

LA GAZETTE

L'actualité juridique et politique de la Faculté de droit



Dossier L'actualité du divorce

- 7 Le nouveau divorce par consentement mutuel
- 15 L'obligation de fidélité perdue au-delà de la séparation des époux et tant que le divorce n'a pas été prononcé

- 19 Après le burkini à la plage, le burkini à la piscine, *Clément BENELBAZ*
- 2 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique : comment et pourquoi traiter l'ensemble des décisions de justice ?
Hervé CROZE

Mars 2017

N° 16

SOMMAIRE

- 2 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique : comment et pourquoi traiter l'ensemble des décisions de justice ?

Hervé CROZE, Professeur agrégé à la Faculté de droit, Université Jean Moulin Lyon 3

Procédure civile – Licences 1, 2, 3 – Master



Dossier

L'actualité du divorce

- 7 Le nouveau divorce par consentement mutuel

Marina FOUR-BROMET, Diplômée Notaire

Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Droit civil – Droit de la famille – Licence 1

- 15 L'obligation de fidélité perdue au-delà de la séparation des époux et tant que le divorce n'a pas été prononcé

Marina FOUR-BROMET, Diplômée Notaire

Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Droit civil – Droit de la famille – Licence 1

- 19 Après le burkini à la plage, le burkini à la piscine

Clément BENELBAZ, Maître de conférences en Droit public

Université de Savoie, CDPPOC

Droits de l'Homme, Libertés fondamentales – Licence 3 – Master



Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique : comment et pourquoi traiter l'ensemble des décisions de justice ?

PROCEDURE CIVILE – LICENCES 1, 2, 3 – MASTER

Par Hervé CROZE

Professeur agrégé à la Faculté de droit, Université Jean Moulin Lyon 3

Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 « pour une République numérique », qui rejoint la liste des lois ayant un nom ridicule (rappelons que, si la République est numérique, l'économie est réelle : L. n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle) contient, entre autres, des dispositions prévoyant la mise à disposition du public à titre gratuit de l'ensemble des décisions de justice. C'est une des manifestations de ce qu'on appelle aujourd'hui le *big data* ; cela pourrait permettre de pronostiquer le résultat d'un procès, ce que l'on appelle aujourd'hui la « *justice prédictive* »¹.

I - Les textes

- Code de l'organisation judiciaire, art. L. 111-13. – « *Sans préjudice des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées.*

Cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes. (...) »

- Code de justice administrative, art. L. 10 – « *Les jugements sont publics. Ils mentionnent le nom des juges qui les ont rendus.*

Ces jugements sont mis à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées.

Cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes. (...) »

¹ En ce sens, lire : A. Garapon, Les enjeux de la justice prédictive : *JCP G* 2017, doctr. 31.

II - La pratique

Les textes précités nécessiteront des décrets d'application. Cependant d'ores et déjà des « masses de données » publiques sont disponibles sur la « Plateforme ouverte des données publiques françaises » (<https://www.data.gouv.fr/fr/>). La copie d'écran montre un échantillon de ce qu'on peut obtenir en matière judiciaire :

**CASS**
Les grands arrêts de la jurisprudence judiciaire; les arrêts de la Cour de cassation : publiés au Bulletin des chambres civiles depuis 1960, publiés au Bulletin de la chambre criminelle depuis 1963. Texte intégral des arrêts complété par des titrages et des sommaires rédigés par les...
🕒 Quotidienne 📍 France 🇫🇷 Département français 📄 3 ⭐ 3

**CAPP**
Fonds documentaire de jurisprudence des cours d'appel et des juridictions de premier degré est composé d'une sélection de décisions en matière civile et pénale. La sélection des décisions est effectuée par les juridictions selon le décret n° 2005-13 du 7 janvier 2005 modifiant le...
🕒 Quotidienne 📍 France 🇫🇷 Département français 📄 4 ⭐ 3

**INCA**
Les arrêts inédits (non publiés au Bulletin) diffusés par le fonds de concours de la Cour de cassation depuis 1989. La Base INCA contient des données personnelles qui ont, préalablement à leur diffusion, fait l'objet d'une anonymisation totale ou partielle. Nous vous invitons à prendre...
🕒 Quotidienne 📍 France 🇫🇷 Département français 📄 2 ⭐ 3

Cela dit, la consultation effective - ici de la base CASS - fait comprendre que certaines connaissances informatiques sont nécessaires pour accéder effectivement à l'information !

Index de <ftp://echanges.dila.gouv.fr/CASS/>

 [Vers un rép. de plus haut niveau](#)

Nom	Taille	Dernière modification	
 DTD JURI FREEMIUM		24/09/2015	00:00:00
 Freemium_cass_global_20160212-152529.tar.gz	207273 KB	12/02/2016	00:00:00
 cass_20160212-212543.tar.gz	220 KB	12/02/2016	00:00:00
 cass_20160215-204158.tar.gz	270 KB	15/02/2016	00:00:00
 cass_20160216-202329.tar.gz	5 KB	16/02/2016	00:00:00
 cass_20160217-204343.tar.gz	1 KB	17/02/2016	00:00:00
 cass_20160218-204213.tar.gz	1046 KB	18/02/2016	00:00:00
 cass_20160219-210433.tar.gz	27 KB	19/02/2016	00:00:00
 cass_20160222-205408.tar.gz	130 KB	22/02/2016	00:00:00
 cass_20160223-205153.tar.gz	34 KB	23/02/2016	00:00:00
 cass_20160224-205734.tar.gz	3 KB	24/02/2016	00:00:00
 cass_20160225-213001.tar.gz	1 KB	25/02/2016	00:00:00
 cass_20160226-204754.tar.gz	1 KB	26/02/2016	00:00:00

Bien plus, il existe déjà un certain nombre d'entreprises de traitement des données juridiques :

- Tyr Legal (<https://www.tyr-legal.fr/>) :
- Predictice (<https://www.predictice.com/>, <http://caselawanalytics.com/>) :
- Supra Legem (<http://supralegem.fr/?q=&q=&p=>).

À titre d'exemple, voici une copie d'écran depuis ce dernier site :

	CAA Bordeaux	CAA Douai	CAA Lyon	CAA Marseille	CAA Nancy	CAA Nantes	CAA Paris	CAA Versailles	Conseil d'État	Tribunal des conflits
Annulation d'acte adm.	5.6 %	5.1 %	4.3 %	6.0 %	3.9 %	6.3 %	6.0 %	7.5 %	10.3 %	6.7 %
Cassation / Infirmer	24.2 %	22.1 %	23.7 %	24.5 %	21.2 %	22.1 %	25.3 %	22.7 %	29.2 %	7.5 %
Charge d'impôts	0.2 %	0.2 %	0.2 %	0.1 %	0.3 %	0.2 %	0.4 %	0.3 %	0.0 %	0.0 %
Condamnation	4.1 %	4.2 %	3.4 %	3.8 %	3.4 %	3.0 %	2.9 %	2.3 %	1.9 %	0.9 %
Décharge d'impôts	2.2 %	1.7 %	2.6 %	1.9 %	1.8 %	1.9 %	3.6 %	2.2 %	0.6 %	0.3 %
Désistement	1.4 %	1.1 %	1.8 %	2.2 %	1.9 %	0.8 %	0.9 %	0.8 %	0.9 %	0.5 %
Expertise / Instruction	0.3 %	0.3 %	0.4 %	0.6 %	0.2 %	0.3 %	0.3 %	0.3 %	0.2 %	0.2 %
Rejet / Confirmation	66.2 %	69.5 %	65.8 %	63.5 %	69.2 %	69.7 %	64.7 %	69.8 %	56.9 %	14.9 %
Renvoi	0.5 %	0.6 %	0.5 %	0.5 %	0.3 %	0.6 %	0.4 %	0.4 %	1.9 %	74.6 %
Non lieu à statuer / Sursis	4.1 %	3.3 %	4.4 %	5.1 %	4.2 %	3.5 %	3.8 %	3.2 %	3.6 %	3.0 %

III - Les questions

Le traitement de masse des données juridiques, notamment juridictionnelles, promet de bouleverser la pratique des juristes. Voici un certain nombre de questions sur lesquelles un étudiant en droit doit se forger une opinion.

1) La question de l'anonymat qui est prévue expressément par les textes : la protection de la vie privée nécessite impérativement que les noms des parties soient supprimés et sans doute ceux des avocats ; la question de

l'anonymat des juges et du représentant du ministère public est beaucoup plus débattue car leurs noms sont en principe des mentions obligatoires des jugements, mais leur traitement informatique présenterait des risques importants, notamment en incitant les parties à rechercher les juges présumés les plus favorables à leurs prétentions (ce que l'on appelle le *forum shopping*).

2) La question du rôle des juges : on ne peut évidemment pas dire que les statistiques sur le passé dicteront au

juge sa décision pour l'avenir, mais comment échapper à l'influence des **précédents** ? Le juge devra-t-il se justifier de ne pas répéter une solution identique quand les faits apparaîtront semblables ? Plus fondamentalement, la création de **barèmes** de fait est-elle un bienfait conforme au principe d'égalité des citoyens devant la justice ou une grave atteinte à liberté du juge et à la personnalité des peines ?

3) La question du rôle des avocats : si l'on peut, raisonnablement, prédire la décision, que doit conseiller l'avocat en

cas de pronostic défavorable ? Cela devrait conduire à la suppression des procès « perdus d'avance », mais cela aura certainement des conséquences sur le volume de l'activité au moins contentieuse. Comme la profession d'avocat peut-elle répondre à cette évolution ?

H. CROZE



Dossier

L'actualité du divorce

- 7 Le nouveau divorce par consentement mutuel
Marina FOUR-BROMET, Diplômée Notaire
Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Droit civil - Droit de la famille - Licence 1
- 15 L'obligation de fidélité perdue au-delà de la séparation des époux
et tant que le divorce n'a pas été prononcé
Marina FOUR-BROMET, Diplômée Notaire
Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Droit civil - Droit de la famille - Licence 1



Le nouveau divorce par consentement mutuel

DROIT CIVIL – DROIT DE LA FAMILLE – LICENCE 1

Par Marina FOUR-BROMET

Diplômée Notaire

Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle

Décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale

La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016 a modifié un certain nombre de dispositions dans une multitude de domaines. Au titre de ses idées phares figure la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel.

Cette procédure de divorce a été créée par la loi du 11 juillet 1975 qui a permis aux époux de divorcer grâce à une voie amiable. La loi du 18 novembre 2016 vient modifier ce divorce amiable en supprimant le recours au juge pour cette forme de séparation des époux. Avec cette nouvelle réforme, le divorce amiable deviendra donc un divorce extra-judiciaire à compter du 1^{er} janvier 2017.

Ainsi, le législateur insère de nouveaux articles au sein du Code civil.

Article 229-1 du Code civil

Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374.

Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1^o à 6^o de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4. Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire.

Article 229-2 du Code civil

Les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque :

- 1° Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge ;*
- 2° L'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre.*

Article 229-3 du Code civil

Le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas.

La convention comporte expressément, à peine de nullité :

- 1° Les nom, prénoms, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des époux, la date et le lieu de mariage, ainsi que les mêmes indications, le cas échéant, pour chacun de leurs enfants ;*
- 2° Le nom, l'adresse professionnelle et la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que le barreau auquel ils sont inscrits ;*
- 3° La mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ;*
- 4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III du présent titre, notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire ;*
- 5° L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ;*
- 6° La mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté.*

Article 229-4 du Code civil

L'avocat adresse à l'époux qu'il assiste, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un projet de convention, qui ne peut être signé, à peine de nullité, avant l'expiration d'un délai de réflexion d'une durée de quinze jours à compter de la réception.

La convention a force exécutoire au jour où elle acquiert date certaine.

➤ Concernant l'entrée en vigueur de la loi

Ces nouvelles dispositions relatives au divorce par consentement mutuel sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2017. Ainsi, les requêtes en divorce déposées au greffe avant cette date seront traitées selon les règles en vigueur avant cette date.

➤ Rappel concernant l'ancien divorce par consentement mutuel

Rappelons que jusqu'au 1^{er} janvier dernier, le divorce par consentement mutuel était possible lorsque les époux étaient d'accord à la fois sur le principe et sur les conséquences du divorce. Il s'agissait d'une procédure gracieuse dans laquelle le juge était saisi, à la suite d'une requête unique des époux, présentée par leurs avocats respectifs ou par un seul et même avocat.

Une première réforme avec la loi du 24 mai 2006 de simplification de la procédure de divorce avait réduit à une fois la comparution des époux. En effet, auparavant, les époux comparaissaient deux fois et la première comparution avait pour but de tenter de réconcilier ou concilier les époux. L'instauration d'une seule comparution avait alors impliqué qu'une convention définitive soit établie avant la saisine du juge. Ainsi, la requête devait être accompagnée d'une convention portant règlement des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation, à peine d'irrecevabilité.

Le juge aux affaires familiales était alors saisi par requête, accompagnée de la convention et devait convoquer les époux à une audience.

Lors de cet entretien, le juge était tenu de vérifier le consentement réel,

libre et éclairé des époux. Ce consentement devait porter sur la décision de divorcer d'une part et sur les conséquences du divorce d'autre part. Le juge pouvait également refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constatait que la convention préservait insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux.

➤ Le contexte de cette réforme

Cette réforme du divorce amiable intervient dans une volonté de désengorger les tribunaux et dans un souci de simplifier et d'accélérer la procédure de divorce non contentieuse.

L'élaboration de la nouvelle loi réside surtout dans l'idée que l'office du juge doit se recentrer sur une activité juridictionnelle définie. En effet, cette volonté d'alléger la tâche du juge trouve sa source dans un contexte économique d'insuffisances de crédit alloué à la justice et d'un nombre insuffisant de magistrats, débordés et incapables de traiter des contentieux de masse dans un délai raisonnable.

Cette réforme est également motivée par la volonté de ne plus compliquer le divorce par le maintien de procédures inutilement complexes.

Enfin, une autre justification à la déjudiciarisation réside dans la volonté de la société de trouver des solutions contractuelles, préférées par les justiciables. Ainsi, à côté de la justice

étatique, figure aujourd'hui une justice contractuelle qui permettrait de régler les litiges.

➤ Cas d'exclusion du divorce déjudiciarisé

Le législateur a prévu des cas dans lesquels les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats.

En effet, lorsque l'enfant mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande à être auditionné par le juge, le divorce ne peut se faire par acte sous seing privé contresigné par avocats. Ainsi, dès lors qu'un enfant mineur manifeste son souhait d'être entendu par le juge, la juridiction peut être saisie selon les modalités prévues aux articles 1088 à 1092.

Après avoir procédé à l'audition du mineur ou, en l'absence de discernement, avoir refusé son audition, le juge aux affaires familiales doit convoquer chacun des époux par lettre simple expédiée quinze jours au moins avant la date qu'il fixe pour leur audition et en aviser le ou les avocats.

De la même manière et comme c'était déjà le cas dans les dispositions concernant l'ancien divorce par consentement mutuel, ce type de

procédure ne peut être appliqué lorsque l'un des époux fait l'objet d'un régime de protection tel que la tutelle ou la curatelle.

➤ Déroulement de la nouvelle procédure

• Signature de la convention de divorce

Les époux qui souhaitent divorcer par consentement mutuel devront, dans un premier temps, signer une convention par acte sous signature privée contresigné par avocats en trois exemplaires. Le décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 a clarifié les modalités procédurales du divorce par consentement mutuel sans juge et veillé à coordonner les nouvelles dispositions du Code de procédure civile avec celles existantes sur les conséquences du divorce.

Ladite convention de divorce doit comporter différentes mentions, à savoir :

- le nom du notaire ou de la personne morale titulaire de l'office notarial chargé de recevoir l'acte en dépôt au rang de ses minutes,

- la valeur des biens ou droits attribués à titre de prestation compensatoire,

- les modalités de recouvrement et les règles de révision de la créance

ainsi que les sanctions pénales encourues en cas de défaillance, si la convention fixe une pension alimentaire ou une prestation compensatoire sous forme de rente viagère.

A cette convention, il conviendra d'annexer le formulaire daté et signé par chacun des enfants mineurs. En effet, l'information par les parents prévue au 1^o de l'article 229-2 prend la forme d'un formulaire destiné à chacun des enfants mineurs, qui mentionne son droit de demander à être entendu, ainsi que les conséquences de son choix sur les suites de la procédure.

La convention de divorce mentionne, le cas échéant, que l'information n'a pas été donnée en l'absence de discernement de l'enfant mineur concerné.

En outre, il conviendra d'annexer l'état liquidatif de partage en la forme authentique et l'acte authentique d'attribution de biens soumis à publicité foncière régularisé devant notaire.

- Conservation

Chaque époux conservera un original de la convention accompagné de ses annexes et revêtu des quatre signatures. Le troisième original est destiné à son dépôt au rang des minutes d'un notaire. Le cas échéant, un quatrième original est établi, dans les mêmes conditions, pour permettre la formalité de l'enregistrement.

- Transmission au notaire et dépôt de la convention

Dans un délai de sept jours suivant la date de la signature de la convention, celle-ci ainsi que ses annexes doivent être transmises au notaire, à la requête des parties, par l'avocat le plus diligent, aux fins de dépôt au rang des minutes du notaire.

Lorsqu'elles sont rédigées en langue étrangère, la convention et ses annexes doivent être accompagnées d'une traduction effectuée par un traducteur habilité.

La convention et ses annexes seront déposées au rang des minutes du notaire dans un délai de quinze jours suivant la date de la réception de la convention par le notaire. Ce délai est d'ordre public, il ne peut pas y être dérogé. Une fois le délai écoulé, la convention devient définitive et le notaire assure sa conservation.

Ce dépôt au rang des minutes du notaire donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire.

- Mention du divorce

La mention du divorce sera portée en marge de l'acte de mariage ainsi que de l'acte de naissance de chacun des époux, à la requête de l'intéressé ou de son avocat, au vu d'une attestation de

dépôt délivrée par le notaire, laquelle doit mentionner l'identité des époux et la date du dépôt.

Si le mariage a été célébré à l'étranger et en l'absence d'acte de mariage conservé par un officier de l'état civil français, la mention du divorce devra être portée en marge de l'acte de naissance de chacun des époux, si cet acte est conservé sur un registre d'état civil français. À défaut, l'attestation de dépôt doit être conservée au répertoire mentionné à l'article 4-1 du décret du 1^{er} juin 1965 portant création d'un service central d'état civil au ministère des affaires étrangères.

Cependant, cette mention ne peut être portée en marge de l'acte de naissance d'un Français qu'après transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de mariage célébré par l'autorité étrangère à compter du 1^{er} mars 2007.

- Justification à l'égard des tiers

Le divorce pourra être porté à la connaissance des tiers grâce à la production d'une attestation de dépôt délivrée par le notaire ou d'une copie de celle-ci.

Les mainlevées, radiations de sûretés, mentions, transcriptions ou publications rendues nécessaires par le divorce sont valablement faites au vu de la production, par tout intéressé, d'une

copie certifiée conforme de la convention et, le cas échéant, de ses annexes ou d'un de leurs extraits.

- Possibilité de conversion du divorce en séparation de corps ou de divorce judiciaire

Jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire, les époux peuvent saisir la juridiction d'une demande de séparation de corps ou de divorce judiciaire dans les conditions prévues aux articles 1106 et 1107.

- **Une nouvelle fonction pour le notaire**

La vraie innovation de cette réforme réside surtout dans la disparition du recours au juge et dans l'attribution au notaire d'une nouvelle mission. En effet, le juge ne prononcera plus le divorce puisque c'est le notaire qui recevra l'acte de divorce qui aura sa force légale.

Jusque-là, le notaire était déjà fortement impliqué dans la procédure de divorce. Son intervention était d'ailleurs obligatoire en présence de biens immobiliers appartenant aux époux. En effet, il avait pour mission de liquider les intérêts matrimoniaux des époux à la demande du juge, des avocats ou des parties elles-mêmes. Plus précisément, il procédait à la

liquidation du régime matrimonial et au partage des biens des époux.

S'il conserve bien entendu ces missions, il interviendra désormais aussi en fin de procédure pour déposer, à la requête des ex-époux, leur convention de divorce au rang de ses minutes et pour lui donner ainsi force exécutoire, c'est-à-dire effet immédiat entre les époux sans aucune procédure judiciaire.

En cela, le législateur a entendu attribuer au notaire une partie de la fonction précédemment dévolue au juge de vérification de la régularité de la procédure. Ainsi, cette réforme consacre à nouveau le statut particulier du notaire, professionnel libéral du droit, mais aussi détenteur d'une parcelle de la puissance publique. Il est, en cela, un magistrat de l'amiable.

➤ **L'augmentation du coût du divorce supporté par les époux**

Cette réforme du divorce sans juge risque d'avoir pour conséquence d'augmenter le coût du divorce pour les époux. La loi du 18 novembre 2016 prévoit que les époux seront chacun assistés par un avocat et que la convention de divorce sera enregistrée au rang des minutes d'un notaire.

Avec cette réforme, deux avocats sont donc obligatoires pour divorcer à l'amiable. C'est une nouveauté dans la mesure où, jusqu'au 1^{er} janvier 2017, il était possible de divorcer avec un seul avocat choisi d'un commun accord par les époux.

S'agissant du notaire, le projet de loi prévoyait initialement que la convention devait être enregistrée par un notaire qui ne procéderait pas à un contrôle de l'équilibre des intérêts en présence, cette mission étant assurée par les avocats. L'enregistrement de l'acte par dépôt au rang des minutes du notaire devait notamment être fixé à environ 50 euros.

Finalement, la loi du 18 novembre 2016 consacre l'intervention directe des notaires qui devront analyser les conventions avant de valider le divorce. Il est évident que le travail de contrôle sera nécessairement facturé aux époux mais *a priori* le montant des honoraires du notaire pour établir l'acte de dépôt demeurera de 50 euros. Cependant, et comme auparavant dans la même hypothèse, en présence de biens immobiliers soumis à publicité foncière, il conviendra d'ajouter les frais de liquidation et partage du régime matrimonial qui sera reçu par acte authentique.

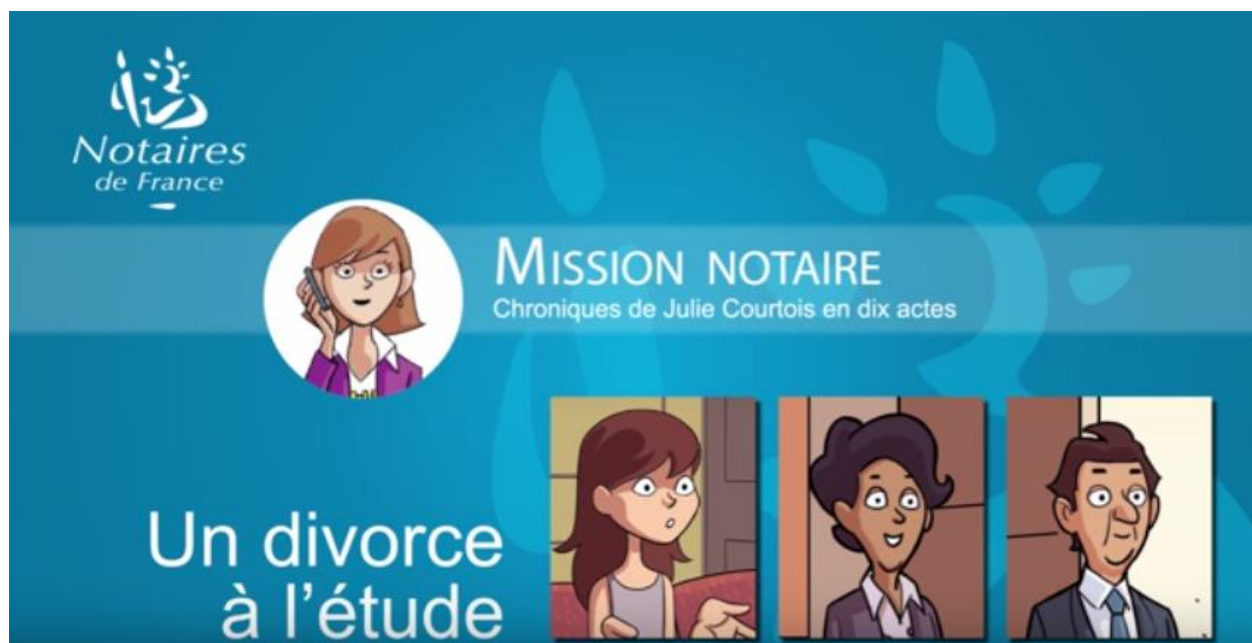
Ainsi, pour divorcer à l'amiable, les époux devront donc rémunérer deux avocats et un notaire. S'il est certain que l'Etat va réaliser des économies en déchargeant le juge aux affaires familiales des divorces par consentement mutuel, il est fort probable que ce soit, en définitive, les époux qui règlent la facture pour une

procédure dont la durée devrait être nettement abrégée.

M. FOUR-BROMET

Pour avoir une vue résumée du divorce par consentement mutuel, vous pouvez cliquer [ici](#).

Vous pouvez également visualiser les vidéos du site des Notaires de France, Mission Notaire, Chroniques de Julie Courtois en dix actes, pour mieux connaître la profession de notaire, en cliquant sur l'image ci-dessous.





L'obligation de fidélité perdue au-delà de la séparation des époux et tant que le divorce n'a pas été prononcé

DROIT CIVIL – DROIT DE LA FAMILLE – LICENCE 1

Par Marina FOUR-BROMET

Diplômée Notaire

Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Cour d'appel, Paris, Pôle 3, chambre 3, 17 novembre 2016 – n° 14/14482

Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris rappelle le caractère institutionnel du mariage en droit français, qui est assorti de devoirs et d'obligations non-aménageables par les époux.

S'il n'existe pas d'obligation de fidélité dans le concubinage, ni dans le PACS, il s'agit d'une obligation légale dans le mariage à laquelle il n'est pas possible de déroger.

En effet, l'article 212 du Code civil prévoit que « *les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* ».

La violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage, imputable à son conjoint et rendant intolérable le maintien de la vie commune, permet à un époux d'obtenir le prononcé d'un divorce pour faute aux torts exclusifs de l'autre époux.

Le législateur en édictant les devoirs et obligations du mariage a permis qu'une multitude de faits soient constitutifs d'une faute.

Ainsi, l'abandon du domicile conjugal par l'épouse sans autorisation, sans urgence et sans motif légitime est constitutif d'une faute au sens de l'article 242 du Code civil. De la même manière, l'activité professionnelle de l'épouse, masseuse naturaliste, constitue une attitude injurieuse à l'égard de l'époux et une faute au sens de l'article 242 du Code Civil.

En l'espèce, les juges d'appel rappellent que l'adultère d'un époux est fautif, même si son conjoint n'y attache pas d'importance parce que l'obligation de fidélité perdue au-delà de la séparation des époux et tant que le divorce n'a pas été prononcé.

Analyse des faits et de la procédure

Une femme a introduit une procédure de divorce pour faute à l'encontre de son époux invoquant l'infidélité de son mari suite à la relation adultère qu'il a entretenue avec une autre femme quelques mois après leur séparation. En l'espèce, les époux étaient séparés de fait mais le juge n'a été saisi d'une demande en divorce que deux ans après leur rupture.

En première instance, le divorce est prononcé aux torts partagés des époux par la Tribunal de Grande Instance de Paris en date du 19 mai 2014. Ledit jugement ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux conformément au régime matrimonial des époux et condamne Monsieur à payer la somme de 100 000 € à titre de prestation compensatoire en capital à son épouse. L'épouse interjette appel de la décision rendu par la Tribunal de Grande Instance de Paris.

Analyse de l'arrêt de la Cour d'appel

Dans son arrêt en date du 17 novembre 2016, la Cour d'appel de Paris rend une décision intéressante en prononçant le divorce aux torts partagés des deux époux aux motifs

que, compte tenu de la nature singulière de leur rapport mutuel au sexe pendant leur vie commune, aucun des deux époux ne parvient à convaincre du préjudice que lui aurait causé la liberté de l'autre sur cet aspect.

Rappelons que la charge de la preuve des faits fautifs repose sur le demandeur au divorce pour faute aux torts exclusifs de son conjoint. Une fois la faute prouvée par l'époux non fautif, il est possible de demander à son conjoint le versement de dommages-intérêts sur deux fondements.

Le premier fondement est l'article 266 du Code civil lorsque la dissolution du mariage pour l'époux non fautif va entraîner des conséquences d'une particulière gravité.

Article 266 du Code civil

Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint.

Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce.

Le second fondement repose sur l'ancien article 1382 du Code civil, devenu depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1240, s'agissant du préjudice résultant de toutes autres circonstances que la dissolution du mariage et causé par le comportement du conjoint.

Ancien article 1382 du Code civil

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Le jugement déféré est donc confirmé en ce qu'il a débouté le mari de sa demande de dommages-intérêts. En effet, la Cour d'appel relève qu'il ne peut être retenu que l'époux, qui a été en mesure de s'engager dans une autre relation amoureuse avec une autre femme trois mois seulement après la séparation, aurait subi des conséquences d'une particulière gravité en raison de la dissolution du mariage.

La Cour d'appel a notamment retenu que le fait que le mari ait pu tenir des conversations sexuelles ouvertement alors que sa femme était à ses côtés, qu'il ait pu parler de clubs échangistes et qu'il ait pu proposer à une amie de sa femme de se revoir, témoigne d'une conception des rapports conjugaux qui ne peut

constituer un manquement aux obligations du mariage que si elle n'est pas partagée par l'autre. Ainsi, les juges d'appel en déduisent que ce comportement, partagé par les époux, ne peut pas être retenu comme rendant intolérable le maintien de la vie commune.

En outre, la Cour d'appel retient que, le seul fait que la femme déclare ne plus être amoureuse de son mari ne peut être retenu, l'amour ne faisant pas partie des obligations du mariage. Cependant, le fait qu'elle ait multiplié les relations sexuelles avec d'autres hommes est, quant à lui, constitutif d'une faute.

Les demandes de dommages-intérêts des époux fondées sur les articles 266 et 1382 du Code civil sont donc rejetées.

En conclusion, les juges d'appel ont ici souhaité protéger l'institution du mariage en rappelant que l'entretien d'une relation adultère constitue un motif de divorce aux torts de l'époux adultère, et cela même si l'autre n'y attache aucune importance. Les époux ne peuvent donc déroger à l'obligation de fidélité, ni même s'en dispenser mutuellement. Ainsi, tant que le mariage demeurera perçu par les juges comme une institution, le divorce pour faute demeurera.



Après le burkini à la plage, le burkini à la piscine

DROITS DE L'HOMME – LIBERTES FONDAMENTALES - LICENCES 3 – MASTER

Par Clément Benelbaz,
*Maître de conférences en Droit public,
Université Savoie Mont Blanc, CDPPOC*

CEDH, 10 janvier 2017, *Osmanoğlu et Kocabaş* c./ Suisse

Après la France (C.E., ord. 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme*), c'est à la Cour européenne des droits de l'homme d'être confrontée au burkini, mais cette fois non pas dans l'espace public et sur les plages, mais dans les piscines. Tel était l'objet de l'affaire jugée par la Cour dans un arrêt du 10 janvier 2017 *Osmanoğlu et Kocabaş* c./ Suisse.

En l'espèce, les parents, d'origine turque, de deux jeunes filles pré-pubères refusèrent qu'elles participent à des cours de natation obligatoires dans le cadre de leur scolarité, en invoquant leurs croyances religieuses qui leur interdisaient ces cours mixtes. D'après eux en effet, même si le Coran n'impose de couvrir le corps féminin qu'à partir de la puberté, leur croyance impliquait de préparer les filles aux préceptes qui leur seraient appliqués.

Après plusieurs tentatives de médiation, les parents furent condamnés par les autorités scolaires à des amendes pour manquement à leurs responsabilités.

Contestant cette condamnation, leur recours se porta devant la Cour européenne, en alléguant une violation de l'article 9 de la Convention.

La question se posait donc de savoir si la mesure prise par les autorités nationales constituait une atteinte à la liberté de religion et de croyance garantie par la Convention, et si les convictions des parents pouvaient s'opposer à une réglementation nationale, et permettre aux jeunes filles de bénéficier de dispenses. En clair, un acte, dicté par un précepte religieux, permettait-il de s'affranchir des règles communes ?

Pour y répondre, la Cour procède à certains rappels, tant sur les contours de la liberté de religion, que sur ses limites.

I. La délicate appréciation des rapports entre Etats et religions

Cette affaire soulevait des questions sensibles : en effet, pour la Cour, les rapports qu'entretiennent les Etats avec les Eglises relèvent de leur marge d'appréciation, la juridiction européenne ne saurait dicter une conduite particulière en la matière. Pour autant, elle condamne les immixtions des Etats dans les affaires religieuses, en accordant aux Eglises une certaine autonomie. La Cour avait déjà mis l'accent sur le devoir de neutralité qui pèse sur l'Etat en la matière, et sur l'interdiction de toute ingérence dans les affaires internes des Eglises, qui découle de l'article 9 de la Convention (Cour EDH, Grande chambre, 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c./Bulgarie*, n°30985/96, sur l'interdiction pour l'Etat de porter une appréciation sur la légitimité des croyances religieuses, ou sur ses modes d'expression).

Elle avait également validé le modèle français de laïcité, à l'égard du port des signes religieux par les usagers de l'enseignement public (Cour E.D.H., 30 juin 2009, *Jasvir Singh, Sara Ghazal et autres*, n°29134/08), mais aussi à l'égard des agents du service public (à ce titre, la position française, issue de l'avis du Conseil d'Etat de 2000 *Melle*

Marteaux, qui impose une neutralité stricte pour les agents, a été admise par la Cour E.D.H. dans un arrêt du 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. France*, n° 64846/11).

Mais des systèmes prônant une neutralité des pouvoirs publics vis-à-vis des religions furent tout autant confirmés : tel avait été le cas en Suisse au sujet d'une enseignante portant le voile (Cour E.D.H., 15 février 2001, *Dahlab c./ Suisse*, n°42393/98).

Ici, les juges admettent le pourvoi, la liberté de religion était bien en cause, plus exactement une de ses manifestations : cette liberté comporte alors deux faces : celle de croire, ou de ne pas croire (Cour E.D.H., 25 mai 1993, *Kokkinakis c./ Grèce*, n°14307/88) ; le for intérieur étant inviolable. Mais le second volet consiste en l'extériorisation de cette croyance, donc le droit de la manifester, en public, en privé, seul ou de manière collective. Il s'agit d'une liberté protéiforme, qui peut aussi bien concerner la manifestation d'une conviction, l'enseignement, les pratiques ou l'accomplissement des rites. Est alors considéré comme une manifestation tout acte qui présente un lien suffisamment étroit et direct avec la conviction, l'appréciation devant être faite selon les circonstances de chaque cas d'espèce et non pas au regard du commandement explicite de la religion (Cour E.D.H., 15 janvier 2013,

n° 48420/10, *Eweida c./ Royaume Uni*). Cette extériorisation peut quant à elle faire l'objet de restrictions.

On retrouve d'ailleurs les éléments de définition de la religion, tels qu'ils étaient déjà donnés par Duguit et Durkheim, pour qui une religion est un fait individuel et un fait social, composé de deux éléments indissociables : la croyance, et le rite ou le culte. Pour qu'on soit alors en présence d'un culte, il faudrait d'abord un élément subjectif, la foi, la croyance, et un élément objectif, l'existence de fidèles, d'une communauté de croyants liés par des rites. Tel était bien le cas ici.

Cependant, des restrictions, si elles sont encadrées et justifiées, sont nécessairement admises dans une société démocratique.

II. Les restrictions nécessaires à la manifestation des convictions

Dans cette affaire, l'ingérence était avérée, et résidait dans le refus des autorités de délivrer une dérogation pour les jeunes filles afin qu'elles ne participent pas aux cours. Le but de cette ingérence, prévue par la loi, était de protéger les élèves étrangers

contre tout phénomène d'exclusion sociale, et ce point sera d'ailleurs important pour la Cour. Aussi, la mesure était proportionnée, mais également nécessaire dans une société démocratique, laquelle se doit en quelque sorte d'être neutre.

En effet, la liberté de religion ne protège en aucun cas « *n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction* » (voir les affaires citées de la Cour E.D.H. du 30 juin 2009). Aussi, elle ne garantit pas toujours le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction religieuse ; dès lors, les individus doivent admettre certaines concessions, qui se justifient notamment aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique.

De plus, la Cour souligne que l'école occupe une place prépondérante dans le processus d'intégration sociale, et de lutte contre l'exclusion, *a fortiori* lorsque les enfants sont d'origine étrangère. En l'occurrence, l'enseignement obligatoire est crucial pour le développement des enfants et leur intégration, aussi les dérogations et dispenses ne doivent-elles être délivrées que de façon très exceptionnelle (raisons médicales par exemple). Il allait de l'intérêt des enfants d'être scolarisés intégralement ; ici, les cours de sport vont au-delà du simple épanouissement physique et sanitaire,

ils ont une dimension sociale, tout comme peuvent l'avoir d'autres activités ou moments des enfants, telle la cantine.

D'ailleurs, les filles avaient été autorisées à pratiquer l'activité en burkini et à se dévêtir en dehors de la présence des garçons, ce qui démontrait une certaine volonté des autorités de procéder à quelques aménagements. Les règles demeurent les mêmes pour tous, et les convictions religieuses ne sauraient primer sur la loi générale. Chaque croyance est alors considérée de la même façon, sans faveur ni défaveur. C'est une condition du vivre-ensemble, et c'est bien en cela que consiste la neutralité.

L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme ne protège donc pas tout comportement qui serait dicté ou inspiré par une conviction religieuse ; aussi les individus doivent-ils accepter certaines concessions, liées notamment aux exigences et à l'intérêt des services publics.

La solution de la Cour est assurément équilibrée, et a le mérite de la cohérence et de la clarté. Le recours à des *aménagements* (ou accommodements) *raisonnables* aurait conduit à chercher une conciliation entre les impératifs du service public et son bon fonctionnement, et les obligations religieuses des requérants. Or,

raisonner au cas par cas dénature et brouille toute règle établie à l'avance : ni l'Administration ni les particuliers ne savent alors ce qu'ils peuvent faire ou non, ni quels sont leurs droits et obligations. La Cour incite, une fois de plus, les Etats à demeurer neutres et impartiaux à l'égard des différentes croyances, religieuses ou non, et à ne pas accorder moins ou davantage à l'un qu'à l'autre. Il ne s'agit pas de s'immiscer dans le for intérieur de l'individu, lequel est inviolable, mais seulement de se placer sur la *manifestation* de la croyance, donc son *extériorisation*.

Cette position claire, prévisible, et connue à l'avance de tous, respecte l'égalité entre les convictions, mais aussi leurs libertés.

C. BENELBAZ

Note d'information

Les informations enregistrées sont réservées à l'usage de la Faculté de droit virtuelle et ne peuvent être communiquées qu'aux destinataires suivants : Université Jean Moulin Lyon 3, Université Numérique Juridique Francophone.

Conformément aux articles 39 et suivants de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée en 2004 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, toute personne peut obtenir communication et, le cas échéant, rectification ou suppression des informations la concernant, en s'adressant à la Faculté de droit virtuelle.

La Gazette

L'actualité juridique et politique de la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3
Vue par la FDV et l'UNJF

Gazette réalisée grâce au soutien de l'UNJF, Université Numérique Juridique Francophone

Directeur de la publication
Le Doyen Franck MARMOZ

Directeurs scientifiques
Hervé CROZE
Catherine BARREAU

Rédactrice en chef
Céline WRAZEN

Correspondance
Céline WRAZEN
Faculté de droit virtuelle
15 quai Claude Bernard
69007 Lyon
celine.wrazen@univ-lyon3.fr

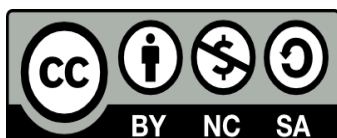
Lieu
Faculté de droit virtuelle
15 quai Claude Bernard
69007 Lyon

Photos
Licence Creative commons
Flickr.com

Photo de la page de garde
Auteur :
Marc Hatot, *Divorce*, [Flickr.com](https://www.flickr.com/photos/marc-hatot/)

Photo d'Hervé CROZE
Photo d'Aurélien ROCHER
Photo de Valérie MARTEL
David VENIER
Université Jean Moulin Lyon 3

Photo de Maïthé SAMBUI
David LEFAIX
lefaixdavid@gmail.com





[LA GAZETTE.FR](http://LA.GAZETTE.FR)