the proceedings if – according to the prosecutor – it involves public interests, or the protection of human rights and public order¹⁸⁴⁷.

Other third parties, such as institutions seeking to protect children, do not have the right to intervene either in divorce proceedings or proceedings on parental responsibility. Opinions of such institutions can, however, be evidence in these proceedings.

90. Are the child's views assessed in legal proceeding for divorce (and/or parental responsibility) or in out of court divorce processes? If yes, what are the methods used for assessing the child's views? May he/she be assisted in this assessment and by whom?

¹⁸⁴⁶ Art. 445² k.p.c.

¹⁸⁴⁷ Art. 7 k.p.c.

Minors under 13 years of age cannot be witnesses in divorce proceedings. This prohibition is applied to the children of spouses who are under 17 years of age¹⁸⁴⁸.

Before deciding parental responsibility and the parents' maintenance of contact with the child, the court should hear the child if the child is sufficiently mature. The parties to the proceeding and their attorneys are informed about the place of the hearing, which is outside the courtroom,¹⁸⁴⁹ and the terms of the hearing, and they may be present during the hearing of the child. The hearing is made in the presence of the child's statutory representative and minutes from the hearing are recorded.

In reaching its decision, the court may take into account all of the circumstances, including the level of maturity, mental development, and health condition of the child. The court may also consult the opinion of the child and consider those preferences.

IV. RECOGNITION OF FOREIGN DIVORCE DECISIONS

91. What are the conditions for legal recognition of foreign decisions about:

- z) the termination of marriage,**
- aa) financial consequences of divorce,**
- bb) the settlement of matrimonial assets,**
- cc) parental responsibility,**
- dd) children's maintenance?**

What are the conditions for legal recognition in your country of divorce decisions from a Third State (= outside the European Union) ?

Please only mention the national general rules and not bilateral conventions signed by your country.

Council Regulation (EC) no 2201/2003 of November 27, 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and of parental responsibility applies. There are also several bilateral and multilateral conventions regarding the recognition of foreign decisions.

In addition to these regulations, there are special rules in this regard in the Code of Civil Procedure. The general rule is that foreign decisions of the courts are recognized unless there are obstacles mentioned in article 1146 k.p.c., which include:

- a) the decision of the court is not final,
- b) the decision has been made in a case in which the jurisdiction of the Polish courts is exclusive,
- c) if the respondent was not served with the document that initiated the proceedings with sufficient time and in such a way as to enable the respondent to arrange for his or her defense,
- d) the party of the proceeding was not able to defend,
- e) a case regarding the same issues was instituted earlier before the Polish courts,
- f) the decision is irreconcilable with a judgment given in proceedings between the same parties in Poland or in another country, provided that the judgment made in this country fulfills the conditions necessary for its recognition in Poland,
- g) the decision is manifestly contrary to the public order of Poland.

¹⁸⁴⁸ Art. 430 k.p.c.

¹⁸⁴⁹ Art. 216¹ k.p.c.

92. Can a foreign divorce decision be denied recognition in your country because of violation of public order? Please provide some examples.

A foreign decision on divorce can be denied recognition because it violates the public order. However, according to decisions of the Supreme Court, this could happen only in extraordinary circumstances when the regulation on divorce in another country considerably differs from Polish regulation on divorce¹⁸⁵⁰. For example, the Court of Appeal in Warsaw denied recognition of the decision of an American court pursuant to the law of the state of Illinois because this law significantly differs from Polish law and the American decision is in violation of the public order¹⁸⁵¹.

93. Are the foreign divorce decisions related to the citizens of your country subject to publicity measures (registration in official register, registration in official documents : birth certificate, marriage certificate or any others ...)? If yes, what are the publicity requirements?

Foreign decisions related to the citizens of Poland can be registered in the registry office. They should be delivered to the registry office with the enforcement clause. The petitioner should also provide the certificate referred to in article 39 of regulation no 2201/2003.

94. If yes, is registration a facultative or mandatory requirement? Who is in charge of this necessary procedure?

The registration is facultative. However, if an ex-spouse wants to enter into a new marriage, that spouse will have to get a certificate stating that there are no circumstances that would prevent the conclusion of the marriage from the head of the registry office. The ex-spouse does not receive the certificate if it is not registered that he is a divorced person.

95. What are the consequences of registration or lack of registration?

See question 94. The certificates issued by the registry office regarding civil status are the only evidence of the events found within them. If they are inconsistent with the actual situation, the inconsistency can be proven only in the front of the court¹⁸⁵².

96. Are there any special remarks you would you like to add with regard to your national law about marriage breakdown?

No.

¹⁸⁵⁰ See decision of Supreme Court of January 18, 2002, I CKN 722/99, LEX no 53145.

¹⁸⁵¹ See decision of Court of Appeal in Warsaw of October 3, 1997, Wokanda 1998/1/10.

¹⁸⁵² See art. 4, Act on Registry Office Records.

RAPPORT ROUMAIN

Marius Scheaua
Université de Cluj

I. PARTIE GÉNÉRALE

A. Droit national

- I. Quelles sont les principales sources du droit (législatives et/ou jurisprudentielles) actuellement applicable au divorce ?

Conformément à l'article 1 du Nouveau code civil (NCC), les sources du droit civil sont la loi, les usages et les principes généraux du droit. Comme, dans la matière du divorce a été opérée récemment une réforme assez profonde, il est peu probable de rencontrer des usages dans le domaine. D'autre part, conformément à l'alinéa (3) du même article, dans les matières réglementées par la loi, les usages s'appliquent seulement dans le cas où la loi y renvoie expressément. Selon le cas, on va signaler ces situations au moment du.

Donc, on trouve la réglementation du divorce principalement dans le Chapitre VII du Titre II du Livre II du Nouveau code civil (en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2011), intitulé "La dissolution du mariage", en ce qui concerne les dispositions du droit matériel et dans le Chapitre VI du livre VI du Code de procédure civile sous l'aspect des normes de procédure applicables au divorce dispose sur voie judiciaire.

Ici s'impose une précision : Le Code de procédure civile de la Roumanie de 1865 devait cesser son applicabilité le 1^{er} septembre 2012, date quand aurait dû entrer en vigueur Le Nouveau code de procédure civile (NCPC) (la loi no. 134/2010). Dans cet acte normatif la réglementation de la procédure du divorce fait l'objet du Titre I, du Livre VI.

L'entrée en vigueur du Nouveau code civil a été ajournée pour le 1^{er} février 2013.

Par la suite, à la date de l'envoi du présent rapport, sont encore en vigueur les normes du Code de procédure civile de 1865, parfois incomplètement harmonisées avec la réglementation contenue dans le Nouveau code civil, mais à la date de la rédaction du rapport final, seront en vigueur les normes du Nouveau code de procédure civile. C'est pour cela qu'on va se rapporter à tous les deux actes normatifs.

De même, il faut avoir en vue les dispositions des articles 39-46 de la loi 71/2011 pour la mise en application du Code civil, contenant des règles d'application dans le temps des normes concernant le divorce et aussi celles des articles 8 lettre p), 10 lettre e) et 85[^]19 de la loi des notaires publics et de l'activité notariale no. 35/1995, pour la procédure du divorce par voie notariale.

Enfin, selon l'article 5 du Nouveau code civil, dans les matières réglementées par le code, les normes du droit de l'Union Européenne s'appliquent prioritairement, indifféremment de la qualité ou du statut des parties.

Pour les situations qui échapperaient à la réglementation légale, comme on a montré ci-dessus, il s'agit de faire appel aux principes généraux du droit.

2. Faites un historique rapide des principales évolutions du droit du divorce dans votre pays.

Dans le droit moderne de la Roumanie, à mon avis, on peut établir 4 étapes importantes dans l'évolution de la réglementation concernant le divorce : la période comprise entre le moment de l'entrée en vigueur du Code civil de 1864 et l'instauration totale du régime communiste (plus précisément, en 1954, quand par l'intermédiaire du décret 32/1954 pour la mise en application du Code de la famille et du décret no. 31/1954 concernant les personnes physiques et les personnes morales, le livre I de l'ancien Code civil – Sur les personnes – a été abrogé) ; la période du régime communiste (1954-1989), quand la réglementation du divorce était contenue dans le Code de la famille et dans le Code de procédure civile ; la période de transition, entre 1989 et 2011, quand la réglementation du divorce a continué à être celle du Code de la famille, sous aspect matériel et celle du Code de procédure civile, sous aspect procédural, en opérant, quand même, certaines modifications, plus importantes pendant les dernières années ; la période actuelle, quand les normes de droit matériel concernant le divorce ont été réintroduites dans le Code civil (le Nouveau code civil, entre en vigueur le 1^{er} septembre 2011), de pair avec toute la matière du droit de la famille, les normes de procédure faisant l'objet du Code de procédure civile (dans ce moment celui de 1865, après le 1^{er} février 2013, le Nouveau code de procédure civile).

On va faire une brève caractérisation de chaque période :

Ainsi, dans la réglementation de l'ancien Code civil, le divorce pouvait être demandé, tout d'abord, pour adultère. L'article 211, qui mentionnait cette cause de divorce, était l'équivalent de l'ancien article 229 du Code civil français, avec la différence que le divorce pouvait être demandé tant par le mari, que par la femme, et non pas seulement par le mari, comme dans le droit français.

La dissolution du mariage pouvait être requise, réciproquement, pour excès, sévices ou injures graves (article 212, correspondant à l'ancien article 232 du Code civil français), comme au cas où l'un des époux était condamné au travail forcé ou à la réclusion (article 213, article 232 Code civil français, dans l'ancienne rédaction).

Ce qui est important à retenir, c'est que pendant cette période était connu le divorce par le consentement mutuel des époux, réglementé par l'article 214, le législateur roumain de 1864 ayant opté à reprendre l'article 233 du Code civil français, bien que celui-ci eût été abrogé, avec toute la matière du divorce, par la loi du 8 mai 1816 et la loi du 27 juillet 1884, qui a recréé le divorce, n'a pas réintroduit le divorce par le consentement mutuel des époux.

En ce qui concerne la procédure, celle-ci était lourde et formaliste, étant réglementée par les articles 217-253 du Code civil, des textes qui représentaient une traduction des articles 234-274 du Code civil français (dans leur ancienne rédaction).

En ce qui concerne la procédure du divorce par consentement, celle-ci était réglementée par les articles 254-276 du Code civil, ces textes aussi étant pratiquement identiques aux articles 275-294 du Code civil français.

Les effets du divorce étaient prévus par les articles 277-285 (articles 295-305 Code civil français).

Pendant le régime communiste, le divorce a connu sa réglementation la plus stricte, dans le sens où était considéré comme une mesure d'exception, qui pouvait intervenir seulement quand les relations entre les époux, comme conséquence d'un fait coupable de l'un d'entre eux, étaient grièvement et irréremédiablement affectées, le mariage ne pouvant pas continuer; le divorce par le consentement des époux était tout à fait prohibé.

La réglementation on la trouve contenue dans le Code de la famille (les articles 37-44) et dans le code de procédure civile (les articles 607-619). La procédure était assez longue et difficile, avec des termes de réflexion et de réconciliation.

Après la révolution de décembre 1989, les réglementations de la période antérieure ont été maintenues, mais en leur apportant certaines modifications. La plus importante a été celle concernant le divorce par l'accord des époux, opérée en 1993 par la loi 59/1993. Ainsi, l'article 38 alinéa (2) du Code de la famille a été modifié par l'introduction de la disposition qui permettait aux époux de divorcer par leur consentement mutuel. Cette possibilité était, quand même, limitée à la situation où il n'y avait pas d'enfants mineurs issus du mariage et de la date duquel avait passé au moins un an. Récemment, en 2010, par la loi no. 208/2010 concernant l'accélération de la réforme en justice, cette restriction a été enlevée, les époux pouvant divorcer indifféremment de la période passée depuis la conclusion du mariage et même s'il y avait des enfants mineurs. Par la même loi a été prévue la possibilité de la dissolution du mariage par accord devant le notaire public ou l'officier d'état civil. Toutefois, le tout dernier ne peut pas instrumenter le divorce au cas où il y a des enfants mineurs nés du mariage.

3. Existe-t-il à l'heure actuelle un projet de réforme en la matière ?

Comme on a déjà indiqué, la matière du divorce a été récemment réformée, le Nouveau code civil entrant en vigueur le 1^{er} octobre 2011. En ce qui concerne les normes de procédure, le Nouveau code de procédure civile suit à entrer en vigueur le 1^{er} février prochain.

4. Le divorce est-il le seul moyen de rompre le mariage ou existe-t-il une/des possibilité(s) de rupture *a minima* (séparation de corps...) ?

Oui, le divorce est le seul moyen de rompre le mariage, l'institution de la séparation de corps, existante dans le Code civil de 1864 dans la période d'avant-guerre, n'a pas été réintroduite ni après 1989, ni dans le Nouveau code civil non plus.

5. Donnez les statistiques générales en matière de divorce et de séparation de corps.

6. Votre droit admet-il le mariage entre personnes de même sexe (ou le partenariat enregistré entre personnes de même sexe) ? Si oui, les causes et procédures de rupture de l'union sont-elles les mêmes que pour les couples hétérosexuels ?

Non, conformément à l'article 277 alinéa (1) NCC, le mariage entre personnes de même sexe est expressément interdit. Conformément à l'alinéa (2) du même article, les mariages entre personnes de même sexe, conclus ou contractés à l'étranger soit par

des citoyens roumains , soit par des citoyens etrangers , ne sont pas reconnus en Roumanie.

De meme , sur le fondement de l article 277 alinea (3) , les partenariats civils entre personnes de meme sexe (comme aussi de sexe oppose) conclus ou contractes a l etranger , soit par des citoyens roumains , soit par des citoyens etrangers , ne sont pas reconnus en Roumanie.

B. Droit international privé

7. Comment est défini le mariage dans votre droit national ?

Le mariage est defini par l article 259 alinea (1) NCC , comme etant l union librement consentie entre un homme et une femme , conclue dans les conditions de la loi.

Conformement a l alinea (2) , l homme et la femme ont le droit de se marier dans le but de constituer une famille.

L alinea (3) : la celebration religieuse du mariage peut etre accomplie seulement apres la conclusion du mariage civil.

BI. Causes de divorce

a). Rome 3 est applicable

8. Au regard des articles 5 (choix de la loi applicable par les époux) et 7 (validité formelle d'un tel accord sur la loi applicable) du règlement Rome III, quelles sont les conditions de forme imposées par votre droit national pour le choix de la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps ?

Avant de repondre strictement a la demande du point 8 du questionnaire , a mon avis , il est utile de mentionner que le Nouveau code civil de la Roumanie , par l article 2597 , reglemente dans des termes presque identiques le choix de la loi applicable au divorce par les epoux , a l exception du cas prevu par l article 2597 lettre d) , qu on ne retrouve pas dans le contenu de l Accord.

Donc , conformément a l article 2597 qui a l indication marginale "Le choix de la loi applicable au divorce" , les epoux peuvent choisir l une des lois suivantes :

a)la loi de l Etat sur le territoire duquel les epoux ont la residence habituelle au moment de la convention de choix de la loi applicable ;

b)la loi de l Etat sur le territoire duquel les epoux ont eu leur derniere residence habituelle commune , pour autant que l un d eux reside encore au moment de la convention de choix de la loi applicable ;

c)la loi de l Etat de la nationalite de l un des epoux ;

d)la loi de l Etat sur le territoire duquel les epoux ont habite au moins 3 ans ;

e)la loi roumaine.

En ce qui concerne **la date** de la convention de choix de la loi applicable , l article 2598 alinea (1) etablit que la convention designant la loi applicabe au divorce peut etre conclue ou modifiee au plus tard au moment de la saisine de l autorite competente de prononcer le divorce.

Néanmoins , l'instance judiciaire peut constater l'accord des époux au plus tard au premier terme de jugement pour lequel les parties ont été légalement citées.

On observe , donc , que la possibilité de la désignation de la loi applicable au cours de la procédure il y a seulement dans le cas du divorce par voie judiciaire et non pas dans celui prononcé par le notaire public ou l'officier d'état civil.

Quant à **la forme** de la convention de choix de loi applicable au divorce , cela doit être formulée par écrit , datée et signée par les deux époux.

9. Au regard de l'article 13 du règlement Rome III, les mariages suivants sont-ils reconnus dans votre droit national comme mariage ? 1° mariage de personnes de même sexe célébré valablement à l'étranger ; 2° mariage privé ; 3° mariage polygame...

Non. Comme on a déjà indiqué au point 6. , l'article 277 alinéa(2) du Nouveau code civil , stipule qu'en Roumanie ils ne sont pas reconnus les mariages entre personnes de même sexe , conclus ou contractés à l'étranger soit par des citoyens roumains , soit par des citoyens étrangers.

Sur le fondement de l'article 277 alinéa (3) , les partenariats civils entre personnes de sexe opposé ou de même sexe conclus ou contractés à l'étranger soit par des citoyens roumains , soit par des citoyens étrangers , ne sont pas reconnus en Roumanie.

La notion de *mariage privé* ne se retrouve pas dans la loi roumaine , mais , évidemment , ne peut pas être reconnue , du moment que , selon l'article 287 alinéa (1) NCC , pour la célébration du mariage , les futurs époux sont obligés à se présenter ensemble au siège de la mairie , pour se donner publiquement le consentement au mariage , dans la présence de deux témoins , **devant l'officier d'état civil**. Le mariage conclu dans le mépris de ces dispositions est frappé de nullité absolue (art. 293 alinéa (1) NCC).

Quant au **mariage polygame** , l'article 273 NCC interdit la **bigamie** : est interdite la conclusion d'un nouveau mariage par une personne qui est mariée.

b). Rome 3 n'est pas applicable

10. Quelle est la loi applicable au divorce (*lex fori*, loi nationale commune, loi du domicile commun ou de dernier domicile commun...) ? La règle de conflit nationale désigne-t-elle parfois le droit étranger ?

L'article 2600 NCC désigne la loi applicable au divorce , à défaut du choix par les époux :

- a) la loi de l'Etat sur le territoire duquel les époux ont la résidence habituelle commune au moment de l'introduction de la demande de divorce ;
- b) à défaut de la résidence habituelle commune , la loi de l'Etat sur le territoire duquel les époux ont eu la dernière résidence habituelle commune , si au moins l'un d'eux a encore la résidence habituelle sur le territoire de cet Etat à la date de l'introduction de la demande de divorce ;
- c) à défaut de la résidence habituelle de l'un des époux sur le territoire de l'Etat de la dernière résidence habituelle commune , la loi de la nationalité commune des époux à la date de l'introduction de la demande de divorce ;
- d) à défaut de la nationalité commune des époux , la loi de la dernière nationalité commune des époux , si au moins l'un d'eux a gardé cette nationalité à la date de l'introduction de la demande de divorce ;

e) la loi roumaine dans tous les autres cas.

Comme on peut observer de l'enumeration ci-dessus , dans les cas prevus aux lettres a)-d) la loi applicable peut etre , parfois , la loi etrangere.

Conformement a l'alinéa (2) du meme article , si la loi etrangere , determinee comme prevue a l'alinéa (1) , ne premet pas le divorce , ou l'admet dans des conditions extremement restrictives , on applique la loi roumaine , dans le cas ou l'un des epoux est , a la date de la demande de divorce , citoyen roumain ou a la residence habituelle en Roumanie.

11. Quelle place est faite à la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable ?

La volonte des parties est prioritaire dans la determination de la loi applicable , la designation de celle-ci conformement a l'article 2600 NCC n'intervenant qu'a défaut d'une convention des epoux dans ce sens.

12. Si les parties peuvent choisir la loi applicable, comment s'exprime ce choix et à quel moment peut-il être formulé ?

Comme on a montre au point 8 aussi , la convention de choix de la loi applicable au divorce doit etre conclue par ecrit , signee et datee par les deux epoux.

La convention peut etre conclue et modifiee au plus tard jusqu'a la saisine de l'autorite competente de prononcer le divorce. Quand meme , l'instance judiciaire peut en prendre acte au plus tard jusqu'au premier terme pour lequel les parties ont été legalement citees.

B2. Effets du divorce

13. Quelle est la loi applicable aux conséquences pécuniaires du divorce (pensions, prestations, dommages intérêts etc) ? Règles de droit interne, règlement européen, convention internationale ?

Conformement a l'article 2641 NCC , la loi applicable aux obligations extracontractuelles se determine conformement aux reglementations du droit de l'Union Europeenne.

Dans les matieres qui n'entrent pas sous l'incidence des reglementations de l'Union Europeenne on applique la loi qui dirige le fond du rapport juridique preexistant entre les parties , sauf dispositions speciales legales ou contenues dans des conventions internationales.

Donc , la loi applicable aux consequences pecuniaires du divorce est la loi applicable au divorce , determinee conformement aux regles mentionnees plus haut (les articles 2597 et 2600 NCC) , car ces dispositions ne distinguent pas.

Par consequent , la loi applicable sera celle designee par la convention des epoux et , a défaut du choix des epoux , par la loi etablie conformement aux criteres de l'article 2600 NCC.

Il faut garder en esprit aussi les dispositions de l'article 5 du Nouveau code civil , qui etablissent que , dans les matieres reglementees par le code , les normes du droit de l'Union Europeenne s'appliquent prioritairement , indifferemment a la qualite ou au statut des parties.

14. Quelle est la loi applicable à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux (régimes matrimoniaux etc.) ?

La loi applicable à la cessation et à la liquidation du régime matrimonial, comme au partage des biens communs aussi, est la loi applicable au régime matrimonial (article 2593 alinéa (1), lettre f) NCC), celle-ci étant celle choisie par les époux (article 2590 alinéa (1) NCC). Ils peuvent choisir :

- a) la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un d'eux a sa résidence habituelle à la date du choix ;
- b) la loi de l'Etat dont la nationalité est détenue par n'importe lequel d'entre eux à la date du choix ;
- c) la loi de l'Etat où ils établissent leur première résidence habituelle commune après la célébration du mariage (article 2590 alinéa (2) NCC).

Selon l'article 2592, si les époux n'ont pas choisi la loi applicable à leur régime matrimonial, cela est soumis à la loi applicable aux effets généraux du mariage qui, conformément à l'article 2589, est celle de la résidence habituelle commune des époux et, à défaut, la loi de la nationalité commune des époux. À défaut de la nationalité commune, s'applique la loi de l'Etat sur le territoire duquel le mariage a été célébré.

Par exception, les droits des époux sur l'habitation de la famille, aussi que le régime de certains actes sur cette habitation sont soumis à la loi où celle-ci est située.

15. Quelle est la loi applicable à la responsabilité parentale ?

La loi applicable à l'autorité parentale s'établit selon la Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en ce qui concerne la responsabilité parentale et les mesures concernant la protection des enfants, adoptée à La Haye le 19 octobre 1996, ratifiée par la loi no. 361/ 2007 publiée dans le M. Of. de Roumanie, Partie I, no. 895 du 28 décembre 2007 (article 261 I NCC).

16. Quelle est la loi applicable aux obligations alimentaires entre parents et enfants ? Règles de droit interne, règlement européen, convention internationale ?

Selon l'article 2612, la loi applicable à l'obligation d'entretien se détermine conformément aux réglementations du droit de l'Union Européenne.

B3. Office du juge (ou de toute autre autorité compétente)

17. Le juge doit-il rechercher et appliquer d'office la règle de conflit de lois relative au divorce ?

Oui. Selon l'article 157 de la loi no. 105/1992 concernant les rapports de droit international privé (article 1070 NCPC), l'instance saisie vérifie d'office sa compétence internationale et, implicitement, la norme conflictuelle applicable dans la matière.

18. Si la règle de conflit nationale renvoie parfois au droit étranger, quel est l'office du juge en matière de droit étranger ? Est-il tenu de le rechercher d'office ? Comment peut-être établi le contenu de la loi étrangère ?

Conformément à l'article 2562 alinéa (1) le contenu de la loi étrangère s'établit par l'instance judiciaire par des attestations obtenues des organes de l'Etat qui l'a édictée, par l'avis d'un expert ou par un autre mode adéquat.

La partie qui invoque une loi étrangère peut être obligée de faire la preuve de son contenu (article 2562 alinéa (2) NCC).

Dans le cas de l'impossibilité d'établir, dans un terme raisonnable, le contenu de la loi étrangère, on applique la loi roumaine (article 2562 alinéa (3) NCC).

Nous sommes d'avis que pour la détermination du sens de la notion de *terme raisonnable* il faut tenir compte des dispositions de l'article 6 alinéa 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme concernant le droit à un procès équitable et la jurisprudence CEDH dans la matière.

II. LE DROIT MATERIEL

A. Les causes de divorce

19. Le mariage doit-il avoir duré pendant un temps minimum avant que le divorce puisse être demandé ?

Non. La condition que le mariage ait duré au moins un an, demandée seulement pour le divorce par l'accord des époux, a été enlevée à l'occasion de la réforme opérée en 2010. C'est le motif pour lequel on doit le mode de rédaction du texte de l'article 374 alinéa (1) NCC qui mentionne expressément que le divorce par l'accord des époux peut être prononcé indifféremment de la durée du mariage et indifféremment s'il y a ou non des enfants mineurs résultant du mariage, justement pour souligner la différence par rapport au mode dans lequel a été réglementé le divorce par accord, constamment, depuis son réintroduction, en 1993, jusqu'en 2010.

20. La perte de capacité juridique d'un époux (régime de protection juridique, aliénation mentale...) a-t-elle une incidence sur sa capacité à introduire une demande en divorce ou à être défendeur à une telle demande ?

La mise sous interdiction de l'un des époux détermine l'**inadmissibilité de la demande de divorce par l'accord des époux** (article 374 alinéa (2) NCC).

De même, dans l'hypothèse où l'un des époux se trouve dans une période d'**absence de discernement**, sans être mis sous interdiction, le divorce par consentement mutuel ne peut pas être prononcé parce que le juge, selon l'article 374 alinéa (3), est obligé de vérifier l'existence du consentement libre et non vicié de chacun des époux. Dans le cas où, quand même, le divorce a été prononcé, l'époux intéressé peut formuler une **action dans l'annulation du divorce** (v. F. Baiaș et collectif, Le Nouveau Code Civil commenté et annoté, Ed. C.H. Beck, 2011, p. 399).

Ces précisions sont valables aussi pour la situation où la dissolution du mariage a été constatée par voie notariale ou administrative (article 375 alinéa (3) et 376 alinéa (3) NCC).

Dans les autres cas de divorce, l'époux mis sous interdiction peut demander le divorce par représentant légal ou personnel (art. 917 NCPC).

21. Existe-t-il une cause unique ou des causes multiples de divorce dans l'État ?

Le divorce peut intervenir pour causes multiples, les motifs de divorce étant réglementés par l'article 373 NCC :

- a) par l'accord des époux, à la demande de tous les deux ou à l'un d'entre eux acceptée par l'autre époux ;
- b) lorsque, à cause de certains motifs fondés, les rapports entre les époux sont grièvement blessés et la continuation du mariage n'est plus possible ;
- c) à la demande de l'un des époux, après une séparation en fait qui a duré au moins 2 ans ;
- d) à la demande de l'époux dont l'état de santé fait impossible la continuation du mariage.

Si le droit de l'État ne connaît qu'une seule cause de divorce (rupture irrémédiable du lien matrimonial) répondre aux questions en A1, si le droit de l'État connaît des causes multiples de divorce répondre aux questions en A2

A1. Le divorce pour altération définitive du lien matrimonial (irretrievable breakdown of marriage)

- 22. Sur quels fondements l'altération définitive du lien matrimonial est-elle établie ?
- 23. Donnez les statistiques les plus récentes (si elles existent) relatives nombre de demandes présentées sur chaque fondement.
- 24. Dans les motifs de rupture, quelle est la place faite au consentement mutuel des époux ?
- 25. En cas de consentement mutuel des époux, la requête doit-elle être présentée par les deux époux agissant ensemble ou est-il possible pour l'un d'accepter le principe du divorce en cours d'instance ?
- 26. En cas de consentement mutuel, les époux doivent-ils également être d'accord sur les effets du divorce ou bien le juge dispose-t-il du pouvoir de statuer sur les effets ?
- 27. Dans les motifs de rupture, une place est-elle faite à la notion de faute dans la relation conjugale ? Si oui, dans quelle mesure la faute demeure-t-elle prise en compte au titre des motifs de rupture ?
- 28. Dans les motifs de rupture, quelle place est faite à la séparation des époux ?
 - a) La séparation est-elle suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ?
 - b) Combien de temps la séparation doit-elle avoir duré avant de pouvoir être invoquée ? La période doit-elle être continue ?

A2. Le divorce pour causes multiples

29. Donnez les statistiques les plus récentes (si elles existent) sur le nombre de demandes introduites sur le fondement de chacune des différentes causes de divorce.

a. Le divorce par consentement des époux

30. Le divorce par consentement existe-t-il à titre autonome ou est-il une forme du divorce pour altération définitive du lien matrimonial ?

Du mode dans lequel sont énumérés les motifs de divorce dans le cadre de l'article 373 NCC, on peut déduire que la dissolution du mariage par consentement n'est pas une forme de divorce pour l'altération définitive du lien matrimonial, mais a un caractère autonome. Ainsi, l'accord des époux est le premier motif de divorce, n'étant pas conditionné dans aucun mode, ni par l'impossibilité de la continuation du mariage, ni par la faute de l'un des époux, ni par l'écoulement d'une durée de temps etc.

En plus, l'article 259 alinéa (6) NCC mentionne que le mariage peut être dissous par divorce, dans les conditions de la loi, sans préciser que cela ne peut intervenir que dans des situations exceptionnelles, comme faisait l'article 37 alinéa 2 de l'ancien Code de la famille ou l'article 38 du même code, qui établissait que l'instance judiciaire ne peut pas disposer la dissolution du mariage par divorce, que lorsque, à cause des motifs bien fondés, les rapports entre les époux sont grièvement et irréremédiablement blessés, de sorte que la continuation du mariage est évidemment impossible.

Enfin, la doctrine récente (v. F. Baïas et collectif, op. cit., p.399) a soutenu que l'accord des époux pour le divorce est un acte juridique, symétrique à la conclusion du mariage, donnant expression à l'adage *mutuus consensus – mutuus disensus*.

31. Les époux doivent-ils être séparés avant d'introduire la demande ? Si oui depuis combien de temps ?

Comme on a précisé antérieurement, le divorce par accord n'est pas conditionné ni par le passage d'un laps de temps après le mariage, ni par la **separation** des époux avant d'introduire la demande de divorce.

32. Cette cause de divorce implique-t-elle que la requête soit présentée par les deux époux agissant ensemble ou comprend-elle également la possibilité pour l'autre d'accepter le principe du divorce en cours d'instance ?

Concernant cet aspect on doit faire les distinctions suivantes :

- a) Dans le cas où le divorce se réalise **par voie judiciaire**, il n'est pas nécessaire que les époux déposent ensemble la requête. L'article 373 lettre a) mentionne expressément que la dissolution du mariage peut avoir lieu à la demande des deux époux ou à l'un d'eux acceptée par l'autre.

En plus, quand la demande de divorce est fondée sur la faute de l'époux défendeur et celui-ci reconnaît les faits qui ont conduit à la rupture de la vie conjugale, le juge, si le requérant aussi est d'accord, va prononcer le divorce sans rechercher le bien fondé des motifs et sans faire aucune mention sur la faute des parties (article 613¹ du Code de procédure civile de 1865 et article 920 NCPC). De même, dans la situation réglementée par l'article 379 alinéa (2) NCC quand, dans l'hypothèse

prevue par l'article 373 lettre c) – la séparation en fait qui a duré au moins 2 ans – le défendeur se déclare d'accord avec le divorce, cela se prononce sans faire mention sur la faute des époux (v. aussi, F. Baïas et collectif, op. cit., p. 399).

- b) Dans le cas du divorce par l'accord des époux par **voie notariale ou administrative**, la demande de divorce se dépose par **les époux ensemble** (article 376 alinéa (1) NCC). Par exception des dispositions de l'alinéa (1), la demande de divorce peut être déposée par **mandataire avec procure authentique, mais seulement au notaire public et non pas à l'officier d'état civil**.

33. Dans le cadre de cette procédure, les époux doivent-ils également être d'accord sur les effets du divorce ou bien le juge dispose-t-il du pouvoir de statuer sur les effets ?

Ici, de même, il faut faire certaines distinctions selon la procédure choisie pour la dissolution du mariage par accord (judiciaire, administrative ou notariale), comme aussi en fonction de la catégorie d'effets du divorce dont il s'agit.

Ainsi, dans le cas du divorce par accord par **voie judiciaire** les époux peuvent conclure une convention concernant l'utilisation du nom acquis par le mariage. Si une telle convention n'est pas intervenue, pour des motifs bien fondés, le juge peut approuver que les époux gardent le nom porté pendant le mariage. Si nous ne nous retrouvons dans aucune de ces situations, chacun des époux porte le nom d'avant le mariage (article 383 NCC).

De même, les anciens époux peuvent convenir en ce qui concerne **les rapports entre eux et leurs enfants mineurs**. Le juge va prendre acte de cette convention seulement si elle est dans l'intérêt supérieur des enfants, autrement il va décider selon cet intérêt (article 396 NCC).

Les époux peuvent aussi convenir quant au **moment de la cessation du régime matrimonial (article 385 alinéa (2) NCC) ou sur le partage des biens communs**.

Dans le cas du **divorce par accord par voie administrative** (procédure admissible seulement quand les époux n'ont pas d'enfants mineurs nés du mariage, en dehors du mariage ou adoptés) les époux sont **obligés** de convenir sur le nom de famille qu'ils porteront après la dissolution du mariage. S'ils ne conviennent pas sur cet aspect, l'officier d'état civil émet une disposition de rejet de la demande de divorce et conseille les parties de s'adresser à l'instance judiciaire pour réaliser le divorce par accord par voie judiciaire, conformément à l'article 374 (article 376 alinéa (5) NCC).

Dans la situation du **divorce par accord par voie notariale**, s'il y a des enfants mineurs, les époux **ont l'obligation** de convenir sur tous les aspects concernant le nom de famille porté après le divorce, l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents, l'établissement de l'habitation des enfants après le divorce, la modalité de garder les liens personnelles entre le parent séparé et chacun des enfants, comme aussi sur la contribution des parents aux dépenses d'élevement, d'éducation, d'enseignement et de formation professionnelle des enfants. Si du rapport d'enquête psychosociale résulte que l'accord des époux concernant l'exercice en commun de l'autorité parentale ou celui concernant l'établissement de l'habitation des enfants n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, le notaire va émettre une disposition de rejet de la demande de divorce et il va conseiller les parties de s'adresser à l'instance judiciaire selon l'article 374. La même solution va être donnée dans le cas où les époux ne s'entendent pas sur les aspects mentionnés plus haut (article 375 alinéa (2) et 376 alinéa (5) NCC).

Tant dans le cas de divorce par accord par voie administrative , que dans celui par procédure notariale , la solution des requêtes concernant d **autres effets du divorce** sur lesquels les parties ne s entendent pas relève de la compétence de l instance judiciaire.

b. Le divorce pour altération définitive du lien matrimonial

34. Sur quels fondements l'altération définitive du lien matrimonial est-elle établie ?

Comme on a déjà montré , dans ce domaine , le législateur roumain a adopté une **conception mixte , entre le divorce remède** , quand celui-ci n est pas conditionné par la faute de l un des époux , mais de l impossibilité de la continuation du mariage au moins pour l un d entre eux et **le divorce sanction** – quand la dissolution du mariage est disposée comme une sanction contre l époux coupable de la dégradation du mariage. Donc , dans la conception du Nouveau code civil , le divorce est prononcé lorsque , à cause de la conduite coupable d un époux , la continuation du mariage est devenue impossible , comme prévoit expressément l article 373 lettre b) (v. aussi F. Baiaș et collectif , op.cit. , p. 398-399 , 400 ; E. Florian, Droit de la famille , Ed. C.H.Beck , 2006, p. 171).

En même temps , le Nouveau code civil régit un cas aussi où on peut parler d une altération du lien matrimonial , la continuation du mariage étant impossible pour l un des époux , sans être impliquée , en même temps , la faute de l un d entre eux : il s agit de la situation prévue par l article 373 lettre d) – le divorce peut être prononcé à la demande de l époux dont l état de santé rend impossible la continuation du mariage (v. aussi ibid. , p. 400).

Donc , pour conclure , on peut retenir comme **fondements de l altération définitive du lien matrimonial** , la situation prévue par l article 373 lettre b) – lorsque , à cause des motifs bien fondés , les rapports entre les époux sont grièvement blessés et la continuation du mariage n est plus possible (en incluant ici la séparation ayant duré plus de deux ans – article 373 lettre c) et celle de l article 373 lettre d) – quand l état de la santé de l un des époux rend impossible la continuation du mariage.

35. Dans cette procédure quelle est la place laissée au consentement mutuel des époux ?

Par consentement mutuel , les époux peuvent transformer une demande de divorce pour l altération grave des relations entre les époux , dans une demande de divorce par accord. Il s agit de la situation mentionnée par l article 373 lettre a) ou de celle mentionnée par l article 379 alinéa (2) – divorce demandé après une séparation en fait qui a duré au moins 2 ans.

De même , les époux peuvent **convenir en ce qui concerne certains effets du divorce** :

- sur la base de l article 383 alinéa (1) NCC , à l occasion de la dissolution du mariage par divorce , les époux peuvent **convenir de garder le nom porté pendant le mariage** ;
- conformément à l article 396 alinéa (1) NCC , le juge décide , en même temps que la prononciation du divorce , sur **les rapports entre les parents divorcés et leurs enfants mineurs** , tenant compte , parmi d autres éléments , de la **convention**

des parents ; naturellement , si la convention n est pas dans l interet superieur de l enfant , le juge peut la censurer ;

- les parents peuvent convenir aussi en ce qui concerne **l habitation des enfants mineurs** apres le divorce (article 400 alinea (I) NCC). Bien sur , si l entente intervenue est contraire a l interet superieur de l enfant , le juge a la possibilite de n en pas tenir compte.

36. Dans cette procédure, quelle place est laissée la séparation des époux ?

- a) La séparation est-elle suffisante pour établir la rupture irrémédiable du lien matrimonial ?

Oui , la separation est suffisante pour etablir la rupture irremediable du lien matrimonial , etant l un des motifs de divorce expressement reglemente par la loi : l article 373 lettre c).

- b) Combien de temps la séparation doit-elle avoir duré avant de pouvoir être invoquée ? La période doit elle être continue ?

La separation , conformement a l article 373 lettre c) , doit avoir dure au moins 2 ans.

Le texte de la loi ne mentionne pas expressement le caractere continu de la periode de separation , mais **de la redaction utilisee** on peut deduire sans faute que la separation doit avoir eu lieu une periode **continue** de 2 ans. Ainsi , le texte legal parle d **une** separation qui ait dure au moins 2 ans , **non pas de plusieurs separations** qui , cummulees , accomplissent ce terme.

De meme , l article 617[^]l du Code de procedure civile (article 934 alinea (I) NCPC) utilise l expression "quand les epoux **sont** separes en fait depuis au moins 2 ans (...)". Du fait de l utilisation du temps present du verbe "etre" , on deduit qu on a affaire avec une situation presente , en cours , qui n a pas souffert aucune interruption.

37. Une demande initiale de divorce pour altération définitive du lien matrimonial peut-elle être convertie en divorce par consentement ou en divorce pour faute ? Si oui, quelles sont les passerelles possibles ?

Comme on a montre au point 35 , la demande de divorce pour alteration grave des relations entre les epoux due a la faute de l un d eux (la conception mixte) peut etre convertie en divorce par accord. C est ce que prevoit expressement l article 613[^]la du Code de procedure civile (article 931 NCPC) : quand la demande de divorce est basee sur la faute de l epoux defendeur et celui-ci reconnait les faits qui ont mene a la dechirure de la vie conjugale , le juge , si le demandeur est d accord , va prononcer le divorce sans rechercher le bien fonde des motifs de divorce et sans faire la mention sur la faute pour la dissolution du mariage.

La meme solution prevoit l article 379 alinea (2) NCC et l article 617[^]l alinea (3) (article 934 alinea (2) NCPC) pour la situation dans laquelle le divorce avait été demande pour separation qui a dure au moins 2 ans et l epoux defendeur est d accord.

En ce qui concerne la transformation dans une demande de divorce pour faute , on a déjà montre que le legislateur roumain a adopte la **conception mixte** concernant le divorce : pour la dissolution du mariage est necessaire l accomplissement de deux

exigences : l'affectation grave des relations entre les époux , ainsi que le mariage ne puisse pas continuer et que cette affectation soit due a la conduite coupable de l'un des époux ou de tous les deux.

Le Nouveau code civil mentionne une seule situation d'alteration irremediable du lien matrimonial , la continuation du mariage etant impossible pour l'un des époux , sans qu'il existe , en meme temps , la faute de l'un d'entre eux : le cas prevu par l'article 373 lettre d) et l'article 381 NCC – le divorce a cause de l'etat de sante de l'un des époux. Dans cette circonstance , le mariage peut etre dissolu a la demande de l'époux dont l'etat de sante fait impossible la continuation du mariage.

On est d'avis que cette demande aussi peut etre transformee **dans une demande de divorce par accord** , si l'autre époux est d'accord avec le divorce. Dans cette situation , le juge ne va plus faire l'application des dispositions de l'article 613^{1b} du Code de procedure civile (article 921 NCPC) et donc , il ne va plus administrer des preuves concernant l'existence de la maladie et l'etat de l'époux malade , mais il va disposer la dissolution du mariage par l'accord des époux.

Quant a la conversion d'une demande de divorce fondee sur l'etat de la sante dans une demande de divorce pour faute , on est d'avis que rien ne s'oppose que celle-ci soit modifiee dans les conditions du droit commun concernant la modification des demandes en justice. Ainsi , conformement a l'article 132 du Code de procedure , civile les parties peuvent modifier leur requete **jusqu'au premier jour de comparution**. Le premier jour de comparution , conformement a l'article 134 Code de procedure civile , est considere le jour ou les parties , legalement citees , peuvent formuler des conclusions.

Le Nouveau code de procedure civile etablit , par l'article 204 , que le requerant peut modifier sa demande seulement jusqu'au premier terme pour lequel il est legalement cite. Donc on a ecarte la condition concernant la possibilite de formuler des conclusions.

c. Le divorce pour faute

38. Quelles sont les fautes qui peuvent être invoquées au soutien d'une demande en divorce ?

Le legislateur roumain a mentenu dans le cadre de la reglementation contenue dans le Nouveau code civil la technique adoptee dans le cas du Code de la famille , c'est a dire de ne pas ennumerer limitativement les causes de divorce , mais de prevoir que la dissolution du mariage peut etre disposee chaque fois que , a cause des motifs bien fondees , les rapports entre les époux sont grievement affectes et la continuation du mariage n'est plus possible.

Par "motifs bien fondees" le legislateur a compris **la conduite coupable de l'un ou des deux époux**. Dans ce sens , l'article 379 alinea (1) prevoit que , dans le cas prevu par l'article 373 lettre b) , le divorce peut etre prononce si l'instance etablit la faute de l'un des époux ou de tous les deux dans la dechirure du mariage.

Un seul cas de conduite coupable a été **mentionne expressément : celui prevu par l'article 373 lettre c) , la separation en fait qui a dure au moins 2 ans**.

Au fil du temps , la jurisprudence a considere comme conduites coupables , qui peuvent etre des motifs bien fondees de divorce :

- le refus injustifie de l'un des époux d'habiter ensemble avec l'autre ou le delaissement injustifie du domicile conjugal ;
- l'infidelite de l'un des époux sous la forme des relations extraconjugales ;

- mauvais traitements appliqués par un époux à l'autre ; des violences exercées sur l'autre époux ;
- le refus injustifié d'entretenir des relations sexuelles ;
- des mesures graves et répétées etc.

39. Existe-t-il des exigences spécifiques relatives à la preuve de la faute ?

Non, la faute, comme n'importe quel fait juridique, peut être prouvée avec tous les moyens de preuve. Une mention s'impose concernant la preuve testimoniale : conformément à l'article 190 du Code de procédure civile (article 316 NCPC), dans les procès de divorce peuvent être acceptés des témoins parents, sauf les descendants.

40. Le juge dispose-t-il d'une marge de manœuvre pour décider d'un partage des torts bien que la faute ne soit invoquée que par l'un des époux ?

Oui, conformément à l'article 379 alinéa (1) NCC, si des preuves administrées résultent la faute de tous les deux époux, le juge peut prononcer le divorce pour leur faute commune, même si seulement l'un d'entre eux a fait demande de divorce.

41. La réconciliation des époux a-t-elle un impact sur la possibilité d'invoquer au titre de la faute un comportement antérieur à la réconciliation ?

Selon l'article 618 alinéa (2) du Code de procédure civile (article 924 NCPC) les époux peuvent se réconcilier dans tous les phases du procès.

Conformément à l'article 618 alinéa (3) (article 924 alinéa (2) NCPC), n'importe quel des époux peut formuler une nouvelle demande **pour des faits passés après la réconciliation et, dans ce cas, il pourra se servir aussi des faits anciens.**

Donc, pour pouvoir commencer une nouvelle action, la partie doit invoquer des faits coupables passés après la réconciliation. Dans la situation où de tels faits existent, dans le cadre d'une nouvelle demande de divorce il pourra être valorisé aussi le comportement antérieur à la réconciliation.

42. La faute dans le mariage peut-elle engager la responsabilité civile de son auteur et permettre à la victime d'obtenir des dommages et intérêts ? Si oui s'agit-il d'une action spécifique distincte des règles de responsabilité civile de droit commun ?

Selon l'article 388 du Nouveau code civil, l'époux non coupable qui subit un préjudice par la dissolution du mariage, peut demander à l'époux coupable de le dédommager.

Pour l'octroi des dommages et intérêts il faut faire la preuve de l'accomplissement des conditions de droit commun pour l'engagement de la responsabilité civile, conditions prévues par l'article 1357 NCC : le préjudice, le fait illicite, le lien de causalité entre fait et préjudice et la faute (v. aussi F. Baïas et collectif, op. cit., p.421).

Selon l'article 388 NCC et l'article 907 alinéa (1) NCPC, la demande de dommages et intérêts sera solutionnée par l'instance de tutelle, par le jugement de divorce.

Rien ne s'oppose, en même temps, que les dédommagements soient sollicités par l'intermédiaire d'une action séparée, bien sûr dans le terme général de prescription de 3 ans (v. ibid., p. 422).

B. Les effets du divorce

43. Les époux disposent-ils de la possibilité de régler les effets du divorce (et aussi la date d'effet du divorce) au moyen d'une convention
- avant le mariage ;
 - pendant le mariage ;
 - pendant la procédure de divorce ?

En ce qui concerne **la date de la dissolution du mariage**, il n'y a pas la possibilité que les époux l'établissent par convention, car le mode dans lequel est rédigé l'article 382 exclut une telle hypothèse : le mariage est dissolu du jour où le jugement du divorce est resté définitif (irrévocable, pendant la période où le Code de procédure civile de 1865 est encore en vigueur).

Par exception, si l'action de divorce est continuée par les héritiers de l'époux requérant, le mariage sera considéré dissolu **à la date du décès**.

Dans le cas du **divorce par voie notariale ou administrative**, le mariage est dissolu **à la date du délivrement du certificat de divorce**.

Quant aux **autres effets du divorce**, il convient de faire les distinctions suivantes :

En ce qui concerne **le régime matrimonial**, **la date de sa cessation** peut être établie conventionnellement par les époux, comme étant **celle de la séparation en fait** (par dérogation de la règle selon laquelle la date de la cessation est celle de **l'introduction de la demande de divorce** – article 385 alinéa (1) NCC).

Du mode dans lequel est formulé l'article 385 alinéa (2) NCC, il semble que la possibilité d'établir le moment de la cessation du régime matrimonial par la convention des époux existerait seulement dans le cas du divorce par accord, car, en précisant que les époux peuvent demander ensemble au juge la constatation de la cessation du régime matrimonial à la date de la séparation, **dans le cas du divorce par l'accord des époux**, *per a contrario* il résulte qu'ils ne pourraient pas le faire dans les autres cas de divorce.

Toutefois, dans la doctrine on a soutenu que rien ne s'oppose à ce que les époux concluent une telle convention dans le cas où le divorce est demandé pour l'état de la santé de l'un des époux ou pour faute (v. F. Baïas et collectif, op. cit., p. 417).

Vraiment, on ne voit aussi aucun argument, sauf celui qui tient exclusivement de texte, qui s'opposerait à l'établissement conventionnelle du moment de la cessation du régime matrimonial dans d'autres cas de divorce que celui du divorce par accord.

Concernant **le moment** où peuvent intervenir la convention sur la date de la cessation du régime matrimonial et la convention sur **la modalité de la liquidation du régime matrimonial**, de telles conventions peuvent être incluses dans **la convention matrimoniale**, qui peut être conclue **avant** le mariage ou **pendant** le mariage (article 330 alinéa (2) et (3) NCC. Bien sûr qu'une convention concernant la date de la cessation et la modalité de la liquidation du régime matrimonial peut intervenir **pendant la procédure du divorce aussi**.

Les époux peuvent, aussi, conclure des conventions concernant **le maintien du nom porte pendant le mariage** (article 383 alinéa (1) NCC), **les rapports des parents avec leurs enfants mineurs** (art. 396 alin. (1) NCC), **l'habitation de l'enfant après le divorce** (article 400 alinéa (1)) ou **l'établissement de la contribution de chaque parent aux dépenses d'élevement, éducation, enseignement et formation professionnelle des enfants**.

Une telle convention doit être conclue **pendant la procédure du divorce**. Bien sûr que les époux peuvent conclure la convention aussi pendant le mariage, mais elle va garder son efficacité seulement dans la mesure dans laquelle les époux maintiennent l'accord donné.

44. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur la convention passée par les époux ?

Oui, le juge dispose d'un tel droit, notamment en ce qui concerne les conventions qui ont pour objet les effets du divorce par rapport aux enfants mineurs, quand il peut ne pas en tenir compte.

45. Si le juge a un droit de contrôle, quels sont les critères qui lui permettent soit de solliciter une modification, soit de modifier directement l'accord ?

Dans le cas des conventions concernant **les enfants mineurs**, le critère est **l'intérêt supérieur de l'enfant**. S'il n'est pas respecté dans la convention, le juge peut imposer une modification des clauses, si cela suffit ou, sinon, il peut écarter la convention et décider conformément à l'intérêt du mineur.

Dans les autres cas, le juge va vérifier seulement si les conventions n'enfreignent pas les dispositions légales d'ordre public.

46. Si une procédure de rupture *a minima* (séparation de corps) existe dans l'État, quels en sont les effets tant entre les époux qu'à l'égard des enfants ?

Le droit roumain actuel ne connaît pas l'institution de la séparation de corps.

a. Les effets du divorce en matière extrapatrimoniale

i. Les effets du divorce entre les époux

47. À quelle date le divorce rompt-il définitivement le mariage ?

Comme on a déjà montré au point 43, la date de la dissolution du mariage est celle du jour où le jugement de divorce est devenu **définitif** (article 382 alinéa (1) ; **irrévocable** pendant que le Code de procédure civile de 1865 est encore en vigueur).

Par exception, si l'action de divorce est continuée par les héritiers de l'époux requérant, le mariage sera considéré dissolu à la date du décès.

48. La liberté matrimoniale des ex-époux est-elle soumise à conditions ? (quand sont-ils autorisés à se remarier, peuvent-ils se remarier ensemble...)

Non, les époux peuvent se remarier soit ensemble, soit avec d'autres personnes, sans être soumis à aucun terme ou à n'importe quelle autre condition.

49. Dans les États où le mariage produit des effets sur le nom des époux, quels sont les effets corrélatifs du divorce ?

En règle générale, les époux reviennent, suite au divorce, au nom porté antérieurement au mariage (article 383 alinéa (3) NCC).

Néanmoins , a la dissolution du mariage par divorce , les epoux peuvent convenir de garder le nom porte pendant le mariage (article 383 alinea (1) NCC).

De meme , pour des motifs bien fondees , justifies par l interet de l un des epoux ou de l interet superieur de l enfant , le juge peut admettre que les epoux gardent le nom porte pendant le mariage , meme a defaut d une entente entre eux (article 383 alinea (2) NCC).

50. Le divorce produit-il des effets

- au regard de la nationalité éventuellement acquise par l'un des époux en raison du mariage ;
- au regard du titre de séjour acquis par l'époux étranger en vertu du mariage ?

Selon la loi roumaine , le mariage avec un citoyen roumain n attire pas l acquisition automatique de la nationalite roumaine par l epoux. Pour acquerir la nationalite roumaine , a la demande , il faut accomplir cumulativement les conditions prevues par l article 8 alinea (1) de la Loi sur la notionalite roumaine no. 21/1991 , republiee en 2010. Le mariage avec un citoyen roumain a de l influence seulement sur l une de ces conditions , plus exactement sur la duree de temps pendant laquelle le sollicitant a habite legalement , constamment et continument sur le territoire roumain : 5 ans apres le mariage , au lieu de 8 ans dans le cas ou il n est pas marie avec un citoyen roumain.

Une fois la nationalite acquise , le divorce n a aucune influence sur cela.

En ce qui concerne **le droit de sejour des etrangers** sur le territoire de la Roumanie , il est reglemente par la loi no. 123/2001 concernant le regime juridique des etrangers en Roumanie qui ne contient pas des dispositions speciales concernant le mariage , celles-ci se retrouvant dans les Normes methodologiques d application , approuvees par l Arret du Gouvernement no. 476/17.05. 2001.

En tout cas , sont exceptees de l obligation d obtenir le visa les citoyens des Etats avec lesquels la Roumanie a conclu des conventions de suppression des visas. Parmi ceux-ci se denombrent , tout d abord , les pays de l Union Europeenne.

Concernant **le sejour** des citoyens etrangers sur le territoire de la Roumanie , conformement a l article 15 alinea (1) de la loi 123/2001 , cela est limite a la duree du visa ou a la duree prevue dans la convention de suppression des visas conclue par la Roumanie avec l Etat dont la nationalite la detient la personne en cause.

De meme , dans les Normes methodologiques d application de la Loi concernant le regime des etrangers en Roumanie , est reglemente **le visa pour la reunification de la famille (VF)** (article 9 alinea (1) lettre o) , comme aussi le regime du prolongement de ce visa (article 28 alinea (1) lettre e)).

On peut aussi approuver **l etablisement du domicile en Roumanie** pour l etranger marie avec un citoyen roumain, la periode de sejour temporaire necessaire etant d au moins 4 ans des derniers 5 ans , par rapport a 6 des derniers 7 ans , dans d autres situations (article 35 alinea (1) lettre a) des Normes).

Dans le cas **de la cessation du motif qui a constitue la base de l octroi du visa** ,la Direction Relations Consulaires du Ministere des Affaires Etrangeres ou l organ competent du Ministere de l Interieur , selon le cas , peut disposer **l annulation du visa de sejour** (article 15 alinea (2) de la Loi concernant le regime juridique des etrangers).

On cosidere donc, que le divorce aussi peut constituer une cessation du motif pour lequel a été octroye le visa , dans la situation ou le mariage a constitue ce motif.

ii. Les effets du divorce à l'égard des enfants

51. L'État distingue-t-il la question de l'exercice de l'autorité parentale/*parental responsibility* de celle de la résidence de l'enfant ? Si oui, de quelle façon et quelles en sont les conséquences pour l'exercice de l'autorité parentale ?

Oui. L'exercice de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant sont réglementés par des textes légaux différents.

Pendant le mariage, **le mode de l'exercice de l'autorité parentale** est réglementé par l'article 503 NCC, qui porte même cette dénomination marginale. Selon le texte, les parents exercent ensemble et en mode égal l'autorité parentale. De même, conformément à l'article 506, avec l'accord de l'instance de tutelle, les parents peuvent convenir en ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale.

La résidence de l'enfant fait l'objet de l'article 496 NCC : l'enfant mineur habite chez ses parents (alinéa (1)).

Si les parents n'habitent pas ensemble, ils établiront, de commun accord, la résidence de l'enfant (alinéa (2)).

En cas de mésentente entre les parents, c'est à l'instance de tutelle de décider, tenant compte des conclusions du rapport d'enquête psychosociale et écoutant les parents et l'enfant s'il a atteint l'âge de 10 ans.

Donc, entre l'exercice de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant n'existe pas un lien de dépendance. Pendant que, en règle générale, l'exercice de l'autorité parentale revient à tous les deux parents, il est possible que l'habitation de l'enfant soit seulement chez l'un d'entre eux, sans que cette circonstance affecte l'exercice ensemble et en mode égal de l'autorité parentale.

De même, il est possible aussi la situation inverse, quand, bien que les parents aient une résidence commune et l'enfant habite avec eux, l'autorité parentale soit exercée, exceptionnellement, par un seul époux, lorsque l'autre parent est mis sous interdiction, déchu de l'exercice des droits parentaux ou si, pour n'importe quel motif, se trouve en impossibilité d'exprimer sa volonté.

52. Le divorce produit-il des effets automatiques quant à l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants ?

Non, la règle étant que, après le divorce, les parents continuent d'exercer en commun l'autorité parentale, sauf le cas où le juge décide autrement (article 397 NCC).

Selon l'article 398, s'il y a des motifs bien fondés, ayant en vue l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge décide que l'autorité parentale soit exercée par un seul parent.

De même, exceptionnellement, l'instance de tutelle peut décider le placement de l'enfant chez un parent ou chez une autre famille ou personne, avec leur consentement ou dans une institution de protection, à ces personnes revenant l'exercice des droits et des obligations parentales concernant la personne de l'enfant. Les droits concernant les biens de l'enfant seront exercés par les parents, ensemble ou séparément, selon la décision du juge.

53. L'exercice de l'autorité parentale peut-il être déterminé par une convention parentale ?

Oui , comme on a montre au point 51 aussi , pendant le mariage les parents peuvent convenir sur l'exercice de l'autorite parentale , avec l'accord de l'instance de tutelle (article 506).

A l'occasion du divorce , sur le fondement de l'article 504 qui renvoie a l'article 396 NCC , les parents peuvent aussi s'entendre en ce qui concerne le mode de l'exercice de l'autorite parentale , bien sur , avec l'accord du juge. Dans tous les deux cas , la convention entre les parents doit etre dans l'interet superieur de l'enfant.

54. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

Oui , comme on a déjà montre plus haut , n'importe quelle convention des parents concernant l'exercice de l'autorite parentale doit etre approuvee par le juge.

Chaque fois qu'il considere qu'il est dans l'interet superieur de l'enfant , le juge ne va pas tenir compte de la convention des parents , decidant en ce qui concerne l'exercice de l'autorite parentale apres avoir ecoute les parents , l'enfant et prenant en consideration les conclusions du rapport d'enquete psychosociale (article 396 , 486 NCC).

Bien sur que l'instance peut aussi imposer certaines modifications dans la convention des parents , s'il considere que cela suffit pour proteger l'interet superieur de l'enfant.

55. Le juge peut-il aménager l'exercice de l'autorité parentale ? Si oui, doit-il être obligatoirement saisi d'une telle demande par l'un ou l'autre des parents ?

Oui , comme on a amplement indique dans ce qui precede , le juge decidera soit l'exercice en continuation en commun de l'autorite parentale aussi apres le divorce , ce qui constitue la regle , (article 397 NCC) , soit , s'il y a des motifs bien fondees , l'exercice seulement par l'un des parents (art. 398) soit , dans des cas exceptionnels , l'exercice par une autre personne (article 399 NCC).

Ayant en vue la redaction imperative de l'article 396 NCC et les dispositions expresse de l'article 918 alinea (2) NCPC , aussi que la jurisprudence constante dans la matiere , le juge est **obligé a se prononcer , d'office** , sur l'exercice de l'autorite parentale , comme sur tous les aspects concernant les rapports entre les parents et les enfants (articles 396-404 NCC) (v. aussi , F. Baïas et collectif , op. cit. , p. 431) , n'ayant pas besoin d'etre investie par une demande faite par l'un des parents.

56. Quels sont les critères qui permettent au juge de fonder une décision d'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale ? Un parent peut-il se voir privé de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit d'autorité parentale en raison d'un comportement conjugal ?

Le critere duquel le juge doit tenir compte quand il decide sur l'exercice de l'autorite parentale c'est **l'interet superieur de l'enfant** et on retrouve cet aspect dans tous les textes legaux invoques anterieurement.

Pour pouvoir determiner l'interet superieur de l'enfant , l'instance va tenir compte des conclusions du rapport d'enquete psychosociale , de la position de l'enfant , qu'elle doit ecouter , des soutiens des parents , qu'elle doit aussi ecouter , comme aussi de la convention de ceux-ci , si c'est le cas.

Comme on a vu , un parent peut être privé de l'exercice de l'autorité parentale dans les cas mentionnés par les articles 398 et 399 NCC , mais pas pour son comportement conjugal , mais seulement dans la considération de son attitude vis-à-vis de l'enfant (des mauvais traitements appliqués à celui , négligence grave , comportement abusif , consommation abusive d'alcool etc.) , d'une telle manière que sa vie , sa santé , ou son développement soit en danger.

57. Un parent privé de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit d'autorité parentale peut-il néanmoins obtenir un droit de contact, de visite et/ou d'hébergement avec l'enfant ?

Conformément à l'article 398 alinéa (2) , le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale garde le droit de veiller sur le mode d'élevement et éducation de l'enfant , comme le droit de consentir à son adoption.

Comme on a soutenu dans la doctrine récente citée dans ce rapport , conformément au droit de veiller sur l'élevement et l'éducation de l'enfant , le parent titulaire de ce droit est autorisé à vérifier , pendant ses rencontres avec l'enfant et l'ancien époux , le mode dans lequel le mineur est éduqué et il peut solliciter à l'autre parent de prendre des mesures pour que l'éducation et l'élevement se déroulent dans les meilleures conditions (v. F. Baïas et collectif ,op. cit. , p. 435).

Dans le cas où il considère que ses démarches sont sans résultat , le parent peut demander à l'instance judiciaire la modification de la mesure concernant l'exercice de l'autorité parentale , sur le fondement de l'article 403 NCC , demandant soit le retour à l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents , soit l'assignation pour lui-même de l'exercice de l'autorité parentale.

Nous sommes d'avis que le droit de veiller sur le mode d'élevement et éducation du mineur diffère du droit d'avoir des liens personnels avec celui-ci , droit réservé à la situation du parent chez qui n'a pas été établie la résidence de l'enfant , sans que celui-ci ne perde pas l'exercice de l'autorité parentale.

On considère que le droit d'avoir des liens personnels avec l'enfant inclut le droit de le prendre chez soi pendant les weekends ou pendant les vacances ou le droit de passer certaines périodes pendant les vacances avec l'enfant , ce qui est exclu dans le cas où un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale , dans le cas contraire , l'efficacité de la mesure de scinder l'autorité pouvant être affectée.

58. Quelles sont les modalités de résidence de l'enfant qui peuvent être légalement envisagées ? (Résidence habituelle, résidence alternée, enfant confié à un tiers...)

Conformément à l'article 400 alinéa (1) NCC , à défaut d'une convention entre les parents ou si celle-ci est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant , l'instance de tutelle établit, conjointement avec le prononcé du divorce , la résidence du mineur chez le parent avec lequel celui-ci habite durablement.

Si jusqu'au divorce l'enfant a habité avec tous les deux parents , le juge établit la résidence chez l'un d'entre eux , selon son intérêt supérieur (alinéa (2)).

Exceptionnellement , et seulement s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant , le juge peut établir sa résidence chez les grands parents ou chez d'autres parents ou personnes , avec leur consentement , ou dans une institution de protection. Celles-ci exercent la

surveillance de l'enfant et accomplissent tous les actes courants concernant sa santé, son éducation et son enseignement (alinéa (3)).

59. Les modalités de résidence de l'enfant, le droit de contact, de visite et/ou d'hébergement avec l'enfant, peuvent-ils être déterminés par une convention parentale ? Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

De l'interprétation *per a contrario* des dispositions de l'article 400 alinéa (1) NCC, résulte que les parents peuvent s'entendre chez qui d'entre eux habitera l'enfant après le divorce.

De même, toujours de l'interprétation *per a contrario* de l'article 401 alinéa (2) ressort que les anciens époux peuvent convenir aussi sur les modalités d'exercice du droit d'avoir des liens personnels avec les enfants du parent chez qui ceux-ci n'habiteront pas (droit de visite, de passer ensemble les week-ends, des vacances etc.).

Ces conventions intervenues entre les anciens époux seront vérifiées par le juge qui, s'il constate qu'elles sont contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant, va établir lui-même, par le jugement de divorce, son habitation (article 400 alinéa (1) NCC).

Sans doute que l'instance judiciaire peut disposer certaines modifications dans la convention des anciens époux et seulement dans la mesure où ceux-ci ne se conforment pas, elle va disposer sur la résidence du mineur et les autres aspects visant cette résidence.

60. Des mesures sont-elles à la disposition du juge afin de garantir les liens entre l'enfant et chacun de ses parents après divorce ? Si oui, lesquelles ? Des sanctions sont-elles prévues si un parent ne respecte pas son obligation de maintenir les relations avec l'enfant ?

Selon l'article 396 alinéa (1) NCC, l'instance de tutelle décide, conjointement avec le prononce du divorce, sur les rapports entre les parents divorcés et leurs enfants mineurs.

Ces rapports concernent l'exercice de l'autorité parentale (les articles 397, 398, 399 NCC), la résidence de l'enfant après le divorce (article 400 NCC), les droits du parent séparé de l'enfant (article 401 NCC), l'établissement de la contribution des parents aux dépenses d'élevement, d'éducation, d'enseignement et de formation professionnelle des enfants (article 402 NCC).

Au cas où l'un des parents ne respecte pas les obligations qu'il a vis-à-vis de l'enfant (celle de garder des liens personnels avec l'enfant y compris), selon l'article 403 NCC, l'instance de tutelle, à la demande de l'autre parent ou d'un autre membre de la famille, de l'enfant, de l'institution publique spéciale pour la protection de l'enfant ou du procureur, peut modifier les mesures concernant les droits et les obligations des parents divorcés quant à leurs enfants mineurs.

A cette occasion, le juge peut retirer au parent coupable l'exercice de l'autorité parentale, peut établir la résidence de l'enfant chez l'autre parent, peut modifier le mode de l'exercice du droit d'avoir des liens personnels avec l'enfant.

Dans des cas extrêmement graves, on peut disposer, conformément aux articles 508 et 509 NCC, la déchéance totale ou partielle des droits parentaux. Bien sûr, en ce qui concerne strictement l'obligation visée par le point 60, celle de maintenir les relations personnelles avec l'enfant après le divorce, il est assez difficile d'imaginer en pratique

une situation pour laquelle soit nécessaire une sanction d'une telle gravité comme est la déchéance des droits parentaux.

b. Les effets patrimoniaux du divorce

61. Le règlement des effets patrimoniaux du divorce doit-il s'effectuer dans le cadre d'une instance unique en divorce ou bien peut-il faire l'objet d'une procédure distincte qui serait concomitante ou consécutive ?

Le règlement des effets patrimoniaux entre les époux peut s'effectuer par l'instance de divorce, à l'occasion du jugement de celui-ci, ou ultérieurement, par l'instance de droit commun, à l'**exception de la prestation compensatoire**, prévue par les articles 390-395 NCC, qui, conformément à l'article 391 alinéa (1), ne peut pas être sollicitée qu'en même temps avec la dissolution du mariage ; donc, seulement l'instance de divorce et en même temps avec cela, peut juger la demande d'octroi de la prestation compensatoire.

Quant aux effets patrimoniaux vis-à-vis des enfants, ceux-ci doivent être réglés obligatoirement par l'instance de divorce, par le même jugement (selon les articles 396 NCC et 918 alinéa (2) NCPC).

i. Les effets entre les époux

62. Au moment de la rupture du mariage, les ex-époux bénéficient-ils d'un droit à obtenir l'un de l'autre
- une compensation financière,
 - une créance alimentaire,
 - une compensation de droits à pension de retraite,
 - des dommages-intérêts
 - ou d'autres sommes ou droits patrimoniaux ?

Au moment de la rupture du mariage, les anciens époux, dans la mesure où ils accomplissent les conditions prévues par la loi, peuvent obtenir l'un de l'autre :

- **des dédommagements** pour le préjudice subi de l'époux non coupable, par la dissolution du mariage (article 388 NCC) ;
- **de l'entretien**, s'il se trouve en détresse à cause d'une incapacité de travail survenue pendant le mariage ou pendant l'an après la rupture du mariage, mais seulement si l'incapacité est causée par une circonstance en lien avec le mariage (article 389 NCC) ;
- **une prestation compensatoire**, que l'époux non coupable peut solliciter de celui dont la faute exclusive a déterminé la rupture du mariage, prestation destinée à compenser, tant que possible, un déséquilibre significatif que le divorce le déterminerait dans les conditions de vie de celui qui la sollicite. La prestation compensatoire peut être accordée seulement dans le cas où le mariage a duré au moins 20 ans (les articles 390-395 NCC).

Si oui merci de répondre aux questions suivantes :

63. Cette demande doit-elle être faite dès l'introduction de l'instance ou peut-elle être demandée en cours d'instance ?

Comme on a déjà montré, pour la prestation compensatoire le Nouveau code civil prévoit que cela ne peut pas être demandée que seulement en même temps que le divorce. Cela veut dire que la demande doit être formulée devant l'instance de divorce, qui la solutionnera par le même jugement.

En ce qui concerne la question si la demande doit être formulée dans le contenu de la demande introductive d'instance ou elle peut être faite aussi ultérieurement, pendant le procès de divorce, tant la demande concernant la prestation compensatoire, que les demandes concernant les autres droits patrimoniaux que l'un des époux peut prétendre de l'autre sont soumises au droit commun dans la matière. C'est à dire, si la demande initiale ne contient pas aussi un chef concernant la demande accessoire respective, elle pourra être modifiée jusqu'au premier terme quand, la partie, légalement citée, peut formuler des conclusions, conformément à l'article 132 du Code de procédure civile, en vigueur jusqu'au 1^{er} février 2013 ou jusqu'au premier terme pour lequel la partie est légalement citée, conformément à l'article 204 NCPC.

Si le demandeur ne modifie pas sa demande dans ce terme, cela ne pourra pas être solutionnée que par voie séparée, après la dissolution du mariage, sauf la demande concernant la prestation compensatoire, qui, si elle n'a pas été demandée en même temps que le divorce, ne pourra plus être accordée.

En ce qui concerne cette demande, dans la doctrine on a exprimé aussi l'opinion que si la prestation n'a pas été réclamée par la demande de divorce, par un chef distinct, elle pourrait être demandée aussi par voie séparée, mais avant le prononcé du jugement de divorce, suivant à la connexer au dossier de divorce (article 164 Code de procédure civile, respectif article 134 NCPC), pour s'assurer son jugement "en même temps avec la dissolution du mariage" (v. F. Baïas et collectif, op. cit., p. 427).

64. La demande peut-elle être introduite par l'un ou l'autre des époux après le prononcé du divorce ? Si oui, cette action est-elle enfermée dans un délai ?

Oui, exception faisant la demande concernant la prestation compensatoire qui, comme on a vu, doit être jugée en même temps que la demande de divorce.

Les demandes pour l'octroi des autres droits patrimoniaux doivent être introduites dans le terme général de prescription de 3 ans prévu par l'article 2517 NCC. Ce terme commence à couler, dans le cas des dédommagements prévues par l'article 388 NCC, de la date où l'époux préjudicié a connu ou devrait connaître le dégas.

65. L'un des époux peut-il être dispensé de fournir cette compensation (ou indemnisation, aliments ...)? Si oui, pour quels motifs ?

En ce qui concerne les **dedommagements**, seulement l'époux **coupable** de la dissolution du mariage peut être obligé au paiement de certains dédommagements. Pour que ceux-ci soient accordés il est nécessaire d'accomplir une condition supplémentaire, celle que l'époux qui réclame les dédommagements soit **noncoupable**, l'article 388 prévoyant cela expressément. Autrement dit, en cas de faute commune au divorce, les époux ne pourront plus prétendre de dédommagements l'un de l'autre.

Quant à la **prestation compensatoire** aussi, seulement l'époux **par la faute exclusive duquel** a été prononcé le divorce peut être obligé à la prestation compensatoire. Ce qui veut dire que dans le cas de faute commune on ne peut plus accorder la prestation. D'autant plus, l'époux innocent ne peut pas être obligé à la prestation compensatoire, même si l'autre époux (coupable) subirait, suite au divorce, un déséquilibre significatif en ce qui concerne les conditions de vie.

L'**obligation d'entretien** en faveur de l'époux **coupable** sera limitée à la durée d'un an de la dissolution du mariage.

De même, on ne peut pas disposer l'obligation de l'un des anciens époux d'accorder de l'entretien à l'autre, si celui-ci s'est remarié.

Enfin, **dans le cas du divorce par accord ou pour motifs de santé**, on peut pas accorder ni de dommages, ni prestation compensatoire, parce que, dans ces situations on n'établit pas la faute pour la rupture du mariage.

66. L'un des époux peut-il être privé du droit d'obtenir cette compensation (ou indemnisation, aliments...) ? Si oui pour quels motifs ?

La faute pour la rupture du mariage prive l'époux coupable, tant du droit d'obtenir des dommages, que du droit à la prestation compensatoire.

En ce qui concerne l'**entretien**, la faute limite à un an son octroi.

La perte de ces droits résulte tant de l'article 384 alinéa (2) NCC, qui établit, de principe, que l'époux à l'encontre duquel a été prononcé le divorce perd les droits que la loi ou les conventions conclues avec les tiers confèrent à celui-ci, que du mode comme est réglementé chacun de ces droits.

Il faut aussi montrer que le remariage de l'époux bénéficiaire détermine la cessation de l'octroi tant de l'entretien, que de la prestation compensatoire.

67. L'établissement ou le rétablissement d'un équilibre financier entre les situations patrimoniales respectives des ex-époux est-il recherché ?

Le rétablissement d'un équilibre est évidemment recherché dans le cas de la prestation compensatoire, mais pas autant entre les situations patrimoniales des anciens époux, que, plutôt entre la situation d'après le divorce de l'époux qui en bénéficie et celle qu'il avait pendant le mariage, bien que à l'établissement de la prestation compensatoire on tienne compte tant des ressources de l'époux qui la sollicite, que des moyens de l'autre.

68. Les règles en matière de compensation financière, d'aliments ou autres obligations patrimoniales après divorce sont-elles connectées à celles qui organisent la liquidation du régime matrimonial ou à celles de droit des biens (*property law*) équivalentes ?

Comme on a vu, le mode de réglementation de l'octroi de ces droits (dommages et intérêts, entretien) n'a pas de lien avec la liquidation du régime matrimonial, d'autres étant les critères avec lesquels opèrent les normes respectives, sauf la prestation compensatoire, parmi les critères d'établissement de cela étant aussi "les effets que les a ou les aura la liquidation du régime matrimonial"(article 390 alinéa(2)).

69. Les causes de divorce ont-elles une incidence sur les conséquences du divorce en matière patrimoniale ? Si oui dans quelle mesure ?

On est d avis qu une conclusion peut etre tiree de celles mentionnees anterieurement , notamment aux points 65 et 66.

On va recapituler.

Ainsi , dans le cas du **divorce par accord ou pour des motifs de sante** , on ne peut pas accorder ni dedommagements , ni prestation compensatoire et la duree de l obligation d entretien due par les anciens epoux l un a l autre ne peut pas etre limitee dans le temps.

Dans le cas **du divorce pour faute** , on pourra accorder tant la prestation compensatoire , que des dedommagements et entretien. **La faute** dans la rupture du mariage est importante , l epoux coupable n ayant pas droit ni aux dedommagements , ni a la prestation compensatoire , et l entretien que lui doit l autre epoux , s il accomplit les conditions legales , est limite a un an depuis la dissolution du mariage.

Il faut ajouter aussi qu a l **attribution du benefice du contrat de location de l habitation de la famille** , la faute dans la dissolution du mariage peut etre un critere (article 324 alinea (1) NCC).

70. Quelles formes les obligations patrimoniales entre ex-époux peuvent-elles prendre ? Si les formes sont multiples, sont-elles déterminées par la cause de divorce ?

L enumeration des formes que peuvent revetir les obligations patrimoniales entre ex-epoux a été faite au point 62.

On revient ici avec des details concernant la reglementation de chacune de ses formes.

L octroi de dedommagements est reglementee par l article 388 NCC , qui a meme cette denomination marginale. A la base du texte , l epoux non coupable , qui subit un prejudice par la rupture du mariage peut demander a l epoux coupable de le dedommager.

Les dedommagements peuvent etre **cummules** tant avec la prestation compensatoire , qu avec l entretien.

La prestation compensatoire est reglementee par les dispositions des articles 390-395 NCC.

Dans le cas ou le divorce se prononce par la faute exclusive de l epoux defendeur , l epoux requerant peut beneficier d une prestation qui compense , tant que possible , un desequilibre significatif que le divorce le determinerait dans les conditions de vie de celui qui la sollicite (article 390 alinea (1)NCC).

La prestation compensatoire s octroie seulement dans le cas ou le mariage a dure au moins 20 ans (article 390 alinea (1)NCC).

La prestation compensatoire peut etre octroiee en argent , sous la forme d une somme global ou d une rente ou en nature , sous la forme d usufruit sur des biens immeubles ou meubles qui appartiennent au debiteur (article 392 alinea (1)NCC) et cesse par le deces de l un des epoux , par le remariage de l epoux crediteur , comme quand celui obtient des ressources de nature a lui assurer des conditions ressemblants a celles qu il a eu pendant le mariage (article 395).

La prestation compensatoire ne peut pas l etre cummulee avec la pension d entretien (article 390 alinea (3) NCC) , mais elle peut l etre avec les dedommagements (article 388 NCC).

L obligation d entretien entre les epoux est reglementee par l article 389 du Nouveau code civil , qui prevoit , dans l alinea (1) , que , en regle generale , cela cesse par la dissolution du mariage. En revanche , si l epoux divorce se trouve en detresse due a une incapacite de travail survenue pendant le mariage ou pendant un an apres sa

dissolution , si l'incapacité est déterminée par une circonstance liée au mariage , il a le droit à l'entretien de la part de l'autre époux (article 389 alinéa (2)NCC).

L'entretien du s'établit jusqu'à un quart du revenu du celui obligé au paiement , par rapport à ses moyens et à l'état de détresse du créancier.

Quand le divorce est prononcé de la faute exclusive de l'un des époux , celui-ci ne bénéficie d'entretien que pendant un an après la rupture du mariage (article 384 alinéa (4) NCC). *Per a contrario* , il résulte qu'en cas de faute commune , la limitation ne s'applique pas.

L'obligation d'entretien **cesse** par le remariage de celui qui a le droit (article 389 alinéa (5)NCC).

Le mode dans lequel les causes de divorce influencent les droits patrimoniaux entre les anciens époux résultent tant de celles mentionnées plus haut , dans le cadre de ce point , que de celles montrées aux points 65 , 66, et , notamment 69.

71. Votre droit permet-il à l'autorité compétente d'attribuer à un des époux la propriété, la jouissance ou le bail du logement familial ? Si oui, à quelles conditions ?

En ce qui concerne le logement familial , si cela est détenu par un contrat de bail , à la dissolution du mariage , dans la mesure où il n'est pas possible l'utilisation du logement par les deux époux et ils ne s'entendent pas , le bénéfice du contrat de bail peut être attribué à l'un d'entre eux , en tenant compte , **en ordre** , de l'intérêt supérieur des enfants mineurs , de la faute dans la rupture du mariage et des possibilités d'habitation propres des anciens époux (article 324 alinéa (1)NCC).

L'attribution de la jouissance du logement peut être faite sur le fondement des mêmes critères , aussi dans le cas où cela est la propriété commune des époux. L'attribution produit des effets seulement jusqu'à ce que le jugement de partage demeure définitif (irrévocable jusqu'au 1^{er} février 2013) (article 324 alinéa (4) NCC).

À l'occasion du partage , dans la mesure où il n'est pas possible le partage en nature et si les ex-époux ne s'entendent pas , le juge va attribuer le logement à l'un d'entre eux tenant compte des critères mentionnés par l'article 673⁹ du Code de procédure civile de 1865 (article 987 NCPC) et de ceux mentionnés par l'article 324 alinéa (1) NCC.

En tout cas , l'intérêt supérieur des enfants a priorité , donc , si le parent ou a été établie la résidence des enfants , n'a pas sa propre habitation , c'est à lui qu'il va être attribué le logement familial à l'occasion du partage.

72. Le montant et les modalités des obligations patrimoniales entre ex-époux peuvent-elles être déterminés par une convention matrimoniale ?

Comme il résulte de ce qu'on a présenté antérieurement , selon la loi roumaine , les époux peuvent convenir sur tous les aspects qui concernent la dissolution du mariage , donc , ils peuvent aussi conclure une convention quant au montant et aux modalités des obligations patrimoniales entre eux.

Dans le Nouveau code civil , par convention matrimoniale on comprend la convention par laquelle les époux choisissent un autre régime matrimonial que celui de la communauté légale des biens (article 329).

73. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

Le juge peut censurer une telle convention dans la mesure où cela enfreint des dispositions légales d'ordre public.

En tout cas, le juge va censurer une convention concernant les rapports patrimoniaux entre les ex-époux, si par cela on frappe l'intérêt supérieur des enfants mineurs.

En ce qui concerne la modalité d'intervenir, le juge sollicitera une modification des clauses en discussion, sinon il ne tiendra pas compte de la convention.

74. Afin de calculer le montant dû, les époux sont-ils tenus de révéler l'intégralité des éléments qui constituent leur patrimoine (revenus, capital, biens, pensions, allocations...) ou bien peuvent-ils en être dispensés ?

On croit que la réponse est affirmative dans le cas d'obligation d'entretien et de la prestation compensatoire.

Pour la pension d'entretien, l'article 389 alinéa (2) NCC établit que cela s'octroie à l'époux qui se trouve **en détresse**, et l'alinéa (3) du même article prévoit que l'entretien du s'établit jusqu'à un quart du revenu de celui oblige, par rapport à ses moyens et à l'état de détresse du créancier.

Pour établir l'**état de détresse** du créancier, comme les moyens du débiteur aussi, il faut analyser tous les éléments qui constituent leur patrimoine.

En ce qui concerne la **prestation compensatoire**, même l'article 391 prévoit qu'à son établissement on tient compte tant des ressources du conjoint qui la sollicite, qu'aux moyens de l'autre époux au moment du divorce, des effets qu'elle a ou qu'elle aura la liquidation du régime matrimonial, comme de toutes autres circonstances prévisibles de nature à les modifier, comme seraient l'âge et l'état de santé des époux, la contribution qu'il a eu et suit à avoir chaque époux à l'élevement des enfants mineurs, à leur formation professionnelle, la possibilité de dérouler une activité productrice de revenu et d'autres similaires.

Quant aux **dedommagements** accordés conformément à l'article 388 NCC à l'époux non coupable pour les préjudices subis par la rupture du mariage, il ne seront plus nécessaires tous ces éléments, le seul aspect qui doit être prouvé étant **le montant du préjudice**. Bien sûr que, en fonction de la nature concrète du préjudice, on peut analyser un ou plusieurs de ces éléments.

75. Si aucune dispense n'est prévue, quelles sont les conséquences d'un refus de délivrer ces éléments ?

Naturellement, la conséquence sera le rejet de la demande d'octroi du droit patrimonial respectif.

76. Quels sont les critères pris en compte pour évaluer le montant dû ? (le train de vie du ménage avant divorce, les besoins des ex-époux qu'ils soient présents et/ou futurs, l'âge, l'état de santé, l'employabilité, le principe selon lequel chaque époux devrait satisfaire à ses propres besoins ...)

On a répondu au point 74.

77. Le montant de la compensation ordonnée peut-il être révisé ? Si oui pour quels motifs et à quelle échéance (régulière, en fonction des besoins...).
- Cela diffère, en fonction de la catégorie d'obligations patrimoniales entre les ex-époux.

Ainsi , si on se refere aux **dedommagements** octroyes sur le fondemenet de l article 388 , leur montant peut etre modifie dans les conditions du droit commun dans la matiere de la responsabilite civile extracontractuelle. Dans ce sens , l article 1386 alinea (4) NCC etablit que , dans le cas du prejudice futur , le dedommagement pourra etre augmente , reduit ou supprime , si , apres son etablissement , le prejudice a agrandi , a amoindri ou a cesse.

La pension d entretien pourra etre modifiee si se modifie l etat de detresse de l ancien epoux qui en beneficie ou les moyens de l epoux debiteur.

En ce qui concerne la **prestation compensatoire** , l article 394 NCC reglemente expressement le mode de sa modification.

Ainsi , le juge peut agrandit ou amoindrit la prestation si se modifient , significativement , les moyens du debiteur ou les ressources du creditur.

Dans le cas ou la prestation compensatoire consiste d une somme d argent , cela sera indexee de droit , trimestriellement , en fonction de la cote de l inflation.

ii. Les effets à l'égard des enfants

78. L'obligation d'entretenir financièrement l'enfant est-elle liée à l'autorité parentale, à la résidence de l'enfant, à un autre critère ?

L obligation d entretenir l enfant est reglementee par l article 499 qui fait partie du Chapitre II – "Les droits et les devoirs parentaux" – du Titre IV du Nouveau code civil , intitule "L autorite parentale".

Donc , il semblerait que l entretien de l enfant est l apanage de l autorite parentale. De meme il a été traite dans la doctrine sous l empire du Code de la famille , quand *l autorite parentale* était intitulee *la protection parentale* (v. dans ce sens, E. Florian , Droit de la famille , Ed. C.H. Beck , 2006 , p. 378-379).

Quand meme , l article 510 NCC prevoit expressement que **la decheance de l exercice des droits parentaux** n exonere pas le parent de son obligation de donner entretien a l enfant. Or , selon l article 507 , la decheance de l exercice des droits parentaux signifie la perte de l autorite parentale , le texte mentionnant que dans cette situation l autre parent exerce seul l autorite parentale. Voila comment le parent qui n a plus l exercice de l autorite parentale est tenu , quand meme , pour l obligation d entretien.

Pour ce motif , a notre avis , l obligation d entretien est liee a la qualite de parent. Bien sur que , en regle generale , cela coincide avec la detention de l autorite parentale , mais si , exceptionnellement , le parent perd cette qualite , l obligation d entretien subsiste , indifferemment si la perte de l autorite est due a la decheance de l exercice des droits parentaux ou elle a été decidee par le juge a l occasion du divorce , conformement a l article 398 NCC. Dans ce sens , l article 402 alinea(1) prevoit que l instance de tutelle , par le jugement de divorce , etablit la contribution de chaque parent aux depenses pour l elevege des enfants , sans distinguer selon si le parent a garde ou non l exercice de l autorite parentale.

79. Par quels moyens l'État organise-t-il le maintien de cette obligation à l'égard du parent qui ne vit pas avec l'enfant (pension alimentaire, mise à disposition de biens ou de capital ...)

Comme on a vu au point précédent, conformément à l'article 402 alinéa (1) NCC, l'instance de tutelle établit, par le jugement de divorce, la contribution de chaque parent à l'entretien des enfants.

En ce qui concerne le montant maximum de l'obligation d'entretien, il est établie par l'article 529 (qui fait partie du Titre V – L'obligation d'entretien – du Nouveau code civil, dont les dispositions sont applicables, en vertu de l'article 402 alinéa (2) NCC, au divorce). Dans l'alinéa (2) l'article mentionne prévoit que si l'entretien est dû par le parent, il s'établit jusqu'à un quart de son revenu net mensuel pour un enfant, un tiers pour deux enfants, et une demi pour trois enfants ou plus.

Le montant de l'entretien dû aux enfants, avec l'entretien dû aux autres personnes, ne peut pas dépasser une demi du revenu net mensuel du celui obligé (article 529 alinéa (2) NCC).

Concernant **les modalités d'exécution** de l'obligation d'entretien, l'article 530 alinéa (1) établit que cela s'exécute **en nature**, par l'assurance de celles nécessaires à la vie et, selon le cas, des dépenses pour l'éducation, l'enseignement et la formation professionnelle.

Si l'obligation d'entretien n'est pas exécutée volontairement, en nature, l'instance de tutelle dispose son exécution par le paiement d'une pension d'entretien établie en argent (alinéa (2)).

La pension peut être établie sous la forme d'une somme fixe ou dans une quotité pourcentuelle du revenu net mensuel du celui qui doit l'entretien (alinéa (3)).

80. Les modalités de l'exercice de cette obligation d'entretien, peuvent-elles être déterminées par une convention parentale ?

Oui, comme les parents peuvent convenir sur tous les aspects concernant les rapports des parents divorcés avec leur enfants mineurs, conformément à l'article 396 alinéa (1) NCC.

81. Si oui, le juge dispose-t-il d'un droit de regard sur cette convention, et de quelle marge de manœuvre dispose-t-il pour soit solliciter une modification, soit modifier directement l'accord.

On a vu que toute convention entre les parents concernant leurs enfants mineurs est soumise à la censure du juge, donc la convention sur les modalités d'octroi de l'entretien aussi. Le juge va intervenir chaque fois qu'il considère que la convention conclue entre les parties apporte une atteinte à l'intérêt supérieur des enfants.

Dans cette situation, il peut imposer soit la modification de certaines clauses, soit, si les parents ne se conforment pas ou s'il considère que la convention est dans son intégralité contraire à l'intérêt supérieur des enfants, ne va pas tenir compte de cela, établissant lui-même, conformément à l'article 402 NCC, par le jugement de divorce, la contribution de chaque parent à l'entretien des enfants, comme les modalités de son exécution aussi.

III. LE DROIT PROCEDURAL

82. Le divorce et le règlement de ses conséquences peut-il être obtenu en dehors d'une instance judiciaire ?

Oui , comme on a montré , conformément à l'article 375 NCC , **le divorce par l'accord des époux** peut être constaté aussi par l'officier d'état civil ou par le notaire public , dans le cas où les époux n'ont pas d'enfants mineurs nés du mariage , en dehors du mariage ou adoptés.

Le notaire public peut constater le divorce par accord , aussi dans la situation où les époux ont des enfants mineurs , s'ils s'entendent sur tous les aspects concernant le nom de famille qu'ils vont porter après le divorce , l'exercice de l'autorité parentale par tous les deux parents , l'établissement de la résidence des enfants après le divorce , la modalité de maintien des liens personnels entre le parent séparé et chacun des enfants , tout comme l'établissement de la contribution des parents aux dépenses d'entretien des mineurs (article 375 alinéa (2) NCC).

83. Si oui, quels sont les organes compétents pour connaître de la demande ? La procédure administrative est-elle la seule possibilité offerte au couple ou bien s'agit-il d'une alternative à une procédure judiciaire ?

Comme on a vu au point précédent , il s'agit du notaire public et de l'officier d'état civil. Tant la procédure notariale , que celle administrative , représente seulement une alternative pour **le divorce par accord** , cela pouvant être obtenu aussi par la voie judiciaire , conformément à l'article 374 NCC.

Le divorce pour faute ou pour l'état de santé des époux ne peut pas être obtenu que par voie judiciaire.

84. Dans le cadre d'une procédure judiciaire en divorce, quelle est la juridiction nationale compétente pour statuer ? Cette juridiction est-elle également compétente pour statuer sur les effets du divorce ? Une compétence juridictionnelle particulière est-elle prévue dans l'hypothèse d'un divorce transnational ?

Le système de droit roumain ne connaît pas deux ordres de juridiction , judiciaire et administratif , comme celui français , le seul ordre étant celui judiciaire.

Les instances de droit commun sont compétentes pour statuer tant à l'égard de la dissolution du mariage , qu'à l'égard des effets du divorce. L'instance compétente matériellement pour juger les actions de divorce est le tribunal d'instance , conformément à l'article 607 du Code de procédure civile de 1865 et article 914 NCPC.

85. Après l'introduction de l'instance les époux sont-ils tenus de respecter une période de réflexion ? Si oui, quelle en est la durée ?

Seulement dans le cas du divorce par l'accord des époux par voie administrative ou par procédure notariale. Dans ce cas , conformément à l'article 376 alinéa (1) NCC , l'officier d'état civil ou le notaire public enregistre la demande et donne aux époux un terme de réflexion de 30 jours.

Dans le cas du divorce par voie judiciaire , l'article 613 du Code de procédure civile de 1865 établit que , le président de l'instance , recevant la demande de divorce , va donner

au requérant des conseils de conciliation et , dans le cas ou celui insiste , va fixer le terme pour le jugement de la cause.

86. Les époux sont-ils tenus ou incités avant l'instance ou en cours d'instance à s'orienter, à titre préalable, vers un mode alternatif de règlement des conflits ?

Non. L'article 614 ^1 alinea (1) du Code de procedure civile de 1865 prevoit que , aux instances de fonds , le juge insiste pour la solution du divorce par l'entente des epoux.

L'aleina (2) du meme article etablit que **dans le cas ou** (n.s. M. S.) le juge recommande la mediation , **et les parties l'acceptent** (n.s. M.S.) , celles-ci vont se presenter au mediateur , pour l'information. Apres l'information les parties decident s'ils acceptent ou non la solution du divorce par mediation.

En ce qui nous concerne , on est d'avis que cette "solution du divorce par mediation" ne peut consister que seulement dans la conclusion d'une convention a l'egard du divorce et a tous les aspects qui tiennent de ses effets , convention avec laquelle les epoux vont se retourner a l'instance judiciaire ou se presenteront devant le notaire public ou l'officier d'etat civil , pour que ceux-ci prononcent ou constatent , selon le cas , le divorce , seulement ces structures ayant de la competence dans la matiere de la dissolution du mariage , et non pas le mediateur.

En tout cas , le Nouveau code de procedure civile , qui entre en vigueur le 1 fevrier prochain , n'a pas repris les dispositions de l'article 614^1 alinea (2) , en mentionnant seulement , dans l'article 920 alinea (2) , que l'instance va essayer , a chaque comparution , la reconciliation des parties.

87. L'autorité compétente peut-elle, pendant la procédure de divorce, prendre des mesures provisoires relatives
- au logement familial,
 - aux enfants,
 - à l'obligation alimentaire entre époux,
 - aux conséquences de violences conjugales ?

Selon l'article 613^2 Code de procedure civile de 1865 (article 919 NCPC) , l'instance peut prendre , tout au long du proces , par ordonnance de refere , des mesures provisoires a l'egard de l'assignation des enfants mineurs , l'obligation d'entretien , l'allocation pour les enfants et l'utilisation du logement familial.

88. Quelles sont les possibles voies de recours contre la décision relative au divorce, que celle-ci soit judiciaire ou administrative ?

L'arret judiciaire par lequel on prononce le divorce par l'accord des parties n'est pas soumis a aucune voie de recours (article 619 alinea (4) Code de procedure civile 1865, article 930 alinea (4) NCPC).

De meme , ni le certificat de divorce emis par le notaire public ou l'officier d'etat civil dans le cadre du divorce par l'accord des epoux par ces voies n'est pas soumis a aucune voie de recours , comme aussi leur refus de constater le divorce. Dans le cas du refus , les epoux peuvent s'adresser a l'instance judiciaire pour decider la dissolution du mariage par leur accord ou a la base d'un autre fondement prevu par la loi (article 378 alinea (2) NCC).

Dans les autres cas , les arrêts judiciaires sont soumis tant a l appel que a la pourvoie en cassation.

89. Un tiers (ministère public, avocat de l'enfant, service social, service de protection de la jeunesse...) peut-il intervenir
- à l'instance en divorce ;
 - à l'instance relative à l'autorité parentale, si elle est distincte de l'instance en divorce ?
- Si oui, sur quels fondements ?

Le Ministère Public peut intervenir pour la défense des droits de l'enfant dans l'instance de divorce en vertu du droit du procureur de formuler des conclusions dans n importe quel proces civil , dans toute ses phases , s il apprecie qu il est necessaire pour la defense de l ordre de droit , des droits et des libertes des citoyens.

En meme temps , selon l article 403 NCC , l institution de protection a laquelle a été assigne l enfant , l institution publique specialisee pour la protection de l enfant ou le procureur peuvent solliciter a l instance de tutelle la modification des mesures concernant les droits et les devoirs des parents divorces a l egard de leurs enfants mineurs.

90. L'enfant a-t-il la possibilité de donner son avis dans le cadre de la procédure de divorce, que celle-ci soit administrative ou judiciaire, et dans la procédure relative à l'autorité parentale si elle est distincte ? Le cas échéant quelles sont les modalités de cette audition ? Peut-il être assisté ou accompagné dans son audition et par qui ?

Dans le cas **du divorce par accord par voie administrative** le probleme des rapports entre les parents divorces et leurs enfants mineurs ne se pose pas parce que cette modalite de divorce n est pas admissible que dans le cas ou il n y a pas d enfants mineurs resultes du mariage ou dans de situations assimilees.

Dans le cas du **divorce par procedure notariale** non plus, on a l impression qu il ne se pose pas le probleme d audier le mineur , car dans cette situation le divorce peut etre constate par le notaire , seulement si les epoux ont conclu une convention a l egard des rapports avec leurs enfants mineurs. Le notaire va verifier si l accord des epoux est dans l interet des enfants , par l intermediaire du rapport d enquete psychosociale , car c est seulement a cela que l article 375 alinea (2) se refere expressement. Si le legislateur avait souhaite conferir au notaire la possibilite d ecouter l enfant , il l aurait prevu expressement , comme il a procede dans d autres circonstances.

Mais , **le juge** ecouterá l enfant toutes les fois qu il prendra des mesures qui le concerne.

Cette regle est etablie generiquement par l article 396 alinea (2) pour toutes les circonstances qui tiennent des rapports entre les parents divorces et leurs enfants mineurs.

La disposition est ensuite reprise par des textes qui reglementent des situations particulieres : l article 400 – la residence de l enfant apres le divorce – et l article 401 – les droits du parent separe de l enfant.

L audition de l enfant est reglementee par l article 264 du Nouveau code civil.

Ainsi , dans les procedures administratives ou judiciaires qui le concernent , l audition de l enfant qui a accompli l age de 10 ans est obligatoire. Quand meme , il peut etre audie aussi l enfant qui n a pas accompli l age de 10 ans , si l autorite competente considere que cette chose est necessaire pour la solution de la cause (l alinea (1)).

Le droit d'être audie suppose la possibilité de l'enfant de demander et de recevoir n'importe quel renseignement, conformément à son âge, d'exprimer son opinion et d'être informé sur les conséquences que cela peut avoir, si on la respecte, ainsi que sur les conséquences de n'importe quelle décision qui le concerne. Tout enfant peut demander d'être audie, selon les dispositions des alinéas (1) et (2). Le rejet de la demande par l'autorité compétente doit être motivé (alinéa (3)). Les opinions de l'enfant seront prises en considération par rapport à son âge et à son degré de maturité (alinéa (4)).

Quant à son **assistance ou à son accompagnement** pendant son audition, dans la pratique cela est laissé à la latitude du juge, qui peut décider que l'enfant soit accompagné par les parents ou assisté par un représentant (généralement, psychologue) de l'institution publique qui s'occupe de la protection des enfants.

IV. RECONNAISSANCE DES DÉCISIONS DE DIVORCE PRONONCÉES À L'ÉTRANGER

91. Quelles sont les conditions de reconnaissance des décisions relatives

- p) à la rupture du lien matrimonial ?
- q) aux effets pécuniaires du divorce ?
- r) à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux ?
- s) à la responsabilité parentale ?
- t) aux obligations alimentaires entre parents et enfants ?

Qu'en est-il s'il s'agit d'une décision émanant d'un État tiers à l'Union européenne et dont la reconnaissance est demandée dans votre pays ?

Merci de ne traiter que du droit national général, et non des conventions bilatérales conclues par votre pays.

Avant de répondre à proprement parler aux exigences du point 91 il est nécessaire de préciser que, selon l'article 1093 du Nouveau code de procédure civile, dans le sens du Titre III – L'efficacité des arrêts étrangers – du Livre VII – Le procès civil international – du NCPC, le terme *d'arrêts étrangers* se réfère aux actes de juridiction contentieuse ou non contentieuse des instances judiciaires ou de toutes les autorités compétentes d'un État **non membre** (s.n.) de l'Union Européenne.

Comme on a montré au cours de ce rapport, le Nouveau code de procédure civile suit à entrer en vigueur le 1^{er} février 2013. Le texte correspondant, en vigueur aujourd'hui, l'article 165 de la loi no. 105/1992 concernant les rapports de droit international privé, **ne distingue pas entre les États membres et non membres** de l'UE, en établissant que le terme d'arrêts étrangers se réfère aux actes de juridiction des instances judiciaires, des notariats ou de toutes les autorités d'un autre État.

Quand même, on est d'avis que même jusqu'à l'entrée en vigueur du NCPC, la solution concernant les arrêts étrangers doit être la même, par arrêts étrangers en comprenant les arrêts prononcés dans un État non membre de l'UE, et c'est à ceux-ci qu'il suit à s'appliquer les normes du droit interne concernant l'efficacité des arrêts étrangers. En ce qui concerne les arrêts prononcés dans des États membres de l'UE, on va appliquer les normes du droit de l'UE, comme seraient celles contenues dans le Règlement (CE) no. 44 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'

execution des decisions en matiere civile et commerciale ou dans le Reglement (CE) no. 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif a la competence , la reconnaissance et l execution des decisions en matiere matrimoniale et en matiere de responsabilite parentale. Seulement dans les domaines qui ne sont pas reglementes par des normes europeennes , seront appliquees les normes du droit international prive contenues dans la loi no. 105/1992. Pour revenir aux dispositions de droit interne , l article 166 de la loi no. 105/1992 prevoit que les decisions etrangeres **sont reconnues de plein droit** en Roumanie si elles se referent **au statut personnel** des citoyens de l Etat ou ont été prononcees ou , si elles ont été prononcees dans un Etat tier , ont été reconnues d abord dans l Etat de la nationalite de chaque partie. Le texte qui remplacera l article 166 de la loi no. 105/1992 apres le 1 fevrier prochain , l article 1094 NCPC , ajoute que , a defaut de reconnaissance dans l Etat de la nationalite de chaque partie , les decisions seront reconnues de plein droit en Roumanie , si elles ont été prononcees sur la base de la loi determinee comme applicable conformement au droit international prive roumain , elles ne sont pas contraires a l ordre public de droit international prive roumain et il on a respecte le droit a la defense.

Les **decisions relatives a d autres aspects** que le statut personnel , peuvent etre reconnues en Roumanie , conformement a l article 167 de la loi no. 105/1992 (l article 1095 NCPC apres l fevrier 2013) si elle accomplissent les conditions suivantes :

- a) la decision est definitive selon la loi de l Etat ou elle a été prononcee ;
- b) l instance qui l a prononce a eu , selon la loi mentionnee , la competence de juger le proces ;
- c) il y a de la reciprocite en ce qui concerne les effets des decisions etrangeres entre la Roumanie et l Etat de l instance qui a prononce la decision.

Si la decision a été prononcee a defaut de la partie qui a perdu le proces , elle doit constater aussi qu a la partie en cause on a communique en temps utile la citation pour le terme de debats en fond , comme aussi l acte de saisie de l instance et qu on lui a donne la possibilite de se defendre et d exercer la voie de recours contre la decision.

En ce qui concerne les motifs de refus de la reconnaissance de la decision etrangere , il y a des differences entre la reglementation en vigueur (la loi no. 105/1992) et celle qui va entrer en vigueur le 1 fevrier 2013 (La livre VII du NCPC).

Ainsi , en ce qui concerne le refus de la reconnaissance pour **violation de l ordre public de droit international prive roumain** , le Nouveau code de procedure civile se refere a la situation ou la decision est **manifestement contraire** a l ordre public (article 1096 alinea (1) lettre a)) , pendant que la loi encore en vigueur cosidere comme motif de refus **la simple violation** de cet ordre.

Puis , pendant que la loi en vigueur considere la violation de la competence exclusive des instances roumaines comme un cas de violation de l ordre public de droit international prive , le NCPC traite cette situation comme un motif distinct de refus de reconnaissance de la decision.

La loi no. 105/1992 consacre comme motif de refus de la reconnaissance le fait que la decision est le resultat d une fraude commise dans la procedure parcourue a l etranger (article 168 point 1) , cas qu on ne retrouve pas dans la reglementation du NCPC.

Le NCPC contient les cas suivants dans lesquels la reconnaissance peut etre refusee , des cas qui ne sont pas contenus dans la loi no. 105/1992 :

- la decision prononcee dans une matiere ou les personnes ne disposent pas librement de leurs droits a été obtenue dans le but exclusif de soustraire la cause a l incidence de la loi applicable conformement au droit international prive roumain ;
- est inconciliable avec une decision prononcee anterieurement a l etranger et susceptible d etre reconnue en Roumanie ;

-il a été violé le droit à la défense ;

-la décision peut faire l'objet d'une voie de recours dans l'Etat où elle a été prononcée.

Le seul motif de refus de la reconnaissance réglementé identiquement dans les deux actes normatifs est le fait que le procès a été solutionné entre les mêmes parties, même par une disposition non définitive, des instances roumaines où il y est en train de jugement à la date de la saisie de l'instance étrangère.

Selon les deux réglementations, aussi, la reconnaissance ne peut pas être refusée pour le seul motif que l'instance qui a prononcé l'arrêt étranger a appliqué une autre loi que celle qui aurait été déterminée par le droit international privé roumain, sauf si le procès concerne l'état civil et la capacité d'un citoyen roumain et la solution diffère de celle à laquelle on serait arrivée selon la loi roumaine.

Pour **conclure** la disposition judiciaire étrangère relative à la **dissolution du mariage**, sera reconnue de plein droit, dans les conditions de la loi (article 166 de la loi no. 105/1992, article 1094 du NCPC) et en ce qui concerne les autres effets du divorce (effets pécuniaires du divorce, la responsabilité des parents ou les obligations entre parents et enfants), la reconnaissance sera faite conformément à l'article 167 de la loi 105/1992 (article 1095 NCPC).

La conséquence du fait que la disposition provient d'un Etat tiers à l'UE, la constitue juste l'application des normes de droit international privé roumain, sauf la situation où par des traités internationaux où la Roumanie est partie on ne dispose autrement.

92. Dans quels cas une décision étrangère pourrait ne pas être reconnue dans votre pays pour violation de l'ordre public ? Donnez quelques exemples.

Comme on a vu, l'article 168 de la loi no. 105/1992 (en vigueur jusqu'au 1^{er} février 2013) prévoit que la reconnaissance d'une disposition étrangère peut être refusée si elle viole l'ordre public de droit international privé roumain. Donc, toutes les fois que l'instance investie par la demande de reconnaissance de la disposition constate une violation de l'ordre public dans le droit international privé, indifféremment à la gravité de cette violation, il suit de rejeter la demande. Le même texte indique aussi un cas de violation de l'ordre public, la violation de la compétence exclusive des instances roumaines.

Le Nouveau code de procédure civile, par l'article 1096 alinéa (1) lettre a) exige, pour pouvoir refuser la reconnaissance de la disposition étrangère, que cela soit **manifestement contraire** à l'ordre public de droit international privé, s'agissant, donc, d'une violation évidente, qui ne pourrait pas être mise en doute sous aucun motif. À la suite, le texte offre aussi un critère pour l'appréciation de la violation, en précisant que l'incompatibilité entre la disposition et l'ordre public de droit international privé roumain s'établit en tenant compte, notamment, de l'intensité du lien de l'affaire avec l'ordre juridique roumain et de la gravité de l'effet ainsi produit.

Ce qui nous semble intéressant c'est que le Nouveau code civil, cette fois, réglemente un cas d'application de la règle du refus de la reconnaissance d'une disposition étrangère pour violation de l'ordre public de droit international privé roumain. Ainsi, l'article 2601 NCC, qui porte la dénomination marginale "La reconnaissance du divorce par dénonciation unilatérale", établit que l'acte fait à l'étranger (donc l'arrêt judiciaire aussi) par lequel on constate la volonté unilatérale de l'homme de défaire le mariage, sans que la loi étrangère applicable reconnaisse à la femme un droit égal (ce qu'on a appelé "la répudiation de la femme"), ne peut pas être reconnue en Roumanie, à l'exception de la situation où sont remplies cumulativement les conditions suivantes :

a) l'acte a été fait avec le respect de toutes les conditions de fond et de forme prévues par la loi étrangère applicable ;

b) la femme a accepté librement et sans équivoque cette modalité de dissolution du mariage.

Donc , dans la situation où une disposition judiciaire constaterait la rupture du mariage suite à la seule volonté unilatérale de l'homme , sans être accomplies les deux conditions mentionnées plus haut , on a affaire avec une violation de l'ordre public de droit international privé roumain.

D'autres exemples d'une telle violation seraient : l'arrêt qui dispose la dissolution d'un mariage homosexuel , ce type de mariage étant prohibé lui-même par la loi roumaine ; la disposition qui ferait une discrimination , à l'occasion de l'établissement des rapports entre les parents divorcés et leurs enfants mineurs , entre les enfants du mariage et les enfants hors mariage ; la disposition qui accorderait une situation plus favorable à l'un des époux ayant en vue exclusivement le critère du sexe de celui-ci ; la disposition qui établirait pour l'un des époux un traitement dégradant etc.

93. Les décisions de divorce prononcées à l'étranger relatives à vos ressortissants sont-elles soumises à des modalités de publicité sur vos registres internes (transcription, mention en marge des actes de l'état-civil...) et si oui, quelles sont ces modalités de publicité ?

Conformément à l'article 41 alinéa (3) de la loi no. 119/1996 relative aux actes d'état civil , les actes d'état civil des citoyens roumains faits par les autorités étrangères ont force probatoire dans le pays seulement s'ils sont inscrits ou transcrits dans les registres d'état civil roumains.

Le citoyen roumain est obligé , en terme de 6 mois après son retour en pays où de la réception de l'étranger du certificat ou de l'extrait d'état civil , de demander la transcription de ces actes au service public communautaire local d'évidence des personnes ou à la mairie de la localité de son domicile.

Il faut mentionner aussi que , selon l'article 48 de la même loi , même dans le cas où elle a été disposée en Roumanie , la dissolution du mariage (tout comme la constatation de la nullité et l'annulation du mariage) s'inscrit par mention dans la marge de l'acte de mariage et de naissance des anciens époux.

94. Dans l'affirmative, ces modalités de publicité sont-elles obligatoires ou facultatives et qui doit demander la réalisation de cette publicité ?

Comme il résulte de la rédaction de l'article 41 alinéa (3) de la loi no. 119/1996 , l'inscription ou la transcription est obligatoire ("le citoyen roumain est obligé (...)) et elle se réalise à la demande des anciens époux.

95. Quelles sont les effets de cette publicité ou de cette absence de publicité ?

Comme il ressort du texte légal la formalité est demandée pour assurer **la force probatoire** dans le pays des actes respectifs.

Donc , la sanction de l'absence de la transcription ou de l'inscription sera la privation de force probatoire des actes respectifs sur le territoire de la Roumanie.

RAPPORT SUEDOIS

Maarit Jänterä-Jareborg
Professeur à l'Université d'Uppsala

Sweden

Swedish National Report by Prof. Dr. Maarit Jänterä-Jareborg, Uppsala University, First Draft (November 2012)

I. GENERAL

A. National law

1. What are the current sources of law for divorce (case law, statutes, ...)?

The conditions for divorce are regulated in Chapter 5 of the Swedish Marriage Code (= *Äktenskapsbalken*) of 1987. The divorce procedure itself is regulated in Chapter 14 of the Marriage Code. In both respects, the rules are relatively clear and simple. As a result, there are no Supreme Court precedents (= Sweden's highest court) concerning the divorce rules' interpretation and application. A few judgments from the courts of appeal (= second instance) can, nevertheless, be identified as of some relevance. Issues ancillary to a divorce claim, for example on parental responsibility and property division, have on the other hand given rise to important Supreme Court precedents.

In Sweden, preparatory materials to national legislation – *travaux préparatoires* – are regarded as an important source for the interpretation of legislation, in particular statements made in the Bills of the Government to Parliament. In respect of divorce, the most important *travaux préparatoires* are found in the Government Bill 1973:32 (*Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i giftermålsbalken*).

2. Give a brief history of the main developments of your national divorce law

In an enactment of 1915 – The 1915 Act on the Celebration and Dissolution of Marriage – a new outlook on the conditions to divorce was introduced into Swedish law, namely “deep and permanent breakdown of the marriage”. This ground was made available in cases where the spouses had lived apart for at least one year following a judicial decree, normally upon the spouses' joint application, on legal separation. A divorce could be acquired immediately on certain fault-based grounds (adultery, desertion), which had already previously been recognized in Swedish law. In addition, divorce could be obtained immediately if the spouses had lived apart for three years due to the breakdown of the marriage.

The current Swedish rules on divorce were adopted in the 1973 divorce law reform, which entered into force on 1 January 1974. Through this – radical – reform all special divorce grounds were abandoned. A spouse's wish to dissolve the marriage became alone sufficient to obtain a divorce. This means each spouse's unilateral right to dissolve the marriage by divorce. Apart from the wish of a spouse or both spouses to dissolve the marriage by divorce, Swedish law does not know any other legal grounds for divorce. In 1987, these rules were transferred (unaltered) to the new Swedish Marriage Code.

3. Are prospective reforms currently under consideration?

No. The divorce law of Sweden is regarded to function well in society and to be approved of by the general public. It has, however, been discussed whether divorce proceedings should be moved from courts, and transferred into an administrative procedure.

4. Is divorce the only ground for marriage dissolution or is there any other possibility to enforce marriage breakdown?

In connection with the 1973 divorce law reform, the institutions of legal separation and marriage annulment were abolished, and have not been reintroduced into Swedish law. This means that divorce remains the only possibility of enforcing a marriage breakdown.

5. If any, provide statistical data regarding divorce and legal separation?

In 2010, 23.593 divorces were granted in Sweden to be compared with 50.730 marriages concluded that year in Sweden (Sweden's population was approximately 9.4 million inhabitants). This was the fifth year in a row demonstrating an increased divorce trend in Sweden, and in this case an increase with 6 % compared to 2009 (i.e. approximately 1.400 divorces). The highest divorce rates ever recorded in Sweden are from 1974, i.e., the year when the 1973 divorce law reform entered into force. In 1974, altogether 26.802 divorces were granted. Since 1976, approximately 20.000 divorces have been granted pro year in Sweden.¹⁸⁵³

6. Does your national law admit marriage (or registered partnership) for same-sex couples? If yes, are the grounds for divorce and divorce proceedings identical to the ones for heterosexual couples?

Since 1 May 2009, the Swedish Marriage Code permits same-sex marriages to be concluded in Sweden; from that date on no partnerships can be registered in Sweden. Same-sex couples who had previously registered a partnership in Sweden – an option which was made available in Sweden starting from 1 January 1994 but restricted to couples of the same sex – can (if they wish) convert their partnership into marriage through a simple administrative procedure. The same rules on divorce (conditions and proceedings) apply to all marriages and registered partnerships (which have not been converted into marriage).

¹⁸⁵³ Statistics Sweden, www.scb.se (visited 14 November 2012).

B. Conflict of Laws

7. How is marriage defined in your national law?

Swedish law does not contain any specific definition on marriage. Since Sweden's same-sex marriage reform, carried out in 2009, the national legislation reflects a gender-neutral marriage concept, restricted to two persons united with each other through their marriage.¹⁸⁵⁴ Sweden's liberal divorce law reflects an outlook on marriage as a voluntary union between two spouses to be dissolved at the request of either spouse.

BI. Grounds for divorce

a). *Rome 3 is applicable*

8. With regard to Art. 5 (choice of the applicable law by spouses) and 7 (formal validity of the agreement on the choice of applicable law) of Rome III Regulation, what are the formal requirements set by your national law for the choice of the applicable law for divorce or legal separation?

9. With regard to Art. 13 of Rome III Regulation, are the following marriages considered as valid ones under your national law? 1° marriage between same sex persons, validly celebrated abroad; 2° private marriage; 3° polygamous marriage ...

b). *Rome 3 is not applicable*

10. What is the applicable law for divorce (*lex fori*, common national law, common residence or last common residence law...) ? Do the national conflict of law rules refer sometime to foreign law?

In connection with Sweden's 1973 divorce law reform (see above Q 2), also the national rules of private international law and divorce were revised. Since 1 January 1974, whenever a divorce claim is tried by a Swedish court, the court shall examine the divorce application in accordance with Swedish law, it is, the provisions of the Swedish Marriage Code. This means a *lex fori*-approach.

Two exceptions apply, however, from a pure *lex fori*-approach but these are of an extremely limited practical relevance. Both require, to start with, that both spouses are foreign nationals (without Swedish nationality). In the first case, if the respondent spouse objects to the divorce *and* neither spouse has been habitually resident in Sweden for at least one year, a Swedish court may not grant the divorce application (in accordance with Swedish law), if the law of the state where the spouses or one of them is a national does not permit the divorce. In the second case, focusing on situations where the law of the respondent spouse does not permit the divorce, the court may abstain from granting the application against the wish of the respondent spouse. Decisive for the court's decision in this case concerning whether to deny the application should be regard to special interests of the respondent spouse or the spouses' joint children, speaking against divorce. These rules are found in the Swedish Act (1904:25 p. 1) on Certain International Legal relations Concerning Marriage and Guardianship, Ch. 3 § 4.

¹⁸⁵⁴ Swedish Marriage Code Ch. 1 § 1.2.

It should, furthermore, be emphasized that the exceptions from the application of Swedish law are not meant to carry with them the application of foreign law to the granting of a request on divorce. Foreign law is in these cases only “being taken into account” as a restriction to the granting of a divorce in accordance with the *lex fori*. The taking account of foreign law can only result in the refusal of the divorce claim.

The very limited practical importance of these provisions is demonstrated by the fact that an application for divorce in accordance with the *lex fori*, in the situations covered by the two exceptions, appears never to have been denied by a Swedish court, with reference to the content of a foreign law. The explanation is the outlook taken in Swedish law which regards the right to divorce as a fundamental right of each spouse.¹⁸⁵⁵ Two judgments of the Supreme Court of Sweden, *NJA 1988 p. 308* and *NJA 1991 A 2*, demonstrate the “mission impossible” of a foreign spouse in trying to prevent a Swedish divorce decree, in accordance with the Swedish Marriage Code, in a competent Swedish court.

I 1. Is parties’ will taken into account in order to determine the applicable law for divorce?

No, the parties’ are not permitted to dispose of the law applicable to divorce in Sweden. The *lex fori*-approach applies, with the above-mentioned marginal exceptions (Q 10).

I2. If parties may choose the applicable law, how shall this choice be expressed and when?

(The Q lacks relevance for Swedish law.)

B2. Consequences of divorce

I3. What is the applicable law for financial consequences of divorce (maintenance, compensation, damages etc.)? National legal provisions, EU regulation, international convention?

The Maintenance Regulation of the European Union, including The Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance, is applicable in Sweden since June 2011. Since the rules on the law applicable are to be applied universally by each EU member state participating in the cooperation in question, they have replaced the application of other choice of law rules regarding *maintenance* in Swedish law.

National rules on choice of law tend to reflect the underlying values of the corresponding substantive law provisions of each state. Sweden’s divorce law reform of 1973 not only eliminated all fault-based (guilt-based) divorce grounds from Swedish law. In addition, the 1973 law reform deprived the notion of a spouse’s fault (guilt) to the marriage breakdown of all legal relevance as regards the consequences of the divorce. Statements made in Swedish *travaux préparatoires* even indicate that the application of any foreign law granting relevance to a spouse’s guilt to the divorce could be regarded as contradictory to Swedish public policy (*ordre public*).¹⁸⁵⁶ It is, however, not certain that Swedish courts would today be

¹⁸⁵⁵ See M. Jänterä-Jareborg, “Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Divorce Cases in Europe”, *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, 2008, p. 340.

¹⁸⁵⁶ See *Prop. (Government Bill) 1973:158*, p. 105 f and *SOU (Statens Offentliga Utredningar) 1987:18*, p. 228.

prepared to follow this position, not least with regard to the “europeanisation” of private international law requiring a much more open interpretation of public policy.

Swedish law lacks rules on the law applicable to compensation or damages due to divorce. As legal consequences of a divorce such issues should, probably, be governed by the law applicable to the divorce. There is, however, no published Swedish case law on the issue. Since these consequences of a divorce are not covered by any international instrument applicable in Sweden, it cannot be excluded that a Swedish court would find any foreign rule obliging a guilty spouse to pay compensation or damages to the other spouse as contrary to Swedish public policy. This would enable the court to refuse to apply the foreign law and, as a consequence, to deny the request.

14. What is the applicable law for matrimonial assets settlement (matrimonial regimes etc.)

In 1990, Sweden adopted the Act (1990:272) on International Issues Regarding the Spouses' Property Relations. (Later on the enactment was extended to cover also the property relations in non-marital cohabitation.) Unless the spouses have agreed otherwise, their matrimonial property regime is governed by the law of the state where the spouses become habitually resident upon the marriage (§ 4.1). If however, both spouses during the marriage become habitually resident in another state, the law of the new state of habitual residence takes over, *in whole*, once the spouses have been resident in that state for at least two years (§ 4.2). Upon the spouses' change of habitual residence, the applicable law changes automatically, *in whole*, if both spouses earlier during the course of the marriage have been habitually resident there or if both spouses are nationals of that state. In rare cases – where the spouses have never been habitually resident in the same state – the law of the state demonstrating the closest connection to the spouses is to be applied.

The main rule is party autonomy, i.e., the spouses' (or future spouses') right to choose the law applicable to their matrimonial property regime. To qualify for a valid choice, either one of the parties, at the time of the agreement, must have been a national of or habitually resident in the state whose law is chosen (§ 3).

In so-called inter-Nordic situations, special rules govern the choice of the applicable law to the spouses' matrimonial property regime.¹⁸⁵⁷ These rules are, largely, in line with Sweden's above described general choice of law rules regarding matrimonial property relations.

15. What is the applicable law for parental responsibility?

The 1996 Hague Convention on the protection of children has recently been ratified by Sweden and will become applicable in Sweden on 1 January 2013. In cases where Swedish authorities will exercise jurisdiction under the Convention, the *lex fori* shall be the law applicable (Art. 15). Normally, the *lex fori* will at the same time be the law of the habitual residence of the child. In cases not covered by the 1996 Hague Convention, the law of the

¹⁸⁵⁷ See M. Jänterä-Jareborg, "Inter-Nordic Exceptions in EU Regulations on Matters of Family and Inheritance Law", *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens*, 2012, pp. 745-749.

habitual residence of the child will normally be applied. In the absence of legislation on the law applicable to issues on parental responsibility, Swedish case law has, namely, moved towards giving preference to the child's habitual residence also in this respect.¹⁸⁵⁸

16. What is the applicable law for maintenance regarding children? National legal provisions, EU regulation, international convention?

The Maintenance Regulation of the European Union, including The Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance, is applicable in Sweden since June 2011. Since the rules on the law applicable are to be applied universally by each EU member state participating in the cooperation in question, they have replaced the application of the national choice of law rules regarding maintenance in Swedish law. Sweden is not a party to any international Conventions regulating the law applicable to maintenance obligations.

B3. Role of the judge (or any competent authority)

17. Is the judge under compulsory obligation to look for the applicable conflict of law rule and is he abided by it?

It is held unanimously that if the substance of the dispute concerns a mandatorily regulated area of law, judged by the standards of Swedish domestic law, then it is the duty of the judge to take into account the foreign connecting factors and the applicable conflicts rule, irrespective of the pleadings of the parties. Before applying the conflicts rule and the foreign law that this rule may refer to, the judge should draw the parties' attention to the applicable conflicts rule and the applicability of a foreign law, and in this manner enable the parties' to adjust their claims to the correct legal framework.

On the other hand, opinions remain divided concerning disputes which according to Swedish domestic law are regulated in a dispositive manner, i.e., permitting the parties to replace the applicable rules by other rules and to settle the dispute in accordance with their own preferences. Some authors claim that the conflicts rules of the forum should even in this case be applied *ex officio* by the court. Other authors are of the opinion that the conflicts rules are in this case applicable only upon the request of the party. Case law has supported, largely, the theory of the necessity of a party request. At the same time it is widely held that it is the court's duty to bring to the parties' attention the possible applicability of a foreign law, through the conflicts rules of the forum, whenever the pleadings of the parties indicate the existence of a relevant foreign connecting factor. This duty of the court mitigates the differences between the two approaches.

In Swedish domestic law, issues on parental responsibility are regarded to be indispositive, whereas issues on maintenance and property division are regarded to be dispositive.

¹⁸⁵⁸ It should, however, be pointed out that the notion of parental responsibility, as understood in the 1996 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation, is a broad one. Contrary to what applies to issues relating to the care of the child's person (custody, access rights, residence), issues of property administration still in national Swedish law leave certain scope for the application of the law of the child's nationality. See the Swedish Act (1904:25 p. 1) on Certain International Legal Relations Concerning Marriage and Guardianship, Ch. 4.

It can be argued that the conflicts rules in an EU Regulation should always be applied *ex officio*, without having regard to the nature – dispositive or indispositive – of the corresponding domestic law rules in Swedish law. It is, namely, only by regarding these rules as mandatory that the aimed unity of result – and other purposes of the union conflicts rules – can be achieved.¹⁸⁵⁹

18. If the national conflict of law rule refers to the application of foreign law, what is the role of the judge regarding foreign law rules? Shall he research the applicable foreign law rule? How is the content of this rule established?

The relevant provision in this respect is found in the Swedish Code of Procedure, Chapter 35 § 2.2. According to this provision, if foreign law is to be applied and the judge does not know its content, he or she may request a party to prove the content of the foreign law.¹⁸⁶⁰ The provision reflects a “mixed approach” to an issue of great practical relevance. It is always permitted that a judge makes use of his or her own knowledge of the applicable foreign law, and also that a judge may carry out necessary investigations on the content of foreign law. The judge may, equally, require the parties – and in particular the party relying on foreign law – to provide information on its content. It is a currently a common practice in Sweden that the court transfers the task of providing information on foreign law to the parties.

The court shall decide whether the information and proof of the foreign law is sufficient enough to provide the legal basis for the court’s decision in substance. The court also decides what the foreign law’s true content is, on the basis of the provided information and its own knowledge of it.

II. SUBSTANTIVE LAW

A. Grounds for divorce

19. Must marriage have last for a specific period of time before divorce can validly be claimed?

No specific time limits exist under Swedish law. Theoretically, it is possible to apply for divorce immediately after the marriage was concluded, and cases are known in Sweden where a divorce application was submitted only a couple of days after the marriage ceremony. Under certain circumstances, however, Swedish law stipulates an obligatory reconsideration period of six months, but to be counted from the date of the application for divorce. This requirement has as such nothing to do with the length of the marriage but is justified solely out of concerns for the children under the age of 16 years or out of concern for the other spouse when he or she is opposes the divorce application.

¹⁸⁵⁹ See M. Jänterä-Jareborg, “Foreign Law in National Courts, A Comparative Perspective”, 304 *Recueil des Cours* 2003, pp. 367-370.

¹⁸⁶⁰ See M. Jänterä-Jareborg, *ibid.* p. 296.

20. Does the lack of legal capacity of one spouse (protection regime, mental illness...) have consequences on his/her legal capacity to introduce a divorce claim or to defend to the proceedings validly?

From the point of view of Swedish law, the answer is most probably affirmative, but is not explicitly regulated in legislation or addressed in any Supreme Court precedent. On the other hand, an appellate court judgment gives at hand that the spouse's lack of legal or mental capacity is of relevance in this case.¹⁸⁶¹ When such a capacity is missing, for example due to severe dementia, a personal representative should be appointed for the spouse regarding his or her application for divorce, or response to the divorce application of the other spouse.

21. Does your national law provide for a sole ground or for multiple grounds for divorce?

[If national law provides for sole ground for divorce (irretrievable breakdown of marriage) answer part A1, if not answer part A2 only]

As indicated above (Q 2) since Sweden's 1973 divorce law reform, the sole ground for a divorce application is the spouses' – or only one spouse's – wish to dissolve the marriage by divorce. If the spouses jointly apply for the divorce, it will be granted immediately by the court, unless there is a child under the age of 16 years which makes a reconsideration period of six months obligatory. If the other spouse objects to the divorce, a reconsideration period of six months will, equally, start running from the date of the application.

Swedish law considers marriage to be a voluntary union between two persons to be dissolved as soon as the spouses or one of them no longer is interested in the continuation of the marriage, *whatever the reason*. It follows that Swedish law on divorce does not, strictly speaking, fit into the "scheme" of this Questionnaire.

A1. Divorce on the sole ground of irretrievable breakdown of the marriage

22. How is irretrievable breakdown established, and if any what are the grounds for irretrievable breakdown?

As indicated above, Swedish law accepts both a consensual divorce as well as a "unilateral divorce" by respecting the wishes of both spouses – or only one spouse – not to continue with the marriage. The application for divorce as such is sufficient for the court to proceed and to grant the divorce. Apart from the making of the application for divorce, no requirements exist regarding an "irretrievable breakdown of the marriage". It should also be emphasized that Swedish law does not use any such terminology but, in fact, regards requirements like this to be superfluous and, even, out-dated.

¹⁸⁶¹ See RH 2008:33. See A. Agell & M. Brattström, *Äktenskap, Samboende, Partnerskap*, Fifth Edition, 2011, pp. 46 f.

23. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on the different grounds for breakdown.

This Q lacks all relevance from the point of view of Swedish law, see above Q 22. For divorce statistics in Sweden, see above Q 5.

24. How is consent between spouses taken into account regarding the grounds of irretrievable breakdown?

As has been pointed out above, this section of the Questionnaire does not fit into the underlying ideology of the Swedish law on divorce. It can, nevertheless, be mentioned that if both spouses are in agreement about the divorce, meaning that they submit a joint divorce application – or in the case of an application by one spouse, the other spouse admits it – then the divorce will be granted without any requirement of a reconsideration period. If there are children under the age of 16 years, the spouses cannot under any circumstances set the requirement of a reconsideration period aside. In that case, a six month reconsideration period is mandatory under Swedish law (Swedish Marriage Code, Chapter 5 § 1).

25. In case of mutual consent of the spouses, shall the divorce application be made by both spouses acting together or is it possible for one spouse to accept the divorce during the course of proceedings?

Both ways are possible under Swedish law and treated equally, see above Q 24.

26. In case of mutual consent of the spouses, are the spouses required to agree on the consequences of divorce or is the judge entitled to decide on these consequences?

In Swedish law, the parties are free to agree upon the consequences of a divorce. An agreement on the consequences of the divorce is not a requirement for the granting of a divorce under Swedish law. The judge becomes involved in the consequences of a divorce only when the parties cannot agree and wish to have them decided by the court. Taking such issues to court remains exceptional in the Swedish system.

27. Is fault between spouses taken into account regarding the grounds for irretrievable breakdown of marriage? If yes to what extend?

No. See answers to Q 2 and Q 21-22.

28. How is separation between spouses taken into account regarding grounds for irretrievable breakdown?

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?

As indicated above, Q 2, and Q 21-22, this aspect lacks relevance from the point of view of Swedish divorce law.

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

See above. The only aspect of relevance regarding Swedish law in this connection might be the following. Each spouse is always entitled to an *immediate divorce* – without a preceding period of reconsideration – when the spouses have lived apart for at least two years, Swedish marriage Code Chapter 5, § 4. This means that even if there are children under 16 years of age or the other spouse objects to the divorce, the court shall grant the divorce immediately upon application.

A2. Multiple grounds for divorce

29. If any, give recent statistics about the percentage, number of claims introduced on every different ground for divorce.

a. Divorce by consent

30. Does divorce by consent exist as an autonomous ground for divorce or is it a specific form of divorce for irretrievable breakdown of marriage?

31. Must the spouses be separated before introducing the claim? If yes, for how long?

32. Does divorce by consent imply mutual consent and joint request or is it possible for one spouse to introduce the claim against the other who will be invited to consent in the course of proceedings?

33. Does divorce by consent imply general consent on every of its aspects and consequences or does it leave a margin of appreciation to the judge to hold about its consequences?

b. Divorce on the ground of irretrievable breakdown of the marriage

For comments on the Swedish approach, making these issues irrelevant, see above.

34. How is irretrievable breakdown established?

35. How is consent between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

36. How is separation between spouses taken into account regarding irretrievable breakdown?

a) Is separation sufficient to establish irretrievable breakdown?

b) How long must separation have last before it could be raised as a ground for irretrievable breakdown? Does it need to be a continuous period of time?

37. Can an initial claim on the ground of irretrievable breakdown be converted into a divorce by consent or in a divorce on the ground of fault in the course of proceedings? If yes what are the bridges between these proceedings?

c. Divorce on the ground of fault

38. What are the fault grounds for divorce?

39. Are there some specific requirements regarding proof of fault in this proceeding?

40. Does the judge keep a margin of appreciation to pronounce a judgement against both parties when fault is claimed by only one party?

41. Does parties' reconciliation prevent them to invoke earlier facts as ground for divorce?

42. Can fault between spouses be considered as a tort and open a claim for damages to the benefit of the innocent spouse? If yes, is the claim for damages on the ground of fault between spouses distinct from a 'classical' tort law action?

B. Consequences of divorce

43. Do spouses have the possibility to settle the consequences of divorce (as well as the date at which the divorce will be effective) by an agreement

- Before marriage;
- During marriage;
- During the divorce proceedings?

In these respects restrictions apply in Swedish law. Firstly, spouses are not permitted to settle the consequences of divorce by an agreement *prior to the marriage*. *During the marriage*, agreements on the consequences of divorce are permitted prior to a contemplated divorce. During the divorce proceedings, the spouses are free to settle the consequences of their divorce. In the case the spouses reach an agreement on the consequences of their divorce during the divorce proceedings, it is common that they wish the contents of their agreement to be included in the court's divorce decree.

The spouses cannot set the date when their divorce becomes effective. This date is always the date when the divorce becomes final, i.e., when the court's divorce decree can no longer be appealed, Swedish Marriage Code Chapter 5 § 6.

44. If yes, may the judge scrutinize the spousal agreement?

Under Swedish law the financial consequences of a divorce are limited to issues of maintenance, between the spouses and in relation to their children, and the property division between the spouses. In both respects, party autonomy applies meaning that the spouses are free to settle these issues according to their own preferences. Of relevance is also that according to Swedish law, after divorce each spouse shall be responsible for his or her own support, Swedish Marriage Code Chapter 5 § 7.1.

It falls outside the mandate of a court to scrutinize these agreements, unless the court is requested to do so by a spouse who claims that the agreement is unreasonable. Agreements on parental responsibility (custody, visitation rights, the child's residence) are always subject to approval by the competent authority.

45. If the judge has a power of scrutiny, which elements allow the judge either to require the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

As pointed out under Q 44, an agreement comes under the scrutiny of a judge only upon request of a spouse who claims that the agreement is unreasonable. In the case of an agreement on spousal maintenance, the court's scrutiny will focus on the circumstances which existed when the agreement was concluded and the overall circumstances, Swedish Marriage Code Chapter 6 § 11.2. An agreement found to be unreasonable against this background will then be adjusted by the court. Similarly, the court may adjust an unreasonable agreement on property division made prior to the divorce, Swedish Marriage Code Chapter 12 § 3.2.

46. If a proceeding of legal separation (without dissolution of marriage) exists in your system, what are its consequences regarding spouses and their common children?

Not of relevance for Swedish law, see above Q 4.

a. The personal consequences of divorce

i. The consequences of divorce between spouses

47. When does divorce officially break off the marriage?

The marriage is dissolved officially when the decree of divorce becomes legally effective, it is, non-appealable, Swedish Marriage Code Chapter 5 § 6. Once the divorce decree is final in the said manner, the court which decreed the divorce shall inform the Swedish authority in charge of the population records¹⁸⁶² of the divorce. This authority shall then register the divorce. The date of registration does not carry with it any special legal effects such as making the divorce "official".

48. Is matrimonial freedom of the ex-spouses subjected to limitations? (when are they authorized to remarry, can the remarry each other ...)

No such limitations exist under Swedish law.

49. If marriage has consequences on the family name of spouses, what are the correlative effects of divorce?

A marriage has no automatic consequence on the family names of the spouses. On the other hand, a marriage entitles a spouse to acquire the other spouse's family name, Swedish Act on Names¹⁸⁶³ § 9. It follows that each spouse either maintains unaltered the family name he or she had before the marriage, or replaces that name by the other spouse's family name in

¹⁸⁶² This authority is The National Taxation Agency (= Skatteverket).

¹⁸⁶³ Act (1982:670).

which case the spouses shall have a common family name. A divorce has no impact on a spouse's right to continue to use the family name of the other spouse.

50. Does divorce have effects regarding

- Citizenship eventually granted to the foreign spouse by marriage;**
- Residence permit granted to the foreign spouse by marriage?**

A foreign citizen's (or stateless person's) marriage to a Swedish citizen does not as such entitle the foreign spouse to acquire Swedish citizenship. The foreign spouse is subject to the general rules on the acquisition of Swedish citizenship, Act (2001:82) on Swedish Citizenship, §§ 11-12. The foreign spouse must apply to become a Swedish citizen and fulfil the general requirements. The applicant's marriage to a Swedish citizen may, however, enable him or her to acquire Swedish citizenship even if the general requirements are not fulfilled, § 12. A subsequent divorce will not have any impact on the thus acquired Swedish citizenship, which remains unaltered.

A foreign spouse who has received a residence permit in Sweden due to the marriage to a person resident or with residence permit in Sweden risks losing it, if the marriage is dissolved by divorce *before* the foreign spouse has resided in Sweden for at least two years *unless* the spouses have previously cohabited with each other on a permanent basis, Swedish Foreigners' Act¹⁸⁶⁴ Chapter 5 §§ 3.1, 3a.1, 8 and 16. In these cases, namely, the marriage entitles the foreign spouse only to a temporary residence permit in Sweden which must be renewed.¹⁸⁶⁵ The foreign spouse can qualify for a permanent residence permit in Sweden only after two years lawful residence in Sweden. A prerequisite is that the marriage continues, unless there are special reasons for making an exception, for example that the relationship was terminated due to family violence. These restrictions do not apply to a foreign spouse who is a citizen of a member state to the European Union, the EES or Switzerland.

ii. The consequences of divorce regarding children

51. Does your system distinguish the exercise of parental responsibility from the issue of residence of children? If yes, how and what are the consequences on the exercise of parental responsibility?

Swedish law distinguishes between the exercise of parental responsibility and the child's residence. If the parents are not cohabiting but share rights of custody, the child's residence must be established to be with either one of the parents or, alternatively, on an alternate basis with each of them. Only a parent with custodial rights can be vested with the residence of the child.

¹⁸⁶⁴ Act (2005:716).

¹⁸⁶⁵ The foreign spouse qualifies for a permanent residence permit from the beginning if the spouses have lived together abroad in a permanent manner, § 8.1.

52. Does divorce produce automatic effects regarding parental responsibility?

In case of divorce, the parents continue *ex lege* to share the custody of their child, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 3.2. The court shall in the divorce decree remind the parents of that their joint custody of the child continues in spite of the divorce.

Exceptionally, however, the court may take measures to terminate the parents' joint custody upon divorce. In connection with divorce proceedings the court may order that the custody of the child is to be attributed to only one of the parents, provided that joint custody would be manifestly contrary to the best interests of the child, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 5.3. The court may also overrule the parents' agreement on sole custody, provided that it finds joint custody to be in the best interests of the child and provided that not both parents object to joint custody.

53. Can the exercise of parental responsibility be subject to a parental agreement?

Yes, and the competent authority to approve of such agreements is in the first place the local **social welfare board**, and not a court. Under Swedish law parental agreements are encouraged, and an aim is to keep parental disputes out of court to the extent possible. The great majority of the cases in Sweden are solved amicably by the parents out of court, often under supervision of the social welfare board. The parents are free to agree on the exercise of parental responsibility, but subject to the test of the best interests of the child. If the parents have agreed on joint custody rights the **social welfare board** shall confirm the agreement unless it is *manifestly* against the child's best interests, Chapter 6 § 6.2. In respect of agreed sole custody for one parent only, the social welfare board can refuse to approve of the agreement if it regards the agreement not to be in accordance with the child's best interests. It is, however, generally assumed that the parental agreement is in the best interests of the child and it is unusual that their agreement would not be confirmed by the competent authority. The agreement is legally valid if in writing *and* approved of by the local social welfare board, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 6.1.

Where only one of the parents has custody rights and the parents agree on joint custody, the **court** may, upon their application, order joint custody in accordance with the parental agreement, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 4. It is only when joint custody would, in the court's opinion, be manifestly against the child's best interests that the court is not bound to follow the parental agreement. Similarly, if the parents agree on sole custody rights to one of the parents the court can, upon their application, order sole custody in accordance with the agreement, if it considers this solution to be in the child's best interests.¹⁸⁶⁶ The court may also overrule the parents' agreement on sole custody, provided that it finds joint custody to be in the best interests of the child and provided that not both parents object to joint custody. This means that joint custody can not be ordered by the court when both parents are against it, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 5.2.

In disputes on parental responsibility the court has the duty to encourage and promote parental agreement, Swedish Code of Procedure Chapter 42 § 6 p. 5 and § 17.1 For this purpose, the court can refer the parents to cooperation discussions under the regime of the

¹⁸⁶⁶ A. Singer, *Barnets bästa. Om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, 2012, p. 126.

social welfare board or appoint a special mediator, but not against the wishes of the parties.¹⁸⁶⁷

54. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

As has been pointed out above under Q 53, not only courts but, primarily, social welfare boards are involved in Sweden as regards the scrutiny of agreements between the parents regarding parental responsibility. Both authorities must base their decisions on the best interest of the child. This means that the social welfare board in certain cases cannot confirm the parents' agreement, because this requirement in its opinion is not met (in practice very few). Similarly, the court cannot in certain cases order in accordance with the parents' agreement. The competent authorities' margin of appreciation regarding parental agreements is described above under Q 53.

Both the social welfare board and the court should take all efforts to encourage the parents to reach an agreement, since parental agreements are generally regarded to be in the best interests of the child. In its scrutiny of the reached agreement, the competent authority should balance between the notion that parental agreement generally works in the best interests of the child and the risk that this agreement might not in all respects be voluntary on behalf of one of the parents. The competent authority must also take into account the special circumstances of the family which may indicate that the agreement does not meet the best interests of the child. If the parents cannot reach an agreement which the social welfare board is able to confirm, the parents need to take the issue to court.

When an issue on parental responsibility is taken to court, the court shall not decide upon the issue until the social welfare board has had the opportunity to provide any relevant information to the court, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 19. The social welfare board, in turn, has the duty to supply any such information. If the social welfare board disapproves of the parental agreement, the court shall order an investigation to take place on the child's situation in order to find the best solution for the child. The court may lay down guidelines for this investigation, to be carried out by the board or a suitable expert, and also set a deadline for it. The procedure followed is the same as when the parents are in disagreement with each other.¹⁸⁶⁸

55. Is the judge vested with the power to organise the exercise of parental responsibility? If yes, does he compulsorily need to be requested to hold on this issue by one or the other parents?

Continued joint custody rights to the parents after their divorce constitutes the main rule under Swedish law. As pointed out (Q 52), this follows automatically of the law, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 3.2. In connection with divorce proceedings the court may, however, find reason to order that the custody of the child is to be attributed to and exercised by only one of the parents, provided that joint custody would be manifestly contrary to the best interests of the child, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 §

¹⁸⁶⁷ A. Singer, *ibid.*, p. 151.

¹⁸⁶⁸ A. Singer, *ibid.*, p. 127.

5.3. The court may also overrule the parents' agreement on sole custody, provided that it finds joint custody to be in the best interests of the child and provided that not both parents object to joint custody.

The court's competence remains under Swedish law limited to a) the attribution of custody to both or only one of the parents, b) deciding on the rights of contact between the child and the parent with whom the child is not residing, and c) deciding on the child's residence. The court cannot order on the exercise of any specific issues related to parental responsibility, for example the child's education or religious upbringing or where (geographically) the child is to live.

56. What are the elements enabling the judge to hold a modification of the exercise/right of parental responsibility? May one parent be deprived of his/her exercise of parental responsibility considering his/her misbehaviour toward the other parent?

The child's best interests is the guiding principle under Swedish law for all decisions regarding both the attribution and the exercise of parental responsibility, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 2a. If the parents hold joint custody rights but cannot reach an agreement on how the custody rights are to be exercised, or are in disagreement on a specific aspect of the child's custody, the ultimate option is that the court dissolves the joint custody of the parents and orders sole custody of the child to one of the parents. The court may, nevertheless, order joint custody of the child against the wish of one of the parents but not if both parents are opposed to this, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 5.2. Joint custody is, generally, not regarded as a suitable solution in situations where one of the parents is guilty of violence towards the child or the other parent. This can apply even when time has passed after the incident(s) took place, because it risks negatively affecting the parents' ability to jointly exercise parental responsibility.

57. May parent(s), once deprived of the exercise/right of parental responsibility, still be vested with contact, visit and/or residence of his/her/their children?

Swedish law puts great emphasis on the child's need of contact with the parent with whom the child is not residing, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 2a. It follows that depriving a parent of custodial rights to the child, by court order, does not automatically result in that parent losing his or her contact rights with the child. On the contrary where possible, contact rights should be vested on that parent, but taking into account the reasons for the parent's loss of the custody rights. Where necessary, these rights may be subject to various kinds of conditions, such as supervised contact rights in the presence of a third person, for example a representative of the local social welfare board, or conditions regarding the place where the contact rights may be exercised, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 15.3. Swedish courts are generally very reluctant to exclude a child's contact with a parent altogether, since such an outcome prevents the child from establishing or maintaining a good and close contact with the parent.

Only a parent with rights of custody can be vested with the right to have the child residing with him or her.

Also in cases where the child has been placed in care outside of its home, due to the parents' inability to care for the child adequately or their neglect or abuse of the child, the local social welfare board in charge of the placement of the child has the duty to ensure, as far as possible, that the child's need for contact with its parents is met (Swedish Care of Young Persons Act, § 14). It is up to this authority to decide how the child's right to contact with the parents is to be exercised. It may also decide that the child's residence shall not be disclosed to the parents but kept secret from them. It should be noticed that in all of these cases under Swedish law the parents, normally, retain their legal custody rights to the child even if the child is placed into care by the competent authority without the parents' consent.¹⁸⁶⁹

58. Which arrangements are legally available to parents in order to organise residence of children after divorce? (Usual residence with visit and contact, shared residence, residence granted to a third party...)

Subject to the best interests of the child, the parents are free to decide with which of them the child shall reside after the divorce, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 14. They may, consequently, agree upon residence with one of the parents or upon shared residence with each of them on an alternate basis. They may also agree that the child is to reside with a third person. In that case, however, the child's placement with that third person (a private home) is to be approved of by the local social welfare board, Swedish Social Services Act, Chapter 6 § 6. An arrangement whereby the child is to reside with only one of the parents – or with a third person – does not in any way affect the other parent's (or parents') custody rights, with the exception of matters of daily care. If the child resides with only one of the parents or with a third person, the child continues to have a right to contact with the parent(s).

59. May arrangements regarding the residence of the child be decided by a parental agreement? If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

Parents who share the custody of the child may enter into an agreement concerning the child's residence. Such agreements are also strongly encouraged under the Swedish system. Their agreement becomes binding if in writing *and* confirmed by the local social welfare board, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 14a.2. If the parents cannot reach an agreement on the child's residence, a court may upon application of one or both parents decide with which of the parents the child is to reside, or if the child is to reside on an alternate basis with each of them, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 14a. The court may order alternate residence also against the wishes of one of the parents but not against both parents' wishes.

The court shall base its decision on the best interests of the child. The court's powers are, however, limited to deciding *with which parent* the child is to live and do not include deciding *where* the child shall live. If the parents cannot agree on the latter aspect, the court may need

¹⁸⁶⁹ See K. Boele-Woelki & M. Jänterä-Jareborg, «Protecting Children Against Detrimental Family Environments under the 1996 Hague Convention and the Brussels II Bis Regulation», *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2010, p. 127.

to dissolve the joint custody of the parents in favour of sole custodial rights to one of them. A parent with sole custody rights is, basically, free to decide where the child is to live.

An alternate residence implies that the child's residence with each parent is of approximately the same duration. Approximately one fourth of all children in Sweden to divorced or separated parents live with both parents on an alternate basis. Even if research remains limited concerning how alternate residence affects the child, the experiences in Sweden appear, largely, positive. With the exception of very small children, the social welfare boards appear to encourage parents' to agree on alternate residence.¹⁸⁷⁰ Swedish courts appear, on the other hand, to be more hesitant in this respect.¹⁸⁷¹

60. Are legal provisions available to the judge to guaranty the relationships between parents and child after divorce? If yes, what are they? Are sanctions provided if one parent does not fulfil his/her duty to maintain relationship with his/her child?

To start with, Swedish law emphasises the child's need of a close and good contact with both parents, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 2a. The parents have the joint responsibility to ensure, to the extent possible, the child's need of contact with the non-residential parent, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 15.2. The residential parent or the parent with sole custody of the child has the duty to provide such information to the other parent which can contribute to the exercise of the contact rights, Chapter 6 § 15.3. If the residential parent prevents the child's right to contact with the other parent and the other parent requests sole custody of the child, there is a risk that the custody (and residence) will be transferred to the latter.

The non-residential parent has a duty of contact with the child. If, however, the non-residential parent neglects this duty, no sanctions are available under Swedish law to force that parent into contact with the child. The only legal consequence is that if this parent shares custody rights to the child, he or she may risk losing those rights due to failure to exercise contact with the child, if the other parent brings the case to court and requests sole custody rights, *i.a.*, on this ground.¹⁸⁷²

The non-residential parent wishing to exercise contact rights with the child or wishing to extend the existing contact rights, can request this at court and have the court order on contact rights, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 15a.1. The court shall make its decision on the basis of the child's need of contact with that parent. That parent (but not the child) can also take measures of enforcement, if the contact right order by the court or agreed between the parents is not respected by the residential parent, Swedish Children and Parents Code, Chapter 21. Since a law reform carried out in 2006, also the local social welfare board may initiate court proceedings to establish contact rights between the child and a parent, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 15a.1.¹⁸⁷³

¹⁸⁷⁰ Lecture on alternate residence and children's welfare by Dr of Medicine, Child Psychologist Malin Bergström, Uppsala Faculty of Law 14 November 2012.

¹⁸⁷¹ Oral information by judges of *Uppsala District Court*, 14 November 2012.

¹⁸⁷² A. Singer, *Barnets bästa. Om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, 2012, p. 136.

¹⁸⁷³ A follow-up study carried out in 2011 showed however, that it was highly unusual for a social welfare board to make use of this option. A. Singer, *ibid.*, p. 137.

The parents' agreement on the child's contact rights with the non-residential parent is binding, if in writing and confirmed by the social welfare board, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 15a.3.

b. Post-marital financial consequences

61. Does the settlement of financial consequences of marriage breakdown is made in a single divorce proceeding or can it be dealt through a distinct one, either concomitant or subsequent?

Under Swedish law, an application for divorce may also include claims relating to the legal consequences of the divorce including its financial consequences, Swedish Marriage Code Chapter 14 § 5. If this is the case, or when such claims are made during the divorce proceedings, the court shall assess these claims in connection with the divorce proceedings. Because the assessment of these issues may take a longer time than what is required for the granting of the divorce, it is common that the court first grants the divorce, in the form of a so-called part-judgment (*deldom*) and then proceeds with the remaining issues, all within the same proceedings.

Alternatively, the spouses may in the form of an agreement settle the financial consequences of the divorce outside of court, parallel to the divorce proceedings. The spouses may agree on these issues also in advance, in anticipation of the divorce. Upon their application, the court can confirm their agreement in the divorce decree.

Swedish law permits the spouses also to agree on the financial consequences of the divorce after the divorce decree. The spouses are also permitted to initiate legal proceedings on the financial consequences of the divorce after the divorce decree.

What is essential in a comparative perspective is that Swedish law does not make the granting of a divorce in any way dependant on a settlement concerning the financial consequences of the divorce.

i. Consequences between spouses

62. At the time of marriage breakdown are ex-spouses entitled the one regarding the other to :

- **Compensation,**
- **Maintenance,**
- **Compensation of rights to pension benefits,**
- **Damages**
- **Any other payment or property rights?**

Swedish law provides, exceptionally, for **inter-spousal maintenance claims** upon divorce, but only on a needs basis. It does not provide for any compensation or damages of any kind.

Two factors are of special relevance for understanding the position taken in Swedish law. *First*, fault to marriage breakdown lacks all legal relevance for both the right to divorce and for the financial consequences of the divorce. *Second*, unless otherwise agreed between the spouses (for example in the form of a matrimonial property agreement) *all* the spouses property (including the assets owned before the marriage or acquired as a gift or inheritance during the marriage) will be included in the property division due to the divorce. This is the main rule under Sweden's default regime of deferred community of property and involves a very broad notion of sharing.

If yes, please answer the following questions:

63. Does the maintenance/compensation/damage issue must be claimed at the time of the initial request or can it be made in the course of divorce proceeding?

An application for divorce may also include various kinds of claims related to the granting of a divorce, such as a spouse's claim to post-divorce maintenance. Where the application for divorce has already been submitted, such claims may be made orally to the court or, alternatively, in writing without separate summons, Swedish Marriage Code, Chapter 14 § 5.

64. Can the maintenance/compensation/damages claim be introduced by one or the other spouse after the divorce being granted? If yes, is this action enclosed in a specific period of time?

Swedish Marriage Code does not stipulate any explicit time limits for initiating court proceedings after a divorce decree, for example regarding the right to maintenance. On the other hand, the starting point of the law is that divorce terminates any inter-spousal maintenance obligation, Swedish Marriage Code, Chapter 6 § 7. Where necessary a spouse can be granted maintenance from the other spouse during a transitional period following the divorce. A court can retrospectively grant maintenance only for the preceding three years, counted from the date of the application for maintenance, Swedish Marriage Code, Chapter 6 § 9, unless the maintenance debtor consents to a longer period of time.

65. May one of the spouse be discharged from providing for maintenance/compensation/damages, to the other? If yes, on which grounds?

This question appears, strictly speaking, to be of no relevance from the point of view of Swedish law. Under Swedish law, divorce terminates as a rule the inter-spousal rights and duties of maintenance, Swedish Marriage Code, Chapter 6 § 7. Swedish law does not provide for compensation or damages.

The only provision of relevance in this context might be the provision on the adjustment of a judgment or a spousal agreement on maintenance, Swedish Marriage Code, Chapter 6 § 11, due to changed circumstances *or* because of the agreement being found unreasonable by the court in the light of the circumstances of its conclusion and the overall circumstances.

66. May one of the spouses be deprived from obtaining maintenance/compensation/damages, from the other? If yes, on which grounds?

This question appears to be of no relevance from the point of view of Swedish law. As has been pointed out above, the starting point is that neither spouse has a right to maintenance from the other spouse after divorce, Swedish Marriage Code, Chapter 6 § 7. So the only way in which a spouse can be “deprived” from obtaining post-divorce maintenance is where such maintenance has exceptionally been granted and the spouse paying maintenance is, afterwards, discharged from the duty to pay, because the court finds reason to adjust the agreement (see answer to Q 65).

67. According to legal provisions or case law, is balance between the two spouses personal assets sought?

The question appears to lack relevance from the point of view of Swedish law, considering that according to the main rule all the spouses’ property belongs to the so-called deferred community property regime (see above Q 61). The net sum of each spouse’s property is to be shared equally by the spouses upon the termination of the matrimonial property regime, for example, due to divorce.

By way of exception the spouses can, however, also have so-called separate property (= personal assets) that are not to be taken into account in the property division. If only one of the spouses has separate property to be excluded from the division whereas all the other spouse’s property is to be included, the outcome may be too unequal. In such a case a court may order a lump sum payment from the spouse with (more) separate property to the other spouse, Swedish Marriage Code Chapter 6 § 8 and Chapter 11 § 6.

68. Are the rules organising compensation/maintenance/damages, connected to the rules organising the liquidation of matrimonial assets, or to equivalent ones relating to property law?

As mentioned earlier, Swedish law permits only spousal claims on maintenance, and not claims on compensation or damages. In assessing whether a spouse claiming post-divorce maintenance exceptionally qualifies for it, the court needs to take into account the outcome of the matrimonial property division, as well as all the other means of the spouse claiming maintenance, Swedish Marriage Code Chapter 6 § 7. It follows that in this sense there is, indeed, a link between the rules on post-divorce maintenance and the rules governing the liquidation of the matrimonial property.

The main rule is that *all* the spouses’ property is to be taken into account in the liquidation of the deferred community property regime, which applies as the default regime in Swedish law, Swedish Marriage Code Chapter 7 § 1 and Chapter 9 § 1. Spouses may, however, have property that is not included in the regime, for example because of their matrimonial property agreement or because the property has been given to a spouse by a third person under condition that it shall be exempted from any property division. If the property of one of the spouses is exempted, the property division may risk resulting in an unfair outcome. This outcome can be corrected by the court granting, upon the needy spouse’s application, a lump sum maintenance payment as compensation, Swedish Marriage Code Chapter 6 § 6 and Chapter 11 § 6.

69. Do the grounds for divorce have an incidence on an award of compensation/maintenance after marital breakdown? If yes, to what extent?

The Q lacks relevance from the point of view of Swedish law, as explained above.

70. What shape compensation/maintenance or other financial obligations between the spouses may take? If multiple shapes are available, are they determined according to the grounds for divorce?

A maintenance payment is normally a periodic monetary payment, available only during a transitional period of time, Swedish Marriage Code Chapter 6 § 8. In some cases the court may order a lump sum to be paid by one spouse to the other in order to correct an unequal outcome of the liquidation of the matrimonial property regime (see above Q 67) or in order to enable the spouse in need of maintenance to afford a pension insurance.

71. Does your national law allow the competent authority to allocate the family home to one spouse for property, use or renting?

As regards property division following a divorce, special rules apply to the allocation of the joint dwelling of the spouses, i.e., the family home, Swedish Marriage Code Chapter 11 § 8. The spouse who is most in need of the family home shall be entitled to receive it in his or her portion, but with a corresponding deduction of this portion. If the value of the family home exceeds the value of the spouse's portion, a monetary compensation for the other spouse becomes necessary. If the family home is of little value, no such deduction is made. This could be the case where the spouses rent the family home, unless the rental value is notable.¹⁸⁷⁴

When assessing the spouses' need to be allocated the family home, preference is normally given to the custodial parent with whom the children will be residing. If the parents share custody rights and the children will reside with both parents on an alternate basis, then other factors become decisive, for example, ownership of the family home in favour of the owner spouse. An additional requirement is that the take-over right can be regarded as reasonable, which might not be the case if the family home is owned by the other spouse alone as his or her "separate property" (personal property).¹⁸⁷⁵

It falls outside the powers of the competent authority to order that the family home shall be used or rented by a spouse, after the property division has been carried out. Only the spouse in whose portion the family home is allocated will be able to make such dispositions in favour of the other spouse. In divorce proceedings the court may make interim orders regarding the right to live in the family home, but only until the property division has been carried out, Swedish Marriage Code Chapter 14 § 7.1.

¹⁸⁷⁴ See A. Agell & M. Brattström, *Äktenskap, Samboende, Partnerskap*, Fifth Edition 2011, p. 212.

¹⁸⁷⁵ Agell & Brattström, *ibid.*, pp. 210 f.

72. May amount and modes of fulfilling the financial obligations between spouses be determined by spousal agreement?

Yes. The spouses are free to agree on the amount and modes in respect of post-divorce maintenance. To be enforceable, the agreement must be in writing and witnessed by two persons, Swedish Code of Execution, Chapter 3 § 19.

73. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the spouses to reconsider the agreement, or to directly modify it?

Agreements on post-divorce maintenance are not scrutinized by the court. This applies also when the agreement, upon request of the spouses or a spouse, is included in the divorce judgment. On the other hand, a spouse is free to initiate court proceedings for the purpose of having the agreement adjusted – or even set aside – by the court, on the basis that the agreement is unreasonable in view of the circumstances which existed at the time of its conclusion and the overall circumstances, Swedish Marriage Code Chapter 6 § 11. In one case, for example, the Swedish Supreme Court declared the agreement to be invalid under general contractual grounds (full faith and credit) because the husband had failed to produce relevant information on his ability to pay maintenance whereby the wife had renounced her right to maintenance.¹⁸⁷⁶ Likewise, according to the same provision in the Swedish Marriage Code, the agreement may (upon application) be adjusted by the court due to a change in the circumstances.

74. In order to evaluate the amount of compensation/maintenance/damages, are the spouses under duty to fully disclose the elements making up their assets (incomes, capital, assets, pension, benefit...) or can they be discharged from full and frank disclosure?

Under Swedish law, divorce terminates the inter-spousal duty of maintenance. The duty to full disclosure in order to evaluate the amount of maintenance eventually to be paid to a spouse does not, at the outset, fit into this kind of a system. On the other hand, if a spouse has misled the other spouse regarding his or her ability to pay maintenance or, alternatively, need of maintenance, any agreement between the parties on the issue may be set aside by the court or adjusted, if found unreasonable, Swedish Marriage Code Chapter 6 § 11. For this reason, it is not either possible to claim that a spouse under Swedish law can be discharged from a full and frank disclosure.

On the contrary, one of the general legal effects of marriage under Swedish law is the spouses' mutual duty to supply each other with information necessary to assess the financial circumstances of the family, Swedish Marriage Code Chapter 1 § 4. This includes issues of relevance for the duty to maintain. In connection with the spouses' divorce this provision should, therefore, be read in conjunction with another provision in the Swedish Marriage Code, namely Chapter 9 § 3, which stipulates the duty for each spouse, upon liquidation of

¹⁸⁷⁶ NJA 1961 p. 124.

the marital property regime, to give account of his or her property and also to disclose all other information of relevance for the property division.¹⁸⁷⁷

75. If no discharge does exist, what are the consequences of the refusal by one of the spouses to disclose financial elements of his/her assets?

For the purposes of property division upon divorce, a spouse may apply to court to have a property division executor appointed, Swedish Marriage Code Chapter 17 § 1. This option is of particular relevance when the spouses cannot agree on how their property should be divided or when one of the spouses refuses to cooperate. Upon application by the appointed property division executor the court can oblige a spouse on oath, under the penalty of a fine, to disclose his or her assets for the purposes of an inventory of the spouses' assets, Swedish Marriage Code Chapter 17 § 5.

An agreement between the spouses on maintenance may be set aside by a court if the agreement was not based on correct information, see above under Q 73. A new property division may need to be carried out if it turns out that a spouse has not disclosed assets which should have been included in the property division.

76. What are the criteria taken into account in order to evaluate the amount of the due compensation/maintenance/damages? (former household way of life, needs of the ex-spouses either actual and/or future, age, health or ability to find a job, self-sufficiency ...)

To start with, the claimant spouse must be in the need of maintenance due to the lack of own means which are sufficient enough to provide a basic maintenance after divorce. The respondent spouse must, in turn, have the ability to provide post-divorce maintenance. These factors alone, however, are not sufficient to grant the needy spouse maintenance from the other spouse. It is required, in addition, that the claimant spouse's lack of means and need of maintenance *is a result of the marriage as such* and that it is reasonable to oblige the other spouse to provide maintenance. Conditions such as the duration of the marriage and whether the needy spouse's work at home caring for the children, makes it extra difficult for (usually) her to find employment, as well as factors such as the needy spouse's age and illness, are taken into account. Marriages of a short duration (five years or less) do not, therefore, normally, qualify for post-divorce maintenance.

As has been pointed out earlier, post-divorce maintenance is exceptional under Swedish law and, where granted, normally meant to be only of a provisional duration – one to four years following the divorce – the aim being to enable the needy spouse to find gainful employment or to obtain education enabling future self-sufficiency. The transitional nature of post-divorce maintenance applies also in the case of long marriages. For example, in the Supreme Court judgment *NJA 1982 p. 821*, the husband was obliged to pay maintenance for the wife retroactively for a period of two years following the divorce until the date when the wife had acquired full-time employment. The marriage had lasted 28 years, three children were born in it and the wife had been the 'homemaker' during most of the marriage. Under extraordinary circumstances, having regard to the factors identified above, the court may

¹⁸⁷⁷ See M. Jänterä-Jareborg, "Swedish National Report" (answer to Q 63), *European Family Law in Action, Volume II: Maintenance Between Former Spouses*, 2003, pp. 106 f.

grant maintenance for a longer period or even life-long, Swedish Marriage Code Chapter 6 § 7.3. This was the outcome in the Supreme Court judgment *NJA 1983 p. 826*. The marriage had in this case lasted 22 years, the wife had been the homemaker making it possible for the husband to make a career and obtain a high income-level but she was now ill and without any education making her entry into labour market extremely difficult. The court granted the wife life-long maintenance from the husband.

The spouses' standard of living during the marriage is not a factor of relevance when the court decides on issues of maintenance.¹⁸⁷⁸

77. May the amount of compensation/maintenance/damages be revised? If yes, on which grounds and to which term (regularly, considering the needs of the petitioner ...)?

If a spouse wishes to have the agreed maintenance – or the maintenance granted by a court decree – revised, the former spouses are free to agree on the matter. If they cannot reach an agreement, the spouse who wishes to have a revision must initiate court proceedings.

Both an agreement on maintenance and a judgment on maintenance can be adjusted by the court if there is reason to do so due to changed circumstances, Swedish Marriage Code Chapter 6 § 11.1. The requirement of “change” may relate either to a spouse’s need of maintenance or to the other spouse’s ability to pay maintenance. Restrictions apply regarding the court’s powers to revise the previously agreed or ordered maintenance, unless both parties agree otherwise. Payments already made cannot be reduced or cancelled. An increase the previously determined amount of maintenance can only be granted if there are extraordinary reasons for doing so. A maintenance payment in the form of a lump sum may not be adjusted if the adjustment is contested by either party, Swedish Marriage Code Chapter 6 § 11.1.

A regular “revision” of maintenance between former spouses does not fit well into the Swedish system, considering that post-divorce maintenance as such is exceptional and where granted normally of a provisional nature. The general (automatic) index-adjustment of maintenance is of much greater relevance.

ii. Consequences regarding children

78. Is the obligation to maintain the child linked either to parental responsibility, or to the residence of the child, or to any other element?

Both parents have the duty to maintain their children, irrespective of whether they share custody rights to the child, Swedish Children and Parents Code Chapter 7 § 1.1. The non-residential parent has the duty to pay a maintenance allowance (child support) for the child’s needs, in accordance with his or her ability, normally in the form of a periodical amount, paid monthly in advance, Swedish Children and Parents Code Chapter 7 § 2 and § 7.1. When the child resides with both parents on an alternate basis, i.e., spends approximately the same

¹⁸⁷⁸ See M. Jänterä-Jareborg, “Swedish National Report” (answer to Q 69), *European Family Law in Action, Volume II: Maintenance Between Former Spouses*, pp. 183 f.

time living with both parents, then no maintenance allowances are due, the assumption being that each parent fulfils his or her maintenance obligation while having the child residing with him or her. It has been claimed that the popularity in Sweden of alternate residence arrangements for children has to do with the fact that the parents, by agreeing on alternate residence for the child, do not need to pay anything to the other parent for the child's needs.

The link to the child's residence becomes even more clear when regard is had to the non-residential parent's right to reduction when taking care of the child for a longer period of time. For this parent to become entitled to a deduction of the stipulated amount of maintenance, the child must stay with him or her for an un-interrupted period of at least five days, Swedish Children and Parents Code Chapter 7 § 4.1.

79. By which means does your system organise maintenance of the child by the parent who is not usually living with him/her (maintenance order, supply of assets for the benefit of the child, supply of capital, trust...)?

The most common solution is that the *parents agree* on child support, i.e., the amount which the non-residential parent is to pay for the child's needs. Normally the agreement stipulates a certain sum of money, to be paid monthly in advance. The amount to be paid should depend on the child's need and the parent's ability to pay maintenance, Swedish Children and Parents Code Chapter 7 § 1.1. It has, however, become very common in Sweden that the non-residential parent only pays as maintenance allowance the amount of money safeguarded (subsidiarily) by the Swedish state as a minimum maintenance support for a child. This amount is currently (2012) 1.273 Swedish crowns pro month, corresponding to approximately 140 Euros. The aim of the state maintenance support system is to safeguard each child this minimum amount when the non-residential parents pays nothing, or pays less than this fixed minimum amount. Regrettably, in practice this amount has become the standard amount of maintenance paid by the non-residential parent. As a result, the provisions of the Swedish Children and Parents Code regarding the criteria for child maintenance are in practice set aside,¹⁸⁷⁹ and the child risks receiving much less than what its needs are and what is the ability of the non-residential parent to pay. It has also become uncommon in Sweden to bring cases on child maintenance to court.

Other kinds of agreements than those concerning monthly payments in advance are unusual in Sweden, which may have to do with the fact that they are subject to special requirements regarding both form and approval by a competent authority. A special provision is found in the Swedish Children and Parents Code, Chapter 7 § 7.2 focusing on agreements on future maintenance to be paid by means of a lump sum or for periods exceeding three months. Any such agreement is subject to special form requirements and must also be approved of by the local social welfare board. Furthermore, maintenance in the form of a lump sum must be paid to the social welfare board, if the child is under the age of 18 years, Chapter 7 § 7.4.

Any other modes of payment require a court order *and* special reasons, Swedish Children and Parents Code, Chapter 7 § 7.3.

¹⁸⁷⁹ See A. Singer, *Barnets bästa, Om barnets rättsliga ställning i familj och samhälle*, 2012, p. 170.

80. May methods provided to carry out maintenance obligation regarding children be determined by parental agreement?

Yes, but with the restrictions mentioned above under Q 80.

81. If yes, is the judge vested with the power to scrutinize this agreement, and does he have a margin of appreciation either to ask the parents to reconsider the agreement, or to directly modify it?

Parental agreements on monthly payments to the child are not subject to the automatic scrutiny of any competent authority. In respect of lump sum payments and payments for longer periods than three months, the agreement is subject to the scrutiny of and the approval by the social welfare board (see above Q 79). Court adjustments of agreed maintenance are dependant on a parent taking the issue to court, requesting for the court to adjust the amount of maintenance. The court may adjust the agreed maintenance either due to changed circumstances or because it regards the agreement to be unreasonable in view of the circumstances which existed when it was concluded and the overall circumstances, Swedish Children and Parents Code, Chapter 7 § 10.

III. PROCEDURE

82. May divorce be granted and its personal and financial consequences settled outside legal proceedings?

Under Swedish law, a divorce decree can only be granted in the form of a court decree. All the personal and financial consequences of divorce may, on the contrary, be settled outside court proceedings.

83. If yes, which is the competent authority to know about these issues? Is that administrative proceeding the sole one or it is an alternative to legal proceedings?

In Sweden, the *social welfare board* of each municipality plays a very central role regarding issues on *parental responsibility*, i.e. custody rights, visitations rights and the child's residence. Its duty is to encourage the parents agree on these issues and, once an agreement is reached, to scrutinize the agreement and confirm it, if it finds the agreement to be in the best interest of the child. (See above Q 53). Such an agreement is binding on all. This procedure is of a purely administrative nature and it can be seen as the preferable alternative to taking the case to court. Only cases where the conflict level between the parents is very high should be taken to courts.

The parents are free to agree on *maintenance* to the child. If the agreement concerns a lump sum or periods exceeding three months, their agreement must be approved of by the *social welfare board* to become binding (see Q 79 and Q 81). A parent can always initiate court proceedings instead of striving to reach an agreement with the other parent on child maintenance. It is, however, unusual in Sweden to have child maintenance determined by a court.

As regards *maintenance to a spouse* following divorce, party autonomy applies and the spousal agreement does not need to be scrutinised and approved of by any competent authority. The parties are, however, free to take the issue to court, would either one of them wish to do so.

The spouses are free also to agree on the *division of their property*; the agreement is not subject to any requirements of approval by a competent authority. If, however, the spouses cannot agree on the property division or the property division is complicated, the spouse or either one of them can apply to court to appoint a *property division executor* or, if necessary, several property division executors, Swedish Marriage Code Chapter 17 § 1. This application is, normally, made in connection with the divorce proceedings. If the spouses or a spouse is not satisfied with the property division executor's decision on the property division, the dissatisfied spouse must initiate court proceedings against the other spouse within four weeks, Swedish Marriage Code Chapter 17 § 8.2.

84. In your system, which is the court legally competent to grant divorce? Is that Court equally competent to hold about its consequences? Do transnational divorce proceedings fall within the competence of a particular Court?

The competent court to grant the application for divorce is the district court (= first instance court) in the place where either one of the spouses resides, Swedish Marriage Code Chapter 14 § 3. If neither spouse is habitually resident in Sweden but Swedish court has jurisdiction to examine the application, the application shall be considered by the Stockholm District Court (= *Stockholms tingsrätt*).

In domestic cases, the competent divorce court may also consider the consequences of the divorce, Swedish Marriage Code Chapter 14 § 5. In transnational cases, the divorce court's competence to examine the consequences of a divorce is not self-evident, but depends on the issue in question, the circumstances of the case and on whether an international instrument applies covering issues of jurisdiction.

85. After the petition for divorce is presented, must the spouse respect a cooling-off period? If yes, how long is that period of time?

A six-month period of reconsideration is required, which starts to run from the making of the application for divorce, in the following cases, as stipulated in the Swedish Marriage Code Chapter 5 §§ 1-2. a) Both spouses request a period of reconsideration. b) The spouses or one of them has the custody of a child who is under the age of 16 years and who is living with the spouses or a spouse on a permanent basis. c) Where the other spouse objects to the divorce. The purpose of the reconsideration period is to prevent hasty divorces with regard to the spouses themselves and the interests of children under the age of 16 years. After the required period of six months has passed, but within one year of the divorce application, the spouses or either one of them make a separate application for the divorce, Swedish Marriage Code Chapter 5 § 3. Unless this application is made within the stipulated time, the original divorce application lapses.

86. Are the spouses under duty or invited, when divorce proceeding is initiated or afterward in the course of process, to turn to alternative dispute resolution?

Since the 1973 divorce law reform in Sweden (see above Q 2) all mediation and counselling services relating to divorce are voluntary in Sweden and the spouses cannot be required to participate in them. This position was taken due to much criticism of the previously mandatory mediation. Currently, the municipalities in Sweden are responsible for providing family counselling services, for example for couples contemplating divorce, Swedish Social Services Act, Chapter 5 § 3, to enable them to solve their conflicts.

On the other hand, so-called co-operation discussions in disputes on parental responsibility, carried out by the local social welfare board, play an important role, even if they also take place on a voluntary basis, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 §§ 17a and 18. If discussions in this form have not preceded the court proceedings, the court may initiate them and also give instructions regarding issues of relevance. The purpose of these discussions is to enable the parents to understand the children's needs and to strive to reach a parental agreement on all issues of parental responsibility, having regard also to the children's wishes. If the parents cannot reach an agreement, the dispute must be decided by court.

The experiences in Sweden of the co-operation discussions under the supervision of the social welfare board are very positive. 80 % of the parents reached an agreement if the discussions were initiated before taking the dispute to court. When the custody dispute had already been taken to court, 50 % of the parents reached an agreement.¹⁸⁸⁰ It should, however, be pointed out that in the majority of all cases in Sweden the parents are able to reach an agreement without instructed cooperation discussions in the regime of a social welfare board or through court intervention.¹⁸⁸¹

Since a law reform carried out in 2006, the court may also appoint a special mediator to enable the parents to reach an agreement on issues of parental responsibility, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 18a. This option is to be used in case the court has failed to reach an agreement between the parents but still considers a parental agreement to be within reach. The court may also give special instructions to the mediator.

87. May the competent authority during the course of divorce proceeding make interim orders on

- the family home,
- the children,
- maintenance between the spouses,
- the consequences of marital abuse ?

During the course of divorce proceedings, the court may make interim orders concerning maintenance (to the spouse/children), custody of and contact with the children as well as the child's residence, the right to continue to reside in the spouses' joint home until the property division takes place, and the prohibition of mutual visits between the spouses, Swedish Marriage Code Chapter 14 § 7 and Swedish Children and Parents Code, Chapter 6

¹⁸⁸⁰ See A. Singer, *ibid.*, p. 145.

¹⁸⁸¹ A. Singer, *ibid.*, p. 150.

§ 20 and Chapter 7 § 15. Normally, the court considers such issues, even for the purposes of interim orders, only at the request of a spouse.

88. Is appeal available against the divorce order or against an out of court divorce decision?

Yes. Once the district court grants the divorce, the decree on divorce can be appealed to the second instance court (Court of Appeal). The appeal must be lodged within three weeks counted from the date the district court delivered its judgment. A spouse may wish to appeal against the divorce decree, for example, because he or she no longer consents to the divorce. In that case, the court must set the divorce decree aside and declare the beginning of a six month period of reconsideration. If no appeal has been lodged within the three week period following the district court's divorce decree, the divorce decree becomes final, and the marriage is officially dissolved from that date on, Swedish Marriage Code Chapter 5 § 6.

As has been pointed out above, no out of court proceedings on the divorce itself are possible under Swedish law.

89. Does a third-party (public prosecutor, child's solicitor, social services, institution aiming at protecting children...) have the right to intervene

- in divorce proceeding,
 - in proceedings on parental responsibility if separated from the divorce proceeding?
- If yes, on which grounds?

A third party intervention takes place upon the initiative of the court during the course of the divorce proceedings. Such initiatives by court are common in Sweden in respect of issues relating to parental responsibility, in particular when the parents are not in agreement. The court may not decide the dispute before the social welfare board has been given the opportunity to come with information. The social welfare board, in turn, has the duty to provide the court with information about the children's situation. The same applies if the court proceedings on parental responsibility are carried out separately from the divorce proceedings.

Outside of court any parental agreement on parental responsibility requires the approval of the social welfare board, before the agreement becomes legally valid. This need of approval by a competent authority can be seen as a form of intervention right.

In Sweden not only public authorities but also the general public are under the duty to report to the social welfare board of circumstances which have come to their knowledge and which may require that the social welfare board intervenes to protect the child, for example in the cases of suspicions of child abuse or maltreatment of a child, Swedish Social Services Act Chapter 14 § 1. The information which the social welfare board receives in this manner may become of special importance also regarding decisions on parental responsibility due to the parents' divorce.

90. Are the child's views assessed in legal proceeding for divorce (and/or parental responsibility) or in out of court divorce processes? If yes, what are the methods used for assessing the child's views? May he/she be assisted in this assessment and by whom?

When assessing issues of custody, contact rights or the child's residence (for example, in connection with divorce proceedings) the wishes of the child should be taken into account by the court to the extent possible, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 2a.2. This duty of the court does not, however, entail that the court or a judge personally should hear the child. Usually, the child's views are reported to the court by a person specially appointed by the social welfare board for hearing the child, Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 § 19. The child may, however, be heard directly by the court if there are special reasons for doing so and it is apparent that the hearing of the child in court will not harm the child.¹⁸⁸² The social welfare board, too, has a corresponding duty to take the child's wishes into account before confirming any parental agreement or when supervising investigations on the child's situation when the parents disagree.

The child's views are not assessed regarding the divorce issue itself but only regarding its consequences for the child, such as the attribution and exercise of parental responsibility.

IV. RECOGNITION OF FOREIGN DIVORCE DECISIONS

91. What are the conditions for legal recognition of foreign decisions about:

- ee) the termination of marriage,
- ff) financial consequences of divorce,
- gg) the settlement of matrimonial assets,
- hh) parental responsibility,
- ii) children's maintenance?

What are the conditions for legal recognition in your country of divorce decisions from a Third State (= outside the European Union) ?

a) As regards *termination of the marriage*, Sweden is bound by the Brussels II bis Regulation in relation to EU member states. Sweden is also a party to the 1970 Hague Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations. In all other cases¹⁸⁸³ the conditions for the recognition of foreign decisions on the termination of the marriage are assessed in accordance with Sweden's generally applicable rules found in an enactment called Act on Certain International Legal Relations Concerning Marriage and Guardianship,¹⁸⁸⁴ as revised in connection with Sweden's 1973 divorce law reform, Chapter 3 §§ 7-9. The foreign decree on marriage termination must be final and it must have been decreed in a state to which at least one of the spouses had reasonable connection in the form of citizenship or habitual residence or in some other form. With the exception of divorce decrees originating from a state to which at least one of the spouses was connected through citizenship, an exequatur

¹⁸⁸² Act (2009:404).

¹⁸⁸³ Exceptions apply in relation to judgments on marriage termination originating from Denmark, Finland, Iceland or Norway. The recognition of such judgments follows normally the provisions of an inter-Nordic Convention, called the Inter-Nordic Marriage Convention, originally from 1931.

¹⁸⁸⁴ Act (1904:26 p. 1).

by a specific Court of Appeal in Sweden (Svea Court of Appeal in Stockholm) is normally necessary before a spouse may remarry in Sweden (Chapter 3 § 9.1).

b) Sweden is bound by the EU's Maintenance Regulation, applicable in relation to other EU member states, and by the 2007 Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance which the EU recently acceded to. Sweden is a party to the 1973 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions relating to Maintenance Obligations. Arrangements based on an agreement of reciprocity exist in relation to most states of the USA. The recognition of foreign decisions on *maintenance* requires statutory support in Swedish law, which does not exist apart from the situations covered by above-mentioned international instruments which are binding on Sweden. It follows that in relation to most states of the world, their decrees on post-divorce maintenance are not recognized in Sweden.

No international instruments apply currently in Sweden in respect of the recognition of foreign decisions on the *property relations of the spouses*.¹⁸⁸⁵ But on the other hand, Swedish private international law legislation contains "autonomous", generally applicable rules on such recognition, found in an enactment entitled Act on International Issues Concerning Spouses' and Cohabitees' Property Relations,¹⁸⁸⁶ §§ 13-14. The starting point is that a foreign decision on such issues is recognized in Sweden on condition that the foreign decision is final and that it has been decreed in the state whose law is applicable to the matrimonial property relations of the spouses or in a state where the respondent spouse was habitually resident. The enforcement of the foreign decision must be preceded by *exequatur*, by the Svea Court of Appeal in Stockholm, § 16.

c) The answers to b) in respect of the property relations of the spouses apply also in respect of the *settlement of matrimonial assets*.

d) As regards *parental responsibility*, Sweden is bound by the Brussels II bis Regulation in relation to EU member states. Sweden has recently ratified the 1996 Hague Convention on Child Protection which includes provisions on the recognition of decisions from the other contracting states. Sweden is a party to the 1980 European Convention on, *inter alia*, recognition and enforcement of decisions on child custody. The recognition of foreign decisions on parental responsibility requires statutory support in Swedish law, which does not exist apart from the situations covered by the above-mentioned international instruments.¹⁸⁸⁷ It follows that in relation to most states of the world, their judgments on parental responsibility are not recognized in Sweden.

e) The recognition of foreign decisions on maintenance to children is subject to the conditions set up in the international instruments mentioned above under b). If the foreign decision is not covered by these instruments¹⁸⁸⁸ it is not recognized in Sweden.

Please only mention the national general rules and not bilateral conventions signed by your country.

¹⁸⁸⁵ The exception is the Inter-Nordic Marriage Convention, originally from 1931 (see above).

¹⁸⁸⁶ Act (1990:272).

¹⁸⁸⁷ Exceptions apply in relation to decisions from the other Nordic states.

¹⁸⁸⁸ A special maintenance recovery Convention of 1962 applies between the five Nordic states.

92. Can a foreign divorce decision be denied recognition in your country because of violation of public order? Please provide some examples.

Theoretically, a foreign divorce decision could be denied recognition in Sweden on the basis of public policy. Explicit provisions to this effect exist in the Brussels II bis Regulation, in the 1970 Hague Convention and in the Swedish autonomous provisions (from 1973) which are generally applicable, Chapter 7 § 4.¹⁸⁸⁹ Private decisions on divorce, without involvement of a public authority, at minimum level in the form of the confirmation of the divorce through registration, cannot be recognized in Sweden. Case law could be considered to indicate that the respondent spouse, i.e., the spouse who did not initiate the divorce proceeding, must have been given the chance to be heard.¹⁸⁹⁰ The fact that the divorce was initiated by the husband in a foreign legal system where a woman's right to divorce is inferior to that of the husband would not as such appear to qualify as a ground to refuse the recognition, not even if the wife objects to the recognition. The liberal Swedish position has to do with Sweden's own liberal divorce law, permitting unilateral divorces (see above Q 2). It cannot be excluded that developments in international human rights law will result in a more strict posture in Sweden. In that case, foreign divorces which breach against a spouse's or both spouses' human rights will not be recognized in Sweden.¹⁸⁹¹

93. Are the foreign divorce decisions related to the citizens of your country subject to publicity measures (registration in official register, registration in official documents : birth certificate, marriage certificate or any others ...)? If yes, what are the publicity requirements?

Swedish citizens who have obtained a foreign divorce decree are expected to register it at the Swedish authority in charge of population records.¹⁸⁹² This requires an application by the concerned citizen to the competent authority, i.e., the authority in charge of population records (civil status records), and normally also a personal visit to this authority whereby the applicant shall deliver for registration purposes the final divorce decree in original or in the form of an authenticated copy. Also other foreign decisions – or any family law status created abroad concerning Swedish citizens – should be registered in Sweden, at the same authority, upon the citizens' initiative. A foreign divorce decree, when recognized in Sweden, applies from the date it became final in its state of origin.

94. If yes, is registration a facultative or mandatory requirement? Who is in charge of this necessary procedure?

See answer above, to Q 93. It is up to the concerned person to apply for the registration.

95. What are the consequences of registration or lack of registration?

If the concerned citizen omits to apply for registration of relevant changes in his or her family status, these changes will not be registered in the Swedish population records (civil

¹⁸⁸⁹ Act (1904:26 p. 1).

¹⁸⁹⁰ See Supreme Court judgments *NJA 1988 p. 528* and *NJA 1989 p. 95*.

¹⁸⁹¹ See M. Jänterä-Jareborg, «Transnationella familjer ur ett internationellt privaträttsligt perspektiv – särskilt avseende äktenskap», *Familj, Religion, Rätt*, 2010, pp.238 f.

¹⁸⁹² The authority in charge of the population records in Sweden is *Skatteverket*, i.e., the National Taxation Agency.

status records). The citizen's previous family status is, instead, considered to apply until the citizen provides sufficient evidence on the change in any legal context where his or her family status is of relevance. Under Swedish law, registrations of family law status do not as such have any constitutive effect or become legally binding. The registrations admitted and carried out by the competent authority into the civil status records are still, normally, respected by other authorities in Sweden as reflecting the correct state of family law status. That means that they are given a high *evidentiary value*, for example, as the point of departure regarding all kinds of decisions where a person's family status is of relevance. Other authorities are not, however, bound by a civil status registration. In contexts of migration into Sweden and family reunification, the Swedish Migration Agency has occasionally made another assessment on a person's family status than the registration authority. The correctness of the registration may be disputed by the parties themselves. If the registration authority refuses to change an allegedly false registration, the concerned persons can initiate court proceedings on the issue.

A Swedish citizen who wishes to remarry in Sweden after a foreign divorce will, normally need to apply for an exequatur of the foreign divorce decree; it is not sufficient to be registered as divorced in the Swedish civil status records. Exceptions may follow of international instruments, such as the Brussels II bis Regulation providing for automatic recognition.

ANNEXES III :

FORMULAIRES DE DROIT ANGLAIS

- Divorce/dissolution (judicial) separation petition
- Application for a decree nisi/conditional order or (judicial) separation decree/order
- Notice of application for decree nisi to be made absolute or conditional order to be made final

Divorce/dissolution/ (judicial) separation petition

To be completed by the Court	
Name of court	
Case No.	
Date received by the court	
Date issued	
Time issued	

Notes to Petitioners

- This form should be used if you are making an application to the court for divorce/dissolution to end your marriage or civil partnership or (judicial) separation from your spouse or civil partner.
- Before completing this form, please read the supporting notes for guidance on completing the form.
- Please answer all questions. If you are unsure of the answer to any question, or you do not think that it applies to you, please indicate this on the form.
- If there is not enough room on the form, you may continue on a separate sheet. Please put your name, the Respondent's (your spouse/civil partner) name, and the number of the Part the information relates to, at the top of your continuation sheet.
- If completing this form by hand, please use **black ink and BLOCK CAPITAL LETTERS** and tick the boxes that apply.

See the supporting notes for guidance

I, (please state your full name)

apply for a ☐ divorce

☐ dissolution

☐ (judicial) separation

in respect of my ☐ marriage

☐ civil partnership

and give the following details in support of my application.

continued over the page ➡

Part 1 About you (the Petitioner) and the Respondent (your spouse/civil partner)

See the supporting notes for guidance

Petitioner

My current name is
First name(s) (in full)

Last name

My address is (including postcode)

Postcode

My date of birth is

/ /

My occupation is

I am

☐ male ☐ female

Respondent

The Respondent's current name is
First name(s) (in full)

Last name

The Respondent's address is (including postcode)

Postcode

The Respondent's date of birth is

/ /

The Respondent's occupation is

The Respondent is

☐ male ☐ female

Part 2 Details of marriage or civil partnership

See the supporting notes for guidance

On the day of [19] [20]

(insert your name exactly as it appears on your marriage/civil partnership certificate)

☐ married ☐ formed a civil partnership with

(insert the name of the Respondent exactly as it appears on your marriage/civil partnership certificate)

at

(insert the place where the marriage/civil partnership was formed, exactly as it appears on your marriage/civil partnership certificate)

A certified copy of your marriage/civil partnership certificate must be sent to the court with this completed petition (see supporting notes for guidance).

Part 3 Jurisdiction

See the supporting notes for guidance

The Respondent and I last lived together as ☐ husband and wife ☐ civil partners
at

Address

The court has jurisdiction to hear this case under

☐ Article 3(1) of the Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003

or

☐ the Civil Partnership (Jurisdiction and Recognition of Judgments) Regulations 2005

on the following grounds

☐ The Petitioner and Respondent are both habitually resident in England and Wales and/or

☐ Other (please state any other connection(s) on which you wish to rely)

or

☐ The court has jurisdiction other than under the Council Regulation on the basis that no court of a Contracting State has jurisdiction under the Council Regulation and the ☐ Petitioner ☐ Respondent is domiciled in England and Wales on the date when this application is issued

or

☐ The court has jurisdiction other than under the Civil Partnership (Jurisdiction and Recognition of Judgments) Regulations on the basis that no court has, or is recognised as having jurisdiction as set out in the Regulations, and

either:

☐ the ☐ Petitioner ☐ and/or the Respondent is domiciled in England or Wales

or

☐ the Petitioner and Respondent registered as civil partners of each other in England or Wales and it would be in the interests of justice for the court to assume jurisdiction in this case.

continued over the page ➡

Part 4 Other proceedings or arrangements

See the supporting notes for guidance

- ☐ There are and/or have been
- ☐ proceedings in any court in England and Wales or elsewhere with reference to the
 - ☐ marriage
 - ☐ civil partnership
 - ☐ or to any child of the family
 - ☐ or between the Petitioner and Respondent with reference to any property of either or both of them
- (please enter details below)

or

- ☐ no other proceedings in any court in England and Wales or elsewhere.

- ☐ This is an application based on five years' separation and
- ☐ agreement has been made or is proposed to be made between the parties for the support of
 - ☐ the Petitioner ☐ the Respondent ☐ and any child of the family
- (please enter details below)

or

- ☐ no agreement has been made or is proposed to be made.

Part 5 The fact(s)

See the supporting notes for guidance

I apply for a

- ☐ divorce on the ground that the marriage has broken down irretrievably, or
- ☐ dissolution on the ground that the civil partnership has broken down irretrievably, or
- ☐ (judicial) separation

and

I rely on the following fact(s) in support of my application:

- ☐ The Respondent has committed adultery and the Petitioner finds it intolerable to live with the Respondent (this fact is not applicable in relation to a civil partnership)
- ☐ The Respondent has behaved in such a way that the Petitioner cannot reasonably be expected to live with the Respondent
- ☐ The Respondent has deserted the Petitioner for a continuous period of at least two years immediately preceding the presentation of this petition
- ☐ The parties to the marriage/civil partnership have lived apart for a continuous period of at least two years immediately preceding the presentation of the petition and the Respondent consents to a decree/order being granted
- ☐ The parties to the marriage/civil partnership have lived apart for a continuous period of at least five years immediately preceding the presentation of the petition.

Part 6 Statement of case

See the supporting notes for guidance

(in all cases, please state briefly any relevant details about the fact(s) on which you rely)

Part 7 Details of the children

See the supporting notes for guidance

Children of the family				Over 16 but under 18 and in education, training or working full time	(a) Child of both parties	(b) Other child of the family
Full names of the children of the family	Gender male female		Date of birth (or state if over 18)			
	☐	☐	D D / M M / Y Y Y Y	☐	☐	☐
	☐	☐	D D / M M / Y Y Y Y	☐	☐	☐
	☐	☐	D D / M M / Y Y Y Y	☐	☐	☐
	☐	☐	D D / M M / Y Y Y Y	☐	☐	☐
	☐	☐	D D / M M / Y Y Y Y	☐	☐	☐
	☐	☐	D D / M M / Y Y Y Y	☐	☐	☐

Statement of arrangements for children

See the supporting notes for guidance

- ☐ I attach a completed statement of arrangements in respect of those children of the family who are either aged under 16, or aged under 18 and at school, college, or in training for a trade, profession or vocation
- or
- ☐ No statement of arrangements is attached, because there are no children of the family, or no children of the family are either aged under 16 or aged under 18 and at school, college, or in training for a trade, profession or vocation.

Children of either party who are not children of the family				Born to or adopted by Petitioner	Born to or adopted by Respondent
Full names of the children of either party who are not children of the family	Gender		Date of birth (or state if over 18)		
	male	female			
	☐	☐	D D M M Y Y Y Y	☐	☐
	☐	☐	D D M M Y Y Y Y	☐	☐
	☐	☐	D D M M Y Y Y Y	☐	☐
	☐	☐	D D M M Y Y Y Y	☐	☐
	☐	☐	D D M M Y Y Y Y	☐	☐
	☐	☐	D D M M Y Y Y Y	☐	☐

Part 8 Special assistance or facilities if you attend court

See the supporting notes for guidance

If you are required to attend court during these proceedings will you need any special assistance or facilities?

☐ Yes (please supply details below) ☐ No

continued over the page ➞

Part 9 Service details

See the supporting notes for guidance

- ☐ I am not represented by a solicitor in these proceedings
- ☐ I am not represented by a solicitor in these proceedings but am receiving advice from a solicitor
- ☐ I am represented by a solicitor in these proceedings, who has signed Part 10, and all documents for my attention should be sent to my solicitor whose details are as follows:

Box 1 Solicitor's details

Name of solicitor			
Name of firm			
Address to which all documents should be sent for service Postcode	Telephone no.		
	Fax no.		
	DX no.		
	Your ref.		
E-mail			

Box 2 Petitioner's address for service

Address (including postcode) Postcode

Box 3 Respondent's address for service

Address (including postcode) Postcode

Box 4 Co-Respondent's details, if any

- ☐ There is no Co-Respondent
- ☐ There is a Co-Respondent whose details are as follows:

First Name	
Last Name	
Address (including postcode) Postcode	

Part 10

See the supporting notes for guidance

Prayer

The Petitioner therefore prays

(1) The application

- ☐ That the ☐ marriage ☐ civil partnership be dissolved
or
☐ That the Petitioner be (judicially) separated from the Respondent.

(2) Costs (if you wish to claim costs from the Respondent or Co-Respondent)

- ☐ That the ☐ Respondent ☐ Co-Respondent shall be ordered to pay the costs of this application

(3) Financial Order (if you wish to make an application for a Financial Order)

- ☐ (a) That the Petitioner may be granted the following Financial Order(s):
- ☐ an order for maintenance pending suit/outcome
 - ☐ periodical payments order
 - ☐ secured provision order
 - ☐ lump sum order
 - ☐ property adjustment order
 - ☐ order under section 24B, 25B or 25C of the Act of 1973/paragraph 15, 25 or 26 of Schedule 5 to the Act of 2004 (Pension Sharing/Attachment Order)
- ☐ (b) **For the children**
- ☐ a periodical payments order
 - ☐ a secured provision order
 - ☐ a lump sum order
 - ☐ a property adjustment order

Signed

Petitioner [s Solicitor]

Dated

D	D

 /

M	M

 /

Y	Y	Y	Y

Application for a decree nisi/ conditional order or (judicial) separation decree/order

To be completed by the Petitioner	
Name of court	Case No.
Name of Petitioner	
Name of Respondent	
Name of Co-Respondent (if applicable)	

If completing this form by hand, please use **black ink and BLOCK CAPITAL LETTERS**.

Please complete section A or B

(please tick boxes as appropriate)

Section A – undefended case

The Petitioner (insert full name)
 applies to the Judge for a ☐ decree nisi/conditional order of ☐ divorce ☐ dissolution ☐ nullity in this case.
☐ (judicial) separation decree/order in this case.

The Petitioner's statement in support of the divorce/dissolution/nullity/(judicial) separation is lodged with this application.

Section B – defended case

The Petitioner (insert full name)
☐ applies for a Case Management hearing before the (district) judge.

Signed

Petitioner/Solicitors for Petitioner

(delete as appropriate)

Dated / /

**Notice of application for
decree nisi to be made
absolute or conditional
order to be made f nal**

To be completed by the Petitioner or Respondent	
Name of court	Case No.
Name of Petitioner	
Name of Respondent	
Name of Co-Respondent (if applicable)	

(please tick appropriate boxes)

The ☐ Petitioner ☐ Respondent applies for the decree nisi/conditional order made in their favour
 on

D	D

 /

M	M

 /

Y	Y	Y	Y

 to be made absolute/f nal.

Signed

 Petitioner/Solicitors for Petitioner (delete as appropriate)
 Respondent/Solicitors for Respondent

Dated

D	D

 /

M	M

 /

Y	Y	Y	Y

ELEMENTS DE BIBLIOGRAPHIE

Droit allemand

Ouvrages

DETHLOFF N., *Familienrecht*, 30^{ème} éd. 2012, Munich.

HENRICH D., *Internationales Scheidungsrecht*, 3^{ème} éd. 2012, Bielefeld, Giesekeing éd.

KLEIN M. (éd.), *Handbuch Familienvermögensrecht*, 2011, Luchterhand.

KRENZLER M./BORTH M. (éd.), *Anwalts-Handbuch Familienrecht*, 2^{ème} éd. 2012, Cologne, O. Schmidt éd.

RAUSCHER T., *Familienrecht*, 2^{ème} éd., Heidelberg: C.F. Müller, 2008.

SCHWAB D., *Familienrecht*, 20^{ème} éd., Munich, Beck éd., 2012.

SCHWAB D. (éd.), *Handbuch des Scheidungsrechts*, 6^{ème} éd. 2010.

Commentaires

SCHULTE-BUNERT K./WEINREICH G. (éd.), *FamFG Kommentar*, 3^{ème} éd. 2011, Luchterhand éd.

Münchener Kommentar BGB, 5^{ème} éd. 2008, Munich, Beck éd.

Münchener Kommentar ZPO, vol. 4, 2010, Munich, Beck éd.

Nomos BGB Kommentar - Familienrecht, 2^{ème} éd. 2010, Nomos éd.

PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 7^{ème} éd., Munich, Beck éd., 2013.

PraxisKommentar BGB – Familienrecht, vol. 4, 5^{ème} 2012, Juris éd.

Articles

GRUBER U.P., *Scheidung auf Europäisch - die Rom III-Verordnung*, *IPRax* 2012, 381.

HELMS T., *Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung*, *FamRZ* 2011, 1765.

KROLL K., *The Reform of German Maintenance Law*, in: ATKIN B. (éd.), *The International Survey of Family Law*, 2007 Edition, Bristol, 2007, p. 85 et s.

MANKOWSKY P., Europäisierung des Internationalen Ehescheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung, *GPR* 2012, 266.

Droit anglais

Ouvrages

BAILEY-HARRIS R., MASSON J., PROBERT R., *Cretney principles of family law*, 8^{ème}éd., Sweet and Maxwell 2008.

BOELE-WOELKI K., FERRAND F. *et al.*, *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*, EFL series vol. 33, Intersentia 2013.

HARRIS-SHORT S. et MILES J., *Family Law. Text, Cases, and Materials*, 2^{ème}éd., Oxford University Press 2011.

GILMORE S. et GLENNON L., *Hayes & Williams' Family law*, 3^{ème}éd., Oxford university Press 2012.

HERRING J., *Family Law*, Longman Law series, 2^{ème}éd., Pearson Education 2011

NEWTON C. R. *et al.*, *Jackson's Matrimonial Finance*, 9^{ème} éd., Butterworths-Lexi-Nexis 2012.

LOWE N. & DOUGLAS G., *Bromley's family law*, 10^{ème}éd., Butterworths 2007.

Encyclopédie juridique

HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, Matrimonial Law, vol. 29(3), 4e éd., 2001.

Droit autrichien

Ouvrages

BARTH P./DEIXLER-HÜBNER A. (éd.), *Handbuch des Kinderbeistandsrechts*, 2011, Vienne, Linde éd.

BERKA L., *Scheidung und Scheidungsreform*, 2000, Vienne, WUWéd.

DEIXLER-HÜBNER A., *Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*, 10^{ème}éd., 2009, LexisNexis.

DEIXLER-HÜBNER A./KLICKA T., *Zivilverfahren*, 7^{ème}éd., 2011, LexisNexis.

DEIXLER-HÜBNER/XELL-SKREINER U., *Scheidung kompakt. Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer*, 3^{ème}éd., 2010.

EGGLMEIER-SCHMOLKE B., *Einführung in das Internationale Privatrecht mit UN-Kaufrecht*, 2009, NW éd.

FAFFELBERGER G., *Familienrecht*, 2010, Linde Praktikerskripten.

GITSCHTHALER E./HÖLLWERTH J. (éd.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2011, Vienne, Springer éd.

HINTEREGGER M., *Familienrecht*, 5^{ème}éd., 2011, Verl. Österreich.

HOLZHAMMER, *Außerstreitverfahrensrecht*, 2^{ème}éd., 2010.

KERSCHNER F., *Familienrecht*, 4^{ème}éd., 2010, Vienne, Springer éd.

KERSCHNER F./WAGNER E., *Zivilrecht VI Familienrecht*, 2^{ème}éd., 2010, LexisNexis.

KOZIOL H./WELSER R., *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 13^{ème} éd., 2006, Vienne, Manz éd..

MAYR G., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2011, Facultas éd.

NADEMLEINSKY M./NEUMAYR M., *Internationales Familienrecht*, 2007

ROTH M., *Zivilprozessrecht*, 2012, Vienne, Manz éd.

SCHWIMANN M./KOLMASCH W., *Unterhaltsrecht*, 6^{ème}éd., 2012, LexisNexis.

SCHWIMANN M., *ABGB Praxiskommentar*, vol. I, 3^{ème}éd., 2005, LexisNexis.

VERSCHRAEGEN B., *Internationales Privatrecht*, 2012, Vienne, Manz éd.

ZÖCHLING-JUD B./ASPÖCK F., *Internationales Privatrecht*, 2^{ème}éd., 2011, LexisNexis.

Articles

NADEMLEINSKY M., Die neue EU-Unterhaltsverordnung samt dem neuen Haager Unterhaltsprotokoll, *EF-Z* 2011/82, 131.

ROTH M./STEGNER M., Die Entwicklung der Obsorgeregelung in Österreich, in: VERBEKE A./SCHERPE J./DECLERCK/HELM T./SENAEVE (éd), *Confronting The Frontiers Of Family And Succession Law*, 2012, p. 1182.

Droit bulgare

Ouvrages

GRIGOROVA St., Practical Issues of the new Family Code. Sibi. Sofia, 2011

MATEEVA E., Family Law. V. Tarnovo, 2010.

MINCHEVA–STANCHEVA V., Commentary on the Private International Law Code. Sibi. Sofia, 2010.

NENOVA L., Family Law of the Republic of Bulgaria. (New edition) Sofi-R. Sofia, Vol. 1, 2010, Vol., 2011.

NENOVA L., The Divorce and the Children. Sofi-R. Sofia, 1995

TODOROV T., Private International Law. Sibi. Sofia, 2007.

TZANKOVA Tz., Staneva. A., Markov. M, Todorova. V. Commentary on the new Family Code. Tryd & pravo. Sofia, 2009.

Droit espagnol

Ouvrages

Tratado del Derecho de la Familia, dirigido por Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas, Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

Derecho de Familia, dirigido por Díez-Picazo Giménez, Thomson Reuters-Civitas, 2012.

Sites internet

www.lexfamily.es

Droit hellénique

Ouvrages

AGALLOPOULOU P., Basic Concepts of Greek Civil Law, 2005 (Publishers: Ant.N.Sakkoulas (Athens)/Staempfli (Bern)/ Bruylant(Brussels)

ANDROULIDAKIS-DIMITRIADIS I., Family Law in Greece, 2010 (Publisher: Kluwer Law International)

K.D.Kerameus/Phaedon John Kozyris, Introduction to Greek Law, 3rd edition (Publisher: Kluwer Law International)

ZEVOGIANNI E. « The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Family Law in Greece » *in* Handbook on European Family Law, Jens M.Scherpe (ed.)

Sites internet

https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-el-el.do

Droit roumain

Ouvrages

Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I.Macovei (coordinateurs) Noul Cod civil. Comentariu pe articole (Le Nouveau Code Civil. Commentaire par articles), Ed. C. H. Beck, București, 2012

E. Florian, Dreptul familiei (Le droit de la famille), ed. a 3 a, Ed. C,H. Beck, 2010.

INDEX

administration des biens.....	96, 109	cause unique.....	20, 49, 58
âge de l'enfant.....	94, 182, 356, 573	causes de divorce ...	12, 41, 49, 58, 73, 198
altération définitive du lien conjugal... 43,		causes multiples.....	49
52 et suiv.		compensation	
audition de l'enfant			13, 104, 113, 141, 198
..... 72, 90, 207, 363, 573 et suiv.		compétence internationale	198, 209
autorisation judiciaire.....		comportement conjugal	170
..... 93, 180, 330, 342, 361, 501		conditions de régularité internationale	
autorité parentale	14		220
responsabilité parentale		conflits parentaux	110
..... 17, 44, 66, 137, 167, 214		conséquences du divorce. 15, 44, 159, 259	
autorité publique.....	71, 249	contrôle du juge ...	46, 120, 151, 168, 187
avis de l'enfant	100	convention.....	15, 44 et suiv.
bail	40, 162	convention de La Haye de 1996	214
beaux-parents	183	Convention de La Haye du 14 mars 1978	
besoins.....	106, 123, 143, 182		201, 258
capacité.....		couples de même sexe	21, 35, 231
93, 105, 111, 122, 148, 174, 182, 192,		curateur	91
201, 226		déclaration de volonté	42
capacités financières.....	184	déjudiciarisation	61
capital	145, 157, 185	divorce administratif.....	65, 98
cas de divorce.....		divorce notarial.....	46, 70, 98
13, 23, 36, 69, 74, 87, 88, 105, 140, 158			
cause autonome	41, 50		

divorce par consentement mutuel	force obligatoire.....	68, 78, 103, 117
..... 11, 105, 151, 213, 259	fraude	57, 89, 121, 222
divorce sans cause	garde	40, 72, 87, 99, 140, 214, 248
49, 61	homologation	45, 83, 105, 118
divorce sans faute.....	indemnité	43, 84, 107, 124, 141
20	indexation.....	144
divorce-faillite	injonction.....	79
18, 39	intention matrimoniale	50
divorce-sanction	intérêt de l'enfant	100, 171, 245
18, 41	intervention	46, 69, 93, 121, 178, 215
dommages et intérêts.....	jouissance	83, 141, 162, 182
181, 222	liberté contractuelle.....	47, 106
droit de contact	liquidation du régime matrimonial	
171		44, 84, 113, 145, 211
droit de visite et d'hébergement	logement conjugal.....	141
.....	logement familial	
45, 81, 92, 117, 174		43, 67, 84, 107, 123, 161
droits fondamentaux	mariage homosexuel	231
75, 247	médiation	20, 46, 73, 179
droits patrimoniaux	mesure de contrainte judiciaire	180
89	mesures provisoires	13, 49, 83, 199
droits procéduraux	ministère public	74
90	mode amiable de résolution des	
durée du mariage	différends.....	82
51, 145	motifs de divorce	62
dureté	nom de famille	51, 70, 108, 123, 132
39, 53	notaire	17, 45, 67
échec du mariage.....		
12, 50, 67, 154		
emprisonnement		
58, 71, 172		
enfant.....		
.....		
19, 40, 205, 232		
état de santé		
52, 95, 142		
évaluation		
83, 149		
exécution des décisions étrangères		
191		
exécution en nature.....		
186		
expertise		
46, 93, 155		
faillite.....		
58, 81, 86		
faute.....		
11, 39, 108, 238		
filiation.....		
40, 65, 93, 171, 182, 215, 244		

nullité.....	13, 15, 21, 22, 62, 74, 123
obligation alimentaire.....	
.....	23, 85, 106, 118, 143, 154, 183
obligation d'entretien ..	108, 123, 167, 181
officier d'état civil	
.....	17, 45, 68, 89, 98, 108, 132
opposition	
.....	19, 46, 58, 92, 142, 178, 194, 204, 217, 251
ordonnance de séparation	55, 325
ordonnance judiciaire	120, 168
ordre public	41, 75, 123, 194, 206
partenariat enregistré.....	21, 150, 243
pension alimentaire	
.....	13, 44, 66, 104, 142, 184, 247
pension de retraite	13, 104, 113, 122, 158
période de réflexion	42, 62, 72, 89
prestation compensatoire.....	
.....	43, 107, 121, 142, 150, 220
procédure administrative de divorce....	51
procédure contentieuse.....	61, 73 ,105
procédure gracieuse	66, 73, 91, 109
protection de l'enfance.....	76, 94, 168
Protocole de La Haye de 2007	247
rapporteur judiciaire.....	93
réconciliation.....	39, 53, 69
reconnaissance de plein droit.....	204
recours.....	
.....	20, 42, 69, 127, 178, 188, 195, 204, 221
recouvrement	186
régime matrimonial.....	
.....	13, 44, 84, 106, 122, 141, 156, 210, 250
Règlement aliments	247
Règlement Bruxelles II bis....	193, 225, 247
règlement Rome III.....	
.....	8, 69, 194, 248, 263
relations personnelles	171
religion	14
rente temporaire.....	149
rente viagère.....	143
répartition des biens	67, 105, 122
représentant légal.....	91, 98, 214
répudiation	217, 219, 228
requête conjointe.....	
.....	15, 21, 43, 50, 68, 89, 97, 106
résidence alternée	174, 175, 176, 187, 268, 344, 498, 532, 563, 677
résidence habituelle.	45, 83, 173, 231, 252
ressources.....	53, 142, 183
révision	
.....	123, 143, 194, 221
rupture irrémédiable du lien matrimonial	20, 52, 146
séparation.....	13, 160, 161, 186, 248
services sociaux.....	46, 76, 100, 174

solution amiable 79, 117, 125

statistiques.....
..... 11, 21, 50, 71

tiers.....
.....70, 90, 137, 167, 196, 235

transcription du divorce..... 226

transmission 100, 158

transparence.....143, 151, 160

violences conjugales...49, 57, 81, 150, 170

volonté des époux7, 15, 39, 61, 120, 145,
157, 211

TABLE DES MATIERES

Ce rapport est le fruit d'un travail collectif.

Ont plus particulièrement participé à sa rédaction :

Younes BERNAND (*L'évolution de la place de la volonté des époux dans le divorce*, Chapitre préliminaire, III, pages 37 à 46) ;

Christine BIDAUD-GARON (*La reconnaissance des décisions de divorce et leur transcription sur les registres de l'état civil*, Partie 3, chapitre 2, pages 213 à 224) ;

Alain DEVERS (*Les violences conjugales et les mesures provisoires*, Partie 1, chapitre 3, pages 83 à 88) ;

Frédérique FERRAND (Chapitre préliminaire, I, *Cadre de la recherche* et II, *Évolution historique et statistique*, pages 7 à 38 ; Partie 1, Chapitre 2, *Les procédures de divorce*, pages 61 à 79 ; Partie 1, Chapitre 4, *La place de l'enfant dans la procédure*, pages 89 à 98 ; Partie 2, Chapitre 1, *Les conventions entre époux relatives aux effets du divorce*, pages 101 à 120)

Laurence FRANCOZ-TERMINAL (*Les cas de divorce*, Partie 1, chapitre 1 pages 47 à 60 ; *Les conséquences du divorce à l'égard des enfants*, Partie 2, chapitre 3 pages 176 à 200) ;

Hugues FULCHIRON (*Le divorce des couples de même sexe en Europe*, Partie 3, chapitre 3, pages 225 à 252)

Aurélien MOLIERE (*Les conséquences patrimoniales du divorce*, Partie 2, chapitre 2, II, pages 139 à 162).

Amélie PANET (*Le cadre général en droit international privé*, Partie 3, chapitre 1, pages 185 à 212) ;

Stessy TETARD (*Les conséquences extrapatrimoniales à l'égard du couple*, Partie 2, chapitre 2, I, pages 125 à 138).

Chapitre préliminaire: Cadre général de la recherche ; évolution historique et statistique ; évolution du divorce en Europe	7
I. Cadre général de la recherche	7
A. États membres sur le droit desquels porte l'étude	8
B. Rapports nationaux établis sur le fondement d'un questionnaire.....	9
II. Évolution historique et statistique	11
A. Evolution historique comparée	11
1. Le passé	11
2. La prospective	22
B. Evolution statistique comparée	24
III. Évolution de la place de la volonté des époux dans le divorce	39
A. L'essor du rôle de la volonté.....	41
1. La volonté comme cause génératrice suffisante de divorce.....	41
2. L'autonomie croissante des époux dans le règlement des effets du divorce....	43
B. La redéfinition de la place du juge.....	45
1. L'affaiblissement du juge du divorce	45
2. Le contrôle et l'homologation des accords.....	47
Partie 1 : Les cas et les procédures de divorce	49
Chapitre 1: Les cas de divorce	49
I. Le divorce sur le fondement de causes multiples.....	49
A. Le divorce par consentement mutuel.....	50
B. Le divorce pour rupture irrémédiable du lien matrimonial.....	52
1. La rupture en raison de l'état de santé de l'un des époux	52
2. La rupture en raison de l'altération définitive du lien conjugal.....	53
3. La rupture établie en raison du comportement de l'un des époux.....	55

C. Le divorce pour faute	56
D. Les autres causes de divorce	58
II. Le divorce sur le fondement d'une cause unique : la rupture irrémédiable du lien matrimonial	58
III. Le divorce sans cause	61
Chapitre 2 : Les procédures de divorce	65
I. L'autorité compétente pour connaître du divorce	65
A. Une procédure essentiellement juridictionnelle	65
B. De rares cas de divorce hors les tribunaux	69
II. Le déroulement de la procédure de divorce	72
A. Les participants à la procédure	73
1. Les époux, parties à la procédure	73
2. La possible intervention de tiers	74
B. Le recours favorisé aux modes amiables de résolution de différends	77
1. Les modes amiables de résolution des différends, une option facultative	78
2. De très rares cas de recours obligatoire à un mode amiable de résolution des différends	82
C. Les mesures provisoires et les violences conjugales	83
1. Les mesures provisoires	83
a) Les relations entre les époux	84
b) Les relations avec les enfants	85
c) La préparation du divorce	86
2. Les violences conjugales	86
D. Les voies de recours	87
III. La place de l'enfant dans la procédure	90
A. L'enfant, partie ou non à la procédure	90

1. Le principe : l'enfant n'est pas partie à l'instance en divorce de ses parents ...	91
2. L'exception : l'enfant peut être partie à l'instance en divorce de ses parents en Angleterre et au Pays de Galles.....	92
B. Conditions et modalités de l'audition de l'enfant	94
1. Conditions de l'expression de son point de vue par l'enfant	94
2. Modalités de l'expression de son point de vue par l'enfant.....	95
a) Audition directe par le juge.....	95
b) Audition par un tiers qui fait rapport au juge	99
Partie 2 : Les conséquences du divorce	103
Chapitre 1 : Les conventions entre époux relatives aux effets du divorce	103
I. La question de la validité des conventions entre époux sur les effets du divorce	104
A. Le moment de la conclusion de la convention	104
B. Le contenu de la convention.....	108
1. Résidence de l'enfant et autres modalités d'exercice de l'autorité parentale	108
2. La pension alimentaire au profit de l'enfant.....	111
3. Les conséquences du divorce entre les époux.....	111
II. L'exercice d'un contrôle par l'autorité compétente	114
A. L'étendue du contrôle sur les conséquences du divorce pour les enfants	114
1. Résidence de l'enfant et modalités d'exercice de l'autorité parentale.....	114
2. Pension alimentaire envers l'enfant	118
B. L'existence et l'étendue du contrôle sur les conséquences financières du divorce pour les époux.....	120
1. Un contrôle étendu et systématique dans certains pays	120
2. Un contrôle restreint, voire inexistant dans d'autres pays.....	122

Chapitre 2 : Les conséquences à l'égard du couple	127
I. Conséquences extrapatrimoniales.....	127
A. La rupture définitive du mariage et la liberté de se remarier	127
1. La dissolution du lien matrimonial.....	127
2. La liberté de se remarier	129
a) L'absence de restriction à la liberté matrimoniale	129
b) Le cas particulier du délai de viduité.....	130
B. Le nom.....	130
1. Le principe : la conservation du nom matrimonial	132
2. L'exception : la perte automatique du nom matrimonial.....	133
C. Le cas particulier d'un époux étranger	134
1. Les effets du divorce sur la nationalité	134
2. Les effets du divorce sur le titre de séjour.....	137
II. Conséquences patrimoniales	141
A. La compensation patrimoniale	141
1. La pension alimentaire, une pratique majoritaire	142
2. La prestation compensatoire, une pratique rare.....	158
B. Le logement familial.....	161
Chapitre 3 : Les conséquences à l'égard des enfants.....	167
I. Les conséquences extrapatrimoniales du divorce à l'égard des enfants	167
A. L'exercice de l'autorité parentale après divorce	167
B. L'organisation des relations entre l'enfant et ses parents après divorce	173
II. Les conséquences patrimoniales du divorce à l'égard des enfants.....	181

Partie 3. Le divorce en droit international privé	191
Chapitre 1 : Cadre général.....	191
I. L'unité.....	197
A. La compétence.....	197
B. La loi applicable.....	200
C. La reconnaissance et l'exécution	204
II. La diversité	209
A. La compétence.....	209
B. La loi applicable.....	211
C. La reconnaissance et l'exécution	216
Chapitre 2 : La reconnaissance des décisions de divorce et leur transcription sur les registres de l'état civil	219
I. La reconnaissance et la transcription des décisions de désunion rendues par des juridictions ou des autorités d'Etats membres de l'Union européenne	220
II. La reconnaissance des décisions de divorce rendues par des juridictions ou des autorités d'Etats non-membres de l'Union européenne	221
III. La transcription des décisions de divorce rendues par des juridictions ou autorités d'Etats non-membres de l'Union européenne	226
IV. La réception des répudiations ou décisions unilatérales de rupture du lien conjugal	228
Chapitre 3 : Le divorce des couples de même sexe en Europe.....	231
I. Reconnaissance et validité du mariage homosexuel dont la dissolution est demandée.....	233
A. Le divorce est demandé dans un pays qui admet en droit interne le mariage entre personnes de même sexe.....	233
1. Divorce demandé dans le pays où le mariage a été célébré	233

2. Divorce demandé dans un pays différent de celui où le mariage a été célébré ...	234
3. Le divorce est demandé dans un pays qui n'admet pas en droit interne le mariage entre personnes de même sexe	240
4. La diversité des réponses	241
5. Impact des règles européennes	245
II. Règles applicables à la dissolution du divorce homosexuel	247
A. Les règlements de l'Union européenne s'appliquent-ils au mariage homosexuel ?.	247
B. Quelles règles matérielles régissent-elles le divorce entre époux de même sexe ?.	253
Conclusion générale.....	259
Annexes I	261
Questionnaire en langue française	263
Questionnaire en langue anglaise	273
Annexes II	283
Rapport allemand	285
Rapport anglais	321
Rapport autrichien	369
Rapport belge.....	425
Rapport bulgare	443
Rapport espagnol.....	479
Rapport grec	517
Rapport hongrois	543
Rapport italien	579
Rapport néerlandais.....	595
Rapport polonais.....	627

Rapport roumain.....	657
Rapport suédois	695
Annexes III	729
Eléments de bibliographie.....	741
Index.....	747
Table des matières.....	751