

La proposition de Savatier de considérer la famille comme un sujet de droit à part entière n'a jamais été formellement consacrée par la loi (R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 1952, n°125). Pourtant, à bien des égards, l'étude de la loi en droit de la famille comme l'appréhension par le juge du couple, et notamment des relations entre époux, tendent à corroborer cette thèse.

En principe, le droit de la famille est une matière où la loi est la norme principale et ce, en application de l'article 34 de la Constitution de 1958. C'est ainsi que les rapports entre personnes mariées sont précisément déterminées par le Code civil qui fait l'objet de réformes importantes et régulières sur cette question. Au XXIème siècle, le divorce a été réformé en 2004, les relations de crises entre époux en 2006 et en 2010, tandis que la célèbre loi du 17 mai 2013 a révolutionné le concept même de couple marié en permettant le mariage entre personnes de même sexe et donc en permettant aux couples homosexuels l'accès « *au statut et à la protection juridique attachés au mariage* » (Doc. 9 : Déc. Cons. constit, du 17 mai 2013). Le rôle du juge est donc, dans une large mesure, accessoire à celui du législateur dans la définition du couple et du mariage. Il en est ainsi de la formation du couple marié : la loi définit les conditions de fond et de forme du mariage et institue l'officier d'état civil en charge de la célébration, premier garant de sa licéité et ce, même si la loi de 2013 a renforcé le pouvoir du Procureur de la République en la matière. Pendant la vie maritale, c'est-à-dire dans les rapports entre personnes mariées, il n'en va *a priori* pas autrement : l'intervention du juge n'est prévue par la loi que dans des cas restreints. Certes, depuis 1993, le juge aux affaires familiales a compétence pour tous les litiges entre époux, mais cette amplitude processuelle ne connaît qu'un écho limité d'un point de vue substantiel, de sorte que la loi semble se défier d'une trop grande ingérence du juge dans les relations entre personnes mariées. Une telle intervention se limite donc à des hypothèses ponctuelles du non-respect de leurs obligations par les époux, conduisant à une casuistique en la matière qui résiste à toute tentative de systématisation et même de synthèse.

Cependant, si le rôle du juge n'est donc que résiduel dans les relations « normales » entre personnes mariées, la vie maritale se déroulant en principe, loin du monde judiciaire, son intervention devient essentielle dès lors que le couple connaît des situations de crise. Le juge se trouve alors institué par la loi des pouvoirs les plus étendus pour protéger les membres du couple comme la famille. Ce rôle central du juge est des plus évidents lorsque la crise du couple marié conduit à sa dissolution. Le juge reste le maître de la procédure de divorce malgré tous les mouvements de déjudiciarisation de cette matière.

Aussi convient-il de mettre en rapport l'intervention mesurée du juge dans la vie du couple marié (I) et l'intervention primordiale du juge en cas de crise du couple marié (II).

I – L'intervention mesurée du juge dans la vie du couple marié

Il y a comme un paradoxe à envisager le rôle du juge au cours de la vie maritale, tant cela relève de la sphère privée. La loi trouve pourtant un juste équilibre en conférant au juge le rôle de gardien du déroulement serein de la vie maritale et le libre exercice des époux de leurs droits personnels (A) et de leurs droits patrimoniaux (B).

A – Le juge et les droits personnels des époux

En lien avec les questions de formation du mariage, l'intervention du juge concerne, en premier lieu, le respect du devoir de cohabitation (1), mais également, en second lieu, le respect des autres devoirs personnels (2).

1) Le juge et le respect du devoir de cohabitation

L'obligation de cohabiter est de l'essence même du mariage : elle est traditionnellement considérée à la fois comme une condition et une finalité du mariage. En effet, l'article 215 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « *Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie* ». Bien que le terme communauté de vie ne soit pas défini par la loi, il s'entend comme une communauté de toit et une communauté de lit.

Le défaut de communauté de vie constitue un indice d'un mariage blanc, c'est-à-dire formé uniquement dans la perspective de bénéficier de certains effets du mariage sans avoir la volonté de se soumettre à l'ensemble des devoirs du mariage. Une fois le mariage célébré, le Procureur de la République est le seul gardien de l'institution du mariage : il peut rechercher la nullité de l'union sur le fondement de l'article 146 du Code civil. Il en va différemment dans l'hypothèse où les époux cessent volontairement de vivre ensemble : soit la décision s'analyse en une rupture, synonyme de crise sinon de faute susceptible d'être prise en compte dans le cadre d'une procédure de divorce ; soit l'on se situe dans le cadre des exceptions au devoir de cohabitation. Tel est le cas, par exemple, où l'un des époux ne vit pas la plupart du temps dans le logement familial pour des raisons professionnelles.

Les époux fixent librement le logement familial, y compris en cas de rejet par le juge d'une demande de divorce. L'intervention du juge n'est qu'une faculté puisque le texte prévoit que l'article 258 du Code civil prévoit que le juge peut déterminer la résidence de la famille (Doc. 8 : Civ. 1^{ère}, 19 juin 2007).

Le respect du devoir de cohabitation est le fondement même de la vie maritale, mais le modèle institutionnel du mariage impose également le respect par les époux des autres devoirs personnels prévus par la loi.

2) Le juge et le respect des autres devoirs personnels

Au terme de l'article 212 du Code civil, les époux se doivent mutuellement respect, fidélité et assistance. Ces trois devoirs personnels s'ajoutent naturellement au devoir de cohabitation.

Le devoir d'assistance est d'essence morale. C'est au principal une obligation de soutien et de présence dont la principale illustration est le devoir de soins en cas de maladie (Civ. 2^{ème}, 12 novembre 1986). Le devoir de respect est entré dans le Code civil en suite de l'adoption de la loi du 4 avril visant notamment à lutter contre les violences conjugales. Il ne s'agit que d'une consécration légale, puisque le juge l'avait déjà imposé par une jurisprudence conséquente sur le fondement de l'article 212 et de l'article 1382 du Code civil. Ce respect s'entend dans les rapports privés, c'est-à-dire au sein de la famille, mais également en présence de tiers. Tout comportement injurieux est ainsi sanctionné en ce qu'il est une transgression d'une certaine morale conjugale.

Le devoir de fidélité est sans doute celui qui est le plus discuté judiciairement. Le plus souvent, le non-respect de ce devoir est dénoncé dans le cadre d'une procédure de divorce pour faute. Mais, à l'instar du non-respect des autres devoirs personnels entre époux, et aussi surprenant que cela puisse apparaître d'un point de vue social et sentimental, le manquement peut constituer une faute au sens délictuel et être poursuivi en dehors de toute procédure de divorce devant le juge. Un juge qui joue un rôle essentiel dans l'évolution de la notion de fidélité et dans la caractérisation des cas d'infidélité. C'est ainsi que le manquement à ce devoir n'est pas nécessairement charnel ; l'infidélité peut être seulement épistolaire ou encore être caractérisée du seul fait pour un époux de s'inscrire sur un site de rencontres.

Si le rôle du juge dans le contrôle des droits personnels des époux pose la difficile question d'une certaine immixtion du juge dans la sphère privée du couple, il est moins dérangeant de le considérer gardien d'un certain équilibre dans l'exercice de leurs droits patrimoniaux.

B – Le juge et les droits patrimoniaux des époux

Le juge est parfois appelé à vérifier la régularité de la contribution aux charges du mariage entre époux (1), voire intervient pour assurer le respect des autres devoirs patrimoniaux (2).

1) Le juge et la contribution aux charges du mariage

La contribution aux charges du mariage est le pendant patrimonial du devoir de cohabitation. L'article 214 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « *Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives* ». Le plus souvent, la contribution se réalise de manière naturelle et spontanée au cours de la vie maritale. Reste que l'alinéa 2 du même texte envisage le cas du non-respect de cette obligation par un époux et prévoit qu'il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au Code de procédure civile. Implicitement, se trouve visée l'intervention judiciaire pour contraindre les conjoints à la contribution.

Un exemple de cette intervention judiciaire comme de la continuité de la contribution tout au long du mariage ressort d'une jurisprudence constante et notamment dans l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 16 octobre 1984 : les hauts conseillers décident qu'en cours d'union, la séparation des époux n'entraîne pas la disparition du devoir de contribuer aux charges du mariage, prévu à l'article 220 du Code civil (Doc. 4 : Civ. 1^{ère}, 16 octobre 1984). La contribution couvre notamment les dépenses de loyers, les dépenses ménagères du quotidien mais également toutes les

dépenses d'agrément. Le juge est non seulement garant de la contribution mais aussi le gardien de la proportion instaurée par le texte.

Les devoirs patrimoniaux instaurés par le Code civil concernent tout autant les relations entre les époux que leurs relations à l'égard des tiers.

2) Le juge et le respect des autres devoirs patrimoniaux

En vertu de l'article 216 du Code civil, chaque époux a la pleine capacité de droit. Un seul peut donc engager les deux sauf effets contraires du régime matrimonial ou dispositions contraires de la loi. Cette disposition trouve son prolongement à l'alinéa 1^{er} de l'article 220 : « *Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement* ». La solidarité matrimoniale est le complément logique à l'égard des tiers de ce que la contribution réalise dans les rapports entre les époux.

Il est d'ailleurs remarquable que des liens intrinsèques unissent naturellement les devoirs personnels et les devoirs patrimoniaux du mariage. Il a déjà été souligné que l'époux est tenu d'un devoir d'assistance à l'égard de son conjoint hospitalisé doit lui offrir sa présence et son soutien. Mais ses devoirs ne s'arrêtent pas à cela. Il sera aussi tenu d'un point de vue patrimonial. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris en a décidé récemment considérant que l'alinéa 1^{er} de l'article 220 du Code civil implique que toute dette de santé contractée par un époux engage l'autre solidairement, approuvant le recours en paiement de frais d'hospitalisation d'une femme formé par un hôpital à l'encontre de son époux (CA Paris, 4 juillet 2013 ; à noter que cette solution a depuis le concours été reprise et confirmée par la Cour de cassation : Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2014).

Reste que la solidarité matrimoniale connaît des limites : la loi et le juge protège l'époux contre les excès de son conjoint et contre les risques patrimoniaux d'une solidarité dangereuse pour le patrimoine familial. Ainsi, la solidarité est écartée pour les achats à tempérament et emprunts dépassant le cadre de la vie courante comme pour les dépenses manifestement excessives. Le juge est alors à nouveau le gardien du principe de proportionnalité et apprécie abus et excès (Civ. 1^{ère}, 15 novembre 1994).

Tant que la vie maritale est « *un long fleuve tranquille* », le rôle du juge n'est heureusement que secondaire et son intervention mesurée. Il en va autrement lorsque les relations entre les époux deviennent humainement difficiles et juridiquement en marge des prescriptions du Code civil. L'intervention du juge est alors nécessaire lorsque le couple marié connaît la crise.

II – L'intervention primordiale du juge en cas de crise du couple marié

L'intervention judiciaire est primordiale lorsqu'il s'agit de protéger les époux contre les crises qui risquent de parsemer la vie du couple (A). L'assertion est d'autant plus vraie lorsque la crise semble irrémédiable et que les époux se destinent à la séparation (B).

A – Le rôle essentiel du juge en cas de crise lors de l'union

Au cours de l'union, naissent des désaccords entre époux. L'office du juge est d'appréhender les plus graves de ces désaccords pour prévenir ou régler les crises qui s'ensuivent et ainsi réguler la vie maritale. Le juge va alors poursuivre deux objectifs : la protection de la personne des époux (1) et la protection des intérêts de la famille (2).

1) Le juge et la protection de la personne des époux

Le devoir de secours réalise la transition entre les devoirs patrimoniaux au sens traditionnel et les obligations des époux en cas de crise. Prévu à l'article 215 du Code civil, le devoir de secours couvre l'obligation pour chaque époux de fournir à l'autre les ressources nécessaires à la vie, d'une façon compatible avec la condition du ménage et à proportion de ses propres possibilités. Cette obligation est réciproque et ne pèse même plus à titre principal sur le mari, depuis la réforme du 11 juillet 1975. La seule évocation du terme « secours » et sa dimension alimentaire témoigne à la fois de l'existence d'une crise dans le couple mais aussi de la nécessaire protection des conjoints.

Demeure que l'essentiel de la protection des membres du couple relève des mesures de protection des victimes de violence issues des lois du 9 juillet 2010 et du 17 mai 2011. Le dispositif porte les principaux mécanismes civils de lutte contre les violences conjugales, qui ne protège pas uniquement les époux mais également les partenaires et les concubins. Les articles 515-9 et 515-10 du Code civil prévoit notamment la possible délivrance par le juge aux affaires familiales d'une ordonnance de protection à un membre du couple victime de violences le mettant en danger ou les enfants. L'opportunité de la délivrance de l'ordonnance appartient aux juges du fond en fonction des circonstances (Doc. 11. CA Limoges, 3 février 2014 : le juge peut en refuser la délivrance si le danger a disparu en suite de la séparation du couple).

Lors des crises de la vie maritale, le juge doit au premier chef protéger les époux eux-mêmes ; idéalement, son office le conduit également à assurer la protection des intérêts de la famille.

2) Le juge et la protection des intérêts de la famille

La protection de la personne des époux comme la protection de la famille dans son ensemble passent par la protection du logement familial. C'est le sens même de l'article 215 alinéa 3 du Code civil au terme duquel « *Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation (...)* ». Par essence, il s'agit d'une nullité relative qui ne peut être invoquée que par le conjoint qui n'a pas consenti mais dont les effets se réalisent naturellement *erga omnes*, ce qui lui offre une réelle protection (Doc. 7 : Civ. 1^{ère}, 3 mars 2010). Puisqu'il s'agit du logement familial, c'est indubitablement l'ensemble de la famille qui se trouve protégé dans sa dignité, d'un point de vue patrimonial en premier lieu, d'un point de vue extrapatrimonial également.

En outre, sans entrer dans les règles relatives à l'autorité parentale, il est prévu à l'article 213 du Code civil que « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ». Il y a donc un lien intrinsèque et légal entre mariage et famille. A cet effet, l'article 220-1 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « *Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts* ». Ce texte

est plus général que ceux issus de la loi du 9 juillet 2010, puisque ce sont les intérêts de la famille qui sont protégés et non seulement les victimes de violence. La protection accordée est à la fois préventive, avant que le péril ne survienne, et correctrice, une fois le péril survenu. Le juge interdira tous les actes de disposition à l'époux agissant sans le consentement de l'autre que cela soit sur ses biens propres ou sur les biens de la communauté. L'interdiction peut également portée sur tout déplacement de meubles. Ces mesures d'interdiction se doublent sur décision du juge de la désignation d'un mandataire *ad hoc* appelé administrateur provisoire dont la mission est de gérer le patrimoine des époux (Doc. 6 : Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996).

Si la crise perdure malgré l'intervention du juge ou si elle s'est suffisamment ancrée dans l'esprit des époux pour les conduire à la séparation, le rôle du juge devient définitivement central puisqu'il administre et dirige la dissolution du mariage.

B – Le rôle essentiel du juge en cas de dissolution de l'union

Le divorce est et demeure un procès. Ainsi, bien qu'elles ont grandement participé à moderniser le divorce, les multiples réformes de la matière ont toujours réservé une place cardinal au juge dans sa menée (A) et ce, même si un vent de déjudiciarisation souffle sur le divorce (B).

1) Le juge traditionnellement au cœur de la procédure de divorce

La pacification du divorce organisée par la loi du 26 mai 2004 et dont c'est le principal objectif, a conduit au détachement des causes de divorce de leurs conséquences notamment patrimoniales. C'est le juge qui est chargé de régler ces conséquences. Sans évoquer la question de la pension alimentaire et des obligations à l'égard des enfants, le juge va déterminer, le cas échéant, la prestation compensatoire due dans tous les cas de divorce et les dommages-intérêts dus dans le cadre du divorce pour faute.

En cas de divorce, le juge peut ordonner le versement d'une prestation compensatoire. Prenant la suite du devoir de secours qui cesse au moment du divorce, la prestation compensatoire a pour finalité de compenser la disparité née entre les niveaux de vie des conjoints du fait du divorce (art. 270 du Code civil). C'est le juge qui en détermine le montant en fonction des biens et ressources des époux, éléments cités à l'article 271 du Code civil qui ne constituent pas une liste limitative mais exemplative de sorte que le juge peut prendre en considération d'autres éléments parmi lesquels les avantages successoraux acquis par un des époux, quand bien même ces droits ne seraient pas liquidés (Doc. 3 : Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010). Encore, en la matière, le juge est « ministre d'équité », selon l'expression du professeur Sériaux (A. Sériaux, *Le droit : une introduction*, Ellipses, 1997, n°201 et s.) puisqu'il peut refuser, au titre de l'article 270 alinéa 2 du Code, d'allouer une quelconque prestation compensatrice, en prenant compte des éléments de l'article 271 (Doc. 5 : Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2008).

En cas de divorce pour faute, le juge peut, au titre de l'article 266 du Code civil, ordonner la réparation des dommages subis par l'époux victime du dommage. Reflet de la responsabilité délictuelle prévue à l'article 1382 du Code civil dans le droit spécial du divorce, l'article 266 du Code civil vise à la réparation des préjudices directement causés par la faute d'une particulière gravité à l'origine du divorce (Doc. 1, Civ. 1^{ère}, 5 janvier 2012 : des violences répétées). Une telle disposition n'exclut pas une action de droit commun en responsabilité délictuelle sur le fondement de l'article

1382 du Code civil en réparation des dommages qui trouvent leurs origines dans toute autre circonstance fautive (Doc. 2 : Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2012).

Le divorce est avant tout une procédure judiciaire et ce, dans tous ses aspects. Pourtant, nombreux sont ceux qui souhaitent que l'intervention du juge soit davantage limitée encore.

2) Le juge progressivement évincé de la procédure de divorce

La loi du 26 mai 2004 a aussi participé à la simplification du divorce en facilitant et accélérant le recours au divorce par consentement mutuel et en instaurant un tronc commun procédural pour les trois autres causes de divorce également visées à l'article 229 du Code civil.

Le divorce par consentement mutuel sera choisi par des époux qui s'accordent sur le principe même du divorce mais également sur ses conséquences. Au titre de l'article 230 du Code civil, les époux vont soumettre à l'approbation du juge une convention portant sur ces conséquences. Le rôle du juge semble ici secondaire sinon mineur. Pourtant, même dans le cas d'une procédure par consentement mutuel et du règlement des effets du divorce par la convention des parties, le rôle du juge en charge de l'homologuer est central : l'homologation comme le refus d'homologation constituant une véritable décision de justice (Doc. 10 : Civ. 2^{ème}, 2 avril 1997). Le juge peut refuser de prononcer le divorce et d'homologuer la convention s'il estime qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt d'un époux ou des enfants du couple.

En conclusion, le droit de la famille place le juge dans une situation paradoxale s'agissant de son intervention dans les relations entre personnes mariées. Tant qu'elle n'est pas nécessaire, son immixtion est critiquable, dès lors est-elle mesurée dans le seul but de protéger l'institution même du mariage. Lorsque le couple connaît la crise, son intervention se trouve justifiée par la protection du couple et de la famille. La pacification du couple en crise appelle la judiciarisation de la vie maritale et ce, malgré un élan contraire de la loi au risque d'un abandon des époux dans la difficulté.