

Session d'Helsinki - 1985

La loi applicable à certains effets d'un mariage dissous

(Seizième Commission, Rapporteur : M. François Rigaux)

(Le texte français fait foi. Le texte anglais est une traduction.)

NOTE EXPLICATIVE DU RAPPORTEUR

1. Les travaux sur la loi applicable aux effets du mariage dissous ont mis en relief la difficulté de la tâche de l'Institut dans la matière du droit international privé. Les fondateurs de l'Institut croyaient en l'avenir d'un système universel de droit international privé, qui se construirait, *pari passu*, sur le même plan méthodologique que le droit international public. Les incertitudes qu'ont suscitées à cet égard les diverses écoles positivistes ne sauraient certes justifier qu'on renonce à l'élaboration de solutions communes aux différents Etats. Bien plus, il faut se réjouir qu'il existe une institution dans laquelle des spécialistes des diverses branches du droit international peuvent échanger leurs expériences respectives. L'excès de la réaction positiviste a été d'établir entre le droit international et le droit international privé transformé en simple subdivision du droit interne une séparation rigoureuse qui n'est plus de mise aujourd'hui. Principalement mais non exclusivement, les relations économiques, financières et monétaires ne s'accrochent plus d'une séparation rigoureuse entre le champ du droit interne et celui du droit international.

2. Plutôt que de tracer la frontière entre le droit international et le droit international privé, il importe d'explorer les problèmes de confins et, là où les objets matériels respectifs de règles du droit international et de règles de droit interne paraissent coïncider, de s'interroger sur les problèmes de méthode. Si l'on accepte qu'un ordre juridique n'est pas seulement une pyramide de normes mais un organisme vivant composé de règles et d'institutions, la principale différence méthodologique entre le droit international et le droit international privé se laisse aisément dessiner : alors qu'il existe un ordre juridique international doté d'institutions propres, il n'y a pas d'ordre juridique international privé. Même quand les règles de conflit de lois ont pour source un traité international et si étendu que soit le domaine de validité d'un tel traité, la mise en oeuvre des règles passera nécessairement par les institutions - administratives ou juridictionnelles - de chacun des Etats dans lesquels le traité est en vigueur. Ainsi, le caractère interne ou international des règles de conflit est moins décisif que l'inexistence d'institutions propres au droit international privé.

3. Quand, dans une conférence intergouvernementale, les représentants d'Etats conviennent de règles communes de droit international privé, ils ont en vue la réception du corps normatif nouveau par l'ordre juridique familial à chacun d'eux et ils sont dès lors en mesure d'apprécier l'exacte portée de ces règles et leur incidence sur l'ensemble institutionnel dans lequel elles sont appelées à s'insérer. Les conditions de travail d'une assemblée purement scientifique sont radicalement différentes. Sans doute, chacun des membres de l'Institut verse-t-il aux délibérations sa connaissance de divers systèmes juridiques nationaux ; toutefois, et c'est ici que la différence est la plus sensible, ils ne sauraient apprécier la pertinence des solutions proposées, par rapport à un système déterminé de droit interne puisque ce que trace une Résolution de l'Institut dans le domaine du droit international privé, c'est l'épuration d'un ordre juridique irréal, un ensemble de propositions normatives dont le sens est perceptible mais dont la portée ne saurait être déterminée. A certains moments, il est permis de craindre que pareille situation ne joigne l'un à l'autre le pire de deux mondes : alors que la solution qui sera arrêtée se présente avec une vocation universelle, les choix individuels en faveur de telle ou telle solution sont parfois motivés par la manière dont celle-ci sera reçue dans l'ordre juridique le plus familial à celui qui émet une opinion.

4. Il est aisé d'illustrer les quelques réflexions qui précèdent par l'expérience des travaux consacrés à la loi applicable aux effets du mariage dissous. Il convient d'abord de mettre en lumière deux difficultés communes à tous les efforts de codification du droit international privé, même si ceux-ci sont poursuivis dans des organisations intergouvernementales. La première tient à la diversité des systèmes nationaux de droit interne, diversité qui se laisse observer à un double degré, celui des règles de droit matériel interne et celui des solutions du droit international privé. Une tentative de codification du droit international privé est condamnée à l'échec si elle ne repose pas sur une étude approfondie de droit comparé selon chacune des deux perspectives qui viennent d'être indiquées : comparaison tant du droit matériel que du droit international privé. La politique actuelle de l'Institut tendant à une meilleure distribution géographique des nouveaux Associés pourra certes contribuer à ce que les systèmes juridiques non occidentaux soient mieux pris en considération à l'avenir, mais il n'est pas moins impérieux d'améliorer les conditions de travail des commissions dans l'intervalle des Sessions ; pour les sujets de droit international privé on pourrait attendre des membres de la commission qu'ils adressent au rapporteur des contributions écrites sur le droit en vigueur dans leurs pays respectifs et même dans les systèmes juridiques auxquels ceux-ci se rattachent.

5. La deuxième difficulté commune à tout effort de codification du droit international privé tient au caractère partiel de chaque tentative. Après qu'un accord a été atteint sur les questions particulières étudiées, les solutions ainsi dégagées doivent s'harmoniser avec les règles demeurées propres à chacun des ordres juridiques internes applicables aux questions exclues de la codification. La difficulté est d'autant plus aiguë que les catégories de rattachement traditionnelles - statut personnel, régimes matrimoniaux, successions, obligations alimentaires - sont liées à un découpage dogmatique des matières souvent mal adapté à la complexité des solutions de droit matériel. La loi applicable aux effets du mariage dissous procure une excellente illustration de ces difficultés.

Il y a lieu d'abord de s'entendre sur la notion de « dissolution du mariage ». Certaines formes de nullité (ou d'inexistence) du mariage ne méritent pas, en toute rigueur des termes, une telle qualification. A cette première difficulté, il est aisément obvié en donnant au concept de dissolution du mariage un sens conventionnel qui couvre outre le divorce les déclarations de nullité et les annulations. L'effet essentiel de la dissolution du mariage ainsi entendu est de mettre fin à l'union conjugale. Pareil effet est atteint dès le moment où l'acte de dissolution est reconnu, sans qu'on doive distinguer un acte administratif ou juridictionnel ou un acte simplement privé : étudier « les effets du mariage dissous » dans un ordre juridique déterminé implique, au titre d'hypothèse de travail, que la dissolution du mariage soit comme telle reconnue dans cet ordre juridique.

Consacrant la « faillite » du projet initial de vie commune, la dissolution du mariage entraîne normalement la liquidation des rapports, notamment patrimoniaux, noués par les époux, suivie, le cas échéant, d'un réaménagement de ces relations. Le partage ou la redistribution de l'autorité parentale sur les enfants communs, les modalités nouvelles affectant l'éventuelle survivance d'une obligation alimentaire, d'un droit de succession, du droit à une pension de survie, l'incidence de la dissolution du mariage sur le nom de chacun des ex-époux (pour le cas où le mariage a lui-même eu quelque effet à cet égard) sont les principales répercussions de la dissolution du mariage. Répercussions qui doivent s'analyser par rapport aux différentes institutions sur lesquelles la dissolution du mariage exerce son propre effet perturbateur. Tel est aussi le sens selon lequel il convient d'entendre l'expression « effets du mariage dissous ».

6. De ce qui précède, il découle qu'il n'existe pas de règle unique de conflit de lois applicable à l'ensemble des effets du mariage dissous. Bien plus, dans de nombreux ordres juridiques, notamment ceux de *common law*, les questions évoquées relèvent plutôt du conflit de juridictions que du conflit de lois. En ce qui concerne par exemple les mesures de garde relatives aux mineurs et même les obligations alimentaires en général, le tribunal qui s'est déclaré compétent applique les solutions de droit matériel sans exclure les règles de droit international privé matériel empruntées à son système interne. L'idée qu'il existerait un « statut de la dissolution du mariage » (ou un « statut du divorce ») gouvernant toutes les répercussions de l'acte de dissolution sur l'ensemble des rapports entre les ex-époux est dénuée de fondement.

7. Un rapide examen des récentes conventions de La Haye ayant quelque lien avec l'un ou l'autre effet du mariage dissous démontre l'inconvénient des codifications partielles. L'article premier, alinéa 2, de la Convention du 1er juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps exclut du domaine matériel du traité « les mesures ou condamnations accessoires prononcées par la décision de divorce ou de séparation de corps, notamment les condamnations d'ordre pécuniaire ou les dispositions relatives à la garde des enfants ». Limitée aux décisions « qui ont statué sur la réclamation en aliments », une telle reconnaissance est cependant prévue par l'article 8 de la Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, à la condition que la compétence en matière de divorce, d'annulation ou de nullité de mariage de l'autorité de l'Etat d'origine soit reconnue dans l'Etat requis, condition qui, dans les Etats où est en vigueur la Convention précitée du 1er juin 1970, est vérifiée selon cette Convention.

Pour ce qui concerne les enfants mineurs, il faut distinguer entre les mesures de garde, qui relèvent de la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (sauf à l'égard des Etats ayant fait usage de la réserve inscrite à l'article 15 de cette Convention et permettant d'écarter l'application de celle-ci à une mesure de garde après divorce) et les pensions alimentaires soumises aux deux Conventions du 2 octobre 1973.

Pour la détermination de la loi applicable aux obligations alimentaires entre les (ex-) époux, l'article 8 de la Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires distingue selon que l'acte de dissolution du mariage est ou non reconnu dans l'Etat contractant où des aliments sont réclamés. Dans le second cas, les règles générales de conflit de lois des articles 4 à 6 s'appliquent mais elles concernent, du point de vue du tribunal saisi, la situation d'époux. Dans le premier cas, l'obligation alimentaire est rattachée à « la loi appliquée au divorce » ou, le cas échéant, à la nullité ou à l'annulation, sauf dans les Etats s'étant réservé de ne pas appliquer cette solution, si la dissolution du mariage a été obtenue par défaut dans un pays où la partie défaillante n'avait pas sa résidence habituelle (art. 14).

8. La notion de « loi appliquée au divorce » se distingue de celle de « loi applicable au divorce ». La deuxième expression signifie que dans l'Etat où un ex-époux réclame des aliments à l'autre, la loi régissant pareille réclamation s'identifie avec la loi qui, dans le même Etat, régit l'action en divorce, que cette loi ait ou non été appliquée. La première expression paraît se borner à un constat de fait : quelle loi l'autorité étrangère dont l'acte de dissolution du mariage est reconnu dans l'Etat où les aliments sont réclamés a-t-elle effectivement été appliquée ? Cette solution n'est elle-même guère satisfaisante : il n'est pas toujours facile de déceler la loi en vertu de laquelle un mariage a été dissous, notamment si le juge ou l'autorité n'a pas motivé sa décision sur ce point ou que sa règle de conflit lui prescrive l'application cumulative de plusieurs lois ; de plus le juge aura le plus souvent appliqué au divorce le droit matériel interne de la *lex fori*. Or, il est injustifié que les obligations alimentaires entre les ex-époux soient, pour une période qui risque d'être longue, soumises à la loi du tribunal ou de l'autorité ayant dissous le mariage, solution qui présente le vice supplémentaire d'encourager au *forum shopping*.

9. Ainsi, il ne suffit pas d'écarter toute solution de conflit de lois globale applicable à la totalité des répercussions de la dissolution du mariage sur les relations entre les ex-époux ; force est de constater qu'une telle solution est même en défaut de rencontrer de manière satisfaisante le domaine plus restreint - trop restreint - des obligations alimentaires. A la vérité, une étude même sommaire du droit comparé révèle l'ingéniosité des législateurs et des juges qui s'efforcent aujourd'hui de compenser la perte, par l'effet du divorce, de la mise en commun des ressources de l'un et l'autre époux. La condamnation au paiement d'une pension alimentaire est certes un moyen de maintenir une forme de communication entre les patrimoines respectifs des ex-époux. Toutefois, le divorce a sa logique et sa cohérence : en de nombreux cas, il est suivi de secondes noces, et peu d'hommes ou de femmes sont en mesure de contribuer à l'entretien de plusieurs ménages. Il est dès lors séduisant de mettre un point final aux relations financières entre les ex-époux, divers procédés étant mis en oeuvre à cette fin : paiement par un ex-époux à l'autre d'une pension dont le mode de calcul est arrêté sans qu'il puisse être ultérieurement revu, versement d'un capital par un ex-époux à l'autre, constitution à l'aide d'un tel capital d'une rente payée par une institution financière, attribution à l'un des ex-époux d'un bien commun ou même d'un bien propre à l'autre ex-époux, et, pour le moment où les époux atteindront l'âge de la retraite,

compensation des droits de pension ou partage du droit à une pension de survie entre les conjoints successifs de l'époux ou de l'ex-époux prédécédé. Pareil règlement final offre à l'ex-époux qui en bénéficie certains avantages, mais il comporte aussi quelques inconvénients : sont des avantages, l'indépendance financière à laquelle contribue la maîtrise immédiate d'un capital ou d'un autre bien ainsi que la protection contre le risque d'insolvabilité ou le mauvais vouloir du débiteur de prestations périodiques ; mais, si le règlement final opéré au moment de la dissolution du mariage a pour effet de priver chacun des ex-époux du droit de réclamer autre chose que l'exécution des dispositions de ce règlement, il n'est pas sans inconvénient de cliquer la situation respective des parties, de priver chacun des ex-époux de toute participation à une amélioration éventuelle de la situation économique de l'autre, de mettre à charge de la collectivité l'entretien de l'ex-époux qui a dilapidé ou mal géré son capital. Il est possible aussi qu'au moment de la dissolution du mariage les deux parties jouissent d'une aisance équivalente et que le règlement final consiste à les décharger de toute obligation alimentaire pour l'avenir ou même qu'un des ex-époux soit, en raison de sa position dans l'action en divorce, définitivement privé de tout secours alimentaire à charge de l'autre.

10. Sur le plan des concepts de droit matériel, la notion d'« obligation alimentaire » paraît trop étroite pour couvrir toutes les possibilités qui viennent d'être considérées. En outre, toute forme de règlement global est nécessairement liée à la liquidation du régime matrimonial relatif aux biens, et il sera parfois difficile de savoir si l'attribution d'un bien est faite en vertu de règles de partage ou au titre d'allocation de propriété ayant une vocation alimentaire.

Les différentes solutions envisagées sous le numéro précédent peuvent prendre au moins trois formes très différentes : soit une convention privée passée lors de la conclusion du mariage ou durant le mariage en vue de sa dissolution, ou même après la dissolution et en raison de celle-ci ; soit une convention entérinée par le juge ayant prononcé la dissolution du mariage ; soit une décision prise par le même juge ou par un autre juge du même Etat.

Quelque forme qu'il ait reçue, le règlement final des relations pécuniaires entre les ex-époux suscite en droit international privé des problèmes très différents de ceux que peut prétendre résoudre une règle de conflit donnant compétence à la loi appliquée au divorce. Qu'il ait pris la forme d'un acte ou d'un jugement, un tel règlement a un double effet : l'un positif, l'autre négatif. L'effet positif consiste à permettre à chacun des ex-époux de poursuivre sur le territoire d'un Etat autre que l'Etat selon la loi duquel la convention a été conclue ou dont un tribunal a entériné une convention ou prononcé une condamnation, la mise à exécution des clauses de la convention ou du dispositif de la décision. L'effet négatif consiste à se prévaloir dans les mêmes autres Etats du caractère définitif du règlement intervenu, de manière à faire obstacle à l'exercice de toute action en réclamation d'aliments exclue en vertu du règlement final. Les motifs d'accorder ou de refuser un tel effet négatif qui constitue une véritable déchéance du droit aux aliments ou à tout le moins du droit à obtenir que le mode de calcul de la prestation alimentaire soit modifié, ne coïncident pas avec les motifs d'accorder ou de refuser de donner effet aux dispositions qui opèrent une attribution ou un transfert de biens, ou allouent des aliments.

11. Hormis l'énoncé de solutions favorisant l'efficacité internationale des procédés de règlement global et définitif des relations pécuniaires entre les ex-époux, il n'y a pas de raison de soustraire au droit commun des obligations alimentaires en droit international privé celles de ces obligations qui subsistent après la dissolution du mariage. La solution de principe de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable consiste à rattacher toutes les obligations alimentaires, sauf précisément l'obligation entre époux divorcés, à la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments. Rien ne justifie que cette solution soit écartée dans le seul cas des époux dont le mariage a été dissous, car c'est à la résidence du créancier que dans ce cas comme dans tous les autres se localise le besoin à satisfaire. Tant le principe que l'étendue et la variabilité de l'obligation entre époux divorcés doivent être soumis à cette même loi. Est en particulier injustifiée la compétence attribuée à « la loi appliquée » ou même à « la loi applicable » au divorce, qui, dans le meilleur des cas, prétend cristalliser une circonstance de rattachement ayant perdu toute actualité à l'égard des intérêts à sauvegarder. En revanche, il y a lieu de tenir compte du règlement patrimonial qui a été effectivement opéré au moment de la dissolution du mariage, d'assurer en principe au créancier d'aliments le bénéfice des conventions qu'il a conclues ou des jugements qu'il a obtenus, mais aussi, dans un juste souci d'équilibre entre les parties, d'encourager les tribunaux des Etats autres que l'Etat dans lequel un règlement final est intervenu à prendre un tel règlement en considération. Les dispositions relatives à ces diverses questions doivent certes être nuancées de manière à ne négliger aucun aspect de la situation, il s'agit essentiellement de dispositions de droit international privé matériel invitant les tribunaux saisis d'une réclamation alimentaire non point à appliquer la loi du divorce, mais à prendre en due considération les dispositions qui se sont effectivement incorporées à la situation des parties.

12. C'est à la lumière des explications qui précèdent qu'il faut lire la Résolution adoptée par l'Institut à la session d'Helsinki. Bien qu'elle ait la forme de dispositions normatives, cette Résolution doit se lire plutôt comme des directives s'efforçant :

- de tenir en équilibre les divers objectifs que devrait poursuivre une codification des règles applicables aux effets du mariage dissous en droit international privé ;
- d'être attentives à la diversité des méthodes mises en oeuvre dans les différents Etats ;
- de réserver la conciliation des solutions partielles proposées avec les questions connexes qu'il est impossible de traiter.

RESOLUTION

L'Institut de Droit international,

Considérant qu'après le prononcé du divorce, la constatation de la nullité ou l'annulation du mariage, l'union dissoute continue à produire certains effets, et qu'il y a lieu en conséquence de déterminer la loi applicable à de tels effets ;

Considérant que les problèmes de conflit de lois suscités par les effets du mariage dissous ne sauraient être réglés abstraction faite de la détermination de la juridiction compétente pour en connaître et de l'efficacité internationale des décisions déjà rendues et notamment de celle qui a dissous le mariage ;

Notant que les effets d'un mariage dissous se rattachent à plusieurs institutions de droit privé et que, pour être pertinentes, les Résolutions relatives à cet objet particulier doivent s'insérer dans les ordres juridiques des divers Etats dans lesquels ces institutions risquent d'être soumises à des règles divergentes, sur le plan tant du droit international privé que du droit matériel ;

Tenant compte des Conventions de La Haye relatives, notamment, à la reconnaissance des divorces, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires et à la loi applicable aux mêmes obligations, mais constatant que la dispersion de certains effets du mariage dissous dans trois instruments différents a pu entraîner des incohérences et des lacunes ;

Notant l'entrée en vigueur durant la dernière décennie de nombreuses codifications nationales de droit international privé et la publication récente d'importants projets de codification ;

Tenant compte de la vocation spécifique de l'Institut dans le domaine du droit international privé,

Adopte la Résolution suivante :

I - Définitions et champ d'application

1. Au sens de la présente Résolution, il faut entendre :
 - a) Par « dissolution du mariage » : la dissolution par le divorce ainsi que la déclaration de nullité et l'annulation du mariage.
 - b) Par « effets du mariage dissous » : hormis la dissolution du lien matrimonial, les effets que le mariage produit encore après cette dissolution, du vivant des ex-époux ou après le décès de l'un d'eux.
 - c) Par « ex-époux » : l'homme ou la femme dont le mariage a été dissous par le divorce, déclaré nul ou annulé.

2. Les droits et devoirs des ex-époux à l'égard de leurs enfants sont exclus du domaine d'application de la présente Résolution.

II - Exclusion de l'application d'une loi unique à tous les effets d'un mariage dissous

3. Aucune règle de droit international privé ne permettant de couvrir de manière satisfaisante tous les effets d'un mariage dissous, il y a lieu de prendre en considération la nature propre de chacune des questions de droit que suscitent ces différents effets.

4. Ne sont pas soumis à la loi appliquée à la dissolution du mariage, notamment :

a) les effets de la dissolution sur le nom que les époux ou l'un d'eux ont acquis en conséquence du mariage ;

b) les restrictions apportées par l'effet du divorce au droit au remariage de l'un ou l'autre des ex-époux.

III - Obligations alimentaires et indemnités compensatoires

5. L'obligation alimentaire entre les ex-époux est soumise à la loi applicable aux obligations alimentaires en général ; cette loi détermine notamment la variabilité de l'obligation et la possibilité de modifier une obligation antérieure.

6. Pour l'application de l'article 5, quand une convention a été conclue selon la loi d'un Etat ou quand une décision a été rendue dans un Etat, les juges et les autorités des autres Etats prennent en considération les principes suivants :

a) Quand les époux ont conclu en vue ou en raison de la dissolution de leur mariage une convention valable attribuant à l'un d'eux une pension alimentaire, une indemnité ou le bénéfice d'une prestation équivalente, pareille convention a force obligatoire dans tous les pays où est reconnu l'acte par lequel le mariage a été dissous.

b) Quand une décision judiciaire a attribué à l'un des ex-époux une pension alimentaire, une indemnité ou le bénéfice d'une prestation équivalente, ou a entériné une convention conclue par les époux et ayant l'un de ces objets, cette décision est en principe reconnue aux mêmes conditions que l'acte par lequel le mariage a été dissous.

c) Quand une convention valable ou une décision judiciaire reconnue a, selon la loi applicable, le caractère d'un règlement définitif interdisant à chacun des ex-époux d'introduire contre l'autre aucune réclamation ultérieure, pareil caractère est l'un des éléments à prendre en considération par le juge statuant sur une telle demande.

d) Si deux décisions successives ayant déterminé l'étendue du droit aux aliments remplissent dans un Etat les conditions de la reconnaissance ou qu'une de ces décisions ait été prononcée dans cet Etat, il y a lieu d'exécuter la plus récente de ces décisions.

IV - Les pensions de survie et la compensation des droits de pension

7. La loi de l'institution qui attribue une pension de survie détermine le principe et l'étendue du maintien au profit d'un ex-époux du droit à la pension.

La même loi règle l'incidence sur le droit à cette pension des causes pour lesquelles le divorce a été prononcé.

8. La compensation des droits de pension est en principe soumise à la loi applicable au divorce. Si cette loi ne connaît pas une telle compensation, celle-ci est soumise à la loi applicable aux effets personnels du mariage.

Il est souhaitable que les institutions publiques ou privées administrant une caisse de pensions prêtent leur concours à l'exécution des décisions par lesquelles une juridiction étrangère a compensé le droit à une pension d'un affilié de cette caisse.

*

(28 août 1985)